

# Université Paris-Panthéon-Assas

école doctorale de Droit privé

Thèse de doctorat en Droit  
soutenue le 1<sup>er</sup> décembre 2022

## La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et la réglementation algérienne des marchés publics

Thèse de Doctorat / Décembre 2022



**Auteur : Salem AIT YOUCEF**

Sous la direction de Monsieur le Professeur Hervé SYNDET

Membres du jury :

- **Monsieur Xavier Boucobza**  
Professeur à l'université Paris XI.
- **Monsieur Daniel Cohen**  
Professeur à Paris-Panthéon-Assas université.
- **Madame Rozen Noguellou**  
Conseiller d'Etat, ancienne Professeure à l'université Paris I.
- **Monsieur Hervé Synvet**  
Professeur à Paris-Panthéon-Assas université.

## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## **Remerciements**

*Au terme de ce parcours, j'adresse mes vifs à toutes les personnes qui m'ont aidé pendant l'élaboration de ma thèse et notamment mon Directeur de thèse, Monsieur le professeur Hervé Synvet, pour son soutien, sa grande disponibilité et ses valeureux conseils durant la rédaction de ma thèse. J'exprime également ma parfaite gratitude à Monsieur le professeur Chérif BENNADJI pour ses conseils et accompagnement.*

*Ma reconnaissance éternelle à mes chers parents, pour lesquels je reste redevable à jamais pour leur soutien moral et leur confiance indéfectible dans mes choix.*

*Ma profonde sympathie à la femme de ma vie qui a fait montre de patience tout au long de ces longues années et mon amour éternel à mes trois fils, Chabane, Massinissa et Aksel.*

*En fin, j'adresse mes sincères remerciements à mes sœurs, mes frères, mes proches, mes ami(e)s ainsi qu'à toutes celles et tous ceux qui m'ont soutenu, encouragé et/ ou aidé dans ce laborieux travail.*

## **Résumé (1700 caractères) :**

*A l'instar des pays en voie de développement, l'Algérie n'est pas restée à l'écart de l'influence des standards internationaux. Chemin faisant, l'Algérie est passé d'une ouverture contrainte sous la pression des institutions internationales à la recherche d'une maîtrise de cette ouverture, qui n'a pas manqué de toucher même le droit des marchés publics. Cette influence est désormais totalement assumée par les rédacteurs de la nouvelle réglementation sur les marchés publics dont l'exposé des motifs déclare expressément que : "La révision de la réglementation des marchés publics répond essentiellement à l'exigence de s'inspirer des standards internationaux ainsi que les recommandations des institutions internationales".*

*Tout porte à croire qu'en évoquant les standards internationaux dans l'exposé des motifs de la nouvelle réglementation sur les marchés publics, le législateur algérien vise principalement, voire exclusivement, la loi type de la CNUDCI sur les marchés publics, d'autant plus que l'Algérie a été élue membre de cette Commission pour quatre mandats s'étalant sur trois périodes distinctes.*

*L'ouverture de la réglementation algérienne aux sources internationales, notamment les standards internationaux, et plus particulièrement la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, présente une thématique très importance à étudier de par notamment sa complexité et, surtout, son universalité. La complexité réside justement dans cette problématique liée au fait qu'un pays en voie de développement (Algérie), puisse faire le choix de recourir aux dispositions d'un standard international dans un domaine aussi stratégique et névralgique que la commande publique.*

### **Descripteurs :**

*Loi type – CNUDCI - Marchés publics, réglementation – Standards Internationaux - Commande publique, principes fondamentaux – Marchés publics, dématérialisation - Enchère électronique – Marchés publics, Arbitrabilité des litiges – Droit public, Algérie – Droit international et droit interne, Algérie.*

**Title and Abstract (1700 characters):**

**Title : The UNCITRAL Model Law on Public Procurement and Algerian Public Procurement Regulation**

*Algeria, as a developing country, has not stayed away from international standards. Along the way, Algeria has passed a constraint opening under the pressure of international institutions seeking for a master of this opening, which did not miss to even touch the public procurement law. This influence is now fully assumed by the drafters of the new regulations on public procurement whose preamble explicitly states that: "The reviewing of the public procurement regulations essentially meets the requirement to be inspired by international standards as well as the recommendations of international institutions"*

*Everything suggests that by referring to the international standards in the statement of reasons to the new regulations on public procurement, the Algerian legislator is mainly, if not exclusively, targeting the UNCITRAL model law on public procurement, especially more than Algeria was elected member of this Commission for four terms spanning three distinct periods.*

*The opening up of Algerian regulations to international sources, in particular international standards, and more particularly the UNCITRAL model law on public procurement, presents a very important theme to be studied, in particular because of its complexity and, above all, its universality.*

*The complexity is linked precisely in this issue to the fact that a developing country (Algeria) can choose to resort to the provisions of an international standard in such a strategic and sensitive area, like a public's contracts.*

**Keywords:**

*Model Law - UNCITRAL - Public procurement, regulation- Internationals standards- Public procurement, fundamental principles- Public procurement, dematerialization - Electronic auction- Public procurement, arbitability of disputes – Public law, Algeria – International law and interne law, Algeria.*

## ***Principales abréviations***

L'ONU : Organisation des Nations Unies.

UNIDROIT : l'Institut international pour l'unification du droit privé.

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International.

O.U.A : l'Organisation de l'Unité Africaine.

NOEI : Nouvel ordre économique international.

CNUCED : Conférence des Nations unies sur le Commerce et le Développement.

GATT : Accord Général sur la Tarification Douanière et le Commerce.

OMC : Organisation Mondiale du Commerce

OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Economique

FLN : Front de Libération National

ONUDI : Organisation des Nations Unies pour le Développement Industriel

OPEP : Organisation des Pays Exportateurs du Pétrole.

G8 : Groupe des huit pays les plus industrialisés.

BIRD : Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement,

IDA : Association International de Développement

FMI : Fonds Monétaire International

BAD : Banque africaine de développement

OPEAP : Organisation des pays arabes exportateurs du pétrole

BADEA : Banque arabe pour le développement économique de l'Afrique

BID : Banque islamique de développement

IFC : Société financière internationale

MIGA : Agence Multilatérale de Garantie des Investissements

PAS : Plan d'ajustement structurel

IBM : Institutions de Bretton Woods

CPAR : Revue Analytique sur la Passation des Marchés

CJCE : Cour de justice de l'Union Européenne

PME : Petites et Moyennes Entreprises

B.O.M.O.P : Bulletin officiel des marchés de l'opérateur public

CNUCC : Convention des Nations Unies contre la corruption

IPC : l'Indice de perception de la corruption

**AALC** : Association algérienne de lutte contre la corruption

**JORADP** : Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire

**ONRC** : Office Central de Répression de la Corruption

**ONPLC** : Organe National de Prévention et de Lutte contre la Corruption.

# Sommaire

Thèse de Doctorat / Décembre 2022	1
<b>Introduction</b>	<b>11</b>
<b>1. Partie 1 : La réglementation algérienne des marchés publics à l'ère de l'ouverture aux sources internationales</b>	<b>37</b>
<b>1.1 Titre 1 : Les sources internationales de la réglementation algérienne des marchés publics.</b>	<b>42</b>
1.1.1 Chapitre 1 : Les standards internationaux.	44
1.1.1.1 Section 1 : Acception, typologie et valeur juridique du "standard international".	46
1.1.1.2 Section 2 : La loi type de la CNUDCI comme référence absolue en matière de standardisation des réglementations de marchés publics.	64
1.1.2 Chapitre 2 : Les recommandations des institutions internationales.	81
1.1.2.1 Section 1 : La réglementation algérienne des marchés publics et son ouverture ciblée aux institutions internationales.	84
2.2.1.2. Section 2 : Les sources potentielles ignorées.	108
<b>1.2 Titre 2 : L'Algérie et les organisations internationales</b>	<b>114</b>
1.2.1 Chapitre 1 : L'Algérie et les organisations internationales ; une confrontation au parfum historique.	117
1.2.1.1 Section 1 : Syndrome du colonisé qui renforce l'attachement au principe de non-ingérence.	118
1.2.1.2 Section 2 : Réclamation d'un nouvel ordre économique international plus juste.	128
	133
1.2.2 Chapitre 2 : L'Algérie et les organisations internationales : incontournable coopération.	139
1.2.2.1 Section 1 : Coopération sous le signe de la vigilance	141
1.2.2.2 Section 2 : Coopération reflétée sur les textes politiques et juridiques.	151
<b>1.3 Conclusion de la partie 1 :</b>	<b>163</b>
<b>2. Partie 2 : La participation de l'Algérie aux travaux de la CNUDCI pour l'actualisation et la modernisation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics</b>	<b>166</b>
<b>2.1 Titre 1 : Participation de l'Algérie aux travaux de l'élaboration de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics</b>	<b>169</b>

2.1.1	Chapitre 1 : La participation de l'Algérie à l'actualisation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics en vue de tenir compte des nouvelles pratiques. _____	170
2.1.1.1	Section 1 : La participation de l'Algérie aux travaux d'actualisation de la loi type de la CNUDCI en vue d'introduire la passation électronique des marchés. _____	173
2.1.1.2	Section 2 : La participation de l'Algérie aux travaux ayant conduit à l'introduction de la procédure de l'"enchère électronique inversée" dans la loi type de la CNUDCI. ____	220
2.1.2	Chapitre 2 : La participation de l'Algérie aux travaux de l'actualisation de la loi type de la CNUDCI en capitalisant sur l'expérience acquise de l'utilisation de l'ancienne version comme base de la réforme du droit. _____	252
2.1.2.1	Section 1 : Mesures visant à améliorer des dispositions existantes : _____	253
2.1.2.2	Section 2 : Mesures visant à introduire des dispositions nouvelles _____	279
	<b>Titre 2 : Participation de l'Algérie à l'élaboration du guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI dans le droit interne des Etats adoptants. _____</b>	<b>298</b>
2.2.1	Chapitre 1 : Participation de l'Algérie aux travaux de vingtième session du Groupe de travail de la CNDCI : New York, 14-18 mars 2011. _____	300
2.2.1.1	Section 1 : Orientations générales du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. _____	302
2.2.1.2	Section 2 : Des commentaires sur les dispositions de la loi type et du Guide. _	307
2.2.2	Chapitre 2 : Participation de l'Algérie dans les travaux du Groupe de travail I (Passation de marchés) dans sa vingt et unième session (New York, 16-20 avril 2012). ____	321
2.2.2.1	Section 1 : Approche générale de la rédaction de la Loi type révisée. _____	322
2.2.2.2	Section 2 : Des commentaires sur les dispositions de la loi type et du Guide. _	330
2.3	<b>Conclusion de la deuxième partie : _____</b>	<b>340</b>
3.	<b><i>Partie 3 : La loi type de la CNUDCI comme levier de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics _____</i></b>	<b>342</b>
3.1	<b>Titre 1 : La métamorphose de la réglementation algérienne des marchés publics sous l'influence de la loi type de la CNUDCI _____</b>	<b>346</b>
3.1.1	Chapitre 1 : Adaptation de la réglementation algérienne à la loi type de la CNUDCI. _____	348
3.1.1.1	Section 1 : En matière des principes fondamentaux de la passation des marchés publics. _____	349
3.1.1.2	Section 2 : En matière de passation des marchés publics. _____	386
3.1.2	Chapitre 2 : Les valeurs héritées de la CNUDCI et le paradoxe de leur remise en cause dans la pratique. _____	424
3.1.2.1	Section 1 : L'impossible cohabitation des valeurs de la CNUDCI avec la corruption systémique. _____	425

3.1.2.2	Section 2 : La corruption un mal interne qui prend une dimension internationale.	455
---------	--	-----

<b>3.2</b>	<b>Titre 2 : la loi type de la CNUDCI sur les marchés publics comme levier d'innovation de la réglementation algérienne des marchés publics</b>	<b>489</b>
3.2.1	Chapitre 1 : La dématérialisation des marchés publics.	490
3.2.1.1	Section 1 : La dématérialisation des marchés publics.	491
3.2.1.2	Section 2 : L'enchère électronique inversée.	518
3.2.2	Chapitre 2 : Le rôle de la CNUDCI dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics.	545
3.2.2.1	Section 1 : Le rôle de la CNUDCI dans le développement d'autres formes de règlement amiable des litiges	547
3.2.2.2	Section 2 : La consécration du droit de compromettre dans la réglementation algérienne des marchés publics.	561
<b>3.3</b>	<b>Conclusion de la partie 3 :</b>	<b>594</b>
<b>4.</b>	<b>Conclusion</b>	<b>597</b>
	<b>Table des matières :</b>	<b>601</b>
	<b>Bibliographie</b>	<b>608</b>
	<b>Sources</b>	<b>608</b>
	<b>Index</b>	<b>619</b>

## Introduction

---

1. La finance publique est une discipline qui a pour vocation d'assurer le financement des services publics sur la base de méthodes puisées principalement des sciences connexes dont le droit, la science politique, la sociologie, l'économie, la comptabilité, la statistique, etc. Reposant sur des mécanismes complexes, la finance publique vise principalement à maîtriser parfaitement ses deux aspects phares qui consistent à assurer la croissance économique pour générer des recettes, d'un côté, et assurer le contrôle des dépenses à travers la maîtrise du processus de la commande publique.
2. Dans les pays en voie de développement, à l'instar de l'Algérie, l'économie est encore largement administrée et l'État y joue encore, soit directement, soit indirectement, un rôle moteur notamment dans les situations de crise et de récession. Les finances publiques sont alors mises à contribution dans le cadre de

plans de relances dits keynésiens<sup>1</sup> destinés à relancer l'économie par le biais de la commande publique. En Algérie, cette politique était largement favorisée par l'envolée des cours du pétrole et du gaz durant la première décennie des années 2000.

3. De par son rôle de levier stratégique au développement économique et social, la croissance économique est devenue étroitement liée à la commande publique qui se trouve ainsi promue au statut d'outil d'interventionnisme public<sup>2</sup>. Les dépenses colossales engagées par l'État, les établissements publics et les collectivités locales,

---

<sup>1</sup> Le keynésianisme tire son nom, ainsi que ses théories et ses principes, des travaux de John Maynard Keynes (1883–1946), économiste britannique considéré comme le fondateur de la macroéconomie moderne. Son ouvrage le plus connu, la *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, date de 1936. Cependant, son *Traité sur la monnaie*, ouvrage précurseur publié en 1930, est souvent jugé plus important pour la pensée économique. Jusqu'alors, les économistes n'analysaient que des situations statiques, se concentrant surtout sur une image figée d'un processus en évolution rapide. Dans son traité, Keynes a créé une approche dynamique qui convertit l'économie en une étude des flux de revenus et de dépenses. Il a ouvert de nouvelles perspectives pour l'analyse économique. Durant la Grande Dépression des années 30, la théorie économique alors en vigueur n'était pas en mesure d'expliquer les causes de l'effondrement de l'économie mondiale, et encore moins d'inspirer les politiques publiques qui auraient permis de relancer la production et l'emploi. L'économiste britannique John Maynard Keynes a révolutionné la pensée économique en réduisant à néant l'idée alors dominante que l'économie de marché assurait automatiquement le plein-emploi; en d'autres termes, quiconque souhaitait travailler trouvait un emploi si ses exigences salariales étaient souples. Le fil conducteur de cette théorie, à laquelle il a donné son nom, est que la demande globale — la somme des dépenses des ménages, des entreprises et de l'État — est le premier moteur de l'économie. Keynes a en outre soutenu que l'économie de marché ne comportait pas de mécanismes d'équilibrage automatique pour assurer le plein emploi. Pour les keynésiens, l'intervention de l'État par des politiques qui visent à atteindre le plein emploi et la stabilité des prix est justifiée. Ainsi, le Keynésianisme peut être identifié comme une théorie économique qui se repose sur le principe que le rôle du soutien de l'économie revient à l'État qui reste le garant de la santé économique du pays, à travers notamment le soutien de la demande agrégée qui représente la demande totale en biens et services, réalisée au sein d'une économie et provenant de certains agents économiques tels que les dépenses du gouvernement, de l'administration publique et les entreprises ainsi que le solde de la balance commerciale. Dans la philosophie de l'économie Keynésienne, une économie qui est vivante est une économie qui consomme, ce qui fait que la demande globale est l'élément fondateur d'un cycle économique. ( Source : ABC de l'économie : Qu'est-ce que le keynésianisme, Sarwat Jahan, Ahmed Saber Mohmud et Chris Papageorgio/finances et développement, septembre 2014/ <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2014/09/pdf/basics.pdf>).

<sup>2</sup> L'intervention de l'État dans l'économie consiste en l'utilisation de la politique budgétaire comme instrument de politique économique et sociale. Celle-ci passe par les différents canaux des finances publiques, notamment l'augmentation des dépenses publiques et extension de leurs domaines d'intervention (ex : Sécurité sociale, assurance chômage), le rôle redistributif et incitatif de la politique fiscale (ex : impôts progressifs) et l'intervention directe de l'État dans l'économie, par la détention d'entreprises, la mise en place de monopoles publics et la planification indicative.

ont fait de la commande publique une composante incontournable de l'activité économique<sup>3</sup>.

4. Compte tenu de son importance, les pouvoirs publics portent une attention particulière au cadre réglementaire qui régit la commande publique pour qu'elle soit transparente, efficace et soumise à une saine concurrence. Les textes qui régissent l'économie générale des marchés fixent ainsi les règles de fond et de forme permettant à celles-ci de satisfaire à leurs besoins dans les meilleures conditions juridiques, économiques et techniques, en se reposant sur différents mécanismes contractuels tels que les marchés publics, les délégations de service public, les contrats de partenariat public-privé, etc.
5. Le droit de la commande publique<sup>4</sup>, en particulier le droit des marchés publics, a longtemps été marqué par l'extrême diversité de ses règles, dispersées dans une multitude de textes de nature législative ou réglementaire, nationale ou supranationale<sup>5</sup>. Force est de constater néanmoins que le droit des contrats publics est fortement influencé par des règles et standards internationaux, ce qui fait qu'il se fonde, de plus en plus, dans les principes et les règles du droit commercial

---

<sup>3</sup> Dans les pays de l'OCDE, les marchés publics représentent près de 12 % du produit intérieur brut (PIB) et 29 % de l'ensemble des dépenses publiques en 2015 (OCDE, 2017). En Algérie, ils représentent plus de 20 % du PIB. Source REVUE DU SYSTÈME DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS EN ALGÉRIE © OCDE 2019.

<sup>4</sup> La notion de la commande publique est constitutionalisée par le truchement de la dernière révision constitutionnelle de 2020 (JORADP N° 82 du 30 décembre 2020) pour assurer de meilleures transparence, prévention et lutte contre la corruption. Ainsi, l'article 24 de la nouvelle constitution dispose que « Toute création d'emploi public ainsi que toute commande publique, ne répondant pas à un besoin d'intérêt général sont prohibées ».

<sup>5</sup> BRACONNIER Stéphane, Précis du droit de la commande publique, Éditions Le Moniteur, 2017.

international, lesquelles ont également connu un chemin long et laborieux avant leur consécration<sup>6</sup>.

6. L'ouverture de la réglementation algérienne aux standards internationaux renvoie nécessairement à la question de l'évolution du système juridique algérien. Tel qu'il est préconisé par Ramdane BABDJI, l'étude des mutations du champ juridique en Algérie doit pouvoir intégrer en même temps une analyse de la formation de ce droit pour en restituer la ou les logiques de constitution (influence du droit colonial, constitution et idées-forces du mouvement national, formation de la caste des juristes, "algérianisation du droit", etc.), et une analyse du déploiement de ce droit pour cette fois en restituer la ou les logiques de fonctionnement<sup>7</sup>.
7. Traiter du droit algérien permet de lever en partie le voile sur une double difficulté. La première tient aux problèmes concrets et compliqués auxquels ont donné lieu en

---

<sup>6</sup> L'élaboration d'un cadre juridique propre au commerce international a fait l'objet de nombreuses mutations au fil des années. Dans une quasi-dualité, droit interne et droit international se font face, tempérés par le droit international privé propre à chaque État. Le premier découle des pouvoirs régaliens des États et semble constituer la source première du droit régissant les activités économiques, tandis que le second tente de porter un compromis au prix de sacrifices des États ( MANIRUZZAMAN ABUL F.M., « « The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? » », *Am. Univ. Int. Law Rev.*, Vol.14, 1999.).

Face à l'insuffisance de ces droits à réguler de manière satisfaisante les relations commerciales aussi bien des États que des particuliers, un droit "intermédiaire" s'est progressivement mis en place. On a ainsi pu parler de droit transnational ou de droit anational, illustrant par conséquent l'existence d'un ensemble de règles n'étant ni *stricto sensu* du droit national ni du droit international mais inspiré de ceux-ci : la loi des marchands, la Lex mercatoria (VIEILLARD Guillaume, *La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, thèse pour l'obtention du grade de Docteur, soutenue publiquement, le 14 mars 2012 Université de Bourgogne* [en ligne], thèse doctorat, Dijon, 2014.). La notion de lex mercatoria, à la différence de celle de règle transnationale ou de principe général du droit du commerce international, met l'accent sur le contenu des normes davantage que sur leur mode de formation. En insistant sur la nécessité de dégager un droit adapté à la société des marchands, l'expression paraît postuler *a contrario* l'inadéquation des droits étatiques pour régir les relations commerciales internationales ( GAILLARD EMMANUEL, « Trente ans de Lex Mercatoria Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *J. Droit Int.*, 122, 1995.).

<sup>7</sup> BABADJI Ramdane, « Le syncrétisme dans la formation du système juridique algérien », in *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc, CEDEJ - Égypte/Soudan, 2013*, [consulté le 3 octobre 2020].

Algérie, et plus généralement dans les pays postcoloniaux, la conception et la mise en place de systèmes de normativité adaptés à leurs besoins. Le premier problème qui surgit dès qu'un État accède à l'indépendance, prévient Ahmed Mahiou, "est le dilemme de la continuité ou de la rupture de l'ordre juridique reçu en héritage"<sup>8</sup>. En effet, le doyen Mahiou, estime, à juste titre, que dès qu'un nouvel État apparaît, le problème se pose de savoir quelle est la conséquence sur le plan du droit. Cela se pose d'abord en matière de droit international. Il est important pour les autres États de savoir est-ce que le nouvel État est enclin d'assumer ou non l'héritage des engagements antérieurs et d'identifier ainsi le contenu des relations avec lui<sup>9</sup> ?

C'est donc l'éternelle question de la rupture ou la continuité du système juridique colonial qui est posée à chaque fois qu'un pays accède à l'indépendance et l'exemple de l'Algérie est particulièrement intéressant, voire exemplaire, en raison de la particularité de la colonisation qu'elle a subi et de son processus de décolonisation à la suite d'une longue lutte de libération de près de huit années ainsi que de son projet de construction du nouvel État, d'une nouvelle société et donc d'un nouveau système juridique<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> KHALFOUNE Tahar, « Système juridique en Algérie – Un pluralisme normatif désordonné », *Rev. Int. Droit Comparé*, 67, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2015.

<sup>9</sup> Selon le Doyen Ahmed Mahiou, , dans son article qui s'articule autour de la problématique de la "Rupture ou continuité du droit en Algérie", c'est le problème classique de la succession d'États qui trouve sa solution dans les règles du droit international, qu'il soit conventionnel ou coutumier. Il soutient de surcroît que la succession se pose, également, pour le droit interne, et il appartient normalement à chaque État de déterminer son système juridique, ce qui est d'ailleurs une manifestation de sa nouvelle souveraineté. Toutefois, lorsqu'il y a eu une domination coloniale, le système va porter inévitablement la marque de la colonisation puis de la décolonisation, avec des réactions contrastées entre le souci de la continuité et celui du changement voire de la rupture . AHMED MAHIOU, « Les séquences du changement juridique en Algérie. Cinquante ans de droit (1962- 2012) », *Insaniyat*, 2012.

<sup>10</sup> En effet, l'Algérie n'a pas été une colonie comme les autres, car si la colonisation a commencé de la même façon qu'ailleurs, elle a pris une autre forme à partir du moment où elle a été soumise à un statut qui va l'intégrer progressivement à la France, pour en faire finalement, des départements français d'Algérie. De ce fait, son statut colonial s'est effiloché pour aboutir à la disparition des particularités établies par les statuts successifs de l'Algérie. *Ibid.*

8. Inspiré de la réflexion du doyen Mahiou<sup>11</sup>, l'éminent Professeur Chérif Bennadji est allé au-delà de l'approche comparatiste « droit algérien »/ « droit français » qui découlait de cette réflexion et qui interrogeait la production scientifique en droit durant la première décennie après l'indépendance tant et si bien que tout se passait comme si les doctorants (mais ceci est également valable pour la production doctrinale) se devaient d'adopter nécessairement cette approche, qui bien qu'étriquée, était perçue comme fondamentale<sup>12</sup>. Le point de départ de l'approche, somme toute intéressante, développée par le professeur Bennadji démarre de l'hypothèse, méthodiquement illustrée, que le chercheur, dans tout travail scientifique en droit, devrait être confronté en réalité, non à une, mais plutôt à deux problématiques<sup>13</sup>.
9. L'intérêt de cette approche, très pertinente à notre avis, réside dans sa façon de distinguer le niveau systémique ou "macro juridique" du niveau "micro juridique". En somme, contrairement à une idée largement reçue dans la communauté scientifique des juristes, dans toute thèse de doctorat, ces derniers seraient enclins à mettre nécessairement en œuvre deux problématiques<sup>14</sup> :

---

<sup>11</sup> Cette contribution a été également publiée in Mahiou (Ahmed).- Etudes de droit public algérien. Office des Publications Universitaires. Alger, 1984, pp.133-156. Le professeur BENNADJI considère l'article du doyen Mahiou comme plus qu'une réflexion de circonstance pour marquer une commémoration, mais un véritable manifeste qui synthétiserait et cristalliserait la problématique des sciences juridiques en Algérie durant les premières décennies de l'indépendance du pays.

<sup>12</sup> CHERIF BENNADJI, « De quelques réflexions à propos de la problématique dans la thèse de doctorat en droit (à partir de l'exemple algérien) », Ann. Univ. Alger 1, 2016.

<sup>13</sup> Avant de développer sa réflexion, le professeur Bennadji rappelle à juste titre qu'un consensus existe pour affirmer que dans le cadre d'une thèse de doctorat définie comme une idée générale autour de laquelle s'ordonnent tous les développements, il ne peut y avoir qu'une seule problématique. C'est le point de vue développé par exemple (mais pas seulement) par le professeur Raymond Cassin dans ses remarquables conseils aux doctorants publiés sous le titre « une méthode de la thèse de doctorat en droit ». Nonobstant ce consensus autour de l'idée d'unicité de la problématique dans une thèse de doctorat, l'éminent professeur s'interroge sur la pertinence d'un tel paradigme. *Ibid.* P 54.

<sup>14</sup> *Ibid.* P 55.

- ✓ a) Une problématique générale et transversale à toutes les spécialités et branches du droit d'un pays donné à un moment donné que la communauté des juristes (qu'ils soient algériens ou travaillant sur le droit algérien) en tant qu'intelligence collective, s'attacherait à résoudre. Même lorsqu'elle n'est pas expressément formulée et adoptée dans une recherche donnée, cette problématique générale serait néanmoins présente et à l'œuvre en ce qu'elle surdéterminerait nécessairement toute réflexion juridique. Aussi cette problématique pourrait-elle recevoir la qualification de « macro juridique » car valable ou applicable à l'ensemble du système juridique considéré.<sup>15</sup>
  
- ✓ b) Une problématique particulière ou spéciale adoptée par le chercheur pour son objet d'étude et donc également par le doctorant dans le cadre de sa thèse. Ce second type de problématique pourrait être qualifié de « micro juridique ». La problématique évoquée ici, on l'aura compris, est constitutive du fameux « angle d'attaque » du sujet traité dans la thèse<sup>16</sup>.

10. Le professeur Bennadji a placé la problématique macro juridique au cœur du niveau de développement atteint par le système juridique du pays, soit sujette à évolution, modification, innovation, etc. Aujourd'hui, après un peu plus de soixante années d'indépendance et de nombreuses transformations ayant affecté la formation économique et sociale algérienne et donc également son orientation juridique, il est impérieux de s'interroger sur la pertinence d'une problématique générale construite

---

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid.

autour du couple rupture/continuité par rapport au droit français<sup>17</sup>. Il devient donc nécessaire d'adapter cette problématique générale pour qu'elle soit au diapason du degré de développement du système juridique algérien à l'ère de l'ouverture tous azimuts au droit international en général, et aux standards internationaux en particulier<sup>18</sup>.

La référence aux standards internationaux est désormais, en Algérie, le leitmotiv du discours de tous les ministres et cadres supérieurs de l'Etat. Quel que soit le domaine ou le secteur, l'heure est à la mise à niveau par rapport aux standards universels actuels. Pour emprunter une formule du doyen Mahiou à propos du processus historique de construction de l'Etat de droit dans le monde (dit) arabe, "il en résulte une quête de standards universels..."<sup>19</sup>.

11. A l'aune de cette nouvelle tendance de quête de standards universels, le professeur Bennadji oriente, à juste titre, les doctorants souhaitant inscrire, de nos jours, une

---

<sup>17</sup> Le doyen Mahiou soutient que le changement juridique en Algérie obéit, en cinquante ans, à trois séquences successives. La première, 1960-1973, est celle de la continuité. La seconde qui couvre les années 1970 jusqu'au milieu des années 1980 consacre une rupture apparemment complète avec l'héritage juridique colonial. « Enfin, depuis la fin des années 1980, succède un troisième moment qui dure encore et qui opère, à bien des égards, un retour à la première phase, permettant de dire que le cycle du droit algérien a fait sa révolution complète en ce sens qu'il est revenu au point de départ. Naturellement, il ne s'agit pas d'un retour au droit colonial, mais d'une tentative encore inachevée et parfois contradictoire de libéralisation du système juridique et d'insertion dans la mondialisation. ». Dans le cadre de cette troisième séquence, l'observateur attentif du système juridique algérien est confronté de manière itérative à une interrogation qui pourrait constituer le noyau dur d'une nouvelle problématique susceptible d'être utilisée dans toutes les branches du droit contemporain. On tiendrait là la nouvelle problématique macro juridique. *Ibid.* P 56.

<sup>18</sup> Si l'on se réfère à l'article du Professeur Bennadji, l'étendue de la nouvelle problématique Macro juridique commence à se dégager déjà des discours de l'ex chef de l'Etat, Abdelaziz Bouteflika, lequel, dans une interview accordée par ce dernier à l'Agence France Presse (AFP) et reprise par le quotidien gouvernemental El moudjahid dans sa livraison du 12 décembre 2012, déclare que : "En 2011, j'ai estimé que la société algérienne avait atteint un niveau de développement et de maturité qui permettrait le franchissement d'une nouvelle étape dans le fonctionnement des institutions de l'Etat, des partis politiques et des médias, à même d'amener notre dispositif législatif et réglementaire aux standards universels actuels." Enoncés suite au fameux « printemps arabe » et consécutivement aux émeutes ayant secoué l'Algérie en janvier 2011, ces propos font référence à la série de textes et mesures adoptés notamment en 2012 dans l'attente de la révision de la constitution. De plus, le 2 mars 2014, dans un message à l'occasion de la célébration du cinquantième anniversaire de l'installation de la Cour Suprême, le chef de l'Etat n'a pas manqué de développer les tenants et aboutissants de la réforme de la justice, érigée, dès 1999, en « priorité nationale ». Dans cette perspective, Mr Bouteflika devait déclarer que le « processus de modernisation du secteur et de création de mécanismes juridiques adaptés aux standards internationaux visent la consécration des principes du procès juste et équitable ». *Ibid.* P 57.

<sup>19</sup> *Ibid.* P58.

recherche en sciences juridiques de composer impérativement avec "la problématique macro-juridique" qui correspond au degré de développement du moment du système juridique algérien : Quelle que soit la branche du droit dans laquelle s'exercera la recherche, il s'agira en effet et nécessairement de se demander dans quelle mesure le dispositif juridique objet de l'étude serait (ou ne serait pas) en conformité avec les standards universels que nul juriste (même « l'interniste<sup>20</sup> ») ne peut plus ignorer. C'est assez dire que pour la génération actuelle des doctorants, la problématique générale ne se poserait plus en termes de rupture et de continuité du droit algérien par rapport au droit de l'ancienne puissance coloniale mais en termes de niveaux et de degrés d'adéquation du nouveau droit algérien par rapport aux standards internationaux<sup>21</sup>.

Sous le prisme de cette problématique macro-juridique (générale), nous souhaitons mesurer le degré d'adéquation de la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics par rapport aux standards internationaux<sup>22</sup>.

12. La plupart des recherches portent sur les acteurs locaux qui adoptent des idées ou des institutions et s'intéressent peu à la façon dont ces idées, ces pratiques et ces innovations ont d'abord été choisies par les promoteurs d'un modèle. Aussi proposons-nous de traiter la standardisation comme un processus grâce auquel une

---

<sup>20</sup> celui travaillant sur le droit interne

<sup>21</sup> CHERIF BENNADJI, *op. cit.* P59

<sup>22</sup> Avant cela, il importe de préciser qu'un examen attentif de la doctrine montre que le concept de standard a connu deux temps historiques dans la normativité internationale. Il s'agit, d'une part, de la conception traditionnelle du standard esquissée par le doyen Roscoe Pound<sup>22</sup> et, d'autre part, de l'irruption et la prolifération sous tous azimuts des normes techniques et scientifiques dans l'univers du droit dont la standardisation constitue le vecteur normatif. Avec le doyen Pound, le concept de standard, comme mesure de la normalité, est appréhendé exclusivement du côté de l'interprète – en l'occurrence le juge. En soi, cela se justifie parfaitement car, en dernière analyse, c'est le juge qui détermine à l'aide de critères objectifs le contenu et l'étendue exacte de tel ou tel standard. Force est cependant de constater que cette vision réduit considérablement la portée et surtout le rôle important que jouent de plus en plus les standards techniques dans la normativité juridique internationale. En effet, comme l'affirme un auteur, « la complexité des situations et des relations que l'on rencontre dans l'ordre international, explique que la normalisation internationale soit demandeuse et porteuse de technicité ». Cette complexification a une incidence sur la règle de droit qui doit désormais tendre à objectiver les éléments de la science et de la technique. AWALOU OUEDRAOGO, « Standard et standardisation », *Rev. Québécoise Droit Int.*, 2013.

pratique est identifiée dans son propre milieu par les décideurs, des ONG ou d'autres acteurs internationaux, puis reconfigurée en une sorte de « modèle standard » ou de matrice qui puisse être utilisée dans un autre contexte. La création d'un tel standard implique souvent de remplacer les particularités locales de l'original par des normes et des pratiques plus acceptables. Cette adaptation suppose un processus de réinterprétation et de reformatage, c'est-à-dire l'élaboration d'une pratique ou d'une norme qui favorise la coordination et la coopération entre les acteurs d'un réseau donné. Souvent, les idées deviennent alors quasi génériques. En cours de route, elles s'imposent aussi comme le standard sur la base duquel les pratiques de ceux qui l'adoptent seront évaluées<sup>23</sup>.

13. La difficulté de parvenir à une définition de la notion de droit s'exacerbe, selon le professeur Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, lorsque l'on appréhende la relation entre règle de droit, norme et standard en droit international. Cette relation témoigne de la difficulté à cerner le contenu de la normativité à l'échelle internationale<sup>24</sup>. Cette difficulté émane du concept même de standard qui est polysémique et polymorphe dans ses fonctions dans la mesure où il renvoie, tantôt à une norme incontestée de droit international, tantôt à des principes n'ayant pas un seuil de normativité suffisant pour répondre à la définition de "norme". De façon spécifique, le standard renvoie à une norme impliquant l'idée d'un niveau à atteindre ou d'un modèle auquel il faut se conformer et par rapport auquel l'évaluation d'une situation ou d'un comportement doit être opérée.

Le professeur BOISSON DE CHAZOURNES souligne, à juste titre, dans son article, que les règles de droit et standards interagissent dans le cadre de « système

---

<sup>23</sup> ANCELOVICI Marcos et JENSON Jane, « La standardisation et les mécanismes du transfert transnational », *Gouv. Action Publique*, VOL. 1, Presses de Sciences Po, 2012.

<sup>24</sup> BOISSON DE CHAZOURNES, LAURENCE., « Normes, standards et règles en droit international. In: Brosset, Estelle.. et al. *Les enjeux de la normalisation technique internationale : entre environnement, santé et commerce international*. Paris. », *Doc. Fr.*, 2006.

normatifs complexes »<sup>25</sup> dans lequel les normes jouent une double fonction : une fonction de « conservation » qui est beaucoup plus le propre de la « règle de droit » et une fonction de « transformation » du système qui serait la caractéristique même de la standardisation internationale. Le système normatif de toute société organisée tend à utiliser les deux mécanismes, c'est-à-dire à faire alterner les opérations de conservation avec celles de transformation. Aussi, l'« interaction » entre standards et règles de droit semble être le concept le mieux à même de refléter la réalité de la normativité internationale. Les standards et règles de droit agissent à l'image d'électrons qui gravitent autour du noyau central de l'atome que constitue la norme. L'interaction se manifeste par la dialectique suivante : les standards internationaux jouent un rôle dans la « fabrication » de la règle de droit international et cette dernière remplit une fonction de « captation » vis-à-vis des standards internationaux.

Les travaux du professeur BOISSON DE CHAZOURNES ont le mérite de mettre en exergue la fonction "correctrice", voire "compensatrice", des standards internationaux vis-à-vis de la règle de droit international<sup>26</sup>. La fonction correctrice ou compensatrice de la standardisation a pour intérêt de permettre aux divers acteurs

---

<sup>25</sup> Il faut le citer en opposition au « Système normatif simple ». Selon le spécialiste de la philosophie du droit, Norberto Bobbio, « un système normatif simple » est un système qui remplit sa propre fonction, celle d'orienter, de guider et de contrôler un certain type de comportements, sans recourir à aucune norme du second degré (tel par exemple, des standards). Il existe toutefois des situations dans lesquelles la fonction d'orientation, de guide et de contrôle d'un certain type de comportement ne peut être remplie par un système normatif simple. Dans de telles situations, ce dernier ne réussit pas à obtenir que la majeure partie de ses règles soit observée par la majeure partie de ceux auxquels elles sont destinées. Bobbio explique que « si l'on admet qu'une différence existe entre les règles d'un système et les comportements des États/individus pour qui ce système est fait, il y a deux façons d'éliminer cette différence: ou bien agir sur les comportements de façon à obtenir que les actions des États/individus correspondent le plus possible à ce que disent les règles; ou bien, agir sur les règles de façon à obtenir que ce que disent les règles corresponde le mieux possible à ce que font les États/individus ». Dans les deux cas de figure des standards internationaux peuvent être formulés. *Ibid.*

<sup>26</sup> En effet, les canaux traditionnels de production de la règle de droit international obéissent à une logique *ralione temporis* qui s'accommode parfois peu avec les besoins des divers acteurs sur la scène internationale. Dans l'ordre juridique international, le standard donne une mesure moyenne de conduite sociale, susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée. La règle de droit donne une solution stable à une hypothèse déterminée. Stabilité quant aux faits prévus et stabilité quant à la solution applicable à ces faits, voilà le trait caractéristique de la règle. Le standard présente quant à lui des aspects de souplesse et d'adaptabilité. Ceux-ci répondent de manière adéquate aux besoins d'adaptation et d'évolution, ces caractéristiques l'emportant sur le besoin de sécurité juridique.

étatiques et non-étatiques d'agir ex ante sur la réglementation de certaines activités ou de compléter ou d'adapter ex post les règles déjà définies dans des instruments formels tels les traités internationaux. Les standards internationaux participent de ce fait d'une logique « processuelle » qui vise à modéliser, moduler et orienter le comportement des États et des autres acteurs de la scène internationale. Le contenu du standard évoluera au gré des connaissances, des besoins et des capacités et ne se fige pas sur l'élaboration d'une obligation précise. Les standards participent également au processus de "concrétisation" de la règle de droit international dans la mesure où ils comblent le déficit laissé par des normes formelles et traditionnelles<sup>27</sup>.

14. Mieux encore, les standards internationaux "orientent" l'application de la règle de droit international, dans la mesure où dans la sphère du commerce international, par exemple, les standards internationaux jouent la fonction de dénominateur commun qui permet de prévenir le protectionnisme, les restrictions déguisées au commerce et les discriminations abusives dans les échanges commerciaux internationaux. Ils bénéficient ainsi d'une légitimité et constituent un référentiel juridique sur lequel l'on peut se baser pour évaluer et qualifier le comportement d'un Etat par rapport à une question donnée<sup>28</sup>.

15. La juridicité d'un standard suppose l'existence d'une habilitation de son auteur à exercer un pouvoir normatif. Mais entendons-nous bien : il ne suffit pas qu'il y ait habilitation pour qu'il y ait du « droit ». Il faut encore que la proposition considérée s'inscrive dans la chaîne des prescriptions juridiques posées par l'ordre juridique international<sup>29</sup>, basé sur deux éléments fondamentaux : l'universalité et le consensus.

---

<sup>27</sup> BOISSON DE CHAZOURNES, LAURENCE., *op. cit.*

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

Si ce constat semble évident, il demeure en réalité plus complexe. En effet, en assurant une véritable représentativité des participants à ce processus qui soit conforme aux aspirations de la communauté internationale, les instruments juridiques et les normes ainsi élaborés ne trouveront leur véritable force normative qu'au travers de leur adoption par un réel consensus. Aussi, l'institutionnalisation de la CNUDCI est-elle confrontée à ces éléments qui, portés à leur paroxysme, contribuent à légitimer le processus normatif dans lequel elle se veut être le moteur<sup>30</sup>.

16. Face à l'internationalisation fulgurante de l'économie mondiale et à l'impulsion donnée par la communauté internationale des marchands, les États ont pris conscience de la nécessité et de l'urgence d'élaborer un ensemble cohérent d'instruments et de normes qui constituerait un cadre juridique efficace pour les activités du commerce international. Il s'agit donc de moderniser les nombreuses réglementations nationales et régionales qui régissaient jusqu'alors les échanges internationaux au travers d'un organe suffisamment représentatif et de nature permanente capable de relever ce défi. L'ONU, organisation internationale universelle, étant le choix idéal<sup>31</sup>. L'évocation de la création d'un organe juridique chargé d'harmoniser et d'uniformiser le droit commercial international au sein de l'ONU se concrétise en 1964, par le truchement du rapport SCHMITTHOFF qui précise, entre autres, que :

---

<sup>30</sup> VIEILLARD Guillaume, La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, thèse pour l'obtention du grade de Docteur, soutenue publiquement, le 14 mars 2012 Université de Bourgogne [en ligne], thèse doctorat, Dijon, 2014. P35.

<sup>31</sup> NGUYÊN Quôc Dinh, DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias et al., Droit international public [Texte imprimé], LGDJ, 2009. P 374

*« Il n'existe à l'ONU aucun organe qui soit techniquement compétent dans ce domaine ou qui puisse consacrer suffisamment de temps à une tâche aussi complexe et d'aussi longue haleine »<sup>32</sup>.*

Cette création<sup>33</sup> s'inscrit dans un contexte particulier qu'il conviendrait de rappeler. En effet, subséquentement à l'échec des deux conventions internationales adoptées par l'Institut international pour l'unification du droit privé "UNIDROIT" – la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye – 1964) et la Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye – 1964), la méfiance des pays en développement est telle qu'une mention expresse de leur participation pleine et active est incluse dans le mandat de la CNUDCI qui prévoit "une pleine participation des pays en développement"<sup>34</sup>.

17. Principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international et organe juridique à participation universelle spécialisé dans la réforme du droit commercial dans le monde depuis plus de 50 ans, la

---

<sup>32</sup> VIEILLARD Guillaume, La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international [en ligne], thèse, Dijon, 2014.

<sup>33</sup> La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) est officiellement créée par la Résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966 de l'Assemblée Générale des Nations Unies.

<sup>34</sup> Source, site officiel de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (<https://uncitral.un.org/fr/about>)

CNUDCI s'attache à moderniser et à harmoniser les règles du commerce international<sup>35</sup>.

L'Assemblée générale de l'ONU a estimé que les disparités entre les diverses lois nationales régissant le commerce international constituaient des obstacles au déroulement des échanges ; et elle a considéré la Commission comme le moyen par lequel l'Organisation des Nations Unies pourrait contribuer plus activement à réduire ou aplanir ces obstacles. Ainsi, la Commission est devenue l'organe juridique principal du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international tant et si bien qu'elle a été mandatée par l'Assemblée générale afin d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international.

La Commission comprend soixante (60) États membres élus par l'Assemblée Générale, lesquels sont choisis de manière qui permet à ce que les différentes régions géographiques et les principaux systèmes économiques et juridiques du monde soient représentés. Ils sont élus pour un mandat de six ans, la Commission étant renouvelée par moitié tous les trois ans.

18. L'Algérie avait été élue en tant que membre de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International durant quatre (4) mandats qui s'étalent sur trois (3) périodes distinctes : (1983-1989), (1995-2001) et (2004-2016). Le dernier mandat de l'Algérie comme membre de la CNUDCI a pris fin en date du 26 juin

---

<sup>35</sup> Plus de quarante-cinq années après sa création, la CNUDCI poursuit son œuvre dans les domaines les plus importants du droit commercial international tels que l'arbitrage commercial international, la vente internationale de marchandises, le droit des sûretés, l'insolvabilité, les paiements internationaux, le transport international de marchandises, le commerce électronique, la passation de marchés et le développement des infrastructures. En adoptant divers instruments juridiques par le biais d'un processus de négociation intégrant les Etats ainsi que certaines organisations intergouvernementales et non gouvernementales, la CNUDCI met à la disposition de la communauté internationale des marchands les outils juridiques nécessaires permettant de faciliter et de sécuriser les opérations du commerce mondial. La présente thèse analyse la manière dont la CNUDCI contribue au renforcement du droit commercial international en adoptant un ensemble de règles juridiques sur les opérations commerciales internationales. VIEILLARD Guillaume, *La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, thèse pour l'obtention du grade de Docteur, soutenue publiquement, le 14 mars 2012 Université de Bourgogne [en ligne], thèse doctorat, Dijon, 2014.*

2016, tel qu'il ressort des documents publiés par l'Assemblée Générale de la commission<sup>36</sup>.

19. Les mandats successifs de l'Algérie en tant que membre de la CNUDCI, corrobore la thèse de sa collaboration active dans l'élaboration des lois types élaborées par cette institution, surtout si l'on sait que les normes élaborées par la CNUDCI sont négociées, sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, par les experts et les représentants des États membres. L'on peut déduire donc que l'Algérie avait activement participé à l'élaboration de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics<sup>37</sup>.

20. Cette contribution de l'Algérie aux travaux ayant conduit à l'élaboration de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics est d'autant plus incontestable qu'il est admis que l'Algérie a marqué de sa présence les travaux de douze (12) sessions sur les seize (16) ayant réuni les groupes de travail chargés, par la commission des Nations unies, de la modification de la loi type de 1994 pour aboutir à la nouvelle mouture de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU par le truchement de la Résolution 66/95 du 9 décembre 2011. En effet, durant la période allant de 2004 à 2012, l'Algérie fut régulièrement représentée dans les sessions successives animées par les groupes de travail de la CNUDCI, lesquelles qui ont abouti, in fine, à l'adoption de la mouture actuelle de la loi type de la CNUDCI, en vigueur depuis décembre 2011.

---

<sup>36</sup> Voir le communiqué de presse publié par l'Assemblée Générale des Nations Unies, en date du 20 juin 2016, portant la référence UNIS/L/231.

<sup>37</sup> Afin d'avoir une idée plus précise sur le degré, les moyens, la manière et les formes de la contribution de la délégation algérienne dans l'élaboration de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, nous avons sollicité le Ministère des Affaires Etrangère algérien mais toutes nos demandes d'information sont restées sans suite.

En tout état de cause, cette participation intensive explique, dans une large mesure, les marques d'influence de la loi type de la CNUDCI sur la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics, en vigueur depuis 2015.

Cette participation a d'ailleurs réussi à créer cette jonction extraordinaire entre la législation algérienne des marchés publics et les prérequis en vogue au sein du droit commercial international pour rendre possible cette ouverture aux standards internationaux, laquelle est fortement mise en évidence dans le décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public. Ceci est d'autant plus vrai que l'exposé des motifs ayant précédé ce décret affiche l'étendard de cette ouverture aux normes internationales tant et si bien qu'il y consacre une nouvelle tendance jusque-là quasiment impensable<sup>38</sup> dans le domaine des lois dites "de souveraineté", telle que la réglementation des marchés publics<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Les sessions qui ont été marquées par la présence du représentant de l'Algérie sont les suivantes : La 6ème session, 30 août - 3 septembre 2004, Vienne) ; La 7ème session, 4-8 avril 2005, New York ; La 8ème session, 7-11 novembre 2005, Vienne ; La 9ème session, 24-28 Avril 2006, New York ; La 10ème session, 25-29 septembre 2006, Vienne ; La 12ème session, 3-7 septembre 2007, Vienne ; La 13ème session, 7-11 avril 2008, New York ; La 14ème session, 8-12 septembre 2008, Vienne ; La 15ème session, 2-6 février 2009, New York ; La 17ème session, 7-11 décembre 2009, Vienne ; La 20ème session, 14-18 mars 2011, New York et la 21ème session, 16-20 avril 2012, New York.

Par contre, pour des raisons que nous ne saurons expliquer, l'Algérie n'a pas participé aux sessions ci-après : La 11ème session, 21-25 mai 2007, New York ; La 16ème session, 26-29 mai 2009, New York ; La 18ème session, 12-16 avril 2010, New York et la 19ème session, 1-5 novembre 2010, Vienne.

<sup>39</sup> Force est d'admettre que la question de l'internationalisation de la réglementation algérienne est une question qui concerne, pas uniquement le domaine des marchés publics, mais plutôt tout le système juridique algérien. Depuis l'indépendance, l'Algérie a commencé son chemin vers l'internationalisation de ses normes, sans pour autant tempérer sa lutte pour la transformation du droit international. Le doyen Madjid Benchikh a d'ailleurs souligné que l'Algérie, au cours des années 1969 et 1970, a œuvré de plusieurs manières pour la transformation du droit international. Selon le doyen Benchikh, les voies les plus aptes à constituer des instruments de création ou de transformation des règles de droit international sont évidemment les traités, sans omettre les résolutions des organisations internationales qui peuvent jouer un rôle dans la formation ou la transformation des règles du droit international. HENRY Jean-Robert et VATIN Jean-Claude (dir.), *Le temps de la coopération*, IREMAM ; Karthala, 2012. PP 133 à 140.

L'évocation par le doyen Benchikh du rôle des résolutions des organisations internationales dans la transformation du droit international, nous amène à invoquer la corrélation avec la résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966 et la résolution 66/95 du 9 décembre 2011, adoptées par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies qui portent respectivement sur la création de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) et l'adoption de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

D'ailleurs, il est facile de remarquer que la nécessité de s'inspirer des exigences des institutions internationales et des standards internationaux pour moderniser la réglementation algérienne des marchés publics est le maître-mot qui revient avec insistance, et d'une manière assumée, dans ledit exposé des motifs, lequel précise clairement dans sa conclusion que :

*"En conclusion, il y a lieu de signaler que les amendements objet de ce projet de texte et les nouvelles mesures proposées, qui répondent aux préoccupations des services contractants et des opérateurs économiques, s'inspirent des standards internationaux et des recommandations des institutions internationales (Banque mondiale et Union européenne), pour la modernisation de la gestion des finances publics"<sup>40</sup>.*

Cette déclaration confirme que la nouvelle réglementation des marchés publics est conçue sous l'influence des standards internationaux et des institutions internationales, lesquels se placent désormais comme les principales sources d'amélioration et de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics. Mais, une situation mérite tout de même d'être mise en exergue puisque au moment où les institutions internationales se trouvent nommément citées dans ledit exposé des motifs, les standards internationaux sont, quant à eux, évoqués sans la moindre indication des sources d'influence qui sont potentiellement admises !

Néanmoins, quand bien même les standards internationaux seraient cités d'une manière générale, il n'en demeure pas moins que tout plaide à croire que c'est finalement la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui est potentiellement visée dans la mesure où elle est la référence absolue en matière de travaux de standardisation dans le domaine des marchés publics.

21. L'existence d'un lien, somme tout irréfutable, entre la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et la réglementation algérienne des marchés publics

---

<sup>40</sup> Exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public.

est une question cruciale qui mérite d'être minutieusement étudiée sous le prisme de la problématique suivante :

**Quel est le degré de l'impact de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sur la réglementation Algérienne des marchés publics ?**

22. Il est donc clair que c'est à travers cette problématique macro-juridique que nous allons mesurer le degré d'adéquation de la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics par rapport à la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, en tant que le standard international le plus évident et le plus en vue dans le domaine du commerce international.

Il y a lieu de préciser, de prime abord, qu'il n'est nullement question de s'inscrire ici dans une approche typiquement comparatiste mais de développer plutôt des éléments de réponse à notre question centrale, et ce afin de mesurer l'impact factuel de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sur la réglementation algérienne des marchés publics. Pour y parvenir, il est nécessaire de traiter, ce faisant, des questionnements accessoires qui aideraient substantiellement à appréhender les aspects chronologiques, idéologiques et stratégiques ayant plaidé pour l'ouverture de la réglementation algérienne des marchés publics aux standards internationaux, il s'agit notamment de répondre aux interrogations ci-après :

- ✓ Comment le législateur algérien a pu concilier les intérêts divergents d'un attachement acharné à une souveraineté, alimenté par un acerbe complexe du colonisé, et une ouverture, de plus en plus inévitable, envers les standards internationaux ?
  
- ✓ Pourquoi doit-on s'intéresser, exclusivement et précisément, à la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics alors que le législateur algérien a évoqué les standards internationaux d'une manière générale ?

- ✓ Comment la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics est devenue l'un des principaux leviers de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics ?

23. Le traitement de notre question cardinale et les questionnements subsidiaires y afférents, se fera par le truchement d'une démarche méthodologique qui doit s'appuyer sur une recherche bibliographique et documentaire visant à exploiter et analyser tous les ouvrages, articles, rapports et documents officiels se rapportant à notre sujet.

24. Il y a lieu de souligner, au demeurant, que le traitement de la thématique de notre thèse revêt d'une importance capitale dans la mesure où elle contribue à faire avancer le débat juridique sur les sources internationales de la réglementation algérienne des marchés publics en défendant la thèse soutenant, d'un côté, que le législateur algérien a finalement franchi ce pas vers l'internationalisation en validant l'intégration de sources inédites pour moderniser les textes portant réglementation des marchés publics et en corroborant, d'un autre côté, la thèse soutenant que les standards internationaux auxquels le législateur algérien s'est référé dans l'exposé des motifs cité supra se limitent finalement à un seul et unique standard, à savoir loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

25. Ce travail de recherche aidera ainsi à lever le voile sur l'ambiguïté que le législateur algérien a voulu garder sur les standards internationaux auxquels il fait référence dans l'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247, et ce sans la moindre référence à une source bien précise. Ce faisant, cette thèse apporte des éléments factuels corroborant l'influence substantielle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sur la réglementation algérienne des marchés publics en poussant l'analyse jusqu'à la mise en exergue du rôle de cette loi type en tant que principal levier de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics pour être ainsi considérée comme le seul standard international à même d'être considéré comme source potentielle de la réglementation algérienne des marchés publics. Des juristes et des thésards seraient tentés de soutenir et/ou

d'enrichir cette thèse alors que d'autres seraient plutôt enclins de la contester ou d'y apporter des éléments contradictoires plaidant en faveur d'un ou plusieurs autres standards que nous avons probablement ignorés dans le cadre de nos recherches.

26. D'un autre côté, cette thèse fera nécessairement avancer le débat juridique sur la réglementation algérienne des marchés publics dans la mesure où il s'agit d'un premier travail de recherche qui s'intéresse aux marchés publics d'un angle différent des thématiques classiques attenantes aux aspects procéduraux et des approches comparatistes, en focalisant la recherche sur un sujet nouveau, jamais traité jusqu'ici, à savoir ; les sources internationales de la réglementation des marchés publics. Ceci est d'autant plus vrai que notre thèse ouvre les débats et interpelle les juristes et la doctrine sur des thématiques nouvelles subséquentes à la nouvelle tendance consacrant l'ouverture de la réglementation algérienne aux sources internationales.

A travers cette thèse l'on comprend mieux pourquoi la régénérescence de la notion de marché public, l'impact des sources internationales, la simplification du cadre juridique de la passation des marchés publics, les difficultés de financement des marchés publics, la modernisation des procédures de passation, les modes alternatifs de règlement de différends, les difficultés posées par l'exécution des marchés publics et le renforcement des contrôles des marchés publics, constituent les nouveaux plaidoyers pour une mutation positive du code des marchés publics algérien sous l'impulsion des recommandations des institutions internationales et l'impératif de la conformité aux standards internationaux.

Cette thèse a donc le mérite d'ouvrir les débats sur cette question cruciale afférente à l'une des sources internationales, sommes toutes annoncées et assumées, de la réglementation algérienne des marchés publics, à savoir les standards internationaux, et ce en mettant en exergue les éléments plaidant la thèse soutenant que les standards internationaux visés par le législateur algérien dans l'exposé des motifs du décret présidentiel de 2015, se résument, en fait, à un seul et unique Standard : La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

27. Dans le cadre du développement des éléments factuels plaçant pour la pertinence de notre thèse, nous ne pouvons, toutefois, pas ignorer le fait que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics traite uniquement d'une seule étape du processus global d'un marché public, la « passation de marchés » en l'occurrence, alors que la réglementation algérienne des marchés publics s'attèle à toutes les étapes qui l'encadrent, soit de « la passation » jusqu'au « règlement des différends », en passant par l'« exécution » et « le contrôle » des marchés publics. Cette différence significative nous impose de nous limiter, dans le cadre de cette recherche, à l'étude de l'impact de la loi type de la CNUDCI sur la réglementation algérienne en matière de « passation » de marchés publics et, accessoirement, en matière de « règlement de différends ». Ceci-dit, les étapes « exécution » et « contrôle » des marchés publics sont exclues du champ de notre étude.

28. Dans cette perspective, nous avons structuré notre travail en trois (3) parties :

- ✓ Partie 1 : Elle sera consacrée à l'étude de la réglementation algérienne à l'ère de l'ouverture aux sources internationales.

Dans le cadre de cette partie, nous allons traiter, en premier lieu, les sources internationales de la réglementation algérienne des marchés publics (Titre 1). Si l'on se réfère à l'exposé des motifs de la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics, les sources internationales se résument aux recommandations des institutions internationales (Chapitre 2) et aux standards internationaux (Chapitre 1). Dans le cadre de ce dernier chapitre nous allons accorder un intérêt particulier à la loi type de la CNUDCI dans la mesure où elle constitue le centre d'intérêt de notre travail de recherche.

Par ailleurs, cette ouverture, vers les sources internationales, étant l'aboutissement d'un processus jonché de difficultés, hésitations, engagement et désengagement, il serait intéressant de traiter, de prime abord dans le cadre de cette partie, les relations de l'Algérie avec les

organisations internationales. Ceci est d'autant plus nécessaire pour apprécier le développement de la relation de l'Algérie avec les organisations internationales, l'Organisation des Nations Unies (ONU) en particulier, pour parvenir *in fine* à s'exposer à l'influence de standards internationaux adoptés sous l'égide de ces dernières (Titre 2).

La CNUDCI étant un organe dépendant de l'Organisation des Nations Unies (ONU), il est nécessaire d'étudier particulièrement de la relation de l'Algérie avec cette dernière, qui est caractérisée, tantôt par une confrontation liée principalement aux considérations historiques de l'Algérie (Chapitre 1), tantôt par une coopération qui a abouti à une ouverture économique et juridique que l'on peut qualifier de révolutionnaire (Chapitre 2).

- ✓ Partie 2 : Elle sera consacrée au degré de participation de l'Algérie, aussi bien aux travaux d'actualisation et de modernisation du texte de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Titre 1) qu'à ceux afférents à l'actualisation et la modernisation du Guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI dans le droit interne des Etats adoptants (Titre 2).

Dans le cadre du premier titre dédié à la participation de l'Algérie dans la modernisation de la loi type, nous aurons à mesurer cette participation à travers les nouvelles dispositions visant à tenir compte des nouvelles pratiques (Chapitre 1), ainsi que celles motivées par la capitalisation des expériences acquises de l'utilisation de l'ancienne mouture de la loi type de la CNUDCI de 1994 (Chapitre 2).

Par contre, dans le cadre du Titre 2, dédié aux travaux d'actualisation du Guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI dans le droit interne des Etats adoptants, auxquels l'Algérie a participé, nous aurons à traiter particulièrement des travaux de la vingtième session du Groupe de

travail de la CNUDCI (Chapitre 1) ainsi que ceux de leur vingt et unième session (Chapitre 2).

- ✓ Partie 3 : Elle sera consacrée à l'étude des mécanismes qui ont permis à la loi type de la CNUDCI de devenir un levier de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics, notamment en ce qui concerne la « passation » des marchés publics.

Le premier Titre sera dédié à l'analyse du degré de la métamorphose de la réglementation algérienne des marchés publics, sous l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

Nous allons tenter, dans le cadre de cette partie, de mesurer le degré d'adaptation de la réglementation algérienne des marchés publics aux recommandations de la loi type de CNUDCI (Chapitre 1).

Dans le cadre de ce chapitre, nous allons tenter de mesurer l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, sur la réglementation algérienne des marchés publics, aussi bien en matière de principes fondamentaux de la commande publique (Section 1), qu'en matière de la passation des marchés publics (Section 2).

Cette adaptation pose cependant un sérieux problème en matière de l'adaptation de ses principes sur le plan pratique qui mérite d'être étudié dans le cadre du Chapitre 2 (Chapitre 2).

En effet, les valeurs véhiculées et recommandées avec insistance par la loi type de la CNUDCI, notamment en matière de transparence des procédures et l'égalité de traitement des candidats, sont vites confrontées au fléau de la corruption dans les marchés publics en Algérie qui rend la cohabitation impossible entre ces phénomènes antagonistes,

une question que nous allons étudier dans le cadre de la première Section (Section 1). Il est par ailleurs intéressant de mesurer, dans le cadre de la deuxième Section, les conséquences de ce fléau dont l'étendue dépasse le cadre interne pour prendre une dimension internationale (Section 2).

- ✓ Le Titre 2 de la 2<sup>ème</sup> Partie sera consacré à l'analyse de la contribution de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans le cadre de l'amélioration et la modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics (Titre 2).

Les aspects de modernisation les plus évidents, étant la dématérialisation des marchés publics (Chapitre 1) et l'intégration des procédés alternatifs de règlement des litiges dans le cadre de la nouvelle réglementation des marchés publics (Chapitre 2).

Dans le cadre du Chapitre 1, nous allons aborder le rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, dans la dématérialisation des marchés publics, en général (Section 1), avant de nous intéresser davantage à l'enchère électronique inversée, comme la forme la plus édifiante de cette dématérialisation (Section 2)

Dans le cadre du Chapitre 2, consacré au rôle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans la consécration des procédés alternatifs de règlement des litiges, nous allons, de prime abord, décortiquer le rôle de la loi type de la CNUDCI pour le développement de nouvelles formes de règlement de litiges, que ce soit en matière de procédés (le recours et la commission des recours) qu'en matière d'instruments de règlement amiable de différends (le comité de règlement amiable des litiges et l'autorité de régulation des marchés publics (Chapitre 1).

Dans le cadre de la Section 1 de ce 2<sup>ème</sup> Chapitre, nous allons tout d'abord essayer de comprendre le rôle joué par la CNUDCI pour la consécration du droit de compromettre dans la nouvelle réglementation des marchés publics, qui semble être consacré pour tempérer son caractère absolu depuis la publication du code de procédure civile et administrative en 2008 (Section 1).

Par ailleurs, nous ne pouvons pas évoquer la question de la consécration du droit de compromettre dans le cadre de la réglementation des marchés publics sans nous intéresser à la question épineuse relative à l'arbitrabilité des litiges dans le cadre des marchés publics, laquelle mérite d'être traitée à la lumière de son statut dans la réglementation algérienne (Section 2).

---

# **1. Partie 1 : La réglementation algérienne des marchés publics à l'ère de l'ouverture aux sources internationales**

---

29. Le processus de la mondialisation de l'économie connu des juristes est présenté à travers les différentes initiatives de modération, voire de disparition des contraintes normatives aux échanges internationaux permettant la libération du commerce international<sup>41</sup>.

30. L'ordre juridique international, appréhendé sous l'angle westphalien<sup>42</sup>, ne reconnaît que deux types de sujets<sup>43</sup> : les États et les organisations internationales<sup>44</sup>. L'internationalisation du droit est donc un phénomène particulièrement complexe qui se traduit, tantôt par l'importation en droit interne de sources externes, par intégration, spontanée ou contrainte, du droit étranger ou international (internalisation), tantôt par l'exportation du droit interne, par son extension, proposée ou imposée, hors des frontières nationales (externalisation). En conséquence, les relations internationales et les négociations diplomatiques deviennent de plus en plus juridiques, tandis que les opérateurs du droit sont de plus en plus confrontés aux interactions entre les différents ordres juridiques et à l'influence des relations économiques et financières. Autrement dit, il y a maintenant une imbrication du juridique, du politique et de l'économique qui

---

<sup>41</sup> ULLRICH Hanns, « La mondialisation du droit économique »., *Rev. Int. Droit Économique*, t. XVII, 2003. P 307.

<sup>42</sup> Les Traités de Westphalie, à l'origine du « système westphalien », un système de régulation mis en place au xviii<sup>e</sup> siècle dans les pays allemands, devenu depuis l'expression d'un système international durable de régulation entre États.

<sup>43</sup> L'éminent professeur Madjid Benchikh souligne à juste titre, dans son ouvrage « Droit international public » que la qualité de sujet de droit international dont on caractérise les États et les organisations internationales ne signifie pas que ces deux catégories de sujets ont le même droit et obligations dans l'ordre international. L'avis de la cour internationale de justice sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies est très éclairant à ce sujet. Il précise au demeurant que l'État est le principal acteur et de loin le principal sujet de droit sur la scène internationale dans la mesure où il est le seul sujet souverain du droit international. Les autres acteurs ou sujets de droit international sont soit des sujets secondaires, comme les « organisations internationales », soit des sujets occasionnels, dans certaines situations et sous certaines conditions, comme les personnes physiques ou morales.

<sup>44</sup> RABU Gaylor, « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *Rev. Int. Droit Économique*, t. XXII, 3, 2008. P102

renforce la place du droit international et du droit comparé dans les relations internationales<sup>45</sup>.

31. La notion d'internationalisation du droit a une grande valeur heuristique, qu'elle doit pour partie à sa polysémie, car elle permet de penser ensemble des phénomènes différents qui se conjuguent en droit contemporain. Au sens large, elle désigne l'effritement du modèle normatif représentant le monde comme un pavage d'États nations, jouissant chacun d'une pleine souveraineté. Ce modèle est celui qui a dominé l'étude et l'enseignement du droit après que le droit romano-canonique a progressivement perdu son statut de droit commun européen, et que la figure de l'État a été exportée dans le monde entier à la faveur des décolonisations. Une telle représentation de l'ordre juridique n'a, en vérité, jamais correspondu vraiment à la réalité. Elle masquait les liens de dépendance et d'allégeance qui ont toujours marqué les relations entre États. Mais cette représentation n'en a pas moins acquis la valeur d'une référence encore puissante et nous avons du mal à ne plus penser chaque droit national comme un système de normes clos sur lui-même, dont la clé de voûte est la souveraineté de l'État. L'internationalisation du droit est donc d'abord un constat : celui de l'affaiblissement de cette souveraineté au profit de normes supra ou infra-étatiques, dont le champ d'application déborde les frontières nationales<sup>46</sup>.

Quand bien même la notion de l'internationalisation du droit aurait réussi au fil du temps à s'imposer comme un concept usuel de la théorie du droit, elle continue à susciter plusieurs interrogations qui en font un ordre juridique difficile à appréhender de par sa complexité. La doctrine s'est en effet rendue compte à quel point il était commode, pour la compréhension du droit international, de l'envisager

---

<sup>45</sup> CANIVET M Guy, DELMAS-MARTY Mme Mireille, YANG M XIAO et al., « Mondialisation et internationalisation du droit, première rencontre du réseau ID (Internationalisation du Droit) Franco-chinois, Beijing 6-8 octobre 2008. »

<sup>46</sup> MIREILLE DELMAS-MARTY, ALAIN SUPIOT, MARTIN FRIEYRO, « L'internationalisation du droit : dégradation ou recomposition ? », *Esprit*, Volume n°11 novembre, Editions Esprit, 2012.

comme un tout et pas seulement dans ses différentes parties car, ce faisant, tout un ensemble de questions liées à sa définition, son existence, sa validité (ainsi que celles de ses éléments) trouvaient des réponses *a priori* plus fécondes.

32. Cette complexité se manifeste davantage dans le domaine de l'internationalisation des contrats publics. En effet, le droit des contrats publics se trouve de plus en plus fortement influencé par des règles et standards internationaux, qui produisent en lui diverses conséquences, affectant aussi bien le contentieux de ces contrats que les orientations de fond de leur régime et même les concepts sur lesquels celui-ci s'organise.

33. En toute évidence, l'Algérie n'est pas restée à l'écart de cette nouvelle tendance d'internationalisation du droit. Chemin faisant, notre pays est passé d'une ouverture contrainte sous l'influence des institutions internationales à la recherche d'une maîtrise de cette ouverture. Les réformes affectant l'orientation économique de l'Algérie constituent un élément important du processus de transformation engagé par le pays à partir de la seconde moitié des années 1980. La politique de réforme de l'économie se devait tout d'abord de délégitimer l'orientation protectionniste de la période précédente. Ainsi, durant la première moitié des années 1980, dans le cadre de "l'enrichissement de la charte nationale", une nouvelle rhétorique s'est développée, appelant à une "modernisation de l'économie" s'appuyant sur des "normes définies mondialement" et obéissant aux "lois universelles de la logique économique"<sup>47</sup>.

34. Cette ouverture économique, somme toute assumée, implique nécessairement la mise à niveau de l'arsenal juridique pour se mettre au diapason des exigences de l'économie mondiale et standards du droit commercial international, à travers notamment son ouverture aux sources internationales (Titre 1).

---

<sup>47</sup> ABBAS Mehdi, « L'ouverture commerciale de l'Algérie », *Rev. Tiers Monde*, 210, 2012. P2

Force est d'admettre, par ailleurs, que cette nouvelle orientation internationaliste n'est pas un aboutissement facile, eu égard notamment aux considérations historiques qui justifient, dans une large mesure, la frilosité des autorités algériennes, au lendemain de l'indépendance, à l'encontre des organisations internationales et, passant, des standards internationaux (Titre 2).

## **1.1 TITRE 1 : LES SOURCES INTERNATIONALES DE LA REGLEMENTATION ALGERIENNE DES MARCHES PUBLICS.**

35. La question de l'existence de sources internationales du droit fut longtemps présentée sous forme de controverse, opposant un courant favorable à leur développement (universalisme) à un autre estimant au contraire que la matière devait demeurer régie par des sources purement internes (particularisme). Le débat est aujourd'hui largement apaisé, cédant place au simple constat de leur présence et à l'analyse de leur influence. La controverse, lorsqu'elle réapparaît à ce propos, est d'ailleurs moins orientée vers le caractère international des sources en cause que vers l'origine privée de ces dernières. C'est en effet la reconnaissance d'un droit d'origine extra-étatique, spontané et international, qui a été soutenue par un important courant doctrinal dans le champ particulier du droit du commerce international<sup>48</sup>.

36. Si dans le domaine du droit international privé *stricto sensu*, les sources internationales revêtent pour l'essentiel la forme de traités internationaux, dans le droit en général ces ressources peuvent revêtir d'autres formes, c'est ce que nous pouvons d'ailleurs vérifier en ce qui concerne l'Algérie qui, dans son chemin vers l'internationalisation de ses normes juridiques et réglementaires, a opté pour une action qui tend à faire avancer de pair l'internationalisation de l'économie et l'internationalisation du droit<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> BUREAU Dominique et MUIR-WATT Horatia, *Le droit international privé*, Presses universitaires de France, 2009.

<sup>49</sup> CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, Dalloz, 2007. P491.

Mieux encore, ce vent d'internationalisation qui a soufflé en faveur de la modernisation des différentes branches du droit en Algérie, s'est élargi jusqu'à la réglementation des marchés publics qui s'inspire désormais des recommandations des institutions internationales et des standards internationaux. Ceci ressort d'une manière limpide des dispositions de l'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247 qui contient une déclaration d'importance qui confirme que ce choix est délibérément et expressément assumé :

*"La révision de la réglementation des marchés publics répond essentiellement à l'exigence de s'inspirer des standards internationaux ainsi que des recommandations des institutions internationales".*

Cette déclaration de principe confirme bel et bien que la législation algérienne des marchés publics s'inspire principalement de deux sources internationales : Les recommandations des institutions internationales et les standards internationaux.

37. Etant donné que l'objectif principal de ce travail de recherche est d'identifier, de prime abord, les standards internationaux (ou le standard international) que l'on peut considérer comme sources potentielles de la réglementation algérienne des marchés publics et de déterminer ensuite son impact sur cette dernière, nous allons, en toute logique, traiter en priorité les standards internationaux comme la source principale de la réglementation algérienne des marchés publics (Chapitre 1), avant de s'atteler, d'une manière subsidiaire, à l'autre source indiquée dans l'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public, à savoir : les recommandations des institutions internationales (Chapitre 2).

### 1.1.1 Chapitre 1 : Les standards internationaux.

38. Difficile d'admettre le concept de "Standardisation" des lois sans la démystification du mythe doctrinal considérant le droit et ses normes, étant produits de l'œuvre du législateur, comme étant non seulement complets, mais prêts à être mécaniquement appliqués. Le professeur Yannick Radi<sup>50</sup> a énergiquement plaidé pour cette démystification pour se ranger ainsi du côté d'une partie de la doctrine qui a depuis longtemps déchu ce mythe formaliste à la suite de critiques réalistes. Cependant, il n'en reste pas moins que la contribution normative de l'application du droit à sa formation est encore contestée et les modalités de celle-ci obscures. Dans ce contexte, le standard est considéré en doctrine comme l'archétype de la technique juridique ouvrant une indétermination normative requérant de l'organe d'application un acte d'évaluation en fonction de la situation d'application. L'analyse de ce concept doctrinal offre l'opportunité unique de montrer que ses caractéristiques, sont en réalité communes à toutes les normes de droit et que l'application de toutes celles-ci implique dès lors un acte d'évaluation<sup>51</sup>.

39. Dans les ordres juridiques, la production du droit est très généralement pensée en termes de création, distinguée de l'application du droit. Une telle approche pêche par le manque d'articulation procédurale systémique qui lie ces deux activités à l'égard de la formation du droit. C'est cette articulation procédurale que conceptualise la procédure systémique qualifiée de "standardisation"<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Dans son ouvrage intitulé "la Standardisation et le Droit international"

<sup>51</sup> RADI Yannick et DUPUY Pierre-Marie, *La standardisation et le droit international*, Bruylant, 2013. P 23.

<sup>52</sup> *Ibid.*

40. Depuis que le doyen Roscoe Pound<sup>53</sup> a introduit la notion de standard dans la littérature juridique anglo-saxonne, celui-ci a connu un succès certain tant il est vrai que ces caractéristiques semblent lui permettre de répondre à la complexité des concours de circonstances que le droit a appelé à appréhender. Toutes les réflexions doctrinales ne poursuivent pas le même objectif et ne témoignent pas de la même rigueur d'analyse. La plupart se contentent en effet d'une description de cette notion, alors que d'autres constituent un véritable effort de conceptualisation<sup>54</sup>.

41. Les standards internationaux sont érigés en source inédite de la réglementation algérienne des marchés publics d'où l'intérêt de traiter, de prime abord, l'acception et la valeur juridique du "Standard international" (Section 1). Ensuite, il serait intéressant d'aborder la référence normative internationale absolue en matière des marchés publics : la loi type de la CNUDCI sur les marchés publics (Section 2).

---

<sup>53</sup> Nathan Roscoe Pound est un juriste américain. Il a été doyen du University of Nebraska College of Law de 1903 à 1911 et doyen de la Harvard School of Law de 1916 à 1936. Il est aux États-Unis un des juristes les plus cités du XX<sup>e</sup> siècle. Source Wikipedia.org ([https://fr.wikipedia.org/wiki/Roscoe\\_Pound](https://fr.wikipedia.org/wiki/Roscoe_Pound)).

<sup>54</sup> RADY Yannick et DUPUY Pierre-Marie, *op. cit.*

### **1.1.1.1 Section 1 : Acception, typologie et valeur juridique du "standard international".**

42. De nombreux auteurs ont déjà eu l'occasion de mettre en exergue l'influence des organisations internationales sur l'évolution des modes traditionnels de formation du droit international. En conséquence, l'évolution du droit international va influencer ses sources et elle est susceptible de modifier l'importance factuelle de celles-ci. Il s'agissait de montrer comment, sous cette influence la standardisation allait se positionner comme un référentiel important dans le droit international, que ce soit à l'échelle communautaire sous l'égide des organisations communautaires, l'Union européenne entre autres, ou à l'échelle internationale sous l'égide des organisations planétaires, telle que l'ONU.

Ce faisant, il nécessaire de traiter, tout d'abord, l'acception, la typologie et la valeur juridique du standard international (Sous-section 1), avant de se focaliser sur l'organisme international investi, par l'Organisation des Nations Unies (ONU), de la mission d'harmonisation et la modernisation progressives du droit commercial international : La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (Sous-section 2).

#### ***1.1.1.1.1 Sous-section 1 : Acception, typologie et valeur juridique du standard international.***

43. La standardisation n'a pas pour vocation de constituer une théorie générale de la constitution du droit. Elle constitue seulement un outil conceptuel d'analyse de la production du droit dans l'archétype que constitue l'ordre juridique coopératif. L'apparition du standard dans le droit moderne va ainsi de pair avec une évolution du raisonnement juridique qui tend à connaître une plus grande place à l'intuition et

à l'expérience au détriment d'une logique déductive non adaptée à toutes les situations<sup>55</sup>.

44. Le standard international est tout d'abord un référentiel publié par une ou plusieurs entités, ou encore issu d'un traité international, pour un usage international. Il se définit comme étant :

*"Une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure du comportement et de situation en termes de normalité, dans la double acception de ce terme. Le standard présente trois caractéristiques fonctionnelles essentielles dont il n'a d'ailleurs pas l'exclusivité: Il opère en fait sinon en droit un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique ou si ces deux missions sont assumées par la même autorité, il contribue à réserver le pouvoir de cette dernière; il assure trois missions rhétoriques liées de persuasion, de légitimation et de généralisation; il permet une régularisation (ou régulation) permanente du système juridique"<sup>56</sup>.*

45. La notion du standard permet alors d'embrasser d'un œil nouveau des problèmes anciens et d'unir dans une perspective d'ensemble, des concepts et des techniques à première vue distincts, pour une meilleure compréhension du travail juridictionnel<sup>57</sup>.

46. L'apparition des standards comme source du droit international traduit une normativité internationale porteuse de technicité. La standardisation internationale

---

<sup>55</sup> RADI Yannick et DUPUY Pierre-Marie, *La standardisation et le droit international*, Bruylant, 2013.

<sup>56</sup> RADI Yannick et DUPUY Pierre-Marie, *La standardisation et le droit international*, Bruylant, 2013.

<sup>57</sup> RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980.

semble, d'un point de vue purement formel, rétrécir considérablement la frontière classique entre le droit et le non-droit. Eu égard à l'éclatement et à la nouvelle structuration de la société internationale, les sources traditionnelles du droit (le traité ou la coutume), même si elles demeurent essentielles dans la régulation des rapports internationaux, sont de plus en plus inadaptées aux nouvelles exigences de rapidité, de souplesse et d'adaptabilité que nécessite la coopération internationale. La réalité internationale actuelle, caractérisée par l'extraordinaire développement de la technoscience<sup>58</sup>, exige que les degrés de juridicité de la règle ou de la norme de droit international varient en fonction des besoins et que l'obligatorité ne soit plus le seul fondement de la règle de droit. Le standard international caractérise cette tendance de juridicisation de la technicité. Dans un contexte où l'édifice normatif est de plus en plus variable, le standard est une espèce particulière de règle de droit qui traduit la normativité en termes de normalité ; normalité quant à ce qui est "standard-mesure" et normalisation quant à ce qui devrait être "standard-tracé"<sup>59</sup>.

47. L'idée de "standards juridiques" semble avoir été présentée pour la première fois dans une communication adressée par le doyen Roscoe Pound à un congrès de l'*American Bar Association* en 1919. Dans cette communication, le doyen Pound expliquait que les juristes se trouvent devant quatre catégories d'instruments juridiques : des règles, des principes, des concepts et des standards. Les trois premiers instruments ne posent pas véritablement de problèmes. Quant au standard le doyen Roscoe Pound le définit comme une mesure moyenne de conduite sociale correcte. Celui-ci apparaît ainsi comme une notion assez vague, fondée sur ce qui se passe couramment dans la société et, au fond, de nature sociologique. Le succès

---

<sup>58</sup> « Technoscience » entendait souligner les dimensions opératoires - technique et mathématique - des sciences contemporaines. On est aujourd'hui bien renseigné sur l'une des dimensions majeures de l'avènement définitif de la technoscience contemporaine, à savoir le rôle crucial qu'ont joué le développement des théories de l'information (code et signal ; cybernétique et informatique) d'une part, et d'autre part, et parallèlement, la mathématisation des sciences économiques. RUANO-BORBALAN Jean-Claude, « La « grande standardisation » et les transformations du savoir dans les sociétés technoscientifiques », *Innovations*, 52, De Boeck Supérieur, 2017.

<sup>59</sup> AWALOU OUEDRAOGO, « Standard et standardisation », *Rev. Québécoise Droit Int.*, 2013. P 155.

que la proposition du doyen Roscoe Pound a trouvé écho parmi un certain nombre d'auteurs de langue française au premier rang desquels il faut placer le très grand comparatiste, Edouard Lambert et un de ses disciples préférés. Le doyen Hauriou a également été très favorable à la notion de standard<sup>60</sup>.

L'on peut également évoquer Al-Sanhoury qui qualifie les standards juridiques comme « *une grande ligne de conduite qui permet une certaine liberté d'action et une adaptation beaucoup plus souple aux circonstances variables de la vie sociale* ». C'est une notion qu'il croit appeler à un grand avenir. Selon lui « *elle correspond à la complexité croissante de la vie et à l'insuffisance évidente des règles pour tout prévoir et tout régir* ». Le standard permettrait donc une adaptation permanente du droit à une vie sociale changeante<sup>61</sup>.

Lambert et Al-Sanhoury voient en effet dans le standard le triomphe de l'intuition sur la logique et sur le syllogisme<sup>62</sup>. Par ailleurs, une observation purement synchronique montre que la normativité internationale actuelle, dans sa double acception d'appartenance à l'ordre juridique et de formulation prescriptive d'une norme, reflète les aspirations d'une société internationale interdépendante

---

<sup>60</sup> TUNC André, « Standards juridiques et unification du droit », *Rev. Int. Droit Comparé*, 22, 1970.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Ibid.

caractérisée par l'influence sans précédent de la technoscience<sup>63</sup>. Ce constat empirique de l'irruption des normes dites techniques ou scientifiques dans la production juridique a contribué au développement d'une science juridique "décomplexée", s'autorisant une approche éclatée et diachronique de la normativité dans toute son hétérogénéité. La juridicisation croissante de la technicité se traduit par l'apparition d'une normativité de plus en plus variable à travers un développement tous azimuts des standards internationaux<sup>64</sup>.

48. L'apparition de la standardisation en droit international est le signe que l'ordre juridique international est devenu un "système normatif complexe", c'est-à-dire un système qui comprend l'articulation de normes primaires et secondaires. Les premières définissent les droits et obligations des sujets de droit puisqu'elles leur prescrivent "d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non", tandis que les secondes veillent à ce que les sujets de droits puissent, en accomplissant certains actes ou en prononçant certaines paroles, introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou en modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Au cours de la décennie quatre-vingt-dix, la technoscience est devenue le prétexte à une littérature considérable, dans la mouvance du socio-constructivisme et du postmodernisme. La Society for Social Studies of Science (américaine) a intitulé sa Newsletter : Technoscience. Le philosophe espagnol Javier Echeverria nous offre de la technoscience une conception tout à la fois plus nuancée et plus systématique dans la mesure où il la situe dans le prolongement de la « macrociencia » – la Big Science – qui trouve son expression archétypique dans le célèbre Rapport « Science, the Endless Frontier » rédigé à la demande de F.D. Roosevelt (1944) par Vannevar Bush, Président de l'Office de la Recherche Scientifique et du Développement, et remis en 1945 au Président Truman. Texte fondateur de la politique américaine de la science durant les premières décennies de la seconde moitié du XXe siècle, il a inspiré également la politique de la science en dehors des Etats Unis. Il propose un modèle linéaire du progrès : (1) La recherche fondamentale s'effectue dans les universités ; son progrès est imprévisible et elle doit être libre et financée par l'Etat. (2) Elle permet de découvrir les lois de la nature. (3) Ces lois conduisent à l'invention de nouvelles techniques et produits. (4) Ceux-ci poussent au développement compétitif des entreprises. (5) Les entreprises assurent le plein emploi en même temps qu'une vie meilleure pour tous (santé, confort, épanouissement physique et psychique). HOTOIS Gilbert, « La technoscience : de l'origine du mot à ses usages actuels », *Rech. Soins Infirm.*, 86, Association de Recherche en Soins Infirmiers, 2006.

<sup>64</sup> AWALOU OUEDRAOGO, « Standard et standardisation », *Rev. Québécoise Droit Int.*, 2013. P 156.

<sup>65</sup> *Ibid.* P 165.

49. La cohérence du comportement normatif résulte et répond de la fonction organisatrice du droit dans les ordres juridiques nationaux coopératifs. Faute d'une telle cohérence, l'ordre juridique ne saurait en effet perdurer sous cette essence. Dans cette perspective, chaque solution législative et juridictionnelle doit être mise en cohérence avec le fonds normatif. Ici également, l'ordre juridique ne saurait prétendre à plus que de la cohérence, et ce, dans la mesure où son comportement varie suivant la situation et les périodes. Synchroniquement, le comportement normatif ne saurait être univoque tant les situations de création-application du droit diffèrent et les solutions normatives apportées par les différents organes qui génèrent l'équivocité du comportement normatif de l'ordre juridique. Au regard de la diversité des solutions normatives et de la pluralité des organes exerçant la fonction normative, c'est la procédure systémique qui opère, dans le temps, la recomposition de la cohérence normative<sup>66</sup>.

50. Non idéale, la théorie de la standardisation l'est en raison des caractéristiques institutionnelles de la société internationale contemporaine. En effet, cette société est animée par une tension entre la coexistence et la coopération. Dans ce contexte, la production du droit international n'est pas l'œuvre d'une procédure systémique où interagissent des organes intégrés. En revanche, deux phénomènes peuvent être notés en lien avec la coopération normative multilatérale. Tout d'abord, on peut relever qu'il existe des cadres organiques. Ensuite, dans certains domaines coopératifs internationaux dépourvus d'un cadre "unique", la production du droit résulte d'un complexe procédural où les procédures s'articulent et s'enchevêtrent<sup>67</sup>. Il est admis donc que sur le plan international il existe deux types de standards qui sont appelés à cohabiter ensemble : Les "standards communautaires" et les "standards internationaux".

---

<sup>66</sup> RADI Yannick et DUPUY Pierre-Marie, *La standardisation et le droit international*, Bruylant, 2013. P 132.

<sup>67</sup> *Ibid.*

51. L'étude du standard en droit communautaire est incertaine. Constaté que la règle qui contient le standard est indéterminée *a priori*, et que son contenu est attribué par l'interprète, lors de son application aux faits de l'espèce, ne suffit pas à différencier le standard des autres notions juridiques. Déclarer que "la technique législative qui use des standards juridiques laisse toujours une marge de manœuvre supplémentaire par rapport à celle qui ne recourt pas aux standards, contribue à alimenter le doute quant à l'existence du standard, puisqu'il est évidemment difficile de percevoir le seuil à partir duquel la "marge de manœuvre" revenant à l'interprète de la norme est telle qu'une notion mérite la qualification du standard"<sup>68</sup>.

L'étude du standard en droit communautaire peut s'appréhender comme l'analyse d'une rencontre entre deux solitudes. Celle du standard, notion marginale qui trouve mal sa place dans les concepts juridiques, et celle de l'Union européenne, ordre juridique original, qualifié de catégorie *sui generis*<sup>69</sup>. Aujourd'hui se développe, à un rythme soutenu, une "stratégie d'harmonisation généralisée" en vue de supprimer les entraves aux échanges intracommunautaires. Aucun secteur n'échappe à cette intervention du droit communautaire. Cette interventionnisme paraît plus évident au niveau européen, sans doute parce que la Communauté Européenne est la seule institution dotée de mécanismes à même d'encadrer la passation des marchés publics au sein de ses États membres.

52. Le Doyen Tallon observe dans le droit des communautés européennes un phénomène au moins comparable à celui du standard : c'est celui des directives. La différence, c'est que le standard est en quelque sorte une directive donnée au juge, alors que la directive des communautés européennes est un objectif fixé par l'exécutif communautaire aux États membres. Ce rapprochement effectué, il est intéressant de souligner que la directive est un instrument privilégié du

---

<sup>68</sup> BERNARD Elsa et SIMON Denys préf., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire [Texte imprimé]*, Bruylant, 2010. PP 2 et 3.

<sup>69</sup> *Ibid.* P 1.

rapprochement des législations au sein du Marché commun, mais il est vrai aussi que ce standard est difficile à manier, l'expérience l'a prouvé<sup>70</sup>.

Le droit des contrats publics est un des domaines où la présence du droit communautaire dans la pratique quotidienne s'est affirmée avec la plus grande force. Cela peut paraître normal, car le principe de primauté du droit communautaire fait qu'il évince la règle contraire et s'incorpore à l'ordre juridique national, de telle sorte que l'utilisateur du droit ne devrait avoir à se préoccuper que d'un seul ordre juridique, dès lors que l'ordre juridique communautaire est, selon les termes du célèbre arrêt *Costa* du 5 juillet 1964 (aff. 6/64), "intégré au système juridique des États membres". Mais tout n'est pas si simple et cela pour deux raisons au moins. En premier lieu, le droit communautaire est un droit de développement progressif. À partir du socle du traité se sont constitués des principes formulés par la jurisprudence de la CJCE<sup>71</sup> et structurés par la législation communautaire. Compte tenu de cette situation, il est nécessaire au juriste de suivre en permanence l'évolution du droit communautaire pour anticiper celle des règles nationales. En second lieu, la référence du droit communautaire "à côté" du droit national est rendue nécessaire par la persistance de divergences entre deux ordres. Il est, en effet fréquent que la réglementation nationale ne soit pas conforme aux règles communautaires, ce qui contraint les organes d'application à faire d'eux-mêmes prévaloir la règle communautaire, tâche qui n'est toujours pas aisée dans la mesure où la règle est loin d'être toujours claire<sup>72</sup>.

En réalité, la construction d'un droit européen des marchés publics a commencé depuis longtemps. La jurisprudence de la cour de justice des Communautés en témoigne. C'est sur la base des articles fondamentaux du traité organisant la libre

---

<sup>70</sup> TUNC André, « Standards juridiques et unification du droit », *Rev. Int. Droit Comparé*, 22, 1970.

<sup>71</sup> Cour de justice de l'Union européenne.

<sup>72</sup> RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics*, LGDJ, 2009. P 1.

circulation, de même que les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle, que les marchés doivent être attribués<sup>73</sup>.

53. Au début de l'année 2011, la Commission Européenne a publié un livre vert sur la modernisation de la politique de l'Union Européenne en matière de marchés publics dont le but est d'aboutir, à terme, à une proposition législative sur la réforme des règles européennes en matière de marchés publics. Ceci a abouti à l'adoption de deux directives qui constituent actuellement les références absolues et l'exemple d'intégration le plus poussé en matière de passation de marchés publics par les États membres de l'Union européenne. Il s'agit des Directives "2014/25/UE" et "2014/25/UE" du 26 février 2014.
54. De par son expérience, expertise et les mécanismes déjà mis en place, le législateur algérien, dans sa quête de moderniser sa réglementation des marchés publics, gagnerait mieux de s'inspirer du standard communautaire européen, qui reste le meilleur exemple d'une complémentarité et symbiose typiques entre les législations internes et la réglementation communautaire.
55. Les rédacteurs de l'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics ont fait le choix d'ignorer les standards communautaires parmi les sources préférentielles et référentielles, contrairement aux standards internationaux qui sont cités, d'une manière générale, sans mettre en exergue le moindre standard.
56. Certes, le législateur algérien a fait le choix de l'ambiguïté en refusant de préciser les standards internationaux capables de jouer un rôle prépondérant dans la modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics, mais cela ne nous empêche de croire qu'il renvoie nécessairement aux travaux de standardisation

---

<sup>73</sup> LINDITCH Florian, Le droit des marchés publics, Dalloz, 2015. P 10.

et d'harmonisation engagés par une institution internationale jouissant d'une grande représentativité et de crédibilité.

Pour cette raison et beaucoup d'autres, les travaux d'harmonisation et de standardisation engagés sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.), par le truchement de La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), doivent être considérés comme la source potentiellement indexée, sans toutefois la nommer, par le législateur algérien, d'autant plus qu'elle est la référence absolue en matière de passation des marchés publics (Sous-section 2).

#### ***1.1.1.1.2 Sous-section 2 : Les travaux de standardisation élaborés sous l'égide de l'ONU.***

57. L'assemblée générale des Nations unies, sur recommandation unanime de la sixième commission, a décidé d'établir une nouvelle commission permanente, la Commission des Nations Unies pour le développement du droit commercial international (CNUDCI). Cet organisme a pour tâche d'encourager l'unification et l'harmonisation progressives du droit commercial international, en coordonnant notamment les activités des organisations qui s'occupent de ces questions et en les encourageant à coopérer entre elles :

- ✓ En favorisant une participation plus large aux conventions internationales existantes et une acceptation plus générale des lois types et lois uniformes existantes ;
- ✓ En préparant de nouvelles conventions internationales et des lois types et lois uniformes nouvelles ou en encourageant l'adoption de tels instruments, ainsi qu'en encourageant la codification et une acceptation plus générale des termes, règles, usages et pratiques du commerce international, en collaboration chaque fois que cela est approprié avec les organisations qui s'occupent de ces questions ;

- ✓ En recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniforme des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international ;
- ✓ En rassemblant et en diffusant des informations sur les législations nationales et sur l'évolution juridique moderne, y compris celle de la jurisprudence, dans le domaine du droit commercial international ;
- ✓ En établissant et en maintenant une étroite collaboration avec la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement ;
- ✓ En assurant la liaison avec d'autres organes des Nations Unies et des institutions spécialisées qui s'intéressent au commerce international ;
- ✓ En prenant toutes autres mesures qu'il juge utiles à l'accomplissement de ses fonctions.

58. Le lancement d'un programme juridique tout à fait nouveau, et d'une haute portée, est un événement peu banal dans l'histoire mouvementée de l'ONU. C'est une décision importante de l'Assemblée Générale ; décision à laquelle ne peuvent qu'applaudir ceux qui croient que les juristes doivent eux aussi assumer un rôle dans l'organisation meilleure du monde, que les efforts de ce genre sont nécessaires et même promettant de ne pas rester sans résultat, pour le moins, dans le domaine du commerce international.

Adoptée sur l'initiative de la délégation hongroise, la résolution répondait aux aspirations d'un grand nombre. Ainsi que le représentant de la Hongrie l'a bien fait remarquer à la Sixième Commission de l'Assemblée Générale (894ème séance), "*il est paradoxal que le commerce international qui tend à l'universalité soit régi par des législations dont la diversité est extrême. Cette situation devenue anachronique doit être changée ou du moins améliorée*".

59. Le changement de l'infrastructure économique exige forcément le changement de la superstructure juridique pour que celle-ci ne devienne pas un obstacle au progrès ultérieur. Cette vérité se fait jour particulièrement en matière de commerce international. Le changement des conditions économiques ne consiste pas seulement, par suite du développement technique à relier les États les uns aux autres par un réseau de plus en plus épais et serré du commerce mondial, mais il se manifeste aussi dans le fait que des nombreux nouveaux États économiquement sous-développés ont rejoint la communauté des nations indépendantes. C'est dans l'intérêt de ces nations que l'UNCTAD<sup>74</sup> a énoncé d'ailleurs son sixième principe général :

*"Le commerce international est l'un des facteurs les plus importants du développement économique. Il doit être régi par des principes compatibles avec la réalisation du progrès économique et social et ne doit pas être entravé par des mesures incompatibles avec cet objectif..."*

60. La nécessité de procéder à des changements, à l'unification et à l'harmonisation du droit commercial, a depuis longtemps été reconnue par les milieux scientifiques, et de plus en plus nombreux ceux qui, dans la littérature comme dans les organisations internationales, insistent pour concentrer les efforts scientifiques et les faire progresser vers des réalisations pratiques. L'initiative a été bien reçue par l'Institut international pour l'unification du droit privé de Rome, tout comme par la conférence de La Haye de droit international privé. Les deux institutions internationales ont exposé par écrit leurs points de vue et se sont fait représenter aux délibérations de la Sixième Commission par leurs secrétaires généraux respectifs. Prenant la parole à la commission, tant M. Matteucci (UNIDROIT) que M. Hoogstraten (Conférence de La Haye) se sont prononcés en faveur d'une action des Nations Unies. L'initiative a eu une répercussion favorable dans les milieux commerciaux, ce qui a amené la chambre de commerce internationale de Paris à s'y associer par une résolution adoptée à l'unanimité. Un autre signe de l'accueil prompt

---

<sup>74</sup> Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement

et favorable a été la suite que le Secrétariat de l'ONU a donnée à l'appel contenu dans la résolution 2102 (XX), par laquelle l'Assemblée générale a demandé au Secrétaire Général de lui soumettre :

- ✓ Un exposé des travaux accomplis dans le domaine de l'unification et de l'harmonisation du droit commercial international ;
- ✓ Une analyse des méthodes et moyens propres à assurer l'unification et l'harmonisation des diverses matières, notamment de la question de savoir si certaines matières se prêtent mieux à une action régionale, interrégionale ou mondiale ;
- ✓ Une indication des organes de l'Organisation des Nations Unies et des autres organismes auxquels on pourrait confier des responsabilités en vue d'encourager la coopération dans le domaine du droit commercial international et de favoriser l'unification et l'harmonisation progressive de ce droit.

61. Le fameux rapport<sup>75</sup> du Secrétaire général, intitulé "*Le développement progressif du droit commercial international*" expose, dans son premier chapitre, les deux techniques juridiques utilisées pour réduire les conflits de lois et les divergences qui résultent de la diversité des législations nationales régissant les questions relatives au commerce international, à savoir l'établissement de règles en matière de conflits de lois et l'harmonisation des règles normatives. Le chapitre deuxième, passe en revue les travaux effectués, dans le domaine de l'harmonisation et l'unification du droit commercial international par des organisations intergouvernementales, des organisations et groupements intergouvernementaux

---

<sup>75</sup> Ce rapport a été préparé par le service juridique du Secrétariat de l'ONU sur la base d'une étude préliminaire de M. Clive M. Schmitthof, professeur au *City of London College*, dont le Secrétariat général s'était assuré le concours à cette fin. Les experts suivants ont été également consultés : Mme Margarita Arguas (Argentine), M. Taslim O. Elias (Nigéria) M. Gyula Eorösi (Hongrie), M. Willis L. Reese (USA) et M. Moustafa Kamil Yasseen (Irak).

régionaux et par des organisations non gouvernementales. Quant au chapitre troisième, il contient une analyse des techniques et des méthodes de l'unification et d'harmonisation du droit commercial international ainsi que des matières à unifier et à harmoniser.

62. Le quatrième chapitre dudit rapport mérite qu'on lui accorde davantage d'intérêt dans la mesure où il met en exergue le rôle que pourrait jouer les Nations unies en la matière. Il prévoit notamment la possibilité, pour l'Assemblée Générale, de créer une nouvelle commission, qui pourrait être désignée sous le nom de "Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International". La fonction dévolue à cette commission consiste à favoriser le développement progressif du droit commercial international.
63. Comme il fallait s'y attendre, le rapport du professeur Schmittot a été largement approuvé lors des délibérations de la Sixième commission. Les débats lors de cette session ont été intenses et passionnants notamment sur la question du besoin des pays en voie de développement à un droit commercial approprié et moderne en vue de s'assurer l'égalité en droit dans le commerce international, même si l'unification et l'harmonisation du droit commercial profiterait également aux Etats développés par l'élimination du gaspillage d'efforts causé par la diversité des législations commerciales.
64. Cet organe nouveau des Nations unies est donc créé dans le but d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, tel qu'il est clairement précisé dans le paragraphe 8 de la résolution 2205 (XXI). L'expression "harmonisation et unification" supporte en réalité trois significations: unification de lois, harmonisation de lois et standardisation des pratiques commerciales.
65. Il est nécessaire donc d'expliquer, brièvement et successivement, ces trois significations.

Tant l'unification que l'harmonisation exigent des États des mesures législatives directes. L'unification requiert l'identité littérale des règlements législatifs de deux ou plusieurs États, tandis que l'harmonisation ne vise que leur similitude.

66. L'unification se fait pour la plupart par des accords bilatéraux ou multilatéraux dans lesquels l'élément de réciprocité peut ou non jouer un rôle. Elle peut se faire aussi par une mesure législative unilatérale : Les États sont libres de copier la législation de leurs voisins, mais ce n'est pas une coutume répandue. La rédaction de textes législatifs uniformes par les organisations internationales et leur adoption par un certain nombre d'États peuvent également amener l'unification.

67. L'harmonisation, c'est-à-dire la création d'un accord ou plutôt d'une similitude entre les législations nationales de deux ou de plusieurs États, peut avoir son origine dans des conventions internationales ; il en est ainsi, par exemple, pour le traité de Rome, qui a institué la Commission économique européenne et duquel les signataires, en vertu des articles 100 à 102, sont convenues à viser un "rapprochement" de leurs dispositions législatives<sup>76</sup>. Un autre exemple typique de l'harmonisation se présente dans le cas où la législation d'un État adopte le modèle de lois étrangères<sup>77</sup>.

68. Par contraste avec l'unification et l'harmonisation, la standardisation, c'est-à-dire l'élaboration, la plupart du temps sous les auspices d'une organisation internationale, de pratiques et usages commerciaux, n'exige pas nécessairement de mesures législatives. Elle est basée sur la volonté autonome des parties, qui peuvent adopter une pratique uniforme comme applicable aux transactions entre elles. Des cas d'espèces de cette méthode tels les incoterms de 1953 et les règles et usages uniformes relatives aux crédits documentaires, préparés par la chambre de commerce internationale, et les conditions générales de vente et contrats types

---

<sup>76</sup> USTOR Endre, « Le développement progressif du droit commercial international. Un nouveau programme juridique de l'O.N.U », *Annu. Fr. Droit Int.*, 13, 1967. P 297.

<sup>77</sup> *Ibid.* P 298.

établis sous les auspices de la commission économique des Nations Unies pour l'Europe<sup>78</sup>.

69. Le but de la création d'un droit commercial uniforme pour les transactions internationales est, entre autres, d'établir un équilibre propre entre les intérêts opposés et de trouver un compromis entre le *ius strictum* qui, d'une manière très générale, répond mieux aux intérêts de la partie mieux organisée, plus avancée, et les règles moins rigoureuses qui, également d'une manière très générale, sont plus adaptées à un pays ayant une organisation peu consistante ou une agriculture, une industrie et un commerce moins développés.

Tout cela prouve assez clairement que, même si le droit commercial international semble se prêter particulièrement à ce but, l'unification du droit n'est pas une tâche facile. C'est une tâche superbe qui vaut bien des efforts, mais les moyens de la CNUDCI sont limités : la commission ne peut pas contraindre, mais elle peut convaincre.

70. Les partisans de la standardisation se réfèrent aux succès obtenus, entre autres, par la chambre de commerce internationale et la Commission économique pour l'Europe. Les succès que la CEE et d'autres organisations, telle que la chambre de commerce internationale, ont remportés en matière de standardisation confirment l'espoir que la CNUDCI accomplira un travail utile en continuant à encourager la pratique de cette tendance en facilitant sa propagation<sup>79</sup>. Cet espoir repose sur l'avantage considérable que la CNUDCI aurait sur ses précurseurs dans ce domaine dans la mesure où elle sera en mesure de disposer d'une abondance de matières rassemblées et présentées par nombre d'organisations. Étant un organe de l'organisation mondiale, son autorité soutenue par l'Assemblée Générale pourra

---

<sup>78</sup> *Ibid.* P 298.

<sup>79</sup> *Ibid.* P 298

porter ses fruits qui sont sans précédent dans les travaux analogues d'autres organisations.

71. Sans conteste, la CNUDCI s'est érigée comme le principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international. Ses travaux ont contribué grandement au développement du droit commercial international et afin d'accroître ses débouchés dans le monde, la CNUDCI élabore des règles modernes, équitables et harmonisées sur les opérations commerciales. Ses travaux prennent la forme :

- ✓ De conventions, de lois types et de règles acceptables dans le monde entier ;
- ✓ De guides et de recommandations juridiques et législatifs revêtant une grande utilité pratique ;
- ✓ D'informations actualisées sur la jurisprudence et l'adoption de législations commerciales uniformes ;
- ✓ D'une assistance technique dans le cadre de projets de réforme du droit ;
- ✓ De séminaires régionaux et nationaux sur le droit commercial uniforme.

72. Force est de constater, par ailleurs, que les travaux de la CNUDCI sont non seulement prolifiques mais touchent également tous les domaines du droit commercial international :

- ✓ Arbitrage commercial international et conciliation ;
- ✓ Vente internationale de marchandises (CVIM) ;

- ✓ Droit des sûretés ;
- ✓ Insolvabilité ;
- ✓ Paiements internationaux ;
- ✓ Transport international de marchandises ;
- ✓ Commerce électronique ;
- ✓ Passation de marchés et développement des infrastructures ;
- ✓ Règlement des litiges en ligne.

73. A l'aune des mécanismes et des outils juridiques nécessaires mis à la disposition avec lesquels elle a enrichi le droit commerce international, la CNUDCI est indubitablement la référence absolue en matière des travaux de standardisation du droit commercial international.

La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics étant le thème de notre thèse, nous allons logiquement y focaliser tout notre intérêt dans le cadre de cette étude (Section 2).

### **1.1.1.2 Section 2 : La loi type de la CNUDCI comme référence absolue en matière de standardisation des réglementations de marchés publics.**

74. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics est envisagée principalement dans l'optique d'aider les États adoptants afin de promulguer leurs propres règlements en matière de passation des marchés. L'objet de ces règlements est de compléter le cadre législatif du système de passation des marchés, à la fois pour préciser en détail les procédures autorisées par la Loi type et pour tenir compte de la situation particulière de chaque État adoptant, susceptible d'évoluer.

Diverses dispositions de la Loi type indiquent expressément qu'elles doivent être complétées par des règlements en matière de passation des marchés de l'État adoptant, sauf qu'ils ne devront pas être contraires à la Loi type ni compromettre l'efficacité de ses dispositions.

75. La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a été suivie d'un Guide pour son incorporation dans les États adoptants, lequel est adopté par la Commission lors de sa quarante-cinquième session, en 2012. Si l'on se réfère à ce guide, l'expression "règlements en matière de passation des marchés" doit être interprétée conformément à la tradition juridique de l'État adoptant et peut désigner tout outil utilisé dans l'État adoptant pour appliquer sa législation. Ces traditions juridiques peuvent aussi faire ressortir des questions plus communément traitées au moyen d'orientations.

Avant de mesurer l'impact de la Loi type de la CNUDCI sur la réglementation algérienne des marchés publics, il serait nécessaire d'analyser, tout d'abord, le contexte de l'adoption de cette Loi type (Sous-section 1) et d'étudier ses principales caractéristiques (Sous-section 2).

**1.1.1.2.1      *Sous-section 1 : Contexte de l'adoption de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.***

76. La CNUDCI a adopté, durant sa vingt-septième session<sup>80</sup>, la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, appelée « loi type de 1994 », ainsi que son Guide pour l'incorporation dans le droit interne.
77. Le besoin d'harmonisation s'est fait ressentir notamment suite à l'inadéquation des législations nationales sur la passation des marchés, laquelle entrave le commerce international, dont la promotion constitue un aspect majeur du mandat de la CNUDCI.
78. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux de la passation des marchés et les incertitudes qu'elles suscitent peuvent, dans une certaine mesure, empêcher les États de profiter des avantages que la passation de marchés internationaux peut apporter en termes de compétitivité des prix et de qualité. Dans le même temps, des fournisseurs et entrepreneurs ont des difficultés ou des réticences à vendre aux pouvoirs publics étrangers parce que la législation des marchés est inadéquate ou différente dans beaucoup de pays.
79. La CNUDCI soutient, dans son Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne, que sa décision d'élaborer une législation type sur la passation des marchés est motivée principalement par le souhait de remédier au problème de l'inadéquation ou de l'obsolescence des lois constatées dans de nombreux pays. Ces contraintes se traduisant très souvent par un manque d'efficacité et d'efficience dans le processus de passation des marchés et donnant lieu à des abus, empêchant ainsi l'acheteur public d'obtenir la juste contrepartie des fonds publics dépensés. C'est ainsi que la Loi type de 1994 a été élaborée pour contribuer à la réforme et à

---

<sup>80</sup> New York, 31 mai-17 juin 1994

la modernisation de la législation sur la passation des marchés dans toutes les régions.

80. D'après les rapports de la CNUDCI, cette loi a été utilisée à une échelle étendue et a, par conséquent, servi de base à la législation des marchés dans plus de 30 pays et ses principes généraux ont été repris à des degrés divers dans de nombreux autres pays.
81. Quelques années après, l'Assemblée générale de l'ONU a estimé que la Loi type de 1994 gagnerait à être mise à jour pour se mettre au diapason des nouvelles pratiques, notamment celles résultant de la dématérialisation des marchés publics, en se basant sur l'expérience tirée de son utilisation comme base de réforme législative et sans s'écarter de ses principes fondamentaux. Ces travaux ont conduit à l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans sa version actuelle. Cette nouvelle version a été adoptée durant sa quarante-quatrième session qui s'est déroulée à Vienne, entre le 27 juin et 8 juillet 2011.
82. L'intérêt de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics se manifeste dans la double dimension de son objet. En effet, elle a comme vocation de servir, tantôt de modèle à tous les États pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés ainsi que pour l'adoption d'une législation des marchés là où elle fait défaut, et tantôt, à appuyer l'harmonisation internationale de la réglementation en matière de passation de marchés de manière à promouvoir le commerce international.
83. La CNUDCI a eu l'ingénieuse idée de s'ouvrir aux autres textes et accords internationaux traitant de la passation des marchés publics comportant des obligations touchant la législation sur la passation des marchés des États qui y font parties, sans pour autant ignorer sa vocation principale consistant à soutenir les pays adoptants dans l'élaboration de leurs propres textes législatifs nationaux. Elle en a bien évidemment tenu compte dans la rédaction de ses textes.

84. La Loi type repose sur six objectifs principaux énoncés dans son préambule et qui devraient sous-tendre la législation sur la passation de marchés publics. Ces objectifs peuvent être résumés comme suit :

- ✓ Assurer l'économie et l'efficacité ;
  
- ✓ Assurer une large participation des fournisseurs et entrepreneurs en ouvrant la passation des marchés à la participation internationale en règle générale ;
  
- ✓ Maximiser la concurrence ;
  
- ✓ Garantir un traitement juste, égal et équitable ;
  
- ✓ Assurer l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus, et ;
  
- ✓ Promouvoir la transparence.

85. Ces objectifs sont complémentaires dans une large mesure. Les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir l'objectivité des procédures de passation des marchés qui, à son tour, facilite la participation, la concurrence, le traitement juste, égal et équitable, et la transparence. Ces notions constituent les principes essentiels qui contribuent à la réalisation des deux buts suprêmes de la Loi type ; à savoir l'obtention du meilleur rapport qualité-prix et l'empêchement des abus dans la passation des marchés publics. Elles sous-tendent aussi l'article 9-1 de la Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003), qui contient des dispositions sur la passation des marchés publics, l'accord sur les marchés publics de l'Organisation Mondiale du Commerce (l'AMP de l'OMC) et les accords régionaux sur la passation des marchés publics.

86. La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a, au demeurant, pour vocations principales de :

- ✓ Etablir un équilibre entre la politique de passation des marchés publics dans la Loi type et les objectifs et politiques généraux des Etats adoptants ;
- ✓ Promouvoir des objectifs de la passation de marchés publics dans le contexte de la Loi type à travers la passation de marchés en ligne ;
- ✓ Promouvoir la participation internationale aux procédures de passation des marchés (Contexte international de la Loi type).

Dans le cadre de l'équilibre entre la politique de passation des marchés formulée dans la Loi type et les objectifs et politiques généraux des États adoptants, la CNUDCI n'ignore pas que les décisions afférentes à la passation des marchés et leur exécution ne peuvent en aucun cas se faire isolément, que ce soit au niveau national ou dans le cadre d'obligations internationales.

87. Malgré que les objectifs de la loi type se rapportent à la passation des marchés comme s'il s'agissait d'un système indépendant, la CNUDCI aspire à établir un équilibre et une corrélation entre ses dispositions et les objectifs et politiques généraux des États adoptants à travers notamment la concrétisation des objectifs les plus communément mis en valeur au moyen de la passation des marchés, à savoir :

- ✓ La passation de marchés responsables ;
- ✓ Les politiques socio-économiques ;
- ✓ Protection des informations classifiées ;

### **Premièrement : La passation de marchés responsables.**

88. Effectuer des achats publics plus responsables peut avoir des répercussions très positives sur le développement d'un pays. Un marché responsable est celui qui répond efficacement aux défis sociétaux. Autrement dit, c'est celui qui assure un achat public sans dumping social, sans PME-friendly, qui facilite l'insertion professionnelle, contribue à lutter contre les changements climatiques et permet de gérer les ressources de manière plus efficiente.
89. Quand bien même la notion de "passation de marchés responsable" figurerait souvent parmi les objectifs soutenus par certains systèmes de passation des marchés, il n'existe pas de définition communément admise de cette notion. Ces systèmes considéraient néanmoins que la passation de marchés responsable supposait une vision à long terme de la politique de passation des marchés, se traduisant par l'examen de l'ensemble des effets de la passation du marché sur la société et l'environnement, en encourageant, par exemple, l'évaluation du coût complet sur le cycle de vie, du coût de mise hors service de l'objet du marché et de l'impact sur l'environnement. La CNUDCI a très bien mesuré tous ces enjeux puisqu'elle considère la passation de marchés responsables, dans une large mesure, comme l'application de meilleures pratiques envisagées dans la Loi type. Cette dernière permet ainsi de promouvoir la durabilité au moyen de la passation de marchés, en se servant des critères de qualification, tels que les qualifications environnementales et des normes éthiques et autres pouvant inclure des exigences liées au commerce équitable.
90. Mieux encore, la CNUDCI considère que le vocable "passation de marchés responsables" peut aussi être utilisé comme terme générique pour désigner la prise en compte dans la passation des marchés de politiques sociales, économiques et environnementales, et donc de facteurs "sociaux" (conditions d'emploi, inclusion sociale, lutte contre la discrimination), de facteurs "éthiques" (droits de l'homme,

travail des enfants, exploitation de la main-d'œuvre), et de considérations liées à l'environnement.

### **Deuxièmement : Les politiques socio-économiques.**

91. L'impact des contrats de la commande publique, et plus particulièrement des marchés publics de travaux, fournitures et services, est incontestable tant sur le plan économique que social. Mais cet impact existe également sur un plan politique. De la relance de l'économie à la promotion de l'innovation en passant par la lutte contre le travail clandestin ou celui des enfants, il est tout aussi clair que la réglementation applicable à de tels contrats est régulièrement utilisée à d'autres fins. C'est un phénomène que l'on peut qualifier de rançon de succès : l'impact des marchés publics et, plus largement, des contrats de la commande publique, est aujourd'hui tellement important que le droit qui leur est applicable en est devenu quelque peu instrumentalisé.
92. Graduellement, tant les textes que la jurisprudence se sont mis à accepter la possibilité d'introduire des clauses sociales dans l'exécution des marchés publics, voire des critères sociaux pour choisir les candidats. Les marchés publics représentent, en effet, le vecteur idéal pour promouvoir des politiques de soutien aux publics en difficulté, et notamment aux chômeurs ou aux jeunes en insertion. Il en est de même en ce qui concerne les clauses environnementales, les directives utilisant par exemple la notion de "coût du cycle de vie".
93. Le droit des marchés publics peut également être un outil pour favoriser l'accès à la commande publique. Si, de manière objective, un tel choix est, par nature, discriminant au regard des autres entreprises, il résulte de choix politiques parfaitement assumés par les décideurs publics. Et, là encore, la réglementation est un peu le fer de lance de ces choix qui vient, par exemple, non pas obliger, mais inciter à recourir à l'allotissement dans les marchés publics.
94. La CNUDCI a parfaitement pris conscience de tous ces enjeux et a bien pris en compte que :

- ✓ Une grande partie des marchés d'un État adoptant peuvent être liés à des projets s'inscrivant dans des politiques de soutien au développement économique et social et le renforcement de ses capacités ;
- ✓ Le système de passation des marchés peut aussi être choisi par les pouvoirs publics comme moyen de soutenir des groupes particuliers au sein de l'économie ;
- ✓ D'autres politiques des pouvoirs publics peuvent consister à soutenir les entreprises privées de certains secteurs de l'économie non compétitives, en tant que fournisseurs ou entrepreneurs, sur les marchés publics ou incapables de participer librement à l'ensemble de l'activité économique, de sorte qu'elles deviennent concurrentielles et puissent participer pleinement aux marchés concernés ;
- ✓ D'autres politiques encore peuvent viser à promouvoir le développement de capacités locales en prévoyant un appui aux Petites et Moyennes Entreprises (PME) et la participation de collectivités locales à la passation de marchés ;
- ✓ Les États peuvent également chercher à accorder certains types de marchés en fonction d'objectifs stratégiques. Il s'agit généralement de politiques à caractère social, économique ou environnemental pouvant viser un secteur spécifique ou un développement général, ou l'amélioration de l'environnement, de la situation de groupes désavantagés ou de facteurs économiques.

95. La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics conjecture que les politiques socioéconomiques pouvant, ou devant, être menées au moyen de la passation des marchés doivent être mentionnées dans les règlements en matière de

passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant<sup>81</sup>. Si elles doivent être énoncées dans les règlements en matière de passation des marchés, ces dispositions doivent traiter entre autres, le cas échéant :

- ✓ Des situations où l'entité adjudicatrice peut ou doit limiter la participation de certaines catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation des marchés, par exemple en déclarant qu'il s'agit d'un marché uniquement national<sup>82</sup>;
- ✓ De toute marge de préférence pouvant être accordée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux ou aux biens produits localement ou toute autre préférence appliquée à l'évaluation des soumissions, et sa méthode de calcul et d'application<sup>83</sup>;
- ✓ De toutes politiques socioéconomiques pouvant ou devant être incluses dans les exigences concernant la qualification, telles que les normes environnementales, déontologiques et autres, dans la description de l'objet du marché et dans la conception des critères d'évaluation. Par exemple, pour tenir compte du respect de politiques socioéconomiques au-delà d'un seuil requis<sup>84</sup>;

---

<sup>81</sup> « Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». Article 2

<sup>82</sup> *Ibid.* Article 8.

<sup>83</sup> *Ibid.* Article 11.

<sup>84</sup> *Ibid.* Articles 9 et 11.

- ✓ De toute politique socioéconomique justifiant le recours à la sollicitation d'une source unique<sup>85</sup>;
- ✓ Des limites imposées aux entités adjudicatrices, en particulier l'interdiction d'adopter à leur gré des politiques au coup par coup.

Si ces politiques ne sont pas énoncées dans les règlements en matière de passation des marchés, ceux-ci doivent au moins renvoyer à d'autres lois et règlements pertinents, de sorte que les entités adjudicatrices soient informées de tout critère socioéconomique obligatoire et de la latitude dont elles disposent pour en appliquer d'autres, et que les fournisseurs ou entrepreneurs aient l'assurance que les politiques socioéconomiques sont appliquées à la passation de marchés de l'État adoptant de manière transparente et objective.

96. La loi type ne restreint pas le type de politiques socioéconomiques pouvant être menées, mais elle prévoit des règles de transparence strictes afin d'assurer que les modalités d'application de ces politiques soient claires pour tous les participants à la procédure. Les restrictions de la loi type et les strictes exigences de transparence visent également à garantir que l'incidence de ces politiques peut être évaluée par les fournisseurs ou entrepreneurs qui envisagent de participer à une procédure de passation de marchés, comme elles peuvent aussi permettre de calculer les coûts certains de ces politiques en les comparant à des données de référence établies et de les mettre en balance avec les bénéfices escomptés. Les États adoptants sont donc invités à déterminer si le recours à la passation de marchés contribue effectivement et efficacement à la réalisation des divers objectifs de ces politiques socioéconomiques.

97. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics accorde un intérêt particulier à la participation communautaire à la passation des marchés, même si le pouvoir de mener des projets avec la participation des communautés locales découle

---

<sup>85</sup> *Ibid.* Articles 30-5.

principalement des règles et règlements régissant les dépenses publiques et non de la législation sur la passation des marchés.

### **Troisièmement : Protection des informations classifiées.**

98. Le champ d'application d'un système de passation des marchés, aux termes de la loi type de la CNUDCI, ne peut pas ignorer une tranche particulière de marchés publics qui mérite qu'on lui accorde un intérêt particulier de par la sensibilité des activités qui entrent en jeu. Il s'agit bien évidemment des marchés de défense et de sécurité, qui imposent à ce que les critères de transparence soient modifiés pour tenir compte notamment des informations classifiées, sauf que ces modifications sont censées trouver un juste équilibre entre l'objectif de protection des informations concernées et les obligations normales de transparence imposées par la loi type.

Il importe de souligner que le pouvoir permettant aux entités adjudicatrices de prendre des mesures spéciales et d'imposer des exigences particulières pour protéger des informations classifiées, notamment en dérogeant à l'obligation d'information du public, ne s'applique que dans la mesure permise par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la loi de l'État adoptant<sup>86</sup>. Si les règlements en matière de passation des marchés traitent de ces questions, ils doivent préciser les types de passation de marchés pour lesquels l'entité adjudicatrice peut, ou doit, prendre des mesures et imposer des exigences pour la protection d'informations classifiées.

99. Après avoir passé en revue le contexte de l'adoption de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, il est nécessaire de s'atteler à l'étude de ses principales caractéristiques (Sous-section 2).

---

<sup>86</sup> Voir article 2-1 de la Loi type de la CNUDCI et commentaires y afférents

### **1.1.1.3 Sous-section 2 : Principales caractéristiques de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011.**

100. Dans un monde globalisé, chacun a intérêt à ce que les normes reconnues à l'échelle mondiale soient les plus proches de ses intérêts ou de sa vision puisqu'il devient difficile de se protéger par les moyens classiques. D'où l'importance décisive des normes dans la régulation des affaires du monde<sup>87</sup>. Il conviendra dès lors de s'interroger sur la capacité de la CNUDCI à devenir une source du droit qui se moule parfaitement avec les exigences, souvent variables d'un pays à un autre, en matière d'absorption de la commande publique par le truchement de marchés publics. Il ne s'agit pas seulement d'élaborer la norme mais de s'assurer également de son adaptabilité.

Dans le but de mesurer cette adaptabilité, il conviendrait d'étudier la loi type de la CNUDCI, sous le prisme des points suivants :

- ✓ L'étendue de son champ d'application ;
- ✓ Son statut de "loi cadre", et ;
- ✓ L'application de ses principes sur les phases du cycle de la passation des marchés.

#### **Premièrement : Champ d'application de la loi type de la CNUDCI.**

101. La Loi type est censée pouvoir s'appliquer à tous les marchés publics passés dans l'État adoptant, d'où la nécessité de lui conférer l'application la plus large possible. L'article premier de cette loi type prévoit donc qu'elle s'applique à toutes les passations de marchés publics dans l'État adoptant et qu'elle contienne des

---

<sup>87</sup> LAÏDI Zaki, *La norme sans la force [Texte imprimé]*, Sciences Po, les presses, 2008. P 158.

dispositions convenant à tous les types de passation de marchés, y compris les marchés de la défense et autres marchés sensibles.

Afin d'atteindre son objectif d'adaptabilité aux différents types de passation de marchés, la Loi type prévoit des procédures pour presque toutes les situations pouvant survenir dans la passation de marchés publics, se déroulant sous quelque forme que ce soit : sur papier, en ligne ou au moyen d'autres technologies nouvelles.

102. Les dispositions de la Loi type peuvent être adaptées pour fournir des règles et procédures convenant à des systèmes de passation de marchés dans d'autres contextes, notamment au niveau infranational ou au sein d'organisations financées par des fonds publics. En outre, dans les pays en développement et les pays à économie en transition, tels que l'Algérie, de nombreux projets peuvent être financés par des donateurs multilatéraux ou par l'investissement étranger direct. La loi type comporte des méthodes de passation des marchés convenant à des projets importants et complexes, qui peuvent être adaptées pour le volet passation des marchés de projets financés par des fonds privés ou par des donateurs.
103. La Loi type prévoit un cadre juridique pour les procédures de sélection du fournisseur ou entrepreneur à retenir, mais ne régit pas d'autres phases du cycle de la passation de marchés ou d'autres aspects d'un système de passation. L'État adoptant devra donc se pencher sur ces éléments<sup>88</sup>.
104. La Loi type n'ignore pas, en outre, les aspects liés à la défense et la sécurité dans la mesure où elle inclut les marchés liés à ces domaines dans son texte, d'autant plus que la passation de marchés liés au domaine sécuritaire constitue un secteur névralgique dans beaucoup d'États adoptants, qu'il s'agisse d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, de marchés essentiels pour la sécurité et la défense nationales ou de marchés touchant d'autres questions de sécurité, telle que la construction d'installations pénitentiaires. Contrairement à la loi type de 1994, la

---

<sup>88</sup> *Ibid.* P 158

nouvelle version de la loi type adoptée en 2011 n'a pas ignoré les marchés de défense et la sécurité nationales en les intégrant dans la législation sur la passation des marchés et de la réglementation appuyant celle-ci. La CNUDCI a pris sans doute conscience que ces marchés requièrent le respect d'une relative souplesse dans la mesure où les obligations étendues imposées par la loi type, en matière de transparence, peuvent ne pas être compatibles avec toutes ces passations de marchés. Ainsi, certaines phases du processus de passation devront être modifiées pour tenir compte d'informations classifiées, qui par nature peuvent être sensibles ou confidentielles. Ces modifications sont permises, non pas parce que ces marchés concernent la défense ou d'autres secteurs sensibles, mais parce qu'elles mettent en jeu des informations classifiées. Les marchés de la défense et autres marchés sensibles soulèvent souvent des questions de sécurité des informations, mais présentent aussi d'autres particularités, telles leur complexité et la nécessité d'assurer la sécurité d'approvisionnement<sup>89</sup>.

### **Deuxièmement : La loi type en tant que loi “cadre”.**

105. Par définition, une loi-cadre, ou loi d'orientation, est une loi au contenu très général, définissant les grands principes ou orientations d'une réforme ou d'une politique dont les domaines d'application sont définis par des décrets et des textes d'application. Elle décrit un programme et en fixe les objectifs et les engagements.

Eu égard à sa vocation qui consiste à prévoir l'ensemble des procédures et principes essentiels pour conduire une procédure de passation de marchés, en tenant compte des diverses situations que les entités adjudicatrices peuvent rencontrer, la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés est incontestablement considérée comme une “loi-cadre”.

106. Si la loi type recommande aux États l'adoption d'une réglementation complétant le cadre législatif du système de passation des marchés, c'est pour répondre, d'un côté, à la nécessité de préciser en détail les procédures autorisées par la loi type et,

---

<sup>89</sup> « Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». P 14 et 15

d'autre part, pour tenir compte de la situation particulière de chaque État adoptant. La loi type exige, par ailleurs, que l'entité chargée de promulguer les règlements en matière de passation des marchés soit mentionnée dans le texte même de la loi qui devrait compléter la loi type. Il va sans dire que l'approche suivie pour réglementer la passation des marchés devrait aussi être en accord avec la tradition juridique et administrative de l'État adoptant, de sorte que le système de passation des marchés fonctionne dans un corps de règles cohérent.

107. Le processus de passation des marchés est néanmoins très complexe et ne peut être suffisamment encadré par la seule structure juridique, quel que soit le degré développé de la réglementation mise en place. Ce faisant, il serait plus judicieux de renforcer le cadre juridique par la publication de règles internes, de notes d'orientation et de manuels, lesquels documents qui peuvent avoir pour effet de normaliser les procédures et d'harmoniser les spécifications et les conditions contractuelles. Les règles et notes d'orientation concernant tous les aspects de la passation des marchés seront elles-mêmes renforcées par des formulaires et documents types.
108. La loi type de la CNUDCI peut, par ailleurs, servir d'appui institutionnel et administratif à la structure juridique dans la mesure où elle 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 demeurant, sur le plan institutionnel, la loi type de la CNUDCI s'est donnée la peine de se placer dans la perspective où l'État adoptant jugerait nécessaire de créer un organisme chargé de la passation des marchés publics ou une autre autorité qui aiderait à l'application des règles politiques et pratiques de passation des marchés auxquelles s'applique la Loi type.
109. La structure des organismes exerçant des fonctions d'administration, de révision, de contrôle et d'exécution des décisions dans un État adoptant et les fonctions précises qu'ils exerceront dépendront, entre autres, des systèmes

gouvernemental, administratif et juridique de l'État, qui varient considérablement d'un pays à l'autre. Le système de contrôle administratif de la passation des marchés devrait être conçu dans un souci d'efficacité et d'économie, et assorti de contrôles visant à assurer l'indépendance des membres de ces organismes par rapport aux décideurs du gouvernement et des entités adjudicatrices.

110. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics est donc une loi-cadre mais elle nécessite tout de même d'être renforcée ou complétée par des textes, lois et/ou règlements que l'État adoptant devraient adopter. Au demeurant, la loi type édicte des principes qui sont censés être appliqués dans toutes les phases de la passation des marchés publics dans les États adoptants.

**Troisièmement : Application des principes de la loi type sur les phases du cycle de la passation des marchés.**

111. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics s'intéresse principalement et essentiellement aux procédures de sélection des fournisseurs et prévoit un mécanisme de recours efficace en cas de non-respect des règles ou procédures. Elle ne traite donc pas de la phase de planification ni de celle d'exécution des marchés. La CNUDCI reconnaît néanmoins l'importance de ces étapes du processus de passation des marchés pour le bon fonctionnement de l'ensemble du système et c'est pour cette raison qu'elle recommande aux États adoptants de mettre en place des lois et structures adéquates pour gérer ces étapes.

112. En ce qui concerne la planification des marchés, les systèmes internationaux et régionaux de passation des marchés encouragent maintenant la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir et la Loi type l'encourage aussi mais sans pour autant l'exiger. En outre, force est de constater que la sauvegarde des objectifs assignés à la loi type de la CNUDCI est tributaire de la bonne conduite de la phase de l'administration du marché dans la mesure où tout manquement à cette condition aura, pour conséquence, de nuire à l'intégrité du processus de passation des marchés et compromettre sérieusement lesdits objectifs

qui se caractérisent dans le traitement juste, égal et équitable, la concurrence et la prévention de la corruption.

113. Par ailleurs, avant d’approfondir notre analyse sur le thème principal de notre thèse portant sur l’impact factuel de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sur la réglementation algérienne des marchés publics, il est utile de s’intéresser également à l’autre source internationale évoquée dans l’exposé des motifs du Décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public, à savoir : Les recommandations des institutions internationales (Chapitre 2).

### **1.1.2 Chapitre 2 : Les recommandations des institutions internationales.**

114. Les organisations internationales – en particulier celles du système des Nations Unies, les institutions de Bretton Woods ou l’OMC – ont exercé depuis la fin de la seconde guerre mondiale une influence croissante dans les rapports entre États et, de manière plus générale, dans le développement des échanges internationaux. Leur nombre n’a cessé d’augmenter, spécialement au niveau régional. Le déplacement du pouvoir vers la sphère internationale a imposé la constitution d’administrations internationales stables, formées de fonctionnaires dont le statut et les privilèges diplomatiques sont garantis par les dispositions du droit international<sup>90</sup>.

115. Les organisations internationales poursuivent généralement des missions de haute portée normative. Les idéaux et normes juridiques, dont ces institutions sont porteuses, sont de nature à brouiller les efforts d’analyse empirique. L’étude de ces institutions entraîne, en effet, le chercheur dans la problématique des valeurs, mais les idéaux qu’elles défendent risquent de lui masquer les intérêts, les structures injustes et les rapports d’hégémonie qu’elles peuvent servir ou légitimer. Elles sont en premier lieu des instruments des États, qui les utilisent à des fins de négociation et de coopération multilatérales. Ils ont notamment besoin d’elles pour créer les conditions de la paix et de la sécurité, pour promouvoir des régimes internationaux, pour réaliser des projets communs en matière économique, sociale, culturelle, écologique ou humanitaire, pour partager des connaissances et harmoniser leurs politiques publiques, pour gérer des programmes de coopération scientifique et technique. Les institutions internationales bénéficient, toutefois, d’une certaine autonomie par rapport aux États. Elles sont créées par les États et se sont développées grâce à leur soutien, mais leurs dispositions constitutives définissent

---

<sup>90</sup> DE SENARCLENS Pierre, « Les organisations internationales face aux défis de la mondialisation », *Rev. Int. Sci. Soc.*, 170, ERES, 2001.

des principes, des finalités normatives et des buts politiques auxquels les gouvernements sont censés adhérer ou vers lesquels ils doivent tendre<sup>91</sup>.

116. Dans la mesure où les organisations internationales sont l'expression de la solidarité internationale et constituent les mécanismes de construction d'une société internationale distincte de la société interétatique traditionnelle, il serait intéressant de les étudier sous le prisme de la conception et la position que leur réserve chaque État.
117. De par son statut de pays décolonisé, l'Algérie offre un exemple intéressant d'une confrontation entre le souci de sauvegarder sa souveraineté récemment recouvrée et l'ouverture vers les partenaires internationaux, et plus particulièrement les organisations internationales. Une confrontation qui devient de plus en plus inéluctable dans un monde où la globalisation, la mondialisation et l'internationalisation sont les nouveaux mots d'ordre.
118. Nul n'ignore que l'Algérie avait profité d'une période d'observation attentive, suivie d'une participation vigilante, pour mieux tâter le terrain et évaluer les rapports de force afin de s'ouvrir aux institutions internationales et subir *in fine* leur influence en connaissance de cause. Sous cette influence de plus en plus grandissante, l'Algérie a crescendo entamé, en marge d'une transition idéologique et économique imposée, un long processus de mise à niveau de ses textes juridiques et réglementaires. Dans le sillage de cette mise à niveau, le législateur a ressenti le besoin de moderniser la réglementation des marchés publics et de la mettre au diapason des standards internationaux.
119. La modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics passe nécessairement par une ouverture ciblée aux institutions internationales (Section 1).

---

<sup>91</sup> *Ibid.*

Cependant, cette ouverture ciblée a fait que des sources internationales, somme toutes importantes, se trouvent ignorées par le législateur algérien (Section 2).

### **1.1.2.1 Section 1 : La réglementation algérienne des marchés publics et son ouverture ciblée aux institutions internationales.**

120. Avant de s'atteler au changement révolutionnaire qui a mis la réglementation algérienne des marchés publics sur l'orbite des standards internationaux, il ne sera pas vain d'aborder, aussi furtivement soit-il, l'évolution de la réglementation algérienne des marchés publics.

121. Au lendemain de l'indépendance, les marchés publics étaient régis par la réglementation coloniale en vertu du principe de la reconduction consacré par la Loi n°62-157 du 31 décembre 1962<sup>92</sup>. Celle-ci a été édictée par le souci d'assurer la continuité de l'administration et surtout de ne pas juguler ou perturber son action

---

<sup>92</sup> Les textes qui étaient reconduits par cette loi en ce qui concerne la matière des marchés publics sont principalement : Le Décret du 30 octobre 1935 modifié relatif au financement des marchés de l'Etat et des collectivités publiques ; Le Décret n°53-405 modifié, relatif au règlement des marchés de l'Etat et des établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages du commerce ; Le Décret n°56-256 du 13 mars 1956 modifié fixant les règles de passation des marchés de l'Etat ; Le Décret n°57-24 du 8 janvier 1957 relatif aux marchés passés en Algérie ; Le Décret n°59-370 du 28 février 1959 relatif à la participation des entreprises aux marchés publics afin de favoriser le développement de l'Algérie ; L'Arrêté du 12 février 1957 modifié, étendant à l'Algérie la réglementation française ; L'Arrêté du 15 septembre 1958 approuvant le CCAG relatif aux travaux, applicable à l'administration des ponts et chaussées. L'Arrêté du 1er avril 1960 approuvant le CCAG applicable aux marchés de fournitures passés par les services de l'administration des ponts et chaussées et le Cahier des Prescriptions Communes relatif aux travaux de l'Administration des Ponts et Chaussées d'avril 1958.

en pleine période de mutation caractérisée par l'inexpérience et la jeunesse des institutions en charge de la reconstruction nationale<sup>93</sup>.

122. Le premier texte algérien régissant une catégorie des marchés publics fut l'Arrêté Ministériel du 21 novembre 1964 portant approbation du CCAG applicable aux marchés de travaux du Ministère de la Reconstruction, des Travaux Publics et des Transports. Ce texte ayant un caractère urgent est intervenu dans un contexte économique particulier marqué par la volonté politique d'organiser la reconstruction du pays tout en répondant aux aspirations de l'Algérie fraîchement indépendante. Il a cependant continué à faire référence à la réglementation antérieure à l'indépendance. En réalité, le C.C.A.G. de 1964 constitue déjà une tentative prématurée « d'algérianiser » le droit des marchés publics dans la mesure où son contenu dépasse le cadre normal d'un CCAG. En effet, celui-ci intègre un titre complet (Titre n°1) disposant sur les procédures de passation des marchés qui, par définition, ne peuvent être contractuelles. C'est un domaine qui reste l'apanage du code des marchés publics. Cette assertion est d'autant confortée à la lecture de l'article 05 dudit arrêté qui précise que « Tous les textes antérieurs relatifs au même objet sont abrogés », ce qui laisse, bien entendu, une large marge d'interprétation quant à son applicabilité<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> De l'avis de tous les juristes algériens, l'acte fondateur de la continuité avec le l'ordre juridique reçu en héritage de l'ère coloniale est cette Loi n°62-157 du 31 décembre 1962, tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre, de la législation en vigueur au 31 décembre 1962. Cependant, contrairement à l'idée fort répandue dans la doctrine juridique en vigueur en Algérie qui fait de la fameuse loi du 31 décembre 1962 le fondement de l'ordonnement juridique du nouvel Etat, c'est en vérité une circulaire, celle du président de l'Exécutif provisoire qui est à l'origine du système juridique algérien : il s'agit là d'un fait historique indéniable qui devrait trouver sa juste et légitime place dans la science du droit en Algérie. Même si formellement, elle n'a été appliquée que du 13 juillet 1962 au 26 mars 1963 et donc durant une période limitée, sa portée et son impact sur le système juridique de l'Algérie indépendante sont considérables. Inaugurant un nouveau type de circulaires, la « circulaire pré-formelle », l'instruction du président de l'Exécutif Provisoire a ouvert la voie à un mode de régulation juridique quelque peu pervers eu égard à la place excessive qu'occupent les circulaires et autres instructions parmi les sources du droit. BENNADJI Cherif, « AUX ORIGINES DU SYSTEME JURIDIQUE ALGERIEN », Rev. Algér. Sci. Jurid. Polit., 54, ASJP, 2017. P 33 et 49.

<sup>94</sup> SABRI Mouloud, « LE DROIT DES MARCHES PUBLICS EN ALGERIE », Rev. IDARA, 18, ASJP, 2008.

123. La pierre angulaire dans la construction de l'édifice législatif des marchés publics fut la promulgation de l'Ordonnance 67-90 du 17 juin 1967 portant code des marchés publics. Cette ordonnance, coïncide avec le lancement du premier plan triennal de 1967 qui visait la mise en place progressive d'une économie socialiste dirigée et qui impliquait surtout une action normative à grande échelle, consacrant la propriété publique de l'ensemble des moyens de production et attribuant à l'Etat la maîtrise de tous les rouages socio-économiques. L'avènement de cette ordonnance répondait aussi, bien que largement inspirée du cadre français, au souci de rompre avec la réglementation antérieure devenue surannée et en déphasage par rapport aux priorités et objectifs de développement du pays après son indépendance. En effet, l'article 165 de cette ordonnance abroge la totalité de la législation et la réglementation antérieure alors que, dans bien d'autres domaines, la législation française demeurerait en vigueur jusqu'au 05 juillet 1975 en application de l'ordonnance du 05 juillet 1973<sup>95</sup>.

124. Ensuite, il y a l'ordonnance n°74.09 du 30 janvier 1974 portant réaménagement du code des marchés publics, laquelle a étendu son champ d'application aux contrats d'équipement des entreprises socialistes à caractère économique ainsi que les contrats de travaux, fournitures et services passés par ces dernières dans le cadre de la réalisation des opérations d'équipement. En fait, l'ordonnance portant réaménagement du code des marchés publics a été dictée dans le souci de garantir le bon emploi des fonds consentis aux entreprises publiques dont les règles d'utilisation étaient fixées par la loi de finances pour l'année 1974<sup>96</sup>. L'ordonnance a également introduit un certain nombre d'assouplissements accordés aux

---

<sup>95</sup> Compte tenu de l'évolution rapide des impératifs de développement et en vue d'atténuer les distorsions constatées dans l'application du nouveau code, ce dernier a été complété à quatre reprises il s'agit des Ordonnances suivantes : n°69-32 du 22 mai 1969, n°72-12 du 18 avril 1972, n°74.85 du 17 septembre 1974, n°75-51 du 17 juin 1975. Il a été aussi modifié quatre fois de suite. Il s'agit des Ordonnances suivantes : n°70.57 du 06 août 1970, n°71.84 du 29 décembre 1971 et n°74-09 du 30 janvier 1974, n°76.09 du 30 janvier 1976. La plus importante ayant modifié le code fut l'Ordonnance n°74.09 du 30 janvier 1974 portant réaménagement du code des marchés publics.

<sup>96</sup> Ordonnance n°73-64 du 28 décembre 1973 fixant les modalités de financement des investissements planifiés à la charge des entreprises publiques inscrits dans le cadre du 2ème plan quadriennal

entreprises socialistes par la possibilité offerte à celles-ci de recourir à un règlement financier compatible avec les modalités en usage dans le domaine du commerce international (avances, acomptes, garanties, crédits documentaires...). Cependant, l'introduction de ces aménagements n'a pas eu, tout à fait, l'effet escompté dans la mesure où la rigidité de certaines dispositions du code et leur inadaptation au rythme et au volume des investissements engagés ont eu pour conséquence : le glissement des délais de réalisation des projets, la multiplication des surcoûts ayant impliqué des réévaluations successives des enveloppes financières allouées. Cette situation a été aggravée par l'absence d'un suivi rigoureux des opérations d'investissement notamment avec les contractants étrangers, ce qui a engendré les restrictions prévues à l'article 1 de l'ordonnance n°78-02 du 11 février 1978 relative au monopole de l'Etat sur le commerce extérieur, interdisant toute forme d'intermédiaire dans le commerce international<sup>97</sup>.

125. Toutes ces raisons ont plaidé en faveur d'une nouvelle réglementation plus adaptée à la réalité du terrain et permettant plus d'assouplissement en matière de passation et d'exécution des marchés. Ce fut l'œuvre de la réforme introduite par le décret n°82-145 du 10 avril 1982 portant réglementation des marchés de l'opérateur public. Il sied de signaler de prime à bord que le décret 82-145, en abrogeant la majorité des dispositions de l'ordonnance de 67-90, a fait basculer la matière des marchés publics du domaine législatif au domaine réglementaire. La constitution de 1976 était muette sur cette question<sup>98</sup>. De plus, sur le plan du respect du principe de

---

<sup>97</sup> SABRI Mouloud, *op. cit.*

<sup>98</sup> *Ibid.*

la hiérarchie des normes, l'abrogation aurait dû intervenir dans les mêmes formes à savoir par loi ou ordonnance et non pas par décret<sup>99</sup>.

126. Le décret n°82-145 a subi à son tour plusieurs modifications dont la plus importante est intervenue par décret n° 88-72 du 29 mars 1988. Ce dernier est venu en application de la loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les Entreprises Publiques Economiques qui a consacré le principe d'autonomie des entreprises publiques par rapport aux interférences et injonctions de la tutelle. En effet, la réforme économique amorcée en 1988 visant à s'orienter progressivement vers l'économie de marché a induit des modifications importantes au niveau des textes juridiques. La réglementation des marchés publics n'a pas échappé à cette règle dans la mesure où, désormais, les entreprises publiques économiques (EPE) et les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) sont exclus du domaine des marchés publics. Cette exclusion est le résultat logique du désengagement de l'Etat dans le financement des investissements des entreprises nationales<sup>100</sup>. De plus, le Décret n° 88-72, en éliminant les EPE et les EPIC du régime exorbitant prévu dans la réglementation des marchés publics, se voulait être en adéquation avec la stratégie de réforme visant à libérer la sphère productive de la gestion administrative de l'économie. Elle est, désormais, régie par les seules règles de la commercialité et du marché concurrentiel. Cette nouvelle démarche consistant à se départir progressivement de l'économie planifiée en faveur de l'économie de marché a rendu indispensable l'adaptation de la réglementation des

---

<sup>99</sup> La nouvelle réglementation a introduit une nouvelle notion concernant l'acheteur public, celle de l'opérateur public. Il s'agit en fait, d'un critère organique permettant de définir clairement quelles sont les personnes qui sont appelées à passer des marchés publics. Cette notion regroupe, en effet, en application de l'article 5 dudit décret, les administrations publiques, tous les établissements et organismes publics et toutes les entreprises socialistes y comprises les entreprises d'économie mixte dont le capital social est à majorité publique. De ce fait, les administrations et les entreprises publiques sont placées à un pied d'égalité et sont régies par la même réglementation. A signaler qu'en vertu de ce texte, le marché de l'opérateur public est considéré comme étant un instrument de réalisation du plan national de développement qui s'inscrit dans le cadre des orientations fixées par la charte nationale.

<sup>100</sup> Désengagement confirmé, de surcroît, dans le cadre de la Loi 88-29 du 12 juillet 1988 relative à l'orientation des investissements économiques privés nationaux et de la Loi 90-10 du 14 avril 1990 relative à la monnaie et au crédit qui a ouvert la voie aux financements extérieurs.

marchés publics dans son ensemble au nouveau contexte économique, ce qui devait introduire une refonte de cette réglementation. Ce fut, en effet, l'œuvre du décret exécutif 91-434<sup>101</sup> du 09 novembre 1991 portant réglementation des marchés publics<sup>102</sup>.

127. En dépit des efforts d'adaptation déployés sur les plans juridique et institutionnel en vue d'asseoir une pratique basée sur les principes d'efficacité de la commande publique, la réglementation des marchés publics sous l'empire du décret exécutif 91-434, modifié et complété, comportait un certain nombre d'incohérences et d'imprécisions, voire parfois de contradictions, entre ses dispositions. De plus, cette réglementation est restée peu captive des tendances universelles et relativement inadéquate par rapport aux standards internationaux en matière des marchés publics. Cette situation a amené les pouvoirs publics à engager une large concertation menée à partir de janvier 2001 avec l'ensemble des intervenants dans les marchés publics, notamment dans le cadre de la tripartite. L'objectif de cette concertation était de dégager un consensus sur la refonte de la réglementation des marchés publics qui tienne compte des principes universels fondamentaux régissant la commande publique et qui s'inscrive dans le cadre de

---

<sup>101</sup> Le décret exécutif n° 91-434 a subi à son tour plusieurs modificatifs par voie de décrets qui sont au nombre de trois (03) à savoir: Le Décret Exécutif n° 94-178 du 26 juin 1994, le Décret Exécutif n° 96-54 du 22 janvier 1996 et le Décret Exécutif n°98-87 du 07 mars 1998.

<sup>102</sup> Ce décret a abrogé les dispositions du Décret n° 82-145 modifié et complété ainsi que certaines dispositions de l'Ordonnance n°67-90 reconduites par le décret précité. Il a confirmé l'exclusion des E.P.E. et les EPIC de son champ et en a intégré les institutions autonomes. La notion d'opérateur public a été supprimée en faveur d'une autre dénomination celle du service contractant. L'adaptation de la nouvelle réglementation au nouveau mode de gestion économique s'est manifestée principalement à travers les aménagements suivants : Réhabilitation de la règle de la concurrence après appel d'offres. Le gré à gré devient l'exception. Suppression de la dichotomie entre les entreprises publiques et les entreprises privées, désormais toutes les entreprises quel que soit leur statut juridique (publique ou privée, nationale ou étrangère) sont à un pied d'égalité face à la commande publique. Liberté accordée aux services contractants de choisir et le mode de passation et le partenaire co-contractant. Responsabilisation du service contractant dans le cadre de la dispense du partenaire co-contractant du paiement des pénalités pour retard. Simplification des procédures de règlement des litiges. Mise en adéquation des conditions de passation et d'exécution des commandes publiques. Assouplissement des conditions de passation des avenants. Possibilité d'une révision trimestrielle des prix. (SABRI Mouloud, « LE DROIT DES MARCHES PUBLICS EN ALGERIE », *Rev. IDARA*, 18, ASJP, 2008.)

l'efficacité de la réalisation des programmes d'équipement publics par une meilleure utilisation des fonds publics<sup>103</sup>.

128. Vu l'importance de la commande publique et son incidence sur le budget général de l'Etat et d'une façon générale sur le développement du pays, la réglementation des marchés publics a été hissée à un niveau supérieur dans la hiérarchie des textes. En effet, contrairement au texte précédent, la nouvelle réglementation a été prise par décret présidentiel. Cela traduit la volonté politique et marque l'engagement des plus hautes autorités de l'Etat dans le processus de réforme afin de donner une base solide aux changements entrepris. L'avènement du Décret Présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics annonce donc une nouvelle dynamique de passation et d'exécution des contrats publics conforme aux aspirations du développement économique, d'autant qu'il coïncide avec deux événements majeurs: le premier se situe au plan interne en l'occurrence le lancement en 2001 du Programme de Soutien à la Relance Economique (PSRE) qui a mobilisé des moyens financiers colossaux en vue de provoquer une croissance économique forte et durable. Le deuxième événement se situe au plan externe. Il s'agit d'une part, de la signature à Valence (Espagne) le 22 avril 2002 de l'accord d'association de l'Algérie avec l'Union européenne visant à créer une zone de libre-échange entre les deux parties. Cet accord entraînera une mise à niveau progressive du cadre législatif et réglementaire y compris donc celui des marchés publics ; et d'autre part, de l'intensification des négociations en vue de l'adhésion à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) ce qui impliquera également d'importantes conséquences en terme d'harmonisation des textes juridiques nationaux par rapport aux règles contenues dans les accords de l'OMC particulièrement l'accord de Marrakech sur les marchés publics du 15 avril 1994. Le Décret Présidentiel portant réglementation des marchés publics a tenté de

---

<sup>103</sup> Ibid.

regrouper l'ensemble des dispositions éparses liées aux marchés publics dans un texte unique<sup>104</sup>.

129. La réforme de la réglementation des marchés publics, intervenue par le décret présidentiel n° 02-250, a introduit des modifications substantielles en adéquation avec les objectifs des politiques économiques internes et conformes aux engagements de l'Algérie avec les institutions internationales. Tel est le cas également du Décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics<sup>105</sup>, puis le texte qui l'a modifié en 2012<sup>106</sup>. Le décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public est venu quelques années après pour confirmer la nouvelle tendance prônant une ouverture salutaire vers les sources internationales du droit.

130. Cette tendance fut également à l'origine de la révision, tant attendue, de l'arrêté du 21 novembre 1964 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux<sup>107</sup>, par le biais du décret exécutif n° 21-219 du 20 mai 2021<sup>108</sup>. Lors de l'examen de l'avant-projet de ce texte par le Conseil de gouvernement, dans sa réunion du mercredi 10 Février 2021, le gouvernement a souligné qu'il est devenu nécessaire de remplacer l'arrêté de 1964 par un nouveau texte qui doit être au diapason du décret Présidentiel n° 15-247 du

---

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> JORDP n° 58 du 7 octobre 2010.

<sup>106</sup> Le Décret présidentiel n° 12-23 du 18 janvier 2012 modifiant et complétant le décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics (JORADP n° 04 du 26 janvier 2012).

<sup>107</sup> JORADP du 11 décembre 1964

<sup>108</sup> Décret exécutif n° 21-219 du 20 mai 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux. JORADP N° 50 du 24 Juin 2021.

20/09/2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, ainsi qu'aux standards internationaux régissant ce domaine<sup>109</sup>.

131. L'ouverture de la réglementation algérienne des marchés publics aux sources internationale est définitivement actée par l'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247, qui, en évoquant les institutions internationales parmi les sources potentielles, a mis en exergue deux institutions internationales qu'il a nommé identifié, à savoir : L'Union Européenne (Sous-section 1) et la Banque Mondiale (Sous-section 2).

#### *2.2.1.1.1 Sous-section 1 : Les recommandations de l'Union européenne.*

132. Le choix du législateur algérien de se référer aux recommandations de l'Union européenne en tant que source internationale privilégiée de la réglementation des marchés publics est indubitablement liée à l'accord d'association Euro-méditerranéen établissant une association entre la République algérienne et la Communauté Européenne et ses États membres, signé à Valence le 22 avril 2002<sup>110</sup>. La logique voudrait donc que notre analyse soit développée sur la base de la réfraction de cet accord et les conséquences qui en découlent.

---

<sup>109</sup> Le communiqué des services du Premier ministre, publié dans l'Agence Presse Service (APS) du 10 février 2021, précise que : « Ce texte constitue un cadre de référence nécessaire à la conduite administrative des marchés publics dans le domaine des travaux. Ainsi, il vient remplacer l'Arrêté du 21 Novembre 1964 tout en se référant aux dispositions de la réglementation des marchés publics, instaurées par le Décret Présidentiel n 15-247 du 20/09/2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, ainsi qu'aux standards internationaux régissant ce domaine ». voir <https://www.aps.dz/algerie/117406-reunion-du-gouvernement-examen-de-projets-de-decrets-executifs-relatifs-aux-finances-a-l-energie-et-a-l-habitat>. Visité le 30/04/2022

<sup>110</sup> L'Accord d'association signé à Valence (Espagne) en avril 2002, ne se limite pas uniquement à la création d'une zone de libre-échange mais intègre aussi bien les aspects économiques (volet commercial, coopération économique et financière, flux d'investissement) que les dimensions politiques, sociales et culturelles nécessaires pour un développement durable. Cet Accord s'inscrit dans le contexte du processus de Barcelone initié par l'Union Européenne pour développer les relations de coopération avec les pays Sud Méditerranéens tout en visant la mise en place à long terme d'une «zone de prospérité partagée ».

133. L'Algérie a souvent adopté des positions caractérisées, tantôt de tergiversations, d'attentisme et de "conditionnalités" et, tantôt d'adhésion et de coopération vis-à-vis de l'Union européenne. Cela est dû sans doute à la sensibilité des rapports historiques Algéro-Français, sachant que la France pèse de tout son poids dans la définition des politiques Euro-méditerranéennes.

134. Le lancement du processus de Barcelone en 1995 avait suscité beaucoup d'espoir de paix et de développement en Méditerranée et dans le monde entier. Coïncidant avec le lancement du processus de paix israélo-palestinien et les accords d'Oslo en 1993, le partenariat Euro-méditerranéen fut accueilli avec enthousiasme par les pays des deux rives. L'Algérie n'a pas été en reste puisqu'elle a adhéré au processus de Barcelone même si par la suite, la conclusion de son accord d'association avec l'UE fut laborieuse. L'Algérie pensait que ce nouveau cadre de coopération était tout indiqué pour poursuivre son combat contre le terrorisme islamiste auquel elle était confrontée. Et du fait justement de cette instabilité, l'Algérie n'a signé son accord d'association<sup>111</sup> avec l'UE qu'en 2002 (entrée en vigueur en 2005)<sup>112</sup>.

135. Au fur et à mesure de son application, l'accord d'association révéla son caractère déséquilibré au profit de la partie européenne. Un manque à gagner important se fait déjà sentir pour l'Algérie. Pendant les premières années, le démantèlement tarifaire a provoqué une chute considérable des revenus de l'État : de 2005 à 2009, 2,5 milliards de dollars, et de 2010 à 2017, les estimations parlent de 8,5 milliards de dollars. Par ailleurs, les importations algériennes de produits européens ont considérablement augmenté depuis l'entrée en vigueur de l'accord.

---

<sup>111</sup> « Décret présidentiel n° 05-159 du 27 avril 2005 portant ratification de l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre la République algérienne démocratique et populaire d'une part et la communauté européenne et ses Etats membres d'autre part, signé à Valence le 22 avril 2002, ainsi que ses annexes 1 à 6, les protocoles n° 1 à 7 et l'acte final y afférents ».

<sup>112</sup> BAGHZOUZ Aomar, « La politique Méditerranéenne de l'Algérie à l'épreuve des mutations géopolitiques régionales : changement ou continuité ? », Maghreb - Machrek, 221, ESKA, 2014.

Les exportations hors hydrocarbures, quant à elles, ont sensiblement varié. Globalement, pour chaque dollar exporté vers l'UE, l'Algérie en importe 20. Finalement de nombreuses PME algériennes ont dû fermer, faute de ne pouvoir faire face à la concurrence étrangère<sup>113</sup>.

Les Algériens ont pu obtenir une révision du calendrier du démantèlement tarifaire mais il n'est pas sûr que cette rallonge de délai serve à quelque chose en raison des déficiences structurelles de l'économie nationale.

136. Plus généralement, les griefs de l'Algérie à l'encontre de l'accord d'association dépassent le cadre économique pour embrasser d'autres domaines tel que la libre circulation des personnes. D'ailleurs, l'Algérie n'a cessé de demander à l'UE d'accepter un contrat pour la mobilité des personnes et refuse que l'on traite la question migration sous l'angle strictement sécuritaire. Et curieusement cet accord tant décrié par l'Algérie entre en vigueur l'année même de l'établissement du bilan décennal très modeste de Barcelone en 2005. Pourquoi donc l'Algérie a-t-elle accepté un tel accord en dépit du fait qu'elle connaissait d'emblée ses répercussions négatives sur son économie mono-exportatrice ?<sup>114</sup>

Au-delà du fait que cette adhésion répond au choix éminemment géostratégique qui rattache l'Algérie au monde méditerranéen, cette énigme, somme toute paradoxale, pourrait trouver une autre explication dans le fait que cet accord ne se limite pas uniquement à la création d'une zone de libre-échange mais intègre aussi bien les aspects économiques (volet commercial, coopération économique et financière, flux d'investissement) que les dimensions politiques, sociales et culturelles nécessaires pour un développement durable. En sus de l'impératif de coopérer pour affronter les questions d'intérêt communs (terrorisme, immigration, clandestine...), l'Algérie trouverait toujours intérêt de compenser le déséquilibre de la balance

---

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> *Ibid.*

commerciale par une mise à niveau des plusieurs aspects de la gouvernance économique, la maîtrise des dépenses publiques, entre autres.

La libération des marchés publics et la gestion rationnelle des dépenses publiques figurent parmi les priorités aussi bien dans l'accord d'association que dans les rapports de coopération "Union européenne-Algérie". Ainsi, l'accord d'association Algérie-Union Européenne comporte une recommandation qui concerne directement et explicitement le domaine des marchés publics. Il s'agit de l'article 46 qui dispose, ce qui suit :

*"Les parties se fixent comme objectif une libéralisation réciproque et progressive des marchés publics.*

*Le Conseil d'association prend les mesures nécessaires à la mise en œuvre des dispositions du 1er paragraphe "*

137. L'accord d'association contient, par ailleurs, une autre disposition importante, l'article 56 en l'occurrence<sup>115</sup>, qui mérite d'être traité avec toute l'attention qui requiert. En effet, sous le couvert d'un titre somme toute diplomatique, qui devrait traiter du rapprochement des deux législations, cette disposition a fixé finalement à la Coopération l'objectif d'assurer le rapprochement de la législation de l'Algérie à la législation de la Communauté dans les domaines couverts par ledit accord, y compris dans le domaine des marchés publics, en dehors de toute obligation de réciprocité.

138. L'application des deux dispositions citées ci-dessus impose donc à l'Algérie de procéder à une libération progressive des marchés publics. Il va sans dire que la mise en œuvre de cette exigence implique nécessairement l'adaptation du dispositif réglementaire en vigueur, ce qui justifie, a priori, les réformes successives de la réglementation sur les marchés publics, notamment ces dernières années.

---

<sup>115</sup> Article 56 « Rapprochement des législations » : La coopération aura pour objectif le rapprochement de la législation de l'Algérie à la législation de la Communauté dans les domaines couverts par le présent accord.

139. L'impact desdites recommandations n'a pas tardé à devenir palpable et patent sur les amendements opérés sur la réglementation des marchés publics.

Quelques mois seulement après la publication du décret présidentiel portant ratification de cet accord Euro-méditerranéen établissant une association entre la République algérienne démocratique et populaire, d'une part, et la Communauté Européenne et ses États membres, d'autre part, le législateur algérien a publié le décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002, portant réglementation des marchés publics<sup>116</sup>, lequel consacre définitivement cette libéralisation en donnant aux étrangers la possibilité de contracter des marchés publics dans le cadre des appels d'offres internationaux<sup>117</sup>. Dès lors, toutes les réglementations des marchés publics qui lui sont succédées veillent à ce que cette mesure soit intégrée, pour devenir *in fine* une constante inéluctable.

140. Au demeurant, la bonne gouvernance économique, qui passe nécessairement par une meilleure maîtrise de la dépense publique et, passant, des marchés publics, figure parmi les préoccupations majeures de l'Union européenne. L'intérêt particulier accordé à cette question est reflété par les nombreuses recommandations émises par cette institution dans les différents rapports de coopération publiés par sa délégation en Algérie.

141. Dans son édition de 2014, le rapport de coopération UE-Algérie est marqué par une déclaration très intéressante du chef de la délégation de l'Union européenne en Algérie, Mr Mark SKOLIL en l'occurrence<sup>118</sup>, lequel n'a pas manqué de confirmer l'existence d'un plan d'action visant à concrétiser tous les engagements et les dispositions émanant de l'accord d'association signé en 2002. Ce dernier précise que le plan d'action, en discussion entre les deux parties depuis 2012, devra constituer,

---

<sup>116</sup> JORADP N° 52 DU 28/07/2002.

<sup>117</sup> Voir l'article 23.

<sup>118</sup> « Rapport\_cooperation\_2014-\_finale\_-\_version\_web.pdf », [consulté le 1 février 2020].

une fois finalisé, la feuille de route pour les actions à accomplir à court et moyen termes, pour concrétiser les objectifs de l'Accord d'Association. Ce Plan qui devra s'inscrire dans la logique des politiques européennes en cours à cette époque et dans le plan du gouvernement algérien, permettra de concrétiser les objectifs de coopération entre l'UE et l'Algérie dans les années à venir.

142. La délégation de l'Union européenne en Algérie précise, dans ce même rapport de coopération, publié en 2014, que le volet de la gouvernance économique s'articule autour de trois domaines d'intervention correspondant à autant d'objectifs spécifiques :

- ✓ Les systèmes de gestion financière publique, où l'objectif spécifique est le renforcement des capacités des institutions externes à l'exécutif, des experts et des médias impliqués à différents titres et moments dans le système de gestion financière publique ;
- ✓ L'élaboration et l'évaluation des politiques économiques et sociales du secteur public, où l'objectif spécifique est la promotion d'une connaissance plus solide des facteurs socioéconomiques permettant le meilleur ciblage de la politique budgétaire, et une participation plus large au débat sur les grandes orientations économiques et sociales de la nation ;
- ✓ La promotion de la responsabilité sociétale dans le secteur public et privé, où l'objectif spécifique est la meilleure prise en compte par les organisations, publiques et privées, de leur responsabilité sociétale, avec une attention particulière accordée aux droits et à la contribution des femmes, des jeunes et des groupes vulnérables dans la vie économique.

Il n'est nullement besoin d'être un clerc pour comprendre que les deux premiers domaines d'intervention sont étroitement liés à la commande publique. Ceci est d'autant plus vrai qu'ils concernent les politiques économiques et sociales du

secteur public, d'un côté, et l'évaluation des politiques économiques et sociales du secteur public permettant un meilleur ciblage de la politique budgétaire, de l'autre côté.

Le but attendu de l'implémentation de ces objectifs spécifiques, prônés par l'Union européenne, consiste à appuyer une remise à niveau des mécanismes de vérification externe sur la dépense publique, y compris les marchés publics.

143. En 2015, la délégation de l'Union européenne en Algérie a mis en place, dans le cadre de l'accord d'association signé entre l'Algérie et l'Union européenne, une mission d'identification et de formulation du programme d'appui de l'UE à la réforme de la gestion des Finances Publiques en Algérie. Dans son premier rapport cette délégation a estimé, à juste titre, que :

*"La gestion des finances publiques a besoin de se moderniser, notamment par le cadrage pluriannuel du budget de l'état".*

Il importe de souligner que cette mission est initiée pour appuyer et concrétiser la décision n° 43 du 31/11/2012 du Ministère des Finances algérien, qui prévoit la création d'un organe dénommé "Cellule d'Appui à la Modernisation des Finances Publiques [CMFP]" auprès du Cabinet ministère des finances. Les missions de cette cellule se résument à :

- ✓ L'élaboration du projet du Ministère des Finances relatif au Plan Stratégique de Modernisation des Finances Publiques. Dans ce cadre elle négocie et formalise les engagements des structures et conduit un dispositif de suivi et de transparence sur la réalisation de ces engagements ;
- ✓ Le suivi du processus de validation et adoption du projet de Plan Stratégique de Modernisation des Finances Publiques ; et ;
- ✓ L'appui technique à la réalisation des actions de modernisation en cours au sein du Ministère et des actions qui auront été retenues dans le plan stratégique.

144. L'intérêt que l'Union européenne accorde en particulier à cette "Cellule d'Appui à la Modernisation des Finances Publiques" n'est pas fortuit dans la mesure où cette dernière bénéficiait, depuis 2013, d'un appui de l'Union Européenne en assistance technique dans le cadre du Programme d'appui à la mise en œuvre de l'Accord d'association (P3A II), au travers du contrat ENPI/2012/ 290-174. Cet appui est arrivé à son terme le 30/11/2016.

De plus, dans un autre document de coopération, le document de programmation 2014 – 2017 pour la coopération entre l'Union européenne et l'Algérie, il est envisagé, sous le 3ème secteur prioritaire, ce qui suit :

*"La consolidation de la stabilité macroéconomique, avec un accent particulier sur la gestion des finances publiques (gouvernance économique). Cette thématique permettra de continuer l'appui actuel à la réforme structurelle du fonctionnement de l'économie, par le biais d'une meilleure gestion réglementaire et financière du budget de l'État et de l'impact décisif de cette gestion sur l'économie".*

145. La réforme structurelle du fonctionnement de l'économie passe nécessairement par la modernisation des finances publiques. Dans ce cadre, l'Algérie avec l'appui de l'Union européenne a lancé un programme d'appui à la réforme de finances publiques en Algérie, destinée au renforcement des capacités dans le domaine des marchés publics, qui constitue un pilier fondamental de la bonne gouvernance et des prestations de services par les pouvoirs publics. Il s'agit du programme UE REFIN qui a démarré formellement le 6 février 2018.

Ce programme devrait contribuer à la mise en œuvre du Plan Stratégique de Modernisation des Finances Publiques (PSMFP), à travers plusieurs volets, notamment :

- ✓ Importante assistance technique de longue et courte durée auprès du Ministère des Finances pour la mise en place d'un système intégré de gestion, ainsi que l'appui à la réforme des systèmes budgétaires et comptables, et ;
  
- ✓ Un volet dédié à la transparence fiscale et surveillance du budget.

Le processus de libéralisation et modernisation des marchés publics, mis en branle depuis la ratification de l'accord de partenariat Algérie-Union européenne, n'a pas cessé d'élargir son étendue pour aboutir *in fine* à des avancées considérables, voire révolutionnaires, contenues dans le décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégation des services publics. La dématérialisation de la passation des marchés et la consécration du droit de compromettre pour les marchés publics contractés par des étrangers y sont les nouveautés les plus marquantes et il paraît évident qu'elles s'inscrivent en droite ligne avec les recommandations de l'Union européenne.

146. L'influence de l'Union européenne sur la réglementation algérienne des marchés publics étant bien illustrée, il reste opportun d'analyser l'ampleur de l'influence de l'autre institution expressément citée : La Banque Mondiale (Sous-section 2).

#### ***2.2.1.1.2. Sous-section 2 : Les recommandations de la Banque Mondiale.***

147. La Banque mondiale a été créée en 1944, lors de la conférence de Bretton Woods<sup>119</sup>. Sa structure a beaucoup évolué depuis. À la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), chargée des prêts au secteur public, sont progressivement venus s'ajouter l'Agence Internationale pour le Développement (AID) et trois autres organismes : la Société Financière Internationale (SFI), responsable du financement du secteur privé, l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) et le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI). Ces cinq organismes constituent le groupe de la Banque mondiale<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Dans la même année, il a été également décidé de la création du Fonds monétaire international, les deux organisations étant appelées communément "Institutions de Bretton Woods" IBM

<sup>120</sup> CLING Jean-Pierre et ROUBAUD François, *La Banque mondiale* [en ligne], La Découverte, 2008. P 3.

148. La Banque mondiale est une source essentielle d'appui financier et technique pour les pays en développement. Il ne s'agit pas d'une banque au sens habituel du terme mais d'un partenaire à même de jouer un rôle appuyé dans développement de ce pays. L'Algérie étant un pays en développement, elle s'est toujours basée sur les rapports et les recommandations de la Banque mondiale pour apporter les réajustements qui s'imposent à sa politique économique.

Le financement des projets par le groupe de la Banque Mondiale est toujours suivi par l'application des cahiers des charges intitulés « Directives passation des marchés finances par les prêts de la BIRD et les crédits de l'IDA ».

149. En Algérie, cette institution a émis de nombreuses recommandations en relation directe avec les marchés publics, lesquelles ont manifestement contribué à la modernisation de cette branche de droit. L'on peut évoquer, à titre d'exemple, les recommandations contenues dans le rapport analytique sur la passation des marchés en Algérie, publié en date du 1er juillet 2003<sup>121</sup>.

Ce rapport étudie principalement les voies d'amélioration des procédures de passation des marchés publics qui, d'après les analystes de cette banque, devraient se reposer sur une transparence accrue et plus généralement, sur un ensemble d'actions contribuant à renforcer l'efficacité et la crédibilité de la commande publique. Il est d'une importance capitale dans la mesure où il dresse une analyse exhaustive du domaine des marchés publics en Algérie<sup>122</sup>, et ce dans la perspective d'établir des priorités parmi les aspects principaux du système de passation des

---

<sup>121</sup> « Le rapport analytique sur la passation des marchés pour la région Moyen-Orient et Afrique du nord, n° 29765 du 1/06/2003, publié le 1/07/2003 - Recherche Google », [consulté le 1 février 2020].

<sup>122</sup> Ce premier rapport résulte d'une mission de la Banque mondiale réalisée à Alger du 12 au 24 janvier 2002. Cette mission était conduite par Maurice Gress, spécialiste en passation des marchés, et composée d'Émile Finateu, spécialiste en gestion du secteur public, Lucie Poirier, spécialiste en passation des marchés, Nadia Gouhier, analyste en passation des marchés, et Dominique Schelameur, juriste en passation des marchés. La mission a également bénéficié de l'appui de Monsieur Nadjib Sefta, conseiller régional en passation des marchés pour l'Afrique du Nord et le Moyen-Orient. Suite à la parution du décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002, portant réglementation des marchés publics, ce rapport a été revu par Andreas Wildt et Christine de Mariz, spécialistes en passation des marchés.

marchés qui méritent d'être revus aux fins de renforcer l'efficacité et la transparence de la passation et exécution des marchés.

150. La Banque Mondiale estime, dans ce rapport, que la commande publique en Algérie occupe un rôle très important dans l'économie du pays puisque cette commande a représenté, durant l'année 2000, environ 415 milliards de dinars (équivalent à 5,5 milliards de dollars US), soit 10 % du Produit Intérieur Brut (PIB) et presque un tiers du budget général de l'État. Elle soutient tout de même que malgré les profondes réformes engagées au cours des dix dernières années, le rôle de l'État demeure très important dans l'économie du pays et une partie très substantielle des dépenses publiques est effectuée dans le cadre de marchés publics.

151. Le Gouvernement algérien a engagé, sous la contrainte de cette institution et de ce rapport, la première Revue Analytique sur la Passation des Marchés (CPAR), qui a conduit à un accord sur la nécessité d'analyser la situation de la passation des marchés en Algérie et d'identifier les domaines nécessitant des améliorations. Les objectifs de cette revue étant de :

- ✓ Examiner le contexte dans lequel s'inscrit la passation des marchés publics en Algérie, leur cadre juridique, des responsabilités des divers organismes intervenant, ainsi que leurs procédures et pratiques ;
- ✓ Promouvoir un dialogue entre le Gouvernement algérien et la Banque mondiale sur les moyens possibles d'améliorer l'efficacité, l'équité et la transparence des marchés publics ;
- ✓ Prendre en compte les préoccupations des opérateurs économiques partenaires des marchés publics, en particulier pour faciliter l'accès des Petites et Moyennes Entreprises (PME) à la commande publique ;
- ✓ Formuler et discuter les recommandations résultant de ces analyses et mettre au point un plan d'action destiné à les mettre en œuvre.

152. La Banque mondiale a plaidé, sans surprise, en faveur de cette revue à laquelle elle a assigné des objectifs spécifiques, notamment en ce qui concerne les projets qu'elle finance en Algérie. Cette revue permet évidemment à la Banque d'examiner dans quelle mesure les procédures nationales de passation des marchés peuvent être utilisées pour la passation des marchés qu'elle finance, d'une part, et elle offre une base pour les décisions concernant la supervision de ces opérations par ses équipes, d'autre part.

153. La Banque mondiale recommande également, à travers ce même rapport, une analyse du code des marchés publics. Aussi surprenant que cela puisse paraître, la Banque a dévoilé ce qui est censé être un secret d'État, en déclarant que les autorités algériennes lui ont adressé, en novembre 2001, un projet du code des marchés publics de 2002<sup>123</sup> pour y apporter ses commentaires, et ce avant sa parution en juillet 2002<sup>124</sup>!

154. A priori, la contribution de la Banque mondiale à l'élaboration du code des marchés publics de 2002 justifie le contexte et les objectifs de base développés dans son exposé des motifs :

- ✓ La mondialisation des échanges ;
  
- ✓ La nécessité d'améliorer le rapport qualité/coût dans le cadre de la commande publique et ;

---

<sup>123</sup> « Décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics .J.O.R.A. N° 52 DU 28/07/2002. - Recherche Google », [consulté le 1 février 2020].

<sup>124</sup> Si les autorités algériennes n'ont jamais rendu publique cette sollicitation, passée en catimini, c'est sans doute pour ne pas s'inscrire aux antipodes de leur discours officiels prônant, sans cesse et tambour battant, une position extrêmement intransigeante vis-à-vis de toute forme d'ingérence étrangère. Il faut vraiment être dépourvu de lucidité pour ne pas voir dans cette consultation une ingérence caractérisée !

- ✓ La mise en place de bonnes pratiques conformes aux exigences de la bonne gouvernance (non-discrimination, concurrence, équité, intégrité et transparence).

155. Bien qu'elle soit préalablement concertée, la Banque mondiale ne s'est paradoxalement pas privée d'émettre des critiques acerbes sur ledit code des marchés publics. En effet, elle a estimé qu'il continue de poser problème sur certains points et recommande, par conséquent, de procéder à des modifications afin de l'améliorer ou le moderniser. Les modifications préconisées tournent au tour des points suivants:

- ✓ Introduire l'ouverture et l'évaluation des offres en deux temps pour les marchés de travaux et de fournitures (et non seulement pour les marchés d'études) ;
- ✓ Introduire certains critères d'évaluation non quantifiés de façon monétaire ;
- ✓ Combiner des critères de qualification des soumissionnaires avec des éléments d'analyse des offres elles-mêmes ;
- ✓ Résoudre le problème de la faiblesse des mécanismes de recours et le manque d'indépendance et de séparation des fonctions des instances concernées ;
- ✓ Et finalement, traiter et résoudre le problème de la faiblesse des dispositions de lutte contre la corruption (absence de code d'éthique, non définition des sanctions en cas de corruption).

156. La Banque mondiale, sans montrer la moindre complaisance vis-à-vis des autorités qui l'ont préalablement consulté, juge dans son rapport d'analyse que la

passation des marchés publics en Algérie manque d'efficacité et souffre de lenteurs, d'une gestion administrative souvent faible et parfois d'incohérences dans l'application. De plus, elle préconise d'accorder une attention particulière aux paiements au titre des contrats, notamment en ce qui concerne les modalités de paiement au titre des marchés publics qui ne comprennent toujours pas le crédit documentaire.

Comme il fallait s'y attendre, la Banque mondiale conclut son rapport par une série de recommandations qu'elle juge à même d'améliorer le système de passation de marchés publics en Algérie :

- ✓ Améliorer et moderniser le cadre législatif et réglementaire existant, d'un côté, en complétant le cadre législatif (préparer des textes sur les concessions) et revoir, d'un autre côté, la réglementation d'application (préparer des documents d'appel d'offres types, revoir le Cahier de Clauses Administratives Générales "CCAG" types pour les prestations de fournitures, préparer un manuel des procédures) ;
- ✓ Améliorer la gestion de la passation des marchés publics en améliorant la programmation (préparer et mettre en place des directives et instruments visant à instaurer un plan de passation de marchés publics lié au cycle de l'année fiscale) ;
- ✓ Clarifier le cadre institutionnel et clarifier le rôle de la commission nationale de marchés (séparer les rôles opérationnels des rôles de réglementation, suivi et traitement de recours) ;
- ✓ Améliorer et moderniser le code des marchés publics, notamment en ce qui concerne la transparence, les conditions d'accès du secteur privé aux marchés publics, les procédures de recours et l'étude du passage à la passation des marchés par voie électronique.

Par ailleurs, force est de constater que la question de "l'assainissement des finances publiques" est un impératif qui revient d'une manière itérative et insistante dans tous les rapports de la Banque mondiale sur les marchés publics. L'on peut évoquer, à titre d'exemple, le rapport publié en avril 2016 qui met en toute évidence cette question au cœur de ses recommandations.

Dans le cadre de ce rapport d'avril 2016, la Banque mondiale a interpellé les autorités algériennes sur la gravité des conséquences du défaut d'assainissement des finances publiques qui a entraîné d'ailleurs un doublement du déficit budgétaire (-15,9 % du PIB en 2015) et le triplement du déficit du compte courant (-15,2 % du PIB en 2015). Elle a estimé néanmoins que la croissance continuerait d'être tirée par l'investissement public et des subventions toujours importantes pour les deux années suivantes.

157. Sous l'impulsion des recommandations de la Banque mondiale, le législateur algérien a œuvré pour la modernisation de la réglementation des marchés publics en y intégrant plusieurs pistes d'amélioration préconisées par la Banque mondiale. L'on peut évoquer, à titre d'exemple :

- ✓ L'intégration du cadre réglementaire encadrant la délégation de services publics qui répond à la recommandation de compléter le cadre législatif par des textes sur les concessions ;
- ✓ L'instauration de l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de services publics, qui répond à la recommandation d'amélioration du cadre institutionnel des marchés publics ;
- ✓ La dématérialisation des marchés publics qui reste une recommandation commune aux institutions internationales et standards internationaux.

158. Nous avons pu vérifier, à la lumière des éléments étudiés *supra*, que les institutions internationales, aussi bien l'Union européenne que la Banque mondiale, ont contribué sensiblement, à travers leurs recommandations, à l'amélioration et à

la modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics. Il faut rappeler à juste titre que ces deux institutions sont les seules qui sont expressément citées par le législateur algérien, ce qui nous amène à se poser légitimement la question : Quid des autres institutions qui ne sont pas citées en dépit de leur influence supposée (Section 2).

### **2.2.1.2. Section 2 : Les sources potentielles ignorées.**

159. Sans remettre en question la possibilité, somme toute fort probable, que le législateur ait évoqué les institutions internationales traitées dans la section précédente (l'Union européenne et la Banque mondiale) à titre exclusif, nous pensons qu'il est substantiellement nécessaire d'évoquer les autres organismes internationaux dont l'influence semble peu ou prou palpable sur la réglementation algérienne des marchés publics. Il s'agit notamment du Fonds Monétaire International (F.M.I.) (Sous-section 1) et l'Organisation Mondiale Internationale (O.M.C.) (Sous-section 2).

#### ***2.2.1.2.1. Sous-section 1 : Le Fonds Monétaire International (F.M.I.) :***

160. Le FMI est né en juillet 1944 lors de la Conférence de Bretton Woods. L'objectif était de garantir la stabilité du système monétaire international de l'après Seconde Guerre mondiale en empêchant les grandes économies mondiales de retomber dans la situation des années 1930, où les dévaluations de monnaie et les décisions de politique économique unilatérales avaient aggravé les tensions internationales.

161. Le nouvel ordre économique proposé par le représentant américain Harry Dexter White<sup>125</sup> reposait sur trois règles :

- ✓ Chaque État devait définir sa monnaie par rapport à l'or, ou au dollar américain lui-même convertible en or. Il en découlait pour chaque

---

<sup>125</sup> Harry Dexter White, né le 17 octobre 1892 à Boston et mort le 16 août 1948 à Fitzwilliam, était un économiste américain et un employé important du Département du Trésor des États-Unis pendant la Seconde Guerre mondiale. Il a conçu le plan américain qui forme la trame des accords de Bretton Woods de 1944, et a joué un rôle important dans la création du FMI et de la Banque mondiale. Source Wikipédia :« [https://fr.wikipedia.org/wiki/Harry\\_Dexter\\_White](https://fr.wikipedia.org/wiki/Harry_Dexter_White) »

monnaie une parité officielle en or ou en dollar (système dit d' "étalon de change-or" ou "gold exchange standard") ;

- ✓ La valeur des monnaies sur le marché des changes ne devait fluctuer que dans une marge de 1 % par rapport à leur parité officielle ;
  
- ✓ Chaque État était chargé de défendre cette parité en veillant à équilibrer sa balance des paiements.

162. Le rôle du système monétaire international est donc de promouvoir l'orthodoxie monétaire afin de maintenir un contexte favorable à l'essor du commerce mondial, tout en accordant des prêts à certains pays en difficultés dans le contexte de la reconstruction d'après-guerre. Le FMI est plus ou moins complémentaire des autres grandes institutions économiques créées à cette époque : la BIRD (Banque internationale pour la reconstruction et le développement, aussi appelée Banque mondiale), le FMI, et le GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) signé peu de temps après.

163. Le Fonds Monétaire International (FMI) est une institution internationale regroupant 189 pays, dont le but est de " promouvoir la coopération monétaire internationale, garantir la stabilité financière, faciliter les échanges internationaux, contribuer à un niveau élevé d'emploi, à la stabilité économique et faire reculer la pauvreté ". Elle a pour fonction d'assurer la stabilité du Système Monétaire International (SMI) et la gestion des crises monétaires et financières. Pour cela, il fournit des crédits aux pays qui connaissent des difficultés financières mettant en péril l'organisation gouvernementale du pays, la stabilité de son système financier (banques, marchés financiers) ou les flux d'échanges de commerce international avec les autres pays.

164. A l'instar des pays de l'est de l'Europe et de nombreux pays en voie de développement, l'Algérie a mis en œuvre, à partir de 1994, un vaste programme d'ajustement macro-économique et de réforme structurelle avec l'appui du FMI et

de la Banque Mondiale, et ce dans un contexte d'aggravation de la crise socioéconomique.

165. Dans son rapport publié le mois de mai 2016, le Fonds Monétaire International (F.M.I) conclut que l'économie algérienne est confrontée à un choc extérieur de grande ampleur et probablement durable, qui nécessite, de la part des autorités, une réponse vigoureuse fondée sur l'assainissement des finances publiques et la mise en œuvre de réformes structurelles. Ce faisant, cet organe des Nations unies recommande à ce que l'assainissement budgétaire soit soutenu à moyen terme afin de rétablir la viabilité des finances publiques, assurer l'équité entre générations et promouvoir la stabilité extérieure.

166. Dans un précédent rapport publié au courant du mois d'avril 2015, soit avant la publication du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics, le Fond Monétaire International "F.M.I." préconisait aux pays exportateurs du pétrole, tel que l'Algérie : Le recours à leurs réserves et disponibilités financières ; la diversification économique et le lancement des réformes structurelles pour améliorer les perspectives économiques d'une manière durable et inclusive, et ce, dans la perspective d'éviter des coupes brutales dans leurs dépenses budgétaires.

167. De plus, nul n'ignore que, sous la contrainte de l'accord d'ajustement structurel signé en 1994, Le « F.M.I. » a pu avoir des pouvoirs décisionnels élargis sur toutes les questions d'ordre économique, voire socio-politique, en vue d'appliquer les politiques de "restructuration" et de "facilité économique élargie" qu'il a engagé en concertation avec les autorités algériennes. Ainsi, il relève d'une niaiserie déconcertante de croire que les recommandations du « F.M.I. » ne sont pas prises en considération dans l'élaboration de la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics. Ceci est d'autant plus invraisemblable que cette institution a rendu des nombreuses recommandations ayant trait à l'assainissement des finances publiques et la gestion rationnelle de la commande publique qui se trouvent scrupuleusement respectées par les autorités publiques algériennes.

168. Après avoir étudié le degré d'influence plausible du Fonds Monétaire Internationale sur la réglementation des marchés, il faut aborder également l'impact des recommandations de l'Organisation Mondiale de Commerce (O.M.C.) sur cette dernière (Sous-section 2).

#### ***2.2.1.2.2. Sous-section 1 : L'Organisation Mondiale de Commerce (O.M.C.).***

169. En 1987, l'Algérie a manifesté son intention d'intégrer le système du commerce multilatéral qu'incarnait l'Accord Général sur les Tarifs et le Commerce (GATT) jusqu'à la création de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), en 1994. Ce faisant, le Groupe de travail de l'accession de l'Algérie au GATT fut institué le 17 juin 1987. En 1995 ce groupe de travail du GATT a été transformé en Groupe de travail de l'OMC, chargé de l'accession de l'Algérie à cette organisation. Il a tenu sa première réunion en avril 1998.

170. L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), accorde un intérêt particulier à la manière avec laquelle les organismes gouvernementaux doivent souvent acheter des marchandises et des services avec des ressources publiques et à des fins publiques, lesquels achats qui sont généralement désignés sous le nom de marchés publics. Cet intérêt aux marchés publics est bien évidemment justifié par le fait que ces derniers constituent un marché de taille et un aspect important du commerce international puisqu'ils représentent en moyenne 10 à 15% du PIB d'une économie.

Ce faisant, l'OMC a mené plusieurs travaux en vue de promouvoir la transparence, l'intégrité et la concurrence sur ce type de marchés. Ces travaux ont abouti, *in fine*, à la signature du premier accord sur les marchés publics (dit "Code des marchés publics issu du Tokyo Round") en 1979, lequel est entré en vigueur en 1981. Cet accord a subi plusieurs révisions dont la dernière qui est en vigueur depuis le 6 avril 2014.

171. L'objectif fondamental de l'Accord sur les Marchés Publics, qui est un accord plurilatéral dans le cadre de l'OMC, est l'ouverture mutuelle des marchés publics

entre ses parties. Ainsi, le texte de l'Accord énonce des règles prescrivant l'ouverture, l'équité et la transparence des conditions de concurrence pour les marchés publics et leur ouverture à la concurrence internationale. Bien qu'elle n'y ait pas encore adhééré l'Algérie a participé à certains ateliers consacrés aux marchés publics, tenus sous l'égide de l'OMC, à l'instar de :

- ✓ l'Atelier régional OMC/FMA sur les marchés publics à l'intention des pays arabes et du Moyen-Orient, organisé à Abu Dhabi, Émirats arabes unis, du 5 au 7 juin 2012 ;
- ✓ Atelier sur les marchés publics à l'intention des pays arabes et du Moyen-Orient, organisé à Tunis, Tunisie du 8 au 10 juin 2009 ;
- ✓ Atelier sur les marchés publics à l'intention des pays africains (français), organisé à Niamey, Niger du 2 au 4 décembre 2008 ;
- ✓ Atelier régional de l'OMC sur les marchés publics à l'intention des pays arabes et du Moyen-Orient, organisé à Muscat, Oman, du 18 au 20 décembre 2006 ;
- ✓ Atelier régional de l'OMC sur les marchés publics à l'intention des pays africains francophones Libreville, organisé au Gabon du 14 au 16 novembre 2006 ;
- ✓ Atelier régional sur les marchés publics à l'intention des pays africains francophones Libreville, organisé au Gabon du 31 août au 2 septembre 2004 ;

- ✓ Atelier régional conjoint OMC/BID-INTAL sur les marchés publics à l'intention des pays africains francophones, organisé à Dakar, Sénégal, entre le 8 et 11 juillet 2003.

Au demeurant, la volonté de l'Algérie d'adhérer à l'OMC n'est plus à prouver dans la mesure où elle est suffisamment corroborée par les négociations en cours en vue de formaliser cette adhésion qui tarde à venir. Ainsi, de par son intérêt avéré, et ressassé d'adhérer à l'OMC, l'Algérie gagnerait mieux à adhérer également à l'Accord sur les Marchés Publics de l'OMC.

172. Qu'il s'agisse des standards internationaux ou des recommandations des institutions internationales, nul n'est en mesure de nier aujourd'hui l'apport considérable de ces sources internationales à la modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics. Néanmoins, force est d'admettre que cette ouverture n'a pas été facile mais elle fut plutôt l'aboutissement d'un processus long et complexe, très souvent affecté par la relation particulière, tantôt conflictuelle et tantôt défiante, de l'Algérie vis-à-vis des organisations internationales (Titre 2).

## 1.2 TITRE 2 : L'ALGERIE ET LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

173. Les organisations internationales sont des associations structurées, souvent dotées d'une personnalité juridique internationale, créées par les Etats au moyen d'un instrument juridique international pour promouvoir leur coopération. Parce qu'elles sont avant tout, en tout cas pour une large partie, des instruments de coopération intergouvernementale, les organisations internationales sont créées par les Etats dans les différents domaines où ils souhaitent organiser leurs relations<sup>126</sup>. On rejoint donc ainsi la définition retenue par la commission du droit international selon laquelle :

*"On entend par une organisation internationale toute organisation créée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. Outre des Etats, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que les Etats"<sup>127</sup>.*

174. Les organisations internationales sont donc l'expression de la solidarité internationale et constituent des mécanismes de construction d'une société internationale distincte de la société interétatique traditionnelle. Ce faisant, il est sans doute important de connaître la conception et la position de chaque État face aux organisations internationales. Pareille connaissance, même approximative, peut être un révélateur à plus d'un titre.

---

<sup>126</sup> MADJID BENCHIKH, *Droit International Public*, Casbah Editions, 2016. P 149.

<sup>127</sup> A/58/10.

175. Les organisations internationales sont devenues, d'ailleurs, un lieu privilégié de l'action diplomatique des États, qui profitent de ces instances pour non seulement défendre leurs intérêts, mais aussi pour tenter de faire prévaloir leur conception de la vie internationale, formuler des messages, élaborer des stratégies ou des tactiques mondiales et régionales. Il n'est donc plus possible d'étudier l'action d'un État et son attitude à l'égard du droit international, sans inclure son action et son attitude à l'égard des organisations internationales. Cela montre déjà l'intérêt d'un examen de la position de l'Algérie dont l'activité au sein des organisations internationales a souvent attiré l'attention au cours de ces dernières années<sup>128</sup>.

176. La vocation universelle des organisations internationales, créées sous l'égide de l'ONU ou rattachées à elle, est confirmée. Le principe de l'égalité et l'interdiction du recours à la force rendent incontournables la coopération et l'échange pacifique. Les organisations internationales sont désormais conçues, selon le Professeur Madjid BENCHIKH, pour en être les instruments permanents. Sauf que la réalité est plus complexe et son examen permet de voir que la création des organisations internationales, peut, selon le cas, être utile ou dangereuse, contribuer au progrès et à la paix ou accroître les tensions. Ceci-dit, les organisations internationales n'effacent pas les contradictions entre États, ni même les appétits de domination ou la volonté d'instrumentalisation<sup>129</sup>.

177. Les approches dominantes, en particulier néoréalistes, font peu de cas des organisations internationales, réduites au rang de simples instruments des États. Même les institutionnalistes néolibéraux, attachés à un axiome intergouvernementaliste irréductible, limitent bien souvent l'apport et l'impact de ces organisations à quelques économies potentielles de coûts de transactions.

---

<sup>128</sup> MAHIOU Ahmed, « L'Algérie et les organisations internationales », *Annu. Fr. Droit Int.*, 28, 1982.

<sup>129</sup> MADJID BENCHIKH, *op. cit.* P 151.

178. Le problème de l'autonomie et des intérêts propres des organisations internationales cristallise, en effet, les oppositions liées au fait qu'elles constituent dès lors une entité stable et cohérente dans les arènes multilatérales. Cette opposition est plus particulièrement accrue chez les pays qui ont subi les affres de colonialisme pendant de longues années, lesquels assimilent ces organisations internationales à une nouvelle forme d'impérialisme et de domination internationale.
179. L'expérience algérienne ajoute encore un autre intérêt. En tant que pays dont la date de l'indépendance n'est pas aussi lointaine, jaloux de sa jeune souveraineté à peine recouvrée, impatient de tenir une place et de jouer un rôle dans l'arène internationale, l'Algérie offre un exemple intéressant dans sa relation avec les organisations internationales qui sont caractérisées, tantôt d'une confrontation (Sous-Section 1) et, tantôt d'une coopération (Sous-Section 2), dont l'analyse peut être riche de signification<sup>130</sup>.
180. Considérant que le thème de notre thèse traite des travaux de standardisation engagés sous l'auspice de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, créée sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.), il est tout à fait justifié d'accorder un intérêt particulier à cette dernière à chaque fois qu'il est nécessaire de traiter la relation de l'Algérie avec les organisations internationales.

---

<sup>130</sup> MAHIOU Ahmed, *op. cit.*

### **1.2.1 Chapitre 1 : L'Algérie et les organisations internationales ; une confrontation au parfum historique.**

181. L'histoire étant le fondement de la connaissance, il serait malvenu d'ignorer le contexte historique qui continue de baliser et conditionner les choix et les orientations économiques, juridiques et politiques de l'Algérie post-indépendante.
182. L'histoire de l'Algérie s'insère dans l'histoire plus large de l'Afrique du nord et remonte à des millénaires. Chaque conquérant a contribué à élargir la matrice de la douleur et d'alimenter en parallèle un sentiment de révoltes contre les injustices subies et une avidité excessive de liberté.
183. Lourd est le tribut payé par l'Algérie dans sa quête au recouvrement de son indépendance, acquise au désastre d'une lutte armée qui a causé des pertes humaines et matérielles considérables. Séquelles de colonisation encore béantes, cette situation a été, en toute évidence, à l'origine de la méfiance de l'Algérie envers les institutions étrangères, qu'elles soient des États ou des organisations internationales. Ceci-dit, son attachement à la liberté chèrement acquise, explique la sensibilité extrême avec laquelle l'Algérie conçoit sa relation avec les organisations internationales d'autant plus que la mainmise des puissances occidentales sur ces dernières est un secret de polichinelle.
184. La dominance exercée par ces puissances, anciennement colonisatrices en majorité, suscite logiquement la méfiance de l'Algérie toujours sous l'emprise des séquelles de la colonisation (Section 1). Cette adversité, se manifeste d'ailleurs à travers la lutte acharnée de l'Algérie pour un ordre économique international plus juste, face une dominance occidentale (Section 2).

### **1.2.1.1 Section 1 : Syndrome du colonisé qui renforce l'attachement au principe de non-ingérence.**

185. Pour les Etats colonisés le manque de développement ou de modernisation est imputable au facteur historique, soit à l'Etat colonial avec lequel ils sont incapable de rivaliser. Cela alimente l'esprit de dépendance psychologique vis-à-vis du système colonial tant et si bien que cela suscite, dans la population autochtone, un étrange sentiment d'infériorité. Ce dernier se manifeste alors dans le complexe du colonisé, lequel est justifié souvent par une identité violée, voire détournée, que les colonisés ont du mal à assumer, que ce soit au niveau individuel ou collectif.

186. Le pacte colonial fait partie du passé douloureux du Maghreb et de toute l'Afrique avec l'Occident. Il n'est point nécessaire de le ressasser, mais plutôt de l'entrevoir comme un point d'ancrage de l'histoire africaine à partir duquel on tire des leçons pour bâtir le présent et le futur.

187. Le fait colonial était essentiellement une action de domination politique, autant qu'une opération de mainmise économique et d'hégémonie culturelle. Mis en interaction les colonisateurs et les colonisés, le colonialisme est à l'origine de beaucoup de séquelles qui développent un sentiment de rejet, de la part de ce dernier, de toutes les formes d'aliénation ou de subordination au profit des symboles de l'impérialisme colonial.

C'est justement cet écœurement manifeste envers toutes les formes d'ingérence, qui les renvoient à une époque sombre de leur histoire, qui fait que les décolonisés affichent souvent une méfiance acerbe envers les organisations internationales qui sont souvent perçues comme le fruit du système colonial, ou du moins un instrument qui sert subrepticement à sa réminiscence, voire sa résurgence.

188. L'Algérie étant le prototype du colonisé très jaloux de son indépendance, elle développe naturellement une méfiance envers ces mêmes organisations internationales. Cette méfiance est bien évidemment accentuée par les séquelles d'une

colonisation pas assez lointaine dans le temps (syndrome du colonisé) (Sous-section 1). Pour se défaire, il aurait fallu s'attacher fermement au sacro-saint principe de la non-ingérence (Sous-section 2).

#### **1.2.1.1.1      *Sous-section 1 : Défiance accentuée par le syndrome du colonisé.***

189. Le temps des colonies est révolu. Le désir de liberté des populations est ressenti, recherché et assumé par une volonté d'indépendance de toutes les catégories populaires, depuis la fin de la deuxième guerre mondiale.

190. Autour de la colonisation, prise comme fait historique ou actuel, et donc aussi autour de la notion même de "colonisation", se nouent simultanément un enjeu d'anthropologie philosophique majeur et des enjeux politiques. La colonie est le corps qui donne chair et poids à la subjectivité, quelque chose dont on ne se souvient pas seulement, mais dont on continue de faire l'expérience, viscéralement, longtemps après sa disparition formelle<sup>131</sup>. C'est la raison pour laquelle Frantz Fanon disait de la violence qu'elle n'est pas seulement consubstantielle, il va plus loin en estimant que : "Il suffit d'étudier, d'apprécier le nombre et la profondeur des blessures faites à un colonisé pendant une seule journée passée au sein du régime colonial, pour comprendre l'ampleur des pathologies mentales produites par l'oppression".

C'est cet état d'esprit que l'on peut qualifier de "syndrome du colonisé". Il dérive de la négation de toutes formes de colonialisme et de la récusation de tous les schémas qui le structurent et l'expriment, ainsi que de la répudiation de la symbolique qu'il sous-tend. Ceci n'a pas manqué d'être à l'origine de la rupture drastique avec toute forme d'ingérence, devant laquelle les décolonisés ont fait valoir des actes de souveraineté alimentés souvent par un sursaut d'orgueil.

---

<sup>131</sup> MBEMBE Achille, « De la scène coloniale chez Frantz Fanon », Collège international de Philosophie, 2007.

De plus, les pays décolonisés sont, encore aujourd'hui, à quelques rares exceptions, les plus pauvres de la planète, et ceci est suffisant pour qu'ils soient persuadés, à tort ou à raison, que leur sous-développement est l'apanage exclusif de la colonisation qu'ils ont subie.

191. Le poids du passé colonial est bien plus douloureux en Algérie que n'importe quel pays colonisé : nulle part une colonisation ne fut aussi pesante, une lutte de libération aussi sanglante. Les traumatismes et la déstructuration sociale et mentale portés par le colonialisme y ont durablement installé une culture du malheur tenant pour acquis que les Algériens étaient irrémédiablement constitués par la souffrance. Ceci est suffisant pour comprendre la réticence de l'Algérie à chaque fois que les limites de sa souveraineté semblent se rétrécir même au profit des organisations internationales auxquelles elle a volontairement adhéré.

192. Outre les programmes et chartes qui énoncent le discours officiel et justifient une stratégie de distanciation, il y a également les constitutions qui font allusion, explicitement ou implicitement, aux organisations internationales. A vrai dire, la première constitution du 10 septembre 1963 n'est pas très prolixe sur le droit international, en général, et les organisations internationales, en particulier, lesquelles sont visées plutôt indirectement à travers quelques dispositions laconiques.

A titre d'exemple, le préambule déclare que la politique extérieure est "basée sur l'indépendance nationale, la coopération internationale, la lutte anti-impérialiste et le soutien effectif aux mouvements en lutte pour l'indépendance ou la libération de leur pays". C'est donc à travers la coopération internationale qu'une place est reconnue aux organisations internationales, sans autre précision. L'article 2 de la Constitution est rédigé d'une façon qui laisse perplexe : *"elle (l'Algérie) est partie intégrante du Maghreb arabe, du monde arabe et de l'Afrique"*.

Comment interpréter l'expression "partie intégrante" ? S'agit-il d'un simple constat de réalités géographiques, historiques et culturelles ou s'agit-il d'une invitation à l'intégration du Maghreb, du monde arabe et de l'Afrique, ou s'agit-il encore d'autre chose ?

Il y a, sans doute, un peu de chaque et l'ambiguïté est voulue pour rappeler les solidarités réelles qui lient l'Algérie mais sans trop annoncer la couleur ni préjuger du type d'organisation permettant d'être partie intégrante de l'un ou l'autre des ensembles concernés.

193. La même prudence se retrouve dans l'article 11, aux termes duquel l'Algérie, "convaincue de la nécessité de la coopération internationale, donnera son adhésion à toute organisation internationale répondant aux aspirations du peuple algérien".

Ces aspirations sont trop fraîches et pas encore exprimées ; elles laissent donc le débat ouvert sur le type d'organisation souhaitée et ne lient point les gouvernants pour l'avenir. Le contexte de l'époque explique cette prudence parce que l'unité, dans les pays du Tiers-Monde, était à l'ordre du jour avec notamment la création toute récente de l'O.U.A., en mai 1963, qui a vu s'affronter diverses conceptions de l'unité africaine et les constituants algériens ne voulaient donc pas s'engager outre mesure en faveur d'une conception ou d'une autre<sup>132</sup>.

194. En réalité, ces institutions internationales sont, aussi bien pour l'Algérie ou tous les pays décolonisés, une forme de néocolonialisme qui requiert la méfiance la plus extrême. Certaines critiques soulignent que le néocolonialisme permet à des organisations internationales de contrôler et d'exploiter des pays (habituellement) moins développés en entretenant leur endettement. Ceci a comme conséquence un développement insoutenable et un sous-développement perpétuel ; une dépendance qui permet d'exploiter ces pays devenus des réservoirs de main d'œuvre à bon marché et de matières premières, et qui restreint l'accès aux techniques avancées de production qui leur permettraient de développer leur propre économie.

195. Rejeter les organisations internationales équivaudrait à manifester ce courroux contre ce qu'ils considèrent comme le symbole vivant d'une domination politique et économique et le principal artisan de l'enlèvement du pays.

---

<sup>132</sup> MAHIOU Ahmed, *op. cit.*

Ainsi, à l’instar de ce qui est le cas dans tous les pays décolonisés, ce syndrome du colonisé continue de conditionner les choix de la politique internationale de l’Algérie au moment même où les anciens États colonisateurs alimentent et accentuent les effets de ce syndrome et la suspicion qui en découle, à travers notamment le maintien de leur présence dans les économies des anciennes colonies, particulièrement pour ce qui concerne les matières premières et l’extraction d’autres richesses naturelles. Même si ce maintien est fréquemment soutenu par une connivence souvent dissimulée entre les sphères officielles des décolonisés.

196. Afin de restreindre les effets de l’influence des organisations internationales en générale, et l’ONU en particulier, l’Algérie n’a jamais cessé de brandir le principe de « non-ingérence<sup>133</sup> » qu’elle utilise, depuis les premières années de l’indépendance, comme un bouclier qui sert à contrecarrer toute éventuelle velléité d’atteindre son indépendance chèrement acquise (Sous-section 2).

#### ***1.2.1.1.2 Sous-section 2 : Le sacro-saint principe de « non-ingérence ».***

197. Depuis la consécration de la souveraineté nationale et ses diverses dimensions par le Droit international contemporain, le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats est devenu une règle fondamentale dans les relations de paix et d’amitié sur le plan international. Plusieurs entités gouvernementales,

---

<sup>133</sup> Principe de non-ingérence ou principe de non intervention. Pour paraphraser les propos du Professeur Benedetto Conforti, on ne sait pas toujours ce qu’on entend exactement, dans les pratiques internationales et dans la doctrine, lorsqu’on parle du principe de non-intervention dans les affaires intérieures et extérieures d’un Etat. Le droit international pourrait pratiquement être inclus presque entièrement dans le principe de de non-intervention, étant donné que toute violation de ses règles représente dans un certain sens une ingérence dans la sphère de liberté d’autrui. Et il est significatif que l’Assemblée générale de l’ONU ait justement pris cette direction dans la Déclaration sur l’inadmissibilité de l’intervention et de l’ingérence dans les affaires intérieures des Etats du 9 décembre 1981 (Résolution 36/103), Déclaration qui contrairement à la précédente de 1965 (résolution 2131-XX) embrasse plusieurs secteurs du droit international, de l’autodétermination des peuples aux droits de l’homme, de la liberté politique, économique et culturelle des Etats à l’installation des bases militaires, etc. Il est bien évident que, s’il est entendu dans ce sens, le principe de non-intervention est en même temps tout et rien. D’autre part, un sens plus précis ne saurait être déduit du droit international classique et précolonial, si l’on considère qu’à cette époque-là on parlait plus de droit que de l’interdiction de l’intervention, dès que l’intervention de la part d’un Etat était admise non seulement en tant qu’un instrument pour se défendre contre des violations de ses propres droits mais aussi en tant qu’instrument pour affirmer des propres intérêts égoïstes et nationalistes.

internationales ou régionales, ont ainsi inscrit ce principe, garant de la paix et de la sécurité, dans leurs dispositifs juridiques respectifs.

Toutefois, et malgré le consensus international sur l'importance que revêt ce principe intransgressible, quelques Etats n'ont éprouvé aucun embarras à l'enfreindre. D'où une certaine ambivalence qui caractérise le comportement diplomatique de ces derniers qui affichent, d'une part, une volonté indubitable de respecter cette norme, mais adopte, d'autre part, une attitude politique et diplomatique qui va à son encontre<sup>134</sup>. Si l'on peut jamais reprocher à l'Algérie d'aller à l'encontre de ce principe, puisqu'elle s'est toujours défendue la moindre immixtion de quelle que nature qu'elle soit, dans les affaires des autres Etats, on ne peut s'empêcher de déplorer le fait que ce principe soit utilisé comme un rempart pour se protéger des condamnations des organisations internationales et les organisations non-gouvernementales à chaque fois que les questions des violations des droits de l'homme et des libertés individuelles ou collectives sont évoquées<sup>135</sup>.

198. Au demeurant, le principe de non-ingérence est l'une des règles internationales que peu d'Etats ont inscrit dans leurs constitutions. En général, les Etats se limitent à mentionner, dans leurs constitutions respectives, leurs engagements aux règles du droit international et leurs attachements aux principes onusiens, notamment le principe de non-ingérence. Tel n'est certainement pas le cas l'Algérie, qui a préféré ériger ce principe comme une constante indélébilement incontournable par toutes les constitutions qui se sont succédées depuis l'indépendance, jusqu'à la dernière mouture qui dispose dans son article 31, ce qui suit :

---

<sup>134</sup> SADDIKI Said, « La vision Algérienne du droit à l'autodétermination à l'épreuve du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats », [s. n.], 2011.

<sup>135</sup> Que ce soit durant les événements d'octobre 1988, ou durant les événements du printemps noir de Kabylie, le régime algérien a toujours brandi l'étendard du principe de non-ingérence pour afficher une fin de non-recevoir aux condamnations pour l'usage d'un arsenal de guerre contre une population désarmée, par la communauté internationale, principalement les organisations internationales et les organisations non-gouvernementales.

*"L'Algérie œuvre au renforcement de la coopération internationale et au développement des relations amicales entre les Etats, sur la base de l'égalité, de l'intérêt mutuel et de la non-ingérence dans les affaires intérieures. Elle souscrit aux principes et objectifs de la Charte des Nations Unies".*

199. En vue de lui assurer davantage de consistance et de rigidité, la constitution algérienne a renforcé ce principe à travers sa conjugaison avec d'autres constances complémentaires, non moins importantes, afin de mieux encadrer la relation de l'Algérie avec ses partenaires étrangers. Il s'agit du "principe de non-interventionnisme" et du "principe de solidarité", consacrés par les articles 29 et 30, qui disposent respectivement, ce qui suit :

*"L'Algérie se défend de recourir à la guerre pour porter atteinte à la souveraineté légitime et à la liberté d'autres peuples. Elle s'efforce de régler les différends internationaux par des moyens pacifiques".*

*"L'Algérie est solidaire de tous les peuples qui luttent pour la libération politique et économique, pour le droit à l'autodétermination et contre toute discrimination raciale".*

200. L'héritage colonial du pays explique en grande partie ce choix de non-intervention. L'Algérie est sortie d'une longue période de colonisation avec un sentiment de frustration, d'angoisse et de colère. Rares sont les pays qui formulent les principes présidant à leur politique étrangère d'une manière aussi claire et systématique que l'Algérie. Si certains aspects, voire plusieurs aspects, de la Constitution ont pu être appliqués avec une relative souplesse, ces principes n'ont jamais été remis en question<sup>136</sup>.

201. Les raisons de l'attachement strict de l'Algérie au principe de "non-ingérence" sont complexes. Elles sont liées d'une part à l'expérience historique du pays, et de

---

<sup>136</sup> PORTER Geoff D., « Le non-interventionnisme de l'Algérie en question », *Polit. Étrangère*, Automne, Institut français des relations internationales, 2015.

l'autre à la façon dont l'Algérie envisage son avenir. La fidélité de l'Algérie à ce principe est le reflet de la façon dont elle souhaite être traitée elle-même.

202. L'Algérie est très jalouse de ses frontières et très sensible à toute perception de menace sur sa souveraineté. En mars 2008, elle a, par exemple, accusé les États-Unis d'ingérence dans ses affaires intérieures à la suite d'une rencontre de l'ambassadeur américain avec des responsables de partis politiques et des représentants de la société civile.

De plus, si l'on se réfère à l'article du Dr POTER GEOFF<sup>137</sup>, intitulé « le non-interventionnisme de l'Algérie en question », publié de l'Institut Français des Relations Internationales, l'Algérie a refusé, toujours au motif de la défense de sa souveraineté, de se plier aux exigences de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). En un sens donc, l'Algérie s'abstient d'intervenir dans les affaires des autres car elle ne souhaite pas que d'autres pays viennent s'immiscer dans les siennes<sup>138</sup>.

203. Il semblerait, par ailleurs, que ce principe de non-ingérence ne peut aucunement s'étendre à l'épineuse question de l'importation du droit de manière à perpétuer ainsi la tradition bien établie de voir les pays postcoloniaux adopter le droit des puissances coloniales, sans que cela ne soit nullement perçu comme une ingérence passive.

204. Avec l'indépendance de l'Algérie, deux voies s'ouvraient à elle en théorie, comme le souligne si bien le doyen Mahiou ; soit faire table rase de l'héritage colonial, soit accepter cet héritage pour le compléter ou le transformer progressivement. En s'en tenant seulement aux textes, il semble que l'on soit en présence d'une évolution dialectique du droit et de sa codification avec la thèse,

---

<sup>137</sup> Geoff D. Porter, docteur en études moyen-orientales et islamiques de la New York University.

<sup>138</sup> PORTER Geoff D., *op. cit.*

l'antithèse et la synthèse. Dans un premier moment (1960-1973), il semble que l'on consacre la continuité en reconduisant le droit de la période coloniale. Dans un second moment, au cours des années 1970 et jusqu'au milieu des années 1980, s'ouvre une seconde phase, qui prend une position opposée, en annonçant la rupture, apparemment complète, avec l'héritage juridique colonial et l'avènement d'un droit socialiste spécifique. Enfin, depuis la fin des années 1980, succède un troisième moment qui dure encore et qui opère, à bien des égards, un retour à la première phase. Le doyen Mahiou estime ainsi que le cycle du droit algérien a fait sa révolution complète en ce sens qu'il est revenu au point de départ. Naturellement, il ne s'agit pas d'un retour au droit colonial, mais d'une tentative encore inachevée et parfois contradictoire de libéralisation du système juridique et d'insertion dans la mondialisation<sup>139</sup>.

205. Le professeur Chérif BENNADJI a ensuite eu le grand mérite de reconstruire cette boucle pour aboutir à une quatrième étape caractérisée par une quête des standards universels. Cette quête qui est corroborée par le tournant important qu'a connu, dans son développement, le système juridique algérien durant l'année 1988, à travers les réformes qui ont été suivies de la constitution de février 1989 et la législation adoptée consécutivement à l'accord dit de Stand-By de 1994. Ensuite, c'est, indéniablement, l'accord d'association avec l'Union Européenne, ratifié en 2005, qui sera le catalyseur de ce processus d'adaptation du système juridique algérien aux standards universels. Aux termes de l'article 56 de cet accord, article intitulé « rapprochement des législations », « la coopération aura pour objectif le rapprochement de la législation de l'Algérie à la législation de la communauté dans les domaines couverts par le présent accord. »<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> AHMED MAHIOU, « Les séquences du changement juridique en Algérie. Cinquante ans de droit (1962- 2012) », *Insaniyat*, 2012. P 75.

<sup>140</sup> CHERIF BENNADJI, « De quelques réflexions à propos de la problématique dans la thèse de doctorat en droit (à partir de l'exemple algérien) », *Ann. Univ. Alger I*, 2016.

206. Le rapprochement des législations et l'impératif de l'adaptation du système juridique algérien aux standards universels ont abouti *in fine* à l'ouverture de la réglementation algérienne des marchés publics aux standards internationaux, sans que cela ne plaide en faveur de la normalisation absolue de la relation de l'Algérie envers les organisations internationales.

Si l'on constate avec satisfaction que le principe de non-ingérence ne s'est heureusement pas étendu aux standards normatifs et juridiques proposés par les organisations internationales, il n'en demeure pas moins que ce principe continue d'être observé dans toute sa rigueur. Mais, même si ce principe de "non-ingérence" pourrait être utile et amplement justifié dans un contexte où les menaces sont multiples et, de plus en plus, multiformes, il n'en demeure pas moins que les autorités l'utilisent également comme un bouclier pour se couvrir des réactions internationales à chaque fois que les droits de l'homme et les libertés, individuelles ou collectives, se trouvent violemment atteints.

Par ailleurs, tout en restant ferme sur toute forme d'ingérence étrangère, l'Algérie a œuvré activement pour l'instauration d'un nouvel ordre économique international (Section 2).

### 1.2.1.2 Section 2 : Réclamation d'un nouvel ordre économique international plus juste.

207. L'Algérie a joué un rôle moteur dans la promotion de relations économiques multiformes à l'échelle internationale, dès les premières années de son indépendance, s'illustrant par son militantisme en faveur des causes justes.

Au cours des années 1960 et 1970, l'Algérie a œuvré de plusieurs manières pour la transformation du droit international. Comme toujours dans l'ordre international, pour influencer sur l'élaboration des règles qui régissent les relations entre Etats, deux conditions au moins doivent être réunies. Il est d'abord nécessaire d'être en mesure de formuler les politiques susceptibles de porter la ou les règles revendiquées, ce qui n'est pas donné à tous les Etats<sup>141</sup>.

208. Les voies les plus aptes à constituer des instruments de création ou de transformation des règles de droit international sont évidemment les traités. Mais les résolutions des organisations internationales peuvent jouer un rôle dans la formation et la transformation des règles de droit international. Pour examiner la contribution algérienne à la transformation du droit international, il convient donc d'abord de repérer les revendications ou les positions algériennes dans les négociations internationales, particulièrement à l'Assemblée générale des Nations unies avec l'action de l'Algérie pour un Nouvel ordre économique international (NOEI). Dans ce cadre, il paraît intéressant de s'interroger sur les limites de ces revendications et de ses apports en droit international. La question paraît d'autant plus intéressante que l'Algérie était à la tête d'un combat qui concernait de nombreux pays que l'on désignait alors comme le Tiers Monde et que par

---

<sup>141</sup> Madjid BENCHIKH In HENRY Jean-Robert et VATIN Jean-Claude (dir.), *Le temps de la coopération*, IREMAM ; Karthala, 2012. P133

conséquent les limites de ces politiques sont révélatrices des capacités et des insuffisances de ces Etats<sup>142</sup>.

Le rôle grandissant de l'Algérie dans les forums internationaux, quelques années seulement après son accession à l'indépendance, a toujours été dominé par sa détermination à œuvrer activement pour l'indépendance économique des pays en développement, tout en plaidant pour un nouvel ordre économique international "NOEI" (Sous-section 1) et la démocratisation des organisations internationales, dominés par les pays occidentaux (Sous-section 2).

#### ***1.2.1.2.1 Sous-section 1 : L'Algérie plaide pour un nouvel ordre juridique économique international plus juste.***

209. Le "nouvel ordre économique international" est une notion impulsée dans les années 1960 par les pays du tiers monde pour exprimer leurs revendications dans le domaine des relations commerciales, de sorte que les États les plus fragiles puissent bénéficier d'avantages spécifiques par rapport aux États déjà développés.

Le nom de l'Algérie est lié, pendant longtemps, au nouvel Ordre économique international. Ce n'est pas sans raison si l'Algérie n'a pas été l'initiateur de sa recherche, elle en a été sans conteste le catalyseur pendant de nombreuses années et continue de se dépenser pour atteindre un but dont certains se demandent aujourd'hui si, tel l'horizon qui recule devant l'avancée du marcheur, il ne pourra jamais être atteint<sup>143</sup>.

210. C'est la conférence de Bandung, réunie en 1955, qui fut le point de départ de la recherche du Nouvel Ordre économique international, mais surtout lors des deux premières conférences au sommet des pays non alignés qui se sont déroulées à

---

<sup>142</sup> *Ibid.* P 135.

<sup>143</sup> RULLEAU Claudine, « Pionnier du nouvel ordre international », sur *Le Monde diplomatique* [en ligne], publié le 1 novembre 1982, [consulté le 4 avril 2020].

Belgrade et au Caire, respectivement, en septembre 1961 et octobre 1964, que cette question est intégrée dans les résolutions finales, dans le volet économique :

*"Les participants (...) estiment qu'il faut s'efforcer de remédier au déséquilibre économique hérité du colonialisme et de l'impérialisme (...); jugent nécessaire de combler, grâce à une accélération du développement économique, industriel et agricole, l'écart toujours plus prononcé des niveaux de vie entre les quelques pays hautement industrialisés et les nombreux pays économiquement peu développés; recommandent la création immédiate, dans le cadre des Nations unies, d'un fonds d'équipement; décident (...) d'exiger des termes d'échange équitables pour les pays économiquement peu développés et (...) que des efforts constructifs soient faits pour supprimer les fluctuations excessives du commerce des produits de base (...); exigent que les résultats de la révolution scientifique et technique soient utilisés dans tous les domaines du développement économique pour hâter l'avènement de la justice sociale sur le plan international (...)."*

211. Après l'indépendance, l'Algérie s'est efforcée d'être présente dans toutes les instances - et elles deviendront au fil des ans à ce point nombreuses qu'il est parfois difficile de s'y retrouver - où se plaide et parfois se construit le nouvel ordre économique international.

Dès 1964, elle soumet à la première Conférence des Nations unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) un programme visant à la revalorisation des matières premières et à l'augmentation des échanges commerciaux tiers-mondistes. Si le "deuxième Bandung", qui devait se tenir à Alger en juin 1965, n'eut pas lieu en raison de l'éviction du président Ben Bella par Houari Boumediene, cela ne l'empêchera pas de devenir progressivement l'un des meilleurs théoriciens et le chantre du nouvel ordre économique international (N.O.E.I.). Du groupe des "77", qui avait participé à la première CNUCED en 1964, à la charte d'Alger adoptée en novembre 1967; de la deuxième CNUCED, qui s'est tenue en février-mars 1968 à New-Delhi, au troisième sommet des non-alignés à Lusaka, en septembre 1970; de

la conférence de Lima en octobre-novembre 1971 à la troisième CNUCED à Santiago-du-Chili en avril-mai 1972, l'Algérie se démultiplie<sup>144</sup>.

212. Sa guerre de libération lui avait déjà valu un vaste capital de sympathie ; son opiniâtreté dans le combat économique accroît la considération que lui vouent de nombreux pays du tiers-monde. Elle prépare donc avec d'autant plus de soin le quatrième sommet des non-alignés, qu'elle doit accueillir en septembre 1973, qu'elle sent la nécessité de resserrer les rangs entre les "damnés de la Terre" et entend faire de ce forum un tremplin pour parvenir à l'amélioration de leur sort. La conférence décide de demander la convocation d'une Assemblée générale extraordinaire des Nations unies pour examiner, comme l'annonce Houari Boumediene dans son discours de clôture, les problèmes du développement " *à la lumière de l'échec, d'ores et déjà évident, de la stratégie internationale pour le développement lancée dans le cadre de la deuxième décennie du développement*"<sup>145</sup>.

213. Dans une lettre adressée, le 30 janvier 1974, au secrétaire général de l'ONU, au nom du groupe des pays non-alignés, l'Algérie a appelé à la tenue d'une session extraordinaire de l'Assemblée générale de l'instance onusienne consacrée à l'examen de la question "des matières premières et du développement".

Le président Houari Boumediene prononce, le 10 avril 1974, un discours mémorable à la session spéciale de cette Assemblée générale à travers laquelle il plaide pour un nouvel Ordre économique international plus juste soutenant un prix juste aux matières premières. En prolongement de la démarche algérienne, Quarante-vingt-quatorze États membres de l'ONU, au nom du groupe des non-alignés soumettent, quelques jours plus tard, à la commission un projet de résolution

---

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *Ibid.*

commune intitulée "déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international".

Cette déclaration a mis en exergue les principes devant constituer son assise, notamment l'égalité souveraine de tous les États, la non-ingérence dans leurs affaires internes, leur participation effective au règlement des problèmes mondiaux et la liberté de choisir leur propre système économique et social. Elle a également souligné la libre gestion par les pays en voie de développement de leurs ressources naturelles, de leurs activités économiques nécessaires à leur développement ainsi que le contrôle des sociétés multinationales se trouvant sur leur territoire. La déclaration a, en outre, prôné la mise en œuvre de rapports "justes et équitables" entre les prix des matières premières et autres produits exportés par les pays développés.

Nonobstant les limites que l'on peut relever<sup>146</sup>, plusieurs années après la revendication du "Nouvel ordre économique international", quelques progrès dans les relations économiques internationales ont été enregistrés au profit des pays qualifiés en voie de développement, accompagnés parfois par des changements importants, notamment la réforme des règles relatives au commerce international, dont l'introduction dans les accords du GATT (ancêtre de l'OMC), de la partie

---

<sup>146</sup> Dans son article intitulé « les tentatives algérienne de transformation du droit international au cours des années 1960 et 1970 », le Doyen Benchikh a mis en exergue les limites des tentatives algériennes de transformation du droit international, lesquelles sont liées notamment au rapport entre la souveraineté de l'Etat et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans les démarches algériennes. En effet, on ne peut qu'être d'accord sur le principe que pour étudier la souveraineté d'un Etat, il convient de voir non seulement comment cette conception est présentée dans les discours gouvernementaux mais également quel est le contenu qui ressort de la pratique. Or, si l'Etat algérien se présentait volontiers comme un Etat socialiste dans un régime démocratique et populaire, l'analyse plus précise des positions et des positions politiques algérienne sur le terrain mène à d'autres conclusions, dans la mesure où, dans la pratique, on œuvre pour le développement des institutions de l'Etat sans s'alimenter au droit du peuple à disposer de lui-même.

Même si le Doyen Benchikh explique que c'est le souci de bâtir un Etat fort dans un contexte de la jeunesse de l'Etat et le sous-développement qui ont fait que les gouvernants algériens ne se soucient qu'éperdument des libertés démocratiques, il ne demeure pas moins qu'il reste inadmissible de prôner des valeurs au niveau international que l'on ignore au niveau interne. L'on peut dire ainsi que l'Algérie alimente une conception biaisée de la souveraineté qui considère que l'autodétermination interne est une affaire strictement de l'ordre interne. Cette conception de la souveraineté se prolonge dans la conception algérienne des droits de l'homme et de la Démocratie.

commerce et développement. Un régime qui a été maintenu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) avec le cycle de Doha qui envisage rappelle-t-on, d'inclure l'agriculture dans la future réglementation des échanges internationaux.

214. S'il peut y avoir une conclusion à tirer de cette démarche conduite par l'Algérie en vue d'instaurer un nouvel Ordre économique international, c'est qu'elle a contribué sensiblement à l'assouplissement de la position rigide de l'Algérie vis-à-vis des organisations internationales, et ce en délaissant sa posture de confrontation en faveur d'une nouvelle ère de coopération qui commençait à s'installer graduellement à mesure que les initiatives s'intensifiaient pour que la confiance se substitue petit à petit à la méfiance.

Au fur et à mesure, la méfiance s'est totalement dissipée en faveur d'une ouverture assumée vers les standards internationaux développés par ces mêmes organisations internationales, jadis bannies, mais qui servent aujourd'hui de source privilégiée pour moderniser le droit algérien. Aussi surprenant que cela puisse paraître, cette ouverture s'est attelée même aux domaines de droit qu'on croyait intouchables dans un passé récent. La réglementation des marchés publics entre autres.

Néanmoins avant de concevoir une telle ouverture, l'Algérie, pendant ses premières années de l'indépendance, a été marquée par une action sur tous les fronts et un militantisme tous azimuts pour une prise en charge des problèmes du développement à travers une démocratisation des organisations internationales (B).

#### ***1.2.1.2.2 Sous-section 2 : L'Algérie préconise la démocratisation des organisations internationales, dominés par les pays occidentaux.***

215. L'organisation internationale représente un des mécanismes à travers lequel s'expriment les normes universelles d'une hégémonie mondiale. En effet, l'organisation internationale fonctionne comme le processus par lequel les institutions de l'hégémonie et son idéologie se développent. Parmi les caractéristiques qui montrent le rôle hégémonique des organisations internationales,

nous pouvons citer les suivantes : elles comportent les règles qui facilitent l'expansion de l'ordre hégémonique mondial ; elles sont en elles-mêmes le produit de l'ordre hégémonique mondial ; elles légitiment idéologiquement les normes de l'ordre hégémonique mondial ; elles assimilent les élites des pays périphériques et elles absorbent les idées contre-hégémoniques<sup>147</sup>.

216. Les organisations internationales participent activement à la consécration de l'idéologie hégémonique en faisant la promotion du modèle social et économique dominant, en légitimant son expansion parmi tous les pays à travers leur soutien à certaines institutions et pratiques au niveau national et en renforçant le pouvoir des forces dominantes, principalement occidentales<sup>148</sup>.

Les organisations internationales – en particulier celles du système des Nations Unies, les institutions de Bretton Woods ou l'OMC – ont exercé depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale une influence croissante dans les rapports entre États et, de manière plus générale, dans le développement des échanges internationaux. Leur nombre n'a cessé d'augmenter, spécialement au niveau régional. Le déplacement du pouvoir vers la sphère internationale a imposé la constitution d'administrations internationales stables, formées de fonctionnaires dont le statut et les privilèges diplomatiques sont garantis par les dispositions du droit international.

217. Contrairement à une opinion courante, la mondialisation n'a en rien diminué l'importance des systèmes de régulation intergouvernementale. Les pays industrialisés ont ainsi établi des liens institutionnels imprimant à leur politique

---

<sup>147</sup> REYGADA Luis, « Gramsci », sur *Lvsl.fr - Tout reconstruire, tout réinventer* [en ligne], publié le 8 avril 2019, [consulté le 20 novembre 2020].

<sup>148</sup> Il y a quelques années encore, la forme actuelle de la "mondialisation" servait à l'émergence d'une classe capitaliste internationale aux intérêts transcendant les cadres nationaux et poussée par là même à gérer les affaires du monde en dépassant les oppositions entre États. Ils s'appuyaient sur l'interpénétration croissante des capitaux dans les différents pays, sur l'abaissement progressif des barrières devant les déplacements et les investissements de capitaux, sur la déréglementation généralisée, sur l'abaissement des barrières que nombre de bourgeoisies des pays sous ou semi-développés avaient érigées autour de leur pays pour tenter de protéger leur économie nationale. Les organismes internationaux genre FMI, OMC, Banque mondiale, etc., n'atténuent pas les affrontements, même s'ils en régulent certaines modalités. Ils leur offrent surtout des arènes supplémentaires. Ils ne se substituent pas aux États. Ils servent de cadres où les États s'affrontent.

économique un haut degré de convergence. Le processus d'intégration européenne, tel qu'il s'est notamment développé depuis l'Acte unique et le Traité sur l'Union, est l'expression la plus manifeste de cette évolution institutionnelle. Mais à un niveau plus général, l'OCDE, aussi bien que le GATT/OMC, ont joué un rôle décisif dans la dynamique de la mondialisation. Les institutions financières internationales, en particulier le FMI et la Banque mondiale, ont contribué à la libéralisation des mouvements de biens, de services et de capitaux des pays en voie de développement, recommandant sous l'égide des États-Unis des politiques d'ajustement structurel qui furent une étape de la mondialisation. En outre, l'ONU et ses institutions spécialisées n'ont cessé d'être engagées dans la définition des principaux enjeux de la mondialisation et de contribuer à son avancée<sup>149</sup>.

218. Le courant de l'économie politique internationale, qu'il soit inspiré par le réalisme ou le marxisme, n'est pas sans pertinence pour l'étude des organisations internationales, mais son apport en la matière est également resté rudimentaire. Selon cette approche, la création et le développement des institutions internationales mobilisent l'engagement d'une grande puissance hégémonique, en l'occurrence les États-Unis. Pour les disciples d'Antonio Gramsci<sup>150</sup>, cette dernière

---

<sup>149</sup> DE SENARCLENS Pierre, « Les organisations internationales face aux défis de la mondialisation », *Rev. Int. Sci. Soc.*, 170, ERES, 2001.

<sup>150</sup> L'ancien chef du Parti communiste italien se préoccupait du problème de la compréhension des sociétés capitalistes dans les années 1920 et 1930, et en particulier de la signification du fascisme et des possibilités de construire une forme alternative d'État et de société qui se fonderait sur la classe ouvrière. Ses analyses se focalisaient sur l'État, sur la relation existant entre la société civile et l'État, et sur les relations entre la politique, l'éthique et l'idéologie par rapport à la production. Son concept d'hégémonie était particulièrement important, mais plusieurs notions connexes – élaborées par lui-même ou développées par d'autres mais enrichies par lui – étaient tout aussi utiles. Tel qu'il est soutenu à juste titre par BACHAND Rémy et LAPERRIÈRE Marie-Neige, L'hégémonie est un concept phare dans la pensée matérialiste de Gramsci, qui la met de l'avant pour éclairer et décortiquer une certaine dimension du pouvoir. Pour bien la comprendre, il faut d'abord faire ressortir la compréhension qu'a Gramsci du pouvoir et de l'État. Pour reprendre l'une de ses citations les plus connues : « *Nous sommes toujours sur le terrain de l'identification entre État et Gouvernement, identification qui est, justement, une représentation de la forme de l'économie corporatiste, c'est-à-dire de la confusion entre société civile et société politique; car il faut noter qu'il entre dans la notion générale d'État des éléments qu'il faut rattacher à la notion de société civile (au sens, pourrait-on dire, qu'État égal /société politique plus société civile, c'est-à-dire une hégémonie cuirassée de coercition)* ». (BACHAND Rémy et LAPERRIÈRE Marie-Neige, « L'hégémonie dans la société internationale », *Rev. Québécoise Droit Int.*, 1, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2014. )

ne peut miser sur les seuls moyens de coercition pour défendre ses intérêts nationaux, elle doit également assurer son emprise sur les institutions, notamment pour propager et faire partager leur vision du monde. Les Organisations internationales sont donc un relais de cette domination<sup>151</sup>. Ceci est d'autant plus vrai que l'étude des relations internationales sous l'égide des organisations internationales, notamment l'ONU a toujours été influencée par les intérêts des sphères dirigeantes des pays riches.

219. A l'instar des pays en voie de développement ayant accédé récemment à l'indépendance, l'Algérie adopte une position de participation méfiante à l'égard des organisations internationales dont la création résulte d'initiatives occidentales. Elle estime que les pays développés continuent d'exercer une influence déterminante dans la fixation de leurs objectifs, leur fonctionnement et la prise de décision. Ceci est en effet corroboré par un fait historique pendant la lutte pour son indépendance lorsque le FLN s'est heurté à l'action de la France et à la solidarité occidentale au sein de multiples organisations et il a dû déployer tous ses efforts pour y faire face, surtout au sein de l'ONU<sup>152</sup>. Dés-lors, l'Algérie s'est engagée dans une lutte acharnée en vue de libérer les organisations internationales de la mainmise des puissances occidentales.

220. La réforme préconisée par l'Algérie porte notamment sur la démocratisation des organisations internationales, dominées par les pays occidentaux et l'instauration d'un nouvel Ordre Economique International. C'est ainsi qu'en décembre 1974, l'Assemblée Générale des Nations unies, présidée par le ministre des affaires étrangères de l'époque, Abdelaziz Bouteflika, adopte la résolution (3362) stipulant l'élaboration d'une étude afin de rendre le système des Nation unies apte à traiter les problèmes de coopération économique internationale.

---

<sup>151</sup> DE SENARCLENS Pierre, *op. cit.*

<sup>152</sup> MAHIOU Ahmed, « L'Algérie et les organisations internationales », *Annu. Fr. Droit Int.*, 28, 1982.

221. Dans sa quête d'un nouvel ordre économique international, l'Algérie a présenté lors de la première conférence au sommet des pays membres de l'OPEP, qui s'est déroulée en 1975, un mémoire qui reprend, en les approfondissant et en les affinant, les idées et propositions avancées dans le premier document présenté à l'Assemblée Générale de l'ONU en 1974, compte tenu notamment des critiques des pays développés, contre l'action de l'OPEP et contre le nouvel ordre économique international.

De plus, l'Algérie a contribué grandement à la transformation de l'ONUDI en institution spécialisée en matière de développement industriel et consacré par la déclaration de Lima (1975).

Quelques années plus tard, profitant de sa participation au sommet du G8 de Deauville, qui s'est tenue en 2011, l'Algérie a plaidé, à travers son Président, pour le droit du continent africain d'être présent à la gouvernance mondiale, qu'il puisse s'exprimer dans les processus de coopération, de concertation et de prise de décision, pour faire entendre les préoccupations des pays de la rive sud de la méditerranée<sup>153</sup>. Ces préoccupations et problématiques, élevées aux dimensions de nécessité pour les uns et les autres, lors des dialogues aux sommets et forums internationaux.

222. Ce faisant, l'Algérie s'est forgée une doctrine des relations internationales et, plus précisément encore, une conception de la place et du rôle des organisations internationales. Cette conception n'est pas seulement le résultat d'une analyse théorique ou d'une spéculation abstraite ; elle porte l'empreinte de la pratique assumée depuis l'indépendance avec toutes les nuances, hésitations et parfois les contradictions qui s'y attachent. La doctrine algérienne est ainsi passée d'une position d'attente et de vigilance à une participation militante pour la transformation

---

<sup>153</sup> Force est de reconnaître que les aspirations de l'Algérie, et des autres pays en voie de développement, de démocratiser les organisations internationales à travers l'anéantissement progressive de la domination des puissances occidentales, sont restées vaines. L'impartialité des Organisations internationales est toujours remise en cause à chaque fois que les intérêts des pays puissants sont en jeu. Une ample réforme s'impose donc.

des organisations internationales<sup>154</sup>. L'Algérie a sensiblement modéré sa relation avec ces organisations internationales en délaissant la posture de confrontation au profit d'une politique de coopération des plus prospères (Chapitre 2).

---

<sup>154</sup> MAHIOU Ahmed, *op. cit.*

## 1.2.2 Chapitre 2 : L'Algérie et les organisations internationales : incontournable coopération.

223. L'Algérie a vite compris que la mise en œuvre du droit international découle des caractères de ce que l'on appelle la société internationale et que l'élaboration des règles du droit international est le résultat des négociations, des pratiques ou plus largement des différents modes de rencontre de volontés des Etats, y compris dans le cadre des organisations internationales, dont ils sont membres. La mise en œuvre de ces règles dépend soit de ce que les Etats ont prévu, dans le cadre de leur coopération, soit, comme c'est souvent le cas, des règles générales de droit international. La négociation et la coopération sont les facteurs puissants et les voies les plus appropriées pour la mise en œuvre du droit international dès lors que la société internationale est désormais basée sur le respect de l'égalité souveraine des Etats et sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>155</sup>.

224. L'Algérie a pris conscience du caractère incontournable de la coopération avec les organisations internationales si elle souhaite ne pas subir l'ordre international établi et les règles générales de droit international qui en découlent. Ceci explique, un tant soit peu, pourquoi le scepticisme qui caractérisait la relation de l'Algérie envers les organisations internationales n'a pas empêché ce pays de tisser des relations parfois intenses avec certaines d'entre elles.

Avant même son indépendance, l'Algérie a compris qu'elle n'a aucune chance de survivre à l'écart de l'ordre international déjà établi dont la désétatisation, l'internationalisation et la globalisation sont devenus les maîtres-mots. Les premières positions énoncées, et qui influenceront l'Algérie indépendante, datent d'ailleurs de la période de la guerre de libération tel que l'on peut le constater de

---

<sup>155</sup> MADJID BENCHIKH, *Droit International Public*, Casbah Editions, 2016. P 545.

la Proclamation du 1er novembre 1954 qui souligne que l'action du FLN est inscrite "dans le cadre de la charte des Nations Unies". La dimension internationale est non seulement prise en compte, mais elle est perçue à travers les organisations internationales, notamment l'Organisation des Nations Unies (ONU).

Au lendemain de l'indépendance, après une période de scepticisme et de tension, l'Algérie s'est inscrite légitimement dans une perspective de coopération. Ainsi, il s'avère intéressant d'étudier le développement de cette relation somme toute paradoxale tant et si bien que malgré le fait qu'elle était caractérisée, dans ses débuts, d'une vigilance exorbitante (Section 1), elle parvient à se transformer en une coopération qui n'a pas tardé à se manifester d'une manière limpide aussi bien dans les textes politiques que juridiques de l'Algérie indépendante (Section 2).

### 1.2.2.1 Section 1 : Coopération sous le signe de la vigilance

225. Dans ses relations avec les organisations internationales, l'Algérie observe, de tout temps, une relation ambiguë, oscillant en fonction des conjonctures et des intérêts.

L'Algérie, ne voulant pas se détacher de son statut d'un pays décolonisé en quête de développement, a accompagné sa participation au sein des organisations internationales avec une méfiance qui en dit long sur les tensions qui peuvent surgir d'une présence vigilante.

226. Les principaux textes qui jalonnent l'histoire politique du pays, depuis la plateforme de la Soummam jusqu'à la charte nationale, donnent une certaine transparence à l'action diplomatique algérienne en même temps qu'ils s'efforcent de montrer qu'elle est le reflet de la politique intérieure. Cette constance des objectifs et même des vocabulaires ont parfois laissé croire à l'adoption d'une politique dogmatique, rigide et rude<sup>156</sup>.

En fait, il s'agit d'une conclusion hâtive si l'on analyse l'action concrète et si l'on s'attarde à découvrir les multiples facettes qu'elle a pu revêtir, en passant d'une posture d'une participation vigilante en contraste avec son adhésion massive aux organisations internationales (Sous-section 1), laquelle est accompagnée d'un militantisme réformiste (Sous-section 2).

#### 1.2.2.1.1 *Sous-section 1 : Adhésion massive aux organisations internationales.*

227. L'Algérie a arraché son indépendance au moment même où le monde commençait à connaître des mutations sans précédents subséquemment à

---

<sup>156</sup> GRIMAUD Nicole, La politique extérieure de l'Algérie (1962-1978), KARTHALA Editions, 1984.

l'extinction de plus en plus palpable de l'Etat-nation<sup>157</sup> en faveur d'une « mondialisation » de plus en plus imposante et incontournable. En effet, l'Etat-nation, même s'il continue à jouer un rôle relativement fondamental n'est désormais plus en mesure de contrôler à lui seul la régulation économique et sociale dans un cadre caractérisé par la mondialisation des échanges par l'intégration continentale.

228. L'Algérie s'est donc retrouvée dans un monde où les Etats acceptent, tantôt par stratégie, tantôt par contrainte, de rétrécir leur souveraineté au profit d'un monde qui s'apparente à un village interconnecté sous le couvert d'une « globalisation » porteuse d'une représentation nouvelle du Monde qui renvoie à la métamorphose

---

<sup>157</sup> Si l'on se réfère à la définition de l'UNESCO, l'Etat-nation est un domaine dans lequel les frontières culturelles se confondent aux frontières politiques. L'idéal de l'Etat-nation est que l'Etat incorpore les personnes d'un même socle ethnique et culturel. Cependant, la plupart des Etats sont polyethniques. Ainsi, l'Etat-nation "existerait si presque tous les membres d'une seule nation étaient organisés en un seul Etat, sans autres communautés nationales présentes. Bien que le terme soit souvent usité, de telles entités n'existent pas". La nation comme nous la pensons aujourd'hui est un produit du 19ème siècle. Depuis les temps modernes, la nation est reconnue comme "la" communauté politique qui assure la légitimité d'un Etat sur son territoire, et qui transforme l'Etat en Etat de tous les citoyens. La notion d'Etat-nation insiste sur cette nouvelle alliance entre nation et Etat. La nationalité est censée lier le citoyen à l'Etat et aux avantages des politiques sociales de l'Etat Providence."

Cette définition, se veut un peu conciliante des approches philosophiques aussi divergentes que variées remontant jusqu'à Karl Marx en passant par l'approche hautement intéressante de Max Weber, pour ne citer que ces deux références incontestablement autant reconnues que crédibles. Selon Karl Marx la nation moderne est une société globale étendue qui repose sur l'intégration d'une superficie et d'une population considérables, intégration réalisée par le moyen d'une forte industrie, de communications et de transports développés, ainsi que par la participation à un vaste marché national commun à toutes les régions. La nation fonctionne et est dotée d'une continuité historique en tant que telle par suite de l'interdépendance des diverses classes concernées dans le fonctionnement d'un système économique donné. Les idées et les tendances de la nation sont en relations significatives avec la structure formée par les classes qui la constituent. Les traditions nationales sont des phénomènes tout à fait réels. Elles reflètent le développement économique de la société, les relations de classes à diverses périodes et les caractéristiques spéciales, peut-être uniques, de l'histoire de chaque pays. Telles se présentent les nations modernes qui préoccupaient Marx, c'est-à-dire l'Angleterre, la France, l'Allemagne, les États-Unis et la Russie essentiellement (RODINSON Maxime, « Le marxisme et la nation », *Homme Société*, 7, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1968. ). Si Karl Marx insiste à établir la connexion entre son acception de l'Etat-nation de sa légendaire théorie des classes, Max Weber, quant à lui, a préféré établir une connexion d'un autre genre en mettant en exergue la relation entre l'Etat-nation et la société. Ceci est d'autant plus vrai que Max Weber soutient dans son célèbre ouvrage sur « les catégories de la sociologie » que l'« État » et la « nation » sont désencastrés pour laisser la place à une relation d'échange entre État et société. L'État instaure sa domination sur la société qui doit l'accepter autrement qu'en raison du seul emploi de la force physique. Telle est, selon Weber, la condition de la perpétuation de l'autorité politique : la violence doit être légitime ; l'expression moderne de cette légitimité étant un droit formel et rationnel (WEBER Max, *Les catégories de la sociologie*, Pocket, 2008.).

d'un capitalisme émancipé du cadre national (ou postfordiste) et financiarisé. Aussitôt son indépendance acquise, l'Algérie se trouve confrontée à une vaste politique de déréglementation relevant de l'idéologie néolibérale visant à renforcer le poids des actionnaires dans les instances décisionnelles.

Il serait donc fatal pour un Etat naissant, comme l'Algérie, de s'isoler et s'esseuler complètement alors que les nouveaux enjeux économiques et géopolitiques sont décidés dans le cadre des corporations et/ou institutions supranationales, régionales et internationales. Ainsi, plutôt par contrainte que par choix, l'Algérie ne pouvait pas se permettre de bouder complètement les organisations internationales, même s'il paraissait d'emblée évident que les autorités politiques de cette époque affichaient une ferme volonté d'accorder la priorité aux dossiers économiques impliquant l'adhésion de l'Algérie aux différentes organisations économiques internationales de dimension régionale ou mondiale.

Ce faisant, aussitôt son indépendance acquise, l'Algérie a adhéré à l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.) qui reste l'Organisation la plus importante, que ce soit du point de vue de sa compétence ou sa vocation. Ensuite, elle a adhéré, dès 1963, à la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD), à l'association de développement (IDA), et au Fonds Monétaire International (FMI), puis à la Banque africaine de développement (BAD) en 1964, à l'organisation des pays exportateurs de Pétrole (OPEP) en 1969, à l'organisation des pays arabes exportateurs du pétrole (OPEAP) en 1970 et à la Banque arabe pour le développement économique de l'Afrique (BADEA) ainsi qu'à la Banque islamique de développement (BID) en 1975. Dans les années 1990, l'Algérie a rejoint également d'autres institutions du groupe de la Banque mondiale, dont la Société financière internationale (IFC) en 1990, l'agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) et Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements en 1996.

229. Admise à l'ONU le 8 octobre 1962, l'Algérie et sa "diplomatie de maquisards" se révèle vite un acteur très actif de la scène internationale. De cette époque datent quelques-unes des constantes qui ont marqué ensuite la politique étrangère de

l'Algérie. Les dirigeants tentent alors de théoriser l'expérience acquise pendant les années de lutte armée. On décèle ainsi trois postulats de base : la lutte contre l'impérialisme et le colonialisme, le soutien des mouvements de libération et la coopération internationale tant avec les pays du tiers-monde qu'avec les puissances socialistes<sup>158</sup>.

230. Dans une première phase (1962-1964), la pratique des adhésions illustre les axes privilégiés par les documents politiques fondamentaux puisque les premières organisations internationales acceptées par l'Algérie relèvent soit du système des Nations Unies, soit du cadre africain, soit du cadre arabe. Ces options sont officialisées par la ratification des Chartes de l'ONU (1962), de l'OUA (1963) et de la Ligue Arabe (1964) dès le lendemain de l'indépendance. La situation se comprend aisément car l'affirmation de la souveraineté et la reconnaissance internationale ne se manifestent avec éclat que par cet accès aux organisations internationales politiques, notamment à "l'O.N.U."

231. L'Algérie, toute auréolée du prestige que lui a valu sa guerre de libération nationale, tient à réaffirmer son engagement politique et à profiter des forums internationaux pour faire connaître son message tiers-mondiste ainsi que la conception qu'elle entend faire prévaloir au sein des organisations internationales. Pour elle, ces dernières doivent avoir comme objectif prioritaire la lutte contre le colonialisme et l'impérialisme, le soutien aux efforts des pays du Tiers-Monde qui tentent d'évincer toute forme de domination économique, le respect des options politiques révolutionnaires<sup>159</sup>.

232. L'arrivée de Boumediene au pouvoir coïncide avec l'installation définitive des militaires au pouvoir. Le coup d'État du 19 juin 1965 inaugure une période (1965-

---

<sup>158</sup> ROCHERIEUX Julien, « L'évolution de l'Algérie depuis l'indépendance », *Sud/Nord*, 14, ERES, 2001.

<sup>159</sup> MAHIOU Ahmed, « L'Algérie et les organisations internationales », *Annu. Fr. Droit Int.*, 28, 1982.

1970) d'hésitation et de repli sur soi qui a fermé la porte devant toute nouvelle adhésion à une quelconque organisation internationale. Cette période de d'inertie diplomatique est a priori justifiée par la volonté de Boumediene de punir les puissances étrangères et les organisations internationales qui ont refusé alors de reconnaître la légitimité de nouveaux dirigeants arrivés au pouvoir à coups de baïonnettes.

A partir de l'année 1970, s'ouvre en effet une troisième période qui voit l'Algérie redevenir très active aussi bien au sein de l'ONU et de ses institutions spécialisées qu'au sein de la Ligue Arabe ou de l'OUA et chaque fois sous le signe d'une participation vigilante<sup>160</sup> (Sous-section 2).

#### ***1.2.2.1.2 Sous-section 2 : Une participation vigilante***

233. L'Algérie avait mené, en parallèle de sa lutte armée, une bataille diplomatique en vue de faire connaître la question algérienne dans les forums internationaux. Cette dynamique avait permis à l'Algérie, alors sous l'occupation française, d'inscrire, pour la première fois, à l'ordre du jour des travaux de l'ONU en 1955 la question de son indépendance, dans un processus qui a abouti à l'adoption de la résolution ayant consacré le droit du peuple algérien à l'autodétermination. Il va sans dire que cette résolution est un tournant décisif dans l'histoire et la diplomatie algérienne.

Ayant pris la mesure de l'écho que l'ONU est susceptible de donner à la discussion d'un problème et la direction déterminante qu'elle peut imprimer à sa solution, l'Algérie n'a pas hésité à utiliser cette enceinte pour d'autres débats et d'autres objectifs après l'indépendance.

234. L'Algérie post-indépendante s'est située dans une nouvelle vision du monde à logique binaire, où la distinction fondamentale oppose les nations pauvres aux nations riches. L'opposition de ces deux mondes antagonistes forgera la vision et

---

<sup>160</sup> *Ibid.*

la doctrine algérienne des relations internationales qui repose essentiellement sur la remise en cause des rapports de domination et de dépendance économique.

235. En se détachant des considérations exclusivement idéologiques, la diplomatie algérienne a placé la thématique de développement au centre de ses préoccupations et de ses revendications au sein des organisations internationales. Cette stratégie visait la création des conditions nécessaires à la revendication d'un nouvel ordre économique international. L'ONU étant l'institution la plus à même de donner une proportion internationale à cette nouvelle lutte, non moins importante que celle pour l'indépendance.

Cependant, au passif de l'ONU, il y a des expériences malheureuses, telles que l'affaire de Hammarskjöld au Congo<sup>161</sup>, qui ont fait que l'Algérie garde une sensibilité exacerbée et qu'elle considère donc qu'il faut être extrêmement vigilant dans la participation au système onusien, qui porte trop la marque profonde de l'influence des grandes puissances.

Même si l'ONU constitue un forum de plus en plus efficace pour assurer la décolonisation, l'Algérie considère qu'il faut veiller constamment à déjouer les stratégies et les tactiques néfastes à l'émancipation des pays et peuples dominés<sup>162</sup>, surtout qu'avec le temps on a fini par reprocher à cette institution d'ignorer sa vocation protectionniste des plus faibles pour se placer dans une posture de

---

<sup>161</sup> Le Suédois Hammarskjöld avait succédé à Trygve Lye en 1953 au poste de secrétaire général de l'ONU. Il a été réélu pour un deuxième mandat en septembre 1957. À l'été 1961, l'ONU est confrontée à l'épineux problème congolais et à la sécession de la province du Katanga, survenue un an plus tôt. Les casques bleus de l'ONU interviennent sur le terrain alors que Hammarskjöld tente de trouver une solution politique au conflit. Après avoir rencontré le président congolais Joseph Kasavubu et le premier ministre Cyrille Adoula, il se rend en Rhodésie du Nord le 17 septembre afin de discuter d'un cessez-le-feu possible avec Moïse Tshombe. Toutefois, l'avion dans lequel prend place le secrétaire général et une dizaine d'autres personnes s'effondre près de Ndola. Il n'y aura aucun survivant de cette tragédie dont l'origine reste encore nébuleuse. Au demeurant, les graves difficultés politiques rencontrées par les Nations Unies dans l'accomplissement de leur mission au Congo, la violence des réactions qu'elles ont provoquées de la part de certains Etats membres, ont fait de cette affaire le centre et l'une des causes de la crise majeure actuellement traversée par l'organisation mondiale.

<sup>162</sup> MAHIOU Ahmed, op. cit.

gouverneur du monde manipulé par les supers puissances mondiales, les Etats unis en particulier.

236. Le degré de suspicion a atteint son paroxysme durant les années 1990 au moment où le terrorisme islamiste a frappé au plus profond des fondements de l'État algérien. En effet, les autorités Algériennes ne sont pas prêtes d'oublier qu'elles n'avaient bénéficié d'aucun soutien, ni de la part des organisations internationales ni de la part des États occidentaux, dans leur lutte contre le terrorisme islamiste.

En réalité, le manque de solidarité n'a pas dérangé les autorités algériennes autant que les pressions qu'elles ont subies de la part des organisations internationales, plus particulièrement l'ONU, sur plusieurs questions. En effet, au plus fort de cette période tragique, des organisations internationales (formulés notamment par Amnesty International) appelaient à une enquête internationale indépendante sur les massacres en Algérie. Il va sans dire que tous ces appels avaient été systématiquement rejetés par l'Algérie.

De plus, lors de sa 86e session qui a eu lieu le 19 juin 2006 à New York, le Comité des droits de l'Homme de l'ONU a demandé au gouvernement algérien de mener des enquêtes approfondies sur les cas de disparition, de rendre compte aux familles du résultat et d'engager des poursuites pénales contre les auteurs et les responsables de ces actes. Les autorités algériennes ont qualifié cette action, à travers leurs relais médiatiques, d'une déconvenue extérieure de la part de l'un de démembrement de l'ONU. Elles n'ont pas manqué d'accuser au passage toutes les ONG internationales de vouloir se servir du dossier des disparus comme fonds de commerce en vue de faire pression sur l'Algérie. Il semblerait d'ailleurs que cet incident a poussé le représentant de l'Algérie à boycotter les travaux de la onzième session du Groupe de travail I (Passation de marchés) chargé par la CNUDCI d'actualiser et moderniser la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 1994, qui s'est déroulée à New York, entre le 21 et 25 mai 2007.

237. Nombreuses sont les fois où les relations Algérie-ONU ont traversé des crises acerbes qui donnent les signes avant-coureurs d'un divorce consommé. L'exemple

le plus édifiant est l'échange tendu qui a suivi l'attentat terroriste qui a ciblé le siège de l'ONU à Alger, le 11 décembre 2007. Après cet acte criminel, l'ONU a accusé frontalement les autorités algériennes de ne pas avoir protégé ses installations à Alger de manière appropriée. L'ONU a d'ailleurs annoncé à travers son Secrétaire Général, Ban Ki-moon, le 14 janvier 2008, la constitution d'une commission d'enquête internationale.

Non seulement elles ont qualifié cette initiative d'une grave atteinte, les autorités algériennes ont réservé une réponse très virulente à la déclaration de l'ONU, et ce à travers son Ministre de l'intérieur de l'époque, Yazid Zerhouni, lequel a accusé les dirigeants de l'ONU de jouer les *"vierges effarouchées, alors qu'ils savaient que l'ONU était une cible"*. Pis encore, ce ministre a déclaré ce qui suit :

*"Que va apporter cette commission par rapport au travail des autorités algériennes ?, s'est-il interrogé. A-t-elle une baguette magique qui fera sortir les auteurs de ces attentats du maquis ?"*

*"Pourquoi ceux qui parlent de commission indépendante n'ont-ils pas avancé leur solution magique lorsque l'Algérie combattait seule le terrorisme ?"*

238. D'une simple méfiance à de sévères réquisitoires au cœur de crises qu'on croyait insurmontables, tel est le constat de la relation versatile de l'Algérie envers les organisations internationales. Pourtant, quand bien même cette relation aurait connu des crises acerbes, il n'en demeure pas moins que ces conflits conjoncturels n'ont jamais atteint le degré d'une invitation à la rupture parce que l'Algérie pense que tout système est susceptible d'amendement, de réforme si l'on agit de l'intérieur<sup>163</sup>. D'ailleurs, force est de constater que l'incident que nous avons évoqué dans le paragraphe précédent, où l'on croyait que la rupture avec l'ONU est d'autant plus proche qu'inévitable, l'Algérie continuait à honorer son troisième mandat (2004-2016) au sein de la Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International (CNUDCI) sans inquiétude, ni interruption. D'ailleurs, c'est durant ce mandat, plus précisément durant l'année 2011, que la CNUDCI a

---

<sup>163</sup> *Ibid.*

adopté sa nouvelle loi type sur la passation des marchés publics, laquelle loi type qui, faudrait-il le rappeler, reste le sujet principal sur lequel reposent nos présents travaux de recherches.

Cette conclusion nous renvoie à une question qui s'impose légitimement : Est-ce que cela ne s'explique pas par le fait que finalement l'Algérie et l'ONU n'avaient intérêt à étendre leurs conflits politiques et géopolitiques sur le terrain économique ?

239. Il n'y a pas le moindre doute que dans le cas de l'Algérie, à l'instar de tous les pays en voie de développement, ce sont les considérations économiques qui constituent la clé de voute et qui conditionnent ses relations avec les organisations internationales en général, et l'ONU. Ceci est amplement justifié par la gravité des problèmes résultant des énormes écarts de développement qui séparent depuis des lustres les Etats composant la société internationale. Il faut en effet être à court de lucidité pour ne pas prendre conscience que la distance entre les pays riches, ou industrialisés, et les pays pauvres, ou en voie de développement, est peut-être, à long terme, plus difficile à franchir que la barrière idéologique entre pays à économie de marché et pays à économie planifiée, et que l'opposition Nord-Sud, si elle n'a pas supplanté l'opposition Est-Ouest, a déjà acquis une importance au moins équivalente. L'Algérie a compris ainsi qu'aucun équilibre, aussi désespéré soit-il, ne peut être possible en dehors de ces organisations internationales, l'ONU plus particulièrement.

240. Il n'est pas étonnant d'ailleurs de constater la binarité viscérale des positions de l'Algérie envers les organisations internationales, et ce en fonction des enjeux qui sont en question. Ceci est d'autant plus vrai que ses réactions quand il s'agit de questions éminemment politiques sont souvent aussi paradoxales qu'antagonistes, que lorsqu'il s'agit de questions de coopération ou d'intérêts économiques. Ceci émane, a priori, d'une vision réduite du développement qu'on continue à limiter à sa seule dimension économique, sans doute sous l'influence de l'opinion qui prévaut encore et qui considère que le problème du développement est un problème économique. Pourtant, on l'aperçoit de plus en plus clairement : le développement

ne concerne pas que l'économie. Il constitue un problème social par excellence, car il affecte tous les aspects de la société : non seulement de la vie sociale, mais de la vie individuelle et de la mentalité des hommes vivant en société<sup>164</sup>, voire même l'aspect politique.

241. L'Algérie a plutôt grand intérêt à comprendre que le développement ne peut pas être réduit au seul domaine économique à partir du moment où même les choix politiques y contribuent grandement. Sans doute, elle gagnerait mieux à délaissier sa bi-catégorisation légendaire qui rend ses relations avec les organisations internationales sensibles, voire parfois conflictuelles, à chaque fois qu'il s'agit de questions politiques. En effet, si Alger a bien vu l'intérêt d'une coopération politique, stratégique et économique sous l'auspice des organisations internationales, elle a toujours eu une profonde méfiance sur le caractère intrusif de ces dernières, notamment sur les aspects démocratie et droits de l'homme.

242. Il semblerait par ailleurs que l'Algérie a fini par se rendre à l'évidence de l'importance d'une coopération complète et multidimensionnelle avec les organisations internationales au point où l'on assiste aujourd'hui à l'importation de concepts, de normes et de dispositions légales et réglementaires inspirés des standards internationaux élaborés sous les auspices de ces organisations internationales, tel que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui émane du cœur même de l'un des démembrements de l'ONU.

243. Ayant profité d'une période d'observation attentive et de participation vigilante qui lui ont permis de mieux connaître le terrain, d'évaluer les rapports de force, l'Algérie a ensuite estimé que le moment est propice pour passer à une autre étape ; celle de s'inspirer des travaux effectués sous l'égide des organismes internationaux afin de mettre à niveau son bloc réglementaire et son bloc de légalité (Section 2).

---

<sup>164</sup> VIRALLY Michel, « Vers un droit international du développement », Annu. Fr. Droit Int., 11, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1965.

### 1.2.2.2 Section 2 : Coopération reflétée sur les textes politiques et juridiques.

244. Aborder la question de la nature juridique du droit algérien renvoie au fond au vaste problème de ses sources ; le terme source est entendu ici non pas dans son acception juridique habituelle, c'est-à-dire dans le sens de sources formelles ou matérielles du droit, mais dans le sens plutôt de processus de formation du droit et des différents systèmes juridiques qui l'ont influencé.

245. Traiter du droit algérien permet de lever en partie le voile sur une double difficulté. La première tient aux problèmes concrets et compliqués auxquels ont donné lieu en Algérie, et plus généralement dans les pays postcoloniaux, la conception et la mise en place de systèmes de normativité adaptés à leurs besoins. La seconde est d'ordre méthodologique, conséquence directe de la première. Elle invite à nous interroger sur la possibilité d'extrapoler d'un corps de règles des concepts et des théories juridiques, produits d'un contexte et d'une tradition juridique dont la formation est sous-tendue par un processus<sup>165</sup> exogène.

246. Même si aujourd'hui aucun droit national ne peut se soustraire à l'influence des autres systèmes juridiques, il n'en demeure pas moins que les phénomènes d'imitation ou d'emprunt dans le monde du droit sont loin d'être nouveaux : Ils sont inhérents à la dimension à la fois technique, culturelle, administrative et politique du droit qui a toujours permis, grâce notamment au droit comparé, et parfois imposé, au travers des conquêtes militaires ou coloniales, la circulation des modèles

---

<sup>165</sup> KHALFOUNE Tahar, « Système juridique en Algérie – Un pluralisme normatif désordonné », *Rev. Int. Droit Comparé*, 67, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2015. P 411.

et de concepts. Au risque d'aller aux antipodes de la pensée de Montesquieu<sup>166</sup>, pour qui "les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre", de nombreux États ont ainsi exporté ou importé du droit.

247. Nul ne doute que le droit algérien est essentiellement emprunté. Pour des raisons historiques évidentes, par nécessité ou par mimétisme, c'est souvent par des emprunts au droit français, et particulièrement à son droit public, que le droit positif algérien s'est construit, et se construit encore aujourd'hui<sup>167</sup>. Mais, force est de reconnaître qu'il y a aujourd'hui une nouvelle ère de syncrétisme qui se dessine en faveur d'une ouverture, somme toute assumée, vers les standards internationaux élaborés sous les auspices des organisations internationales, principalement la CNUDCI (Sous-section 2). Il ne faut cependant pas ignorer que cette ouverture juridique n'est rendue inévitable que par une ouverture économique (Sous-section 2).

---

<sup>166</sup> Montesquieu définit les lois comme les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. De ce fait toutes choses ont leurs lois. C'est là la condition nécessaire pour que le monde, une fois créé, subsiste et ne s'effondre pas sur lui-même. L'existence de ces lois est donc prouvée par la persistance du monde. Ces lois existent de tout temps, même les lois humaines, car elles existent en puissance avant que d'être promulguées. Pour Montesquieu, trois sortes de lois apparaissent (constituant trois sortes de droits différents), à savoir : celles qui gouvernent les relations entre les peuples (le droit des gens), celles qui régissent les rapports des gouvernants aux gouvernés (le droit politique) et celles qui régissent les rapports des citoyens entre eux (le droit civil). On pourrait s'attendre à ce que Montesquieu dise dans l'Esprit des Lois que la démocratie est le système politique le plus conforme à la nature humaine. Mais tel n'est pas le cas. Le gouvernement le plus naturel est celui qui s'adapte le mieux au peuple pour lequel il est établi. En effet, la diversité des peuples entraîne une grande diversité de lois, et par contrecoup un grand nombre de régimes politiques différents : il y a peu de lois universelles et donc il n'y a pas un régime politique qui serait universellement valable : les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. Montesquieu ne cherche pas les « meilleures » lois du point de vue de l'éthique, mais semble-t-il, les lois les plus efficaces (celles qui permettent à un régime politique de se constituer et de se maintenir en tant que tel).

<sup>167</sup> KHALFOUNE Tahar, *op. cit.*

### **1.2.2.2.1      *Sous-section 1 : Ouverture économique comme prélude à l'ouverture juridique.***

248. Durant les années 1980, Chadli Bendjdid qui adopta une nouvelle politique, en passant par une sorte de « déboumedienisation » qui ne disait pas son nom, n'a pas tardé à être rattrapé par les déficits structurels et la crise qui se déclare à peine deux ans après sa prise de pouvoir. A la fin de son règne, c'est déjà la crise et le pays s'était retrouvé incapable de faire face à ses propres besoins<sup>168</sup>.

249. Crise politique aidant, les dirigeants du pays optent, enfin, pour l'ouverture de l'économie, mais sans succès apparent puisque les années qui suivent ne feront qu'aggraver davantage les difficultés<sup>169</sup>. En effet, la fin des années 1980 marque un début de rupture. Les orientations économiques changent à tel point que le modèle socialiste est totalement abandonné au profit de l'économie de marché imposée par la dure conjoncture de l'époque. Les événements douloureux d'octobre 1988 n'ont fait que précipiter le parti unique dans le précipice et conduit le pays vers le multipartisme, mais aussi l'économie dirigée vers une ouverture peu régulée et même parfois anarchique. Ce qui, par conséquent donna naissance, quelques temps après, à ce qui est communément connu sous le vocable de « l'économie de bazar »<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> LYAZID KHABER, *ALGÉRIE UNE ÉCONOMIE QUI SE CHERCHE*, Spinelle, 2019. P 22.

<sup>169</sup> Amine Ait Chaalal, Professeur et co-directeur du Centre d'études des crises et des conflits internationaux (CECRI), Université catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve), écrivait à ce propos que : « *la décennie 1980 marque le début d'une phase d'amointrissement de sa capacité d'action internationale. Cet effacement est en partie la conséquence de troubles internes et de l'affaiblissement de la dynamique tiers-mondiste. À partir de 1988, le pays est confronté à la mise en œuvre d'un processus chaotique de démocratisation, à la suspension du processus législatif en janvier 1992 – accompagnée de la démission du président Chadli Bendjdid –, à l'assassinat du chef d'État suivant, Mohamed Boudiaf, en juin 1992, et au déclenchement d'affrontements sanglants entre le pouvoir et une nébuleuse de groupes armés. Cette dégradation de la situation politique s'accompagne d'un phénomène similaire au niveau socio-économique.* »

<sup>170</sup> LYAZID KHABER, op. cit. P 23.

250. Les difficultés étaient tellement énormes que les décideurs de l'époque n'avaient guère le choix. La mise en place du cadre légal et réglementaire, la création des institutions et le passage à l'autonomie des entreprises publiques algériennes ont pu être mis en pratique début des années 1990 dans une conjoncture où les pressions internationales et le poids de la dette cumulée n'offraient pratiquement aucune échappatoire à « la dictature libérale » imposée par les cartels occidentaux. Par voie de conséquence, de nouvelles lois instituant l'ouverture de l'économie ont commencé à voir le jour, pour sceller une libéralisation, plus ou moins efficiente, du marché des biens et des services, les marchés monétaires et financiers et les relations de travail (loi sur le commercetier, code des investissements, ordonnances relatives à la privatisation, ordonnance relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat, la loi de 1989 sur les prix posant linéaments du droit de la concurrence, etc.).

Toutefois, il faudra dire que ce processus n'a pas pu être achevé dans les conditions requises, d'où le flottement qui a suivi et qui n'offrait qu'une seule alternative à l'Algérie : celle de céder ou de rééchelonner sa dette auprès des institutions de Bretton-Wood. Etant donné la crise interne, tant politique qu'économique, les dirigeants ont opté, après tergiversation, pour la deuxième option. C'est ainsi, qu'un accord de rééchelonnement de la dette a été signé avec le Club de Paris et le Club de Londres (BIRD). Celui-là, et comme dans toute évidence, était accompagné d'un Programme d'ajustement structurel (PAS) dont l'application par l'Algérie est strictement contrôlée par le FMI, la Banque mondiale (BIRD) et l'Union européenne<sup>171</sup>.

251. Au demeurant, même si c'est le dépôt de candidature en vue de l'accession au GATT (1987) qui est considéré comme la première manifestation du changement idéologique qui acte la transition d'une économie dirigée vers une économie de marché, il n'en demeure pas moins que c'est plutôt la nouvelle constitution de 1989

---

<sup>171</sup> Conformément aux dispositions de cet accord, le gouvernement algérien avait bénéficié d'une facilité de financement élargie (FFE) d'une valeur de 1,8 M\$. Cet accord qui est étalé sur une période de 3 ans a permis, avec l'accord de mai 1993, de remédier aux déséquilibres de la balance des paiements fortement affectée par la chute des cours des hydrocarbures et le poids de la dette extérieure

qui lève officiellement les barrières à la libéralisation économique. S'enclenche alors un mouvement de désétatisation du commerce extérieur avec la loi de finances complémentaires de 1990 qui admet désormais l'établissement de firmes nationales ou étrangères d'importation et d'exportation. Cette première désétatisation du commerce extérieur s'inscrit dans le cadre des accords de stand-by négociés et signés avec le FMI (mai 1989 et juin 1990), constituant également une mesure stratégique de gestion du rapport avec l'institution financière internationale<sup>172</sup>.

252. Le gouvernement Hamrouche (1988-1991) a conduit une politique massive de libéralisation qui s'est manifestée notamment à travers la refonte des lois sur les associations, libertés publiques, garanties démocratiques sur la presse<sup>173</sup>, mais tout cela est fait sous la contrainte de la rigueur budgétaire imposée par l'entame de discussions avec le FMI<sup>174</sup>. Sans oublier la fameuse loi n° 90-10, du 14 avril 1990,

---

<sup>172</sup> ABBAS Mehdi, « L'ouverture commerciale de l'Algérie », *Rev. Tiers Monde*, 210, 2012. PP 59, 60.

<sup>173</sup> Arrachées au forceps par une équipe restreinte d'hommes politiques et commis de l'Etat, qui souhaitaient arrimer le pays à la vague de démocratisation qui déferlait sur de nombreux pays du monde, les réformes de 1988 n'ont malheureusement pas tardé à se heurter à de fortes résistances de la part de certains cercles influents du pouvoir qui voyaient d'un mauvais œil les ouvertures concédées hormis, bien entendu, celle du commerce extérieur qui fera de bon nombre d'entre eux de puissants barons de l'import-export. Les réformes étaient prises pour cibles dès le limogeage en 1991 de leur maître d'œuvre, Mouloud Hamrouche. Tous les chefs de gouvernement qui lui avaient succédés semblaient avoir pour mission de remettre en cause les réformes qui dérangeaient le plus, le but étant de remettre sous l'autorité du pouvoir tous les espaces auxquels les réformes avaient autonomisés. NORDINE GRIM, Algérie/Ciblées par tous les gouvernements post Hamrouche : Les réformes de 1988 ont pratiquement toute été abrogées, in la Tribune Diplomatique Internationale du 19 janvier 2021.

<sup>174</sup> L'immixtion du FMI et les exigences parfois extravagantes de l'institution imposa des règles drastiques à même d'achever le démantèlement des structures « résidentielles » de l'économie dirigée de l'époque « socialiste ». Ces mesures n'ont fait, en vérité, que déposséder l'Etat de ses infrastructures industrielles -fierté de l'époque « socialiste » - et enclencher un mouvement de privatisation mené d'une manière anarchique et sans conséquence notable pour la productivité. C'est pour cela justement que les tentatives de cession ou de prise de participation au capital sont restées limitées. L'investissement étranger direct est resté insignifiant. Viennent après les opérations « mains propres » et de compression d'effectifs dans les entreprises publiques économiques, qui achèveront le reste des structures encore en vie à l'époque.

relative à la monnaie et le crédit, laquelle visait à casser le monopole de l'État sur le commerce extérieur.

253. L'arrêt du processus électoral en janvier 1992 met un coup d'arrêt à cette politique. L'arrivée de Ghazali (1991-1992) à la tête du gouvernement a acté le retour à l'économie dirigée en commençant par rompre *illico presto* le dialogue avec le FMI. S'en suit après la période Belaid Abdeslam (1992-1994) avec son fameux slogan de "l'économie de guerre". Aucune de ces démarches ne s'est avérée efficace.

254. Devant une crise multidimensionnelle de plus en plus aigüe, les autorités algériennes n'avaient aucune autre possibilité que de céder à la pression du Fonds Monétaire International (F.M.I.) pour signer, en 1994, un plan d'ajustement structurel (PAS). En toute évidence, ce plan d'ajustement structurel a, d'emblée, exigé une ouverture accrue de l'économie algérienne pour servir de catalyseur aux processus d'ouverture multilatérale et bilatérale.

Ainsi, l'Algérie s'est retrouvée sous la contrainte de réactiver, en 1996, le dossier de l'accession à la nouvelle Organisation mondiale du commerce (Ex. GATT). De plus, elle a été contrainte à ouvrir des négociations avec l'Union européenne dans le cadre du processus de Barcelone (1995) dont l'objectif est d'aboutir à une zone de libre-échange au travers de l'accord d'association signé en 2002. D'aucuns estiment que cette ouverture s'apparente désormais à une contrainte imposée par les institutions internationales (UE, FMI, OMC), ce que certaines franges du système instrumentalisent en usant du référent nationaliste pour dénoncer des pertes d'autonomie économique et réglementaire<sup>175</sup>.

255. L'arrivée des organisations internationales de Washington en Algérie a infléchi les réformes initiales dans le sens de la libéralisation et de la privatisation. En parallèle aux experts envoyés par le FMI et la Banque mondiale (BM), une

---

<sup>175</sup> ABBAS Mehdi, *op. cit.* P 61.

Consultation internationale sur la restructuration industrielle fut organisée par le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) et le Ministère de la Restructuration Industrielle et de la Participation (MRIP) à Alger<sup>176</sup>.

256. Au terme de leur mission, les experts engagés dans ce programme ont rendu un rapport dans lequel ils prévoyaient le renforcement des capacités nationales de planification stratégique au sein de l'Etat et dans l'ordre public économique, le rééquilibrage entre le secteur privé et le secteur public en matière de valorisation et de développement productif, l'enrichissement des politiques commerciales et financières en vue de passer à la convertibilité du dinar et une politique sociale de soutien à la réforme économique et à l'ajustement, notamment de correction des effets sociaux de ce dernier<sup>177</sup>.

En outre, ce rapport a été conclu par une série de recommandations à même d'assurer une libéralisation rapide et une privatisation graduelle. Sans la moindre surprise, la nécessité de mettre en place un cadre juridique approprié et adapté aux standards internationaux est mise en évidence comme étant l'une des recommandations aussi urgentes qu'indispensables que l'Algérie devrait engager. Ce processus a abouti à un début d'ouverture du droit algérien aux standards internationaux en vue notamment de l'amélioration de ses aspects et la modernité de ses dispositions (Sous-section 2).

#### **1.2.2.2.2      *Sous-section 2 : Ouverture du droit algérien aux standards internationaux sous la pression des organisations internationales.***

---

<sup>176</sup> ANDREFF Wladimir, « Réformes, libéralisation, privatisation en Algérie », *Conflu. Méditerranée*, 71, L'Harmattan, 2009. P 41.

<sup>177</sup> *Ibid.* P 45.

257. Les recommandations des institutions financières internationales sont commandées par une double idéologie : Économiquement, c'est l'idéologie libérale dite du consensus de Washington qui est dominante. Politiquement, c'est l'idéologie de la démocratisation qui est prépondérante dans la mesure où c'est le développement de la société civile qui est le moteur de la démocratisation. La combinaison des deux crée une rhétorique pseudo-savante qui allie démocratisation, société civile et libéralisation. Sur le terrain, les acteurs mobilisent ces catégories et ces concepts pour s'opposer, se démarquer, s'intégrer, se définir, pour se faire entendre face à un pouvoir politique et des institutions peu ouvertes ni habituées au dialogue. Les pouvoirs publics ne sont pas en reste et mobilisent le vocabulaire libéral et la rhétorique de la démocratisation pour faire face à la contestation, garder leurs prérogatives et maintenir une façade moderne vis-à-vis des interlocuteurs internationaux<sup>178</sup>.

258. C'est un secret de polichinelle que les réformes engagées par les pouvoirs publics algériens sur les décombres d'une idéologie socialiste, de plus en plus en déperdition sur le plan international, étaient essentiellement destinées, de prime abord, à embellir une façade ternie par les tensions sociales, économiques et politiques, avant même de mesurer si réellement elles sont en mesure d'assurer le redressement économique tant attendu. De plus, la pression exercée par les organisations internationales est importante à tel point que les réformes sont advenues inéluctables.

259. Étant donné que le redressement de l'économie algérienne passe nécessairement par la refonte des textes légaux et réglementaires qui régissent l'activité économique, dans le cadre d'une stratégie globale qui vise à asseoir les véritables fondamentaux d'un État du droit, les autorités ont promulgué, en réponse au soulèvement populaire d'octobre 1988, toute une batterie de lois visant à rompre

---

<sup>178</sup> DELHAYE Grégoire et LE PAPE Loïc, « Les transformations économiques en Algérie. Privatisation ou prédation de l'État ? », *J. Anthropol. Assoc. Fr. Anthropol.*, Association française de anthropologues, 2004. PP 1&2.

avec le système monopoliste d'État et à mettre le pays sur la voie de l'économie de marché et du pluralisme politique. Dans ce sillage, le monopole d'État sur le commerce extérieur était levé, les prix libérés et les entreprises publiques économiques soustraites aux étouffantes tutelles ministérielles<sup>179</sup>.

260. L'un des volets essentiels des réformes est de garantir la propriété privée, ce que fait la Constitution de février 1989, et de procéder à l'unification des règles de droit applicables aux opérateurs économiques. La distinction juridique entre entreprises publiques et privées est supprimée ; le libre accès à l'activité commerciale à toute personne physique ou morale, le libre passage d'une activité à une autre, le libre accès au marché ainsi que la libre circulation des capitaux à l'intérieur du pays, sont assurés<sup>180</sup>.

261. Toutes ces mesures, et beaucoup d'autres, entrant dans le cadre des réformes entamées tambours battants par les autorités, requièrent une refonte approfondie des normes juridiques qui impliquent une révision de l'intégralité de la pyramide de Kelsen du droit algérien en commençant par le bloc de constitutionnalité jusqu'au bloc réglementaire, en passant par le bloc de conventionalité et le bloc de légalité.

262. Obnubilés par le souci de garder l'image d'un État extrêmement attaché à sa souveraineté qui ne tolère la moindre ingérence, encore moins dans l'élaboration de ses lois internes, l'Algérie a toujours œuvré pour ignorer, voire récuser, l'influence des organisations étrangères dans la confection de ses normes juridiques et réglementaires, notamment celles qui encadrent l'activité économique du pays. Avec les temps qui courent, l'Algérie semble résignée à l'évidence de mettre son Droit au diapason des standards internationaux.

---

<sup>179</sup> NORDINE GRIM, « Réformes économiques post-octobre 1988 – Algeria-Watch », [consulté le 11 avril 2020].

<sup>180</sup> TALAHITE Fatiha, « RÉFORMES ET TRANSFORMATIONS ÉCONOMIQUES EN ALGÉRIE ».

263. Chemin faisant, cette influence, jadis évoquée subrepticement, se trouve aujourd'hui totalement assumée et mise en évidence d'une manière limpide dans les communications officielles, ainsi que dans des documents de valeur juridique : Conventions, lois, décrets, exposés des motifs, etc.

264. Les exemples de cette ouverture patente sont nombreux et se multiplient au fil des années. A défaut de pouvoir les aborder dans leur intégralité, nous allons nous limiter à l'examen de trois domaines de droit différents : La loi sur la monnaie et le crédit, la loi sur le E-commerce et la réglementation des marchés publics.

- ✓ En ce qui concerne le système monétaire algérien, il y a lieu de souligner que le processus de transition d'un système économique centralisé à une économie de marché a imposé au gouvernement algérien, dès le début des années 1990, une politique de réformes structurelles qui a rendu possible le rétablissement des équilibres macroéconomiques et qui a abouti à l'adoption de la loi 90-10 relative à la monnaie et au crédit du 14 Avril 1990, qui a donné un nouveau visage au système bancaire algérien. L'objectif fixé à cette loi étant de faire de l'intermédiation financière l'instrument de dynamisation et de modernisation de l'économie.

Les réformes portées par cette loi n° 90-10 semblent insuffisantes au regard des institutions internationales. Ceci est d'autant plus probable que le système bancaire algérien a fait l'objet, en 2003, d'une évaluation conjointe (Fond Monétaire International, Banque mondiale) dont les résultats ont été publiés en 2004. En matière de supervision bancaire, la mission FSAP (financial sector assesment program) a examiné en 2003, le niveau d'application des vingt-cinq principes de Bâle. Il va sans dire que cette mission a été achevée sur une série de recommandations qui ont abouti, entre autres, à la promulgation de la loi bancaire (ordonnance 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit), voire à la remise en cause de l'indépendance.

- ✓ Dans le domaine commercial, l'Algérie n'a jamais cessé d'afficher ses ambitions de développer l'économie numérique dans le pays et de moderniser ainsi les pratiques commerciales avec la généralisation des échanges électroniques. Pour ce faire, il a fallu promulguer la Loi n° 18-05 du 10 mai 2018 relative au commerce électronique.

Dans l'exposé des motifs de cette loi, le législateur explique que ce texte intervient pour adapter la législation nationale aux normes et aux standards internationaux en la matière, arguant au passage que le commerce électronique continue de progresser, tant en volume que sur le plan géographique, pour occuper une place de plus en plus grande dans les objectifs internationaux, notamment dans le document final du Sommet Mondial sur la Société de l'information où il est stipulé qu'il est nécessaire d'encourager l'évaluation de la législation nationale en vue de surmonter les obstacles à l'utilisation efficace des documents et des transactions électroniques. Le législateur algérien reconnaît alors que cette loi s'inscrit en droite ligne des exigences de ce sommet qui a appelé les Etats à encourager l'élaboration d'un cadre juridique et réglementaire propice au développement du commerce électronique, et ce à l'égard des normes internationales.

- ✓ Il en est aujourd'hui de même pour certains domaines de droit censés être classés dans la catégorie des lois de souveraineté, telle que la réglementation des marchés publics qui n'est autre qu'un outil pour encadrer et rendre efficiente la gestion de commande publique. C'est ce qu'il ressort d'une manière limpide de l'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de services publics.

265. Il paraît évident que "la nécessité de se mettre au diapason des exigences des institutions internationales et des standards internationaux" est le maître-mot qui revient avec insistance dans ledit exposé des motifs, dans lequel il est clairement

précisé que l'objectif recherché à travers la réforme de la réglementation des marchés publics est de :

*"Permettre aux services contractants de satisfaire leurs besoins dans la transparence, avec plus d'efficacité, dans le respect des conditions d'économie et de rationalisation de l'utilisation des deniers publics, et ce, conformément aux standards internationaux".*

De plus, les rédacteurs de l'exposé des motifs estiment que la nouvelle réglementation des marchés publics gagnerait mieux à se mettre en conformité des standards internationaux en matière de la terminologie usitée, soit de :

*"Se mettre en conformité avec la terminologie consacrée par les standards internationaux" en matière de l'appel d'offres et d'améliorer le dispositif relatif à la passation électronique des marchés publics et les conditions de sa prise en charge "en conformité avec les standards internationaux".*

Plus important encore, la conclusion dudit exposé des motifs porte une déclaration hautement significative qui marquera sans aucun doute l'histoire du développement de la réglementation algérienne des marchés publics dans la mesure où elle assume clairement que la nouvelle réglementation des marchés publics est conçue sous l'influence des standards internationaux et des institutions internationales :

*"En conclusion, il y a lieu de signaler que les amendements objet de ce projet de texte et les nouvelles mesures proposées, qui répondent aux préoccupations des services contractants et des opérateurs économiques, s'inspirent des standards internationaux et des recommandations des institutions internationales (Banque mondiale et Union européenne), pour la modernisation de la gestion des finances publiques".*

Tous ces exemples, et beaucoup d'autres que nous n'avons pas pu traiter, sont l'illustration parfaite de l'ouverture de l'Algérie aux organisations internationales au point de s'inspirer des standards élaborés sous leurs égides, et ce pour la modernisation de sa législation interne.

### 1.3 CONCLUSION DE LA PARTIE 1 :

266. L'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public comporte une disposition somme toute importante dans la mesure où elle assume désormais l'ouverture de la réglementation algérienne des marchés publics aux sources internationales. Ceci est d'autant plus vrai que ledit exposé des motifs apporte une précision de taille en énonçant que les nouvelles mesures insérées dans la nouvelle réglementation des marchés publics s'inspirent des standards internationaux et des recommandations des institutions internationales, en citant nommément la Banque mondiale et l'Union européenne.
267. Il faut être d'une cécité avancée pour ne pas remarquer qu'il s'agit là d'une ouverture aussi révolutionnaire qu'assumée du législateur algérien vers les sources internationales, même si cette ouverture semble être sélective puisqu'elle est limitée aux standards internationaux et aux recommandations des institutions internationales.
268. Sans se désolidariser du sujet de notre thèse qui traite, faudrait-il rappeler, de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soit un standard international élaboré sous les auspices d'une institution internationale (l'ONU), il était nécessaire d'analyser les circonstances qui ont rendu possible cette métamorphose autant salutaire qu'espérée. Afin de mieux prendre la mesure de cette ouverture il fallait analyser la relation de l'Algérie avec les organisations internationales, en général, et l'ONU en particulier.
269. Nul n'ignore que cette relation n'a pas été, tous les temps, cordiale. En effet, le complexe de décolonisé a accentué la défiance de l'Algérie envers les Organisations internationales, d'autant plus que ces dernières sont historiquement sous l'emprise de puissances occidentales. Se soumettre aux recommandations des institutions

internationales était jadis assimilé à un néocolonialisme aussi inacceptable que pratiquement non envisageable.

270. Si aujourd'hui cette position est assumée d'une manière patente, ce n'est que le résultat de l'enchaînement de beaucoup d'événements et la succession d'importantes circonstances historiques, économiques et politiques qui ont amené l'Algérie à modérer sa vision vis-à-vis des institutions internationales. Ce faisant, ses positions historiquement rigides, accentuées par un attachement viscéral au principe de non-ingérence, ont petit à petit laissé place à une participation vigilante, pour aboutir *in fine* à cette ouverture qui s'étend non seulement aux standards internationaux mais aux recommandations des institutions internationales, notamment la Banque Mondiale et l'Union Européenne. Le principe de non-ingérence n'est désormais plus aussi inébranlable qu'il le fut dans un passé récent, sauf quand il s'agit de question touchant à l'ouverture démocratique ou aux droits de l'homme !

271. Nous avons pu vérifier, dans le cadre de cette première partie, que les recommandations de l'Union européenne et de la Banque mondiale faisaient incontestablement autorité auprès du législateur algérien à tel point qu'elles sont majoritairement intégrées dans la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics. Ceci est corroboré d'ailleurs dans les exemples que nous avons traités dans les sections dans lesquelles nous avons traité l'impact de ces deux institutions sur la législation algérienne.

272. Cependant, si les institutions internationales dont les recommandations constituent une source d'influence sur la réglementation algérienne des marchés publics sont nommément citées, tel n'est certainement pas le cas des standards internationaux qui sont évoqués d'une manière générale, sans la moindre indication. Mais, il est fondamentalement inconcevable que le législateur algérien puisse se référer à des standards en dehors de ceux qui sont adoptés par les institutions internationales de premier plan et, dans ce cadre, il va sans dire que les travaux de

standardisation de la CNUDCI sont incontestablement les plus significatifs. Ainsi, nous demeurons persuadés que les standards internationaux auxquels le législateur algérien fait référence dans le cadre de l'exposé des motifs de la nouvelle réglementation des marchés publics se limitent essentiellement aux travaux de la CNUDCI, soit la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

Le fait que l'Algérie soit un membre de la CNUDCI durant plusieurs mandats est un autre point important et supplémentaire qui plaide en faveur de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics comme le standard international le plus à même de constituer une source potentielle de la réglementation algérienne des marchés publics. Cette thèse est d'autant plus défendable que l'on a pu vérifier, dans le cadre de nos travaux de recherches, que l'Algérie a participé activement aux travaux de la CNUDCI pour l'actualisation et la modernisation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Partie 2).

---

## **2. Partie 2 : La participation de l'Algérie aux travaux de la CNUDCI pour l'actualisation et la modernisation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics**

---

273. Pendant la période allant de 2004 à 2012, l'Algérie faisait partie, d'une manière presque ininterrompue, des différents groupes de travail chargés par la Commission des Nations unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) d'actualiser la loi type de 1994, et ce afin qu'elle soit en mesure de tenir compte des nouvelles pratiques, notamment celles résultant du recours aux communications électroniques dans la passation des marchés publics et celles consécutives à l'expérience acquise de son utilisation comme base des réformes législatives.
274. Le Groupe de travail institué par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a tenu plusieurs réunions, dont le point de départ fut la sixième (6<sup>ème</sup>) session, tenue à Vienne entre le 30 août et le 3 septembre, jusqu'à la dernière réunion abritant la vingt et unième (21<sup>ème</sup>) session qui s'est déroulée à New York entre le 6 et le 20 avril. Ces réunions ont abouti, *in fine*, à l'adoption de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, durant l'année 2011, et le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics en 2012. Il va sans dire que l'Algérie a marqué de sa présence toutes les sessions à l'exception de quatre (4) d'entre elles, à savoir : New York, du 21 au 25 mai 2007 (onzième session) ; New York, du 26 au 29 mai 2009 (seizième session) ; New York, du 12 au 16 avril 2010 (dix-huitième session) et Vienne, du 1<sup>er</sup> au 5 novembre 2010 (dix-neuvième session).
275. Cette participation active de l'Algérie aux travaux de la CNUDCI pour l'élaboration de sa nouvelle loi type sur la passation des marchés publics, persuade les plus sceptiques que la relation entre l'Algérie et la CNUDCI dépasse le stade d'une simple influence pour s'inscrire dans une logique de coopération productive. Cette tendance coopérative explique dans une large mesure le choix du législateur algérien de s'inspirer, principalement, des dispositions de la loi type de la CNUDCI

sur la passation des marchés publics de 2011 dans le cadre de l'élaboration de la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics, adoptée en 2015.

En effet, une analyse sommaire des nouvelles dispositions introduites dans le décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public est suffisante pour comprendre que l'essentiel des dispositions innovantes, discutées et adoptées dans le cadre des sessions du groupe de travail de la CNUDCI pour l'amélioration et l'actualisation de la loi type sur la passation des marchés publics, ont été implémentées dans la nouvelle réglementation des marchés publics algérienne. C'est pour cette raison d'ailleurs que nous avons jugé utile d'étudier les différents rapports des sessions des groupes de la travail chargés par la CNUDCI à l'effet d'actualiser la loi type de 1994, notamment les sessions qui ont connu la présence du représentant de l'Algérie, et ce pour mieux comprendre la source et la genèse des aspects de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics que nous allons traiter ultérieurement dans le cadre de la troisième partie.

276. Ces aspects d'influence sont aussi palpables dans les travaux de l'actualisation de la loi type de la CNUDCI (Titre 1 que dans ceux qui ont abouti à l'élaboration du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Titre 2).

## **2.1 TITRE 1 : PARTICIPATION DE L'ALGERIE AUX TRAVAUX DE L'ELABORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS**

277. Dans la résolution 66/95 adoptée le 9 décembre 2011, l'Assemblée générale de l'ONU, soutient que, quand bien même la Loi type de 1994 serait devenue une importante référence internationale en matière de réforme du droit des marchés, en établissant notamment des procédures visant à assurer la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité du processus de passation des marchés, il n'en demeure pas moins que de nouvelles questions et de nouvelles pratiques sont apparues depuis son adoption, qui justifient sa révision.

278. De ce fait, sans pour autant s'écarter des principes fondamentaux qui la sous-tendaient, ni modifier celles de ses dispositions dont l'utilité avait été prouvée, la Commission des Nations unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) a estimé que la Loi type de 1994 gagnerait à être actualisée en tenant compte, d'un côté, des nouvelles pratiques (Chapitre 1) et, d'autre côté, de l'expérience acquise en utilisant la Loi type de 1994 comme base de la réforme du droit (Chapitre 2).

### **2.1.1 Chapitre 1 : La participation de l'Algérie à l'actualisation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics en vue de tenir compte des nouvelles pratiques.**

279. À sa trente-septième session, tenue en 2004, la Commission des Nations unies a estimé que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994, gagnerait à être actualisée pour tenir compte de nouvelles pratiques, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques dans la passation des marchés publics.

Il s'agit donc de la dématérialisation de la passation des marchés publics que la CNUDCI souhaite intégrer dans sa nouvelle loi type. Cet engouement pour la dématérialisation s'explique par la tendance du processus de dématérialisation de l'ensemble des procédures de passation des marchés publics dans de nombreux pays, notamment ceux développés.

280. La dématérialisation peut être définie comme un processus qui permet la substitution des traitements numériques, sous la forme de fichiers informatiques, aux supports d'informations matériels anciens, de types documents papier, d'une manière à permettre la gestion électronique des données et documents en circulation au sein d'une structure ou dans le cadre d'échange avec des partenaires grâce aux technologies de l'information et de la communication. De ce fait, c'est sous le prisme de cette réflexion que les groupes de travail, engagés par la CNUDCI à l'effet d'actualiser la loi type sur la passation des marchés publics, furent enclin à prendre en charge la recommandation de la Commission sur la nécessité de prendre en compte les nouvelles pratiques résultant des communications électroniques dans la passation des marchés publics.

281. Cette tendance est d'ailleurs mise en exergue dans les remarques générales intégrées dans le rapport publié par le groupe de travail I<sup>181</sup>, dont fait partie l'Algérie, au terme de la sixième session de la Commission qui s'est déroulée à Vienne, entre le 30 août et le 3 septembre 2004<sup>182</sup>, laquelle session qui, faudrait-il le préciser, fut le point de départ des travaux ayant abouti à l'amélioration et l'actualisation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ainsi que le Guide d'incorporation de ladite loi type dans le droit interne des pays adoptants.
282. Dans ce rapport, le groupe de travail a noté que deux avancées technologiques majeures de ces dix (10) dernières années avaient changé les modalités de la passation des marchés : premièrement, l'utilisation des moyens de communication électroniques avait pris une ampleur considérable et, deuxièmement, certains États effectuaient désormais une partie de leurs opérations de passation de marchés par voie électronique.
283. Cette utilisation, a-t-on souligné, se développait rapidement et était envisagée par diverses législations internes ainsi que par des organisations internationales et régionales. Il a, en outre, été indiqué que le recours à la passation électronique des marchés comportait de nombreux avantages potentiels, parmi lesquels un meilleur rapport qualité-prix et une plus grande transparence du processus de passation.

---

<sup>181</sup> Afin de s'assurer d'une meilleure crédibilité et acceptabilité de ses travaux d'harmonisation et d'unification du droit commercial international, la CNUDCI a constitué des groupes de travail, composés principalement des membres de la commission. Il existe six groupes qui se distinguent en fonction des thèmes et spécialités qui leur sont confiés : GROUPE DE TRAVAIL I (Micro-, petites et moyennes entreprises/ Passation de marchés/ Projets d'infrastructure à financement privé/ délai et prescription) ; GROUPE DE TRAVAIL II (Arbitrage et conciliation & règlement des différends/ Pratiques en matière de contrats internationaux/ Vente internationale de marchandises) ; GROUPE DE TRAVAIL III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats/ Règlement de litiges en ligne/ Droit des transports/ Réglementation internationale des transports maritimes) ; GROUPE DE TRAVAIL IV (Commerce électronique/ Echanges de données informatisées/ Paiement internationaux/ Effets de commerce internationaux) ; GROUPE DE TRAVAIL V ( Insolvabilité/ Pratiques en matière de contrats internationaux/ Nouvel ordre économique international) et GROUPE DE TRAVAIL VI (La vente judiciaire des navires/ Droit des sûretés).

<sup>182</sup> Voir document A/CN.9/568 de l'Assemblée Générale de l'ONU (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international Trente-huitième session Vienne, 4-22 juillet 2005)

284. Le Groupe de travail a rappelé que la loi type avait servi de modèle à de nombreux États pour mettre sur pied des systèmes modernes de passation des marchés publics et que, dans ses délibérations à venir, il devrait s'attacher à en promouvoir une utilisation accrue et une application efficace. Aussi fallait-il éviter que la Loi type ne devienne trop directive dans son approche et maintenir la souplesse qui en caractérisait le texte lorsque celui-ci avait été adopté en 1994. Le Groupe de travail a également insisté sur le fait que la loi type devait demeurer un instrument valable pour tous les systèmes et ne pas être destinée à un type de système en particulier. Il a également été indiqué que toute révision de la loi type devrait avoir pour objet de lever les obstacles à l'utilisation des méthodes modernes de passation des marchés.

285. Le Groupe de travail a noté, par ailleurs, que les avantages potentiels de la passation électronique des marchés correspondaient aux principaux buts et objectifs de la loi type, avant d'examiner ensuite dans quelle mesure il faudrait éventuellement modifier cette dernière pour permettre aux États adoptants de tirer pleinement parti de ces avantages. Si l'on analyse les délibérations et décisions de cette session et celles qui ont suivi, on peut déduire que les mécanismes de dématérialisation prônés par le groupe de travail de la CNUDCI s'attèlent principalement à la passation électronique des marchés, d'un côté, (Section 1) et aux enchères électroniques, d'un autre côté (Section 2).

### **2.1.1.1 Section 1 : La participation de l'Algérie aux travaux d'actualisation de la loi type de la CNUDCI en vue d'introduire la passation électronique des marchés.**

286. Abordant la question des domaines de la passation électronique des marchés pouvant faire l'objet de travaux, le Groupe de travail I de la session de Vienne (30 août-3 septembre 2004) a constaté que les principaux problèmes de fond afférents à cette question se posaient notamment dans les domaines suivants :

- ✓ Publicité des informations relatives à la passation des marchés (Sous-section 1) et ;
- ✓ Utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés (Sous-section 2).

#### ***2.1.1.1.1 Sous-section 1 : Participation de l'Algérie aux travaux afférents à la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés.***

287. Il ressort de l'analyse des rapports du Groupe de travail I (Passation de marchés), chargé par la CNUDCI des tâches ardues consistant à améliorer et à actualiser la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 1994, que ledit Groupe accorde une importance capitale à la question de publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés. Cet intérêt est d'ailleurs corroboré par le traitement réservé à cette question dans la mesure où elle se trouve analysée, ressassée et développée tout au long des sessions successives des groupes de travail de la CNUDCI.

288. Dans son rapport sur les travaux de la sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004)<sup>183</sup>, le Groupe de travail I (Passation de marchés), composé du représentant de l'Algérie et de ceux des pays membres de la CNUDCI, a estimé que la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés pouvait assurer à ces informations une diffusion plus large que les méthodes traditionnelles sur support papier, en les rendant plus accessibles à un plus grand nombre de fournisseurs et avait pour objectif d'améliorer l'accès du public aux possibilités de marchés.

289. Le Groupe de travail a été d'avis que la loi type devrait encourager la publication par voie électronique des informations qu'elle faisait jadis obligation aux États de publier. On a en outre estimé qu'il serait souhaitable de fournir dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur l'utilité de la publication électronique. Il a également été noté que l'article 5 de la loi type énonçait un principe général de publication accessible selon lequel le texte de la loi elle-même ainsi que des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la loi type devaient être "promptement mis à la disposition pour

---

<sup>183</sup> Le Groupe de travail de cette session se compose de tous les États membres de la Commission, dont l'Algérie. Il est également composé de : Allemagne, Argentine, Bélarus, Belgique, Brésil, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Japon, Lituanie, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Singapour, Sri Lanka, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela.

Outre les États membres, cette session a enregistré également l'assistance, en tant qu'observateurs, d'autres États, à savoir : Afghanistan, Arabie saoudite, Mali, Pérou, Philippines, Ukraine et Yémen. Aussi, il faut noter l'assistance des observateurs des organisations internationales suivantes : a) Système des Nations Unies : Secrétariat de l'ONU (Bureau des affaires juridiques (Division des questions juridiques générales) et Bureau des Nations Unies pour les services d'appui aux projets (UNOPS)), Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) et Banque mondiale; b) Organisations intergouvernementales : Banque ouest-africaine de développement (BOAD), Commission européenne et Organisation internationale de droit du développement (IDLO); c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission : Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies (CILS), Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) et Institut arabe de planification.

publication – électronique ou sur support papier – puisqu’il traitait la question du point de vue de l’accessibilité.

Le groupe de travail a cependant noté que les dispositions de l’article 24 de la loi type laissaient entendre que la publication se ferait sur papier. Compte tenu des avantages potentiels de la diffusion par voie électronique d’informations sur les possibilités de marchés, il est convenu d’envisager différentes solutions pour apporter les modifications appropriées à cet article afin de lever les obstacles à la publication électronique des informations mentionnées dans ce dernier.

290. L’objectif étant de promouvoir l’utilisation et l’application de la Loi type, il a été convenu de préserver la souplesse et de trouver un équilibre entre les dispositions de la Loi type, qui traiteraient les questions sur le plan des principes, et le Guide pour l’incorporation, qui les aborderait plus en détail, si nécessaire, et donnerait également des orientations aux législateurs. Le Groupe de travail a donc estimé que la loi type devrait essentiellement se limiter à formuler les principes directeurs de manière appropriée mais que de plus amples indications pourraient utilement être fournies dans le Guide pour l’incorporation.

291. La question importante ayant trait au caractère obligatoire ou facultatif de la publication électronique fut également abordée par le représentant de l’Algérie et les autres membres du groupe de travail ; autrement dit, dans quelle mesure les informations devraient être publiées par des moyens électroniques uniquement ou par des moyens électroniques en plus des méthodes traditionnelles sur support papier. Selon un avis fermement appuyé, la publication électronique devrait être autorisée mais à titre facultatif, notamment pour préserver le principe de souplesse et pour tenir compte des différences de situation entre États adoptants. On a noté, en outre, qu’il faudrait veiller à ce que la communication se fasse de manière cohérente de sorte que le public puisse localiser toutes les informations pertinentes sur un marché particulier.

292. Sur la question du recours obligatoire à la publication électronique, le Groupe de travail a estimé que l’utilisation de cette forme de publication devrait demeurer

facultative dans le cadre de la loi type. Il est d'ailleurs à noter que c'est cet aspect facultatif qui est privilégié par le législateur algérien dans la réglementation des marchés publics de 2015.

Il est néanmoins convenu que le Guide pour l'incorporation pourrait donner des indications afin d'aider les législateurs à établir des seuils de maturité technique et d'accès aux marchés à partir desquels ils pourraient envisager d'imposer l'obligation de publier les informations sous forme électronique.

293. En ce qui concerne le contenu des informations à publier, le Groupe de travail a noté qu'il devrait examiner plus avant si des informations supplémentaires intéressant des fournisseurs potentiels, dont la loi type n'exigeait pas dans sa première mouture la publication, pourraient faire l'objet d'une nouvelle disposition ou orientation. Ces informations, a-t-on fait remarquer, pouvaient être notamment des politiques ou directives internes ainsi que des renseignements d'ordre général, tels que les possibilités de marchés à venir. On a constaté que la loi type de 1994 ne traitait pas ce type d'informations. Par exemple, l'article 24 se référait à la publication d'invitations à participer à une procédure de passation future, telles qu'une invitation à soumettre une offre ou à présenter une demande de présélection, mais aucune disposition équivalente n'était prévue pour les étapes antérieures ”.

294. Les participants à cette session Groupe de travail ont constaté que cet article 5 semblait avoir une portée suffisamment large pour englober toute forme de processus de passation. Ils ont indiqué que toute information supplémentaire à envisager devrait probablement être définie dans la Loi type ou que des orientations appropriées plus détaillées pourraient être nécessaires dans le Guide pour l'incorporation.

295. Dans le cadre de des travaux de sa septième session (New York, 4-8 avril 2005)<sup>184</sup>, le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, était saisi d'une note du secrétariat<sup>185</sup> rappelant l'objectif d'adapter la loi type aux évolutions récentes dans le domaine des marchés publics, en particulier dans l'utilisation des communications électroniques, se concentrer avant tout sur les modifications qui étaient nécessaires pour lever les obstacles à cette utilisation. À cet égard, le principe posé par le Groupe de travail à sa sixième session, à savoir que la Loi type devrait encourager l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés publics<sup>186</sup>, a de nouveau été appuyé. La nécessité d'allier simplicité et précision dans le texte a également été soulignée.

296. En ce qui concerne les principes législatifs généraux et la démarche à suivre pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés, le Groupe de travail a décidé d'insérer, si nécessaire, des dispositions fondées sur les textes relatifs au commerce

---

<sup>184</sup> Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa septième session à New York du 4 au 8 avril 2005. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Autriche, Bélarus, Canada, Chili, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Iran (République islamique d'), Jordanie, Kenya, Madagascar, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Qatar, République de Corée, République tchèque, Serbie-et-Monténégro, Singapour, Sri Lanka, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Brunei Darussalam, Cuba, Finlande, Indonésie, Koweït, Myanmar, Philippines et République dominicaine.

Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes: a) Système des Nations Unies: Fonds monétaire international (FMI), Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), Programme des Nations Unies et Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies; b) Organisations intergouvernementales: Agence spatiale européenne, Banque africaine de développement (BAD), Commission européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation internationale de droit du développement (IDLO) et Organisation mondiale du commerce (OMC); c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission: Association européenne des étudiants en droit, Association internationale du barreau et International Studies Institute (ISI).

<sup>185</sup> A/CN.9/WG.I/ WP.34 et Add.1 et 2

<sup>186</sup> A/CN.9/568, par. 18.

électronique élaborés par la CNUDCI, tout en les modifiant dans le cadre de la Loi type révisée pour tenir compte des caractéristiques particulières de la passation des marchés publics. Le Groupe de travail a également rappelé qu’il était convenu, à sa sixième session, que la Loi type devrait formuler les principes directeurs de manière appropriée mais que de plus amples indications pourraient utilement être fournies dans le Guide pour l’incorporation<sup>187</sup>.

297. Il a été convenu que le secrétariat devrait insérer, au début de la Loi type, une disposition, qui deviendrait le nouvel article 4 bis, énonçant les principes généraux d’équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique à respecter dans les diverses formalités accomplies au cours de la procédure de passation, telles que la publication d’offres et d’autres informations relatives à la passation de marchés, la communication par exemple entre les entités adjudicatrices et les fournisseurs, l’ouverture des offres et la tenue de réunions préalables à la soumission des offres. Cette disposition générale, a-t-on fait observer, devrait lever les obstacles et les ambiguïtés dans la Loi type concernant l’utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation des marchés publics et encourager cette utilisation en modifiant tous les termes qui sous-entendent l’utilisation d’un support papier uniquement, tels que : “écrit”, “enveloppe scellée”, “signature” ou “procès-verbal”, sans être trop directive ni rendre la Loi type plus complexe.

298. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses délibérations à une prochaine session, prenant en considération les deux variantes suivantes d’un nouvel article 4 bis de la Loi type :

**Variante A :**

*“Article 4 bis. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d’échange ou de conservation d’informations ou de documents*

*Toute [disposition] [exigence] de la présente Loi prévoyant :*

- a) qu’un document doit être écrit ;*
- b) qu’un document doit être signé ;*

---

<sup>187</sup> A/CN.9/568, par. 24.

- c) qu'un document doit être placé dans une enveloppe scellée ;*
- d) qu'un document doit être publié, fourni ou mis à disposition ;*
- e) qu'un procès-verbal doit être dressé ou conservé ;*
- f) qu'une réunion doit avoir lieu ; et*
- g) que les offres doivent être ouvertes selon certaines modalités ou toute autre exigence qui sous-entend une présence physique ou un environnement papier peut être satisfaite par l'utilisation de moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie], [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation:*
  - a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];*
  - b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation ; et c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.]*

**299. Variante B :**

*“Toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme englobant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie], [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation :*

- a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles] ;*
- b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation ; et*
- c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.]”*

Sur cette question, le Groupe de travail a décidé de remanier ces deux variantes de sorte que les “critères d'accessibilité” s'appliquent à tout moyen de publication et de communication choisi.

S'agissant de la notion d'"électronique" et autres termes apparentés (A/CN.9/WG.I/WP.34, le Groupe de travail a examiné les projets de nouvelles définitions qui pourraient être ajoutées à l'article 2 de la Loi type. Le premier ajout possible examiné était la définition libellée comme suit :

*"Le terme 'électronique' s'applique aux technologies ayant des moyens électroniques, optiques, magnétiques ou des moyens analogues qui peuvent être utilisés pour envoyer, recevoir ou stocker des données, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie".*

Cette définition est inspirée de la définition du message de données à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique<sup>188</sup>. Certaines délégations et certains observateurs se sont, par ailleurs, interrogés sur l'opportunité d'une définition de l'adjectif "électronique" seulement, se demandant si une définition du terme "communications électroniques" ne serait pas plus utile au législateur.

300. En ce qui concerne le libellé même de la définition proposée, il a été proposé, compte tenu de l'évolution constante des technologies, de remplacer l'adjectif "analogue" par "comparable" et d'en expliquer les raisons dans le Guide pour l'incorporation.

Le deuxième ajout possible examiné était une définition de "système d'information électronique accessible au public" libellée comme suit :

*"Le terme 'système d'information électronique accessible au public' désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des communications électroniques qui est généralement accessible à des personnes faisant usage de dispositifs électroniques".*

301. La définition des termes "électronique" ou "communications électroniques" a suscité l'interrogation dans la mesure où il était suffisamment large pour certaines

---

<sup>188</sup> Inspirée de la définition de "système d'information" à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique A/51/17, annexe I.

délégations. On a également proposé que les dispositions de la Loi type visant à assurer la publication et l'accessibilité des informations relatives aux marchés soient formulées en termes technologiquement neutres et qu'il faudrait s'abstenir d'élaborer des dispositions consacrées spécifiquement aux moyens de communication électroniques. On a, par ailleurs, suggéré que, lorsqu'il modifierait la Loi type, le Groupe de travail s'efforce d'établir un équilibre entre, d'une part, l'élaboration de dispositions libellées en termes technologiquement neutres et assurant l'équivalence fonctionnelle entre les différents moyens de communication, et d'autre part, la promotion des moyens de communication électroniques, en soulignant les problèmes pouvant découler de leur utilisation et en proposant des solutions à ces problèmes.

302. Le Groupe de travail a tenu des consultations informelles à propos des projets de textes concernant les définitions proposées pour insertion à l'article 2 de la Loi type. Il est convenu de poursuivre ses délibérations sur ces définitions à une prochaine session en prenant en considération plusieurs variantes<sup>189</sup>.

---

<sup>189</sup> Variante A : "Le terme 'moyen électronique' de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents désigne la création, l'échange, l'envoi, la réception ou la conservation d'informations ou de documents par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie. Le terme 'moyen électronique' de réunion à une fin quelconque prévue dans la présente Loi désigne toute méthode permettant aux personnes réunies de suivre les discussions et d'y participer en utilisant des moyens électroniques de communication"

Variante B : "Le terme 'moyen électronique' de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents et de réunion désigne la création, l'échange, l'envoi, la réception ou la conservation d'informations ou de documents par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie".

Variante C : Ne pas insérer de définitions du terme "moyen électronique" car celles-ci seraient superflues compte tenu de l'article 4 bis proposé.

303. Dans le rapport ayant sanctionné les travaux de la huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005)<sup>190</sup>, le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a entrepris l'examen approfondi de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés, notamment la publication et la communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés.

Dans le cadre de cette session le Groupe de travail a traité, d'abord, la question de la notion d'"électronique" et termes apparentées. Dans ce cadre, il s'est demandé s'il faudrait donner dans le texte de la Loi type une définition des termes "électronique" ou "moyens électroniques de communication", notant que, si certains régimes de passation des marchés et la législation sur le commerce électronique, dans certains systèmes, comportaient des définitions équivalentes, d'autres systèmes n'en comportaient pas. Parmi ces derniers figurait la Loi type sur le commerce électronique, qui définissait les termes "message de données" et "échange de données" d'un point de vue fonctionnel.

Étant donné que les communications électroniques étaient un domaine en évolution, on a également fait observer qu'il faudrait une interprétation aussi large que possible, et que toute définition risquait de devenir obsolète. On a conclu que le

---

<sup>190</sup> En sus de l'Algérie, cette session a connu la participation des autres Etats membres de la commission qui sont : Allemagne, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran, Italie, Jordanie, Lituanie, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, République de Corée, République tchèque, Singapour, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Venezuela et Zimbabwe.

Les Etats qui sont invités en tant qu'observateurs sont : Grèce, Haïti, Indonésie, Iraq, Irlande, Oman, Pérou, Philippines, République démocratique du Congo et Roumanie. En outre, des observateurs des organisations internationales y ont également assisté. Il s'agit de : a) Système des Nations Unies: Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies et Banque mondiale ; b) Organisations intergouvernementales: Banque africaine de développement, Commission européenne et Agence spatiale européenne (ESA) ; c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission: Association internationale du barreau, Organisation internationale de droit du développement (IDLO) et Association européenne des étudiants en droit.

texte de la Loi type ne devrait pas comporter de définition de ces termes. Il a néanmoins considéré que le Guide pour l'incorporation devrait décrire les concepts, en se référant aux dispositions relatives à l'«équivalence fonctionnelle» dans la Loi type si nécessaire.

Cette tendance semble tellement convaincante que le législateur algérien l'a magistralement respectée dans la nouvelle réglementation des marchés publics dont une analyse succincte nous renseigne sur l'évidence du choix du législateur de ne pas donner une définition aux termes «électronique», « passation électronique » ou «moyens électroniques de communication» .

304. Le Groupe de travail a également abordé la question cruciale de la "Valeur juridique des marchés conclus électroniquement" et a accepté le texte proposé, en indiquant que les citations de la Loi type sur le commerce électronique devaient être remplacées par des renvois appropriés.

305. Dans le rapport ayant conclu les travaux de la neuvième session (New York, 24-28 avril 2006)<sup>191</sup>, le Groupe de travail a signalé que certains éléments faisant référence à l'administration des marchés et à l'application des règles et des politiques devraient être supprimés car ils n'entraient pas dans le champ

---

<sup>191</sup> Dans cette session, le Groupe de travail a connu la participation de tous les États membres de la Commission ; à savoir : Algérie, Allemagne, Autriche, Bélarus, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Iran (République islamique d'), Jordanie, Kenya, Lituanie, Madagascar, Mexique, Ouganda, Pakistan, Qatar, République de Corée, République tchèque, Singapour, Sri Lanka, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Uruguay.

Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Bolivie, Cap-Vert, El Salvador, Indonésie, Mali, République démocratique du Congo et Philippines. De plus, cette session a connu l'assistance des observateurs des organisations internationales suivantes: a) Système des Nations Unies: Secrétariat de l'ONU et Banque mondiale; b) Organisations intergouvernementales: Agence spatiale européenne (ESA), Banque africaine de développement (BAD), Banque interaméricaine de développement (BID), Commission européenne, Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et Organisation mondiale du commerce (OMC); (c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau (AIB) et International Law Institute (ILI).

d'application de la loi type; que la traduction française de l'expression "electronic procurement" qui se réfère à des "procédures dématérialisées" et non à la "passation électronique des marchés" – traduction plus littérale de l'expression anglaise – a une portée plus large et que le libellé dans les deux langues devait donc être réexaminé et harmonisé; et que les paragraphes 3 et 4 devraient être alignés sur l'article 4 ter.

306. En ce qui concerne la forme des communications, le Groupe de travail, lors de l'examen de l'article 9, a décidé que l'article 4 bis, tel que modifié, devait être fusionné avec le paragraphe 1 du projet d'article 9, selon lequel l'entité adjudicatrice est tenue de spécifier le moyen de communication choisi lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation à la procédure de passation des marchés, et avec le paragraphe 4 du projet d'article 9 selon lequel les règlements en matière de passation des marchés devaient prévoir des dispositions sur l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications.

Cette session a également connu l'examen de l'article 5 bis qui devrait être revue dans ces termes :

*" 1) Toute disposition de la présente Loi relative à la communication [, à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion,] est interprétée comme incorporant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [utilisés à cet effet] à condition que le moyen choisi soit facilement compatible avec ceux d'usage général [ou courant] parmi les fournisseurs ou entrepreneurs.*

*2) Les documents, notifications, décisions et autres communications entre fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice sont fournis, soumis ou effectués par les moyens de communication spécifiés par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, à condition que le moyen spécifié soit susceptible d'être utilisé comme il est prévu au paragraphe précédent.*

*3) Les [règlements en matière de passation des marchés] [les entités adjudicatrices] [peuvent établir] [établissent] des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications.*

*4) Les dispositions du premier paragraphe du présent article s'appliquent également à toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion.]”*

Par ailleurs, en ce qui concerne la valeur juridique des marchés conclus électroniquement, le Groupe de travail a demandé que l'on remplace, à la dernière phrase du paragraphe 1 bis proposé de la version anglaise, la référence à l'“exécution” d'un marché (“executed”) par une référence à la “conclusion” d'un marché (“conclusion”), de manière à éviter toutes connotations techniques non voulues que pourrait entraîner l'emploi du mot “exécution” dans certains pays.

307. En ce qui concerne les paragraphes 1 bis et quater, il a été convenu que la forme verbale à employer, dans les références à la nécessité pour les États adoptants de s'assurer de l'adéquation de leur loi sur le commerce électronique, devrait être “souhaiteront peut-être” plutôt que “souhaiteront”, de manière à laisser une certaine souplesse et permettre aux États contractants de tenir compte des différentes situations concrètes.

308. Dans le rapport des travaux de la dixième session (Vienne, 25-29 septembre 2006)<sup>192</sup>, le Groupe de travail a examiné la relation entre les dispositions facilitant

---

<sup>192</sup> Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dixième session à Vienne du 25 au 29 septembre 2006. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Brésil, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran, Italie, Kenya, Lituanie, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède, Thaïlande, Turquie et Venezuela.

Comme toutes les précédentes, cette session a enregistré l'assistance des observateurs des États suivants: Bulgarie, Finlande, Indonésie, Irlande, Lettonie, Malaisie, Philippines, République démocratique du Congo, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie et Timor-Leste. Les observateurs des organisations internationales suivantes y ont également été conviés: a) Système des Nations Unies: Banque mondiale et Bureau des affaires juridiques; b) Organisations intergouvernementales: Agence spatiale européenne (ESA), Banque interaméricaine de développement (BID), Commission européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), et Union asiatique de compensation (UAC); c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies et Chambre de commerce internationale (CCI).

l'utilisation du commerce électronique déjà adoptées (dispositions qui pourraient être analogues à celles de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par exemple) et les dispositions adoptées aux fins de la passation des marchés publics.

Par ailleurs, il a été noté que d'autres branches du droit, comme le droit des contrats et le droit du commerce électronique, pouvaient régir ces questions dans certains pays, mais que d'autres questions se posant dans le contexte de la passation ne seraient peut-être pas abordées ailleurs. De plus, il a été proposé de reformuler le paragraphe dans une tournure passive, en indiquant que des mesures appropriées d'authenticité, d'intégrité et de confidentialité devraient être prévues mais que ces mesures devraient être souples de manière à respecter les circonstances particulières dans chaque État adoptant. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait que ce paragraphe comporterait des dispositions applicables à la fois aux communications sur papier et aux communications électroniques et énoncerait pour ces dernières des dispositions explicites.

309. Abordant la question de la soumission électronique des offres, le rapport des travaux de la douzième session (Vienne, 3-7 septembre 2007)<sup>193</sup> fait mention que le Groupe de travail a accepté le projet de texte proposé pour l'article 30-5 sans modification. S'agissant du paragraphe 3 bis, il a été convenu que l'exposé des questions qui se posaient était suffisant et que la question de l'analyse coûts

---

<sup>193</sup> Après avoir raté la session précédente qui s'est tenue à New York, entre le 21 et le 25 mai 2007, le représentant de l'Algérie a réintégré le Groupe de travail de cette session de Vienne qui s'est déroulée à Vienne, du 3 au 7 septembre 2007. Y en également assisté les représentants des États membres ci-après: Allemagne, Autriche, Bélarus, Bolivie, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran, Lettonie, Liban, Maroc, Mexique, Nigéria, Norvège, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande et Venezuela.

Des observateurs des États ci-après ont également assisté à cette session: Angola, Brésil, Indonésie, Nicaragua, Philippines, Portugal, Qatar, République arabe syrienne, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie, Suède, Tunisie et Turquie. Ceux-ci s'ajoutent aux observateurs des organisations internationales suivantes qui y sont également conviés : a) Système des Nations Unies: Banque mondiale et Bureau des affaires juridiques ; b) Organisations intergouvernementales: Commission européenne ; c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail: Association européenne des étudiants en droit (ELSA) et International Law Institute.

avantages ne devrait pas être examinée plus avant. Il a également été convenu de faire mention à la fin du paragraphe des règles supplémentaires qui pourraient être nécessaires pour traiter les questions qui ont été soulevées.

310. Dans le cadre des travaux de la treizième session (New York, 7-11 avril 2008)<sup>194</sup>, le Groupe de travail a examiné les projets de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses, et l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics, qui figurent dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.58 et A/CN.9/WG.I/WP.59, respectivement, et a proposé des modifications de ces textes.

311. Le Groupe de travail a émis des propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.58). Dans ce cadre, le Groupe de travail a examiné le projet de texte du Guide pour l'incorporation traitant de la publication d'informations relatives à la passation des marchés, les dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés (y compris la soumission électronique et l'ouverture des offres) et les dispositions sur

---

<sup>194</sup> Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa treizième session à New York du 7 au 11 avril 2008. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Arménie, Autriche, Bélarus, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Guatemala, Honduras, Madagascar, Malaisie, Mexique, Namibie, Pakistan, Paraguay, République de Corée, Sénégal, Singapour, Thaïlande et Venezuela.

Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Angola, Côte d'Ivoire, Haïti, Koweït, Lituanie, Moldova, Nicaragua, Oman, Philippines, Roumanie, Saint-Siège, Slovénie, Suède, Turquie et Yémen. De plus, il faut noter la présence des observateurs des organisations internationales suivantes : a) Système des Nations Unies: Banque mondiale et Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) ; b) Organisations intergouvernementales: Agence spatiale européenne (ESA), Organisation internationale de droit du développement (IDLO), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO) et Union européenne (UE) ; c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail: Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies (CILS), Chambre de commerce internationale (CCI), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICACIC) et International Law Institute (ILI).

les offres anormalement basses. Il a fait des suggestions rédactionnelles sur ces textes.

Par ailleurs, il ressort du rapport sur les travaux de la quatorzième session (Vienne, 8-12 septembre 2008)<sup>195</sup>, que l'ordre du jour de cette session a porté, entre autres, sur les projets de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics. Dans ce cadre, en cours des travaux dédiés à l'amélioration des dispositions de l'Accord-cadre, le Groupe de travail a convenu que les dispositions de la Loi type régissant les procédures relatives aux accords-cadres ouverts partiraient du principe que ces procédures seraient conduites électroniquement.

Cependant, il serait indiqué dans le Guide que les États adoptants pourraient s'ils le souhaitent les conduire sur la base de documents papier (ou recourir à une combinaison de procédures électroniques et de procédures fondées sur des documents papier). Le Guide indiquerait également quelles dispositions devraient être modifiées pour permettre l'utilisation de documents papier ou de systèmes mixtes, et proposerait des libellés appropriés.

---

<sup>195</sup> Cette session a connu la participation du représentant de l'Algérie en compagnie des représentant des autres États membres de la Commission suivants: Allemagne, Bélarus, Bolivie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran, Kenya, Lettonie, Liban, Maroc, Mexique, Nigéria, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande, Tunisie et Venezuela.

Comme à l'accoutumé, des observateurs des États ci-après ont également assisté à la session: Argentine, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Croatie, Émirats arabes unis, Haïti, Indonésie, Iraq, Irlande, Lituanie, Nicaragua, Philippines, Portugal, République démocratique du Congo, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Slovaquie, Suède, Swaziland et Turquie. Aussi, cette session a connu la présence des observateurs des organisations internationales, à savoir: a) Système des Nations Unies: Banque mondiale et Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI); b) Organisations intergouvernementales: Commission européenne (CE), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation internationale de droit du développement (IDLO) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC); c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau (IBA), Forum for International Commercial Arbitration (FICA) et International Swaps and Derivates Association (ISDA).

312. Dans le cadre des travaux de la quinzième session (New York, 2-6 février 2009) <sup>196</sup>, le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a abordé, au cours de cette session plusieurs questions entrant dans le cadre de l'amélioration et l'actualisation des dispositions de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

En ce qui concerne le chapitre afférent à l'acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché, le Groupe de travail a recommandé de compléter les dispositions du paragraphe « 2 c » faisant référence à l'expédition de l'avis concernant le délai d'attente, afin d'indiquer que l'expédition devrait être faite rapidement et par des moyens fiables. Il a été convenu que les mêmes modifications devraient être apportées à d'autres dispositions de l'article où il était fait référence à l'expédition d'avis. En ce qui concerne toujours l'alinéa c) du paragraphe 2, l'inclusion entre crochets de délais suggérés a suscité des doutes.

Une autre solution, acceptée par le Groupe de travail, consiste à laisser à l'État adoptant le soin de spécifier ces délais. Le Guide devrait souligner que différentes règles existaient en la matière et qu'un même État adoptant pourrait fixer différents

---

<sup>196</sup> En sus du représentant de l'Algérie, cette session du Groupe de travail a connu la participation des représentants des Etats, membres de la CNUDCI, suivants : Allemagne, Autriche, Bélarus, Bénin, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Grèce, Guatemala, Honduras, Iran, Italie, Kenya, Maroc, Mexique, Mongolie, Nigéria, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Sénégal, Singapour, Sri Lanka, Thaïlande, Venezuela et Zimbabwe.

Le Groupe de travail a sollicité également l'assistance des observateurs des États de : Afghanistan, Angola, Bangladesh, Belgique, Brésil, Croatie, Indonésie, Pérou, Philippines, Qatar, République démocratique du Congo, Roumanie, Saint-Siège, Tunisie et Turquie. Aussi, il faudrait souligner l'assistance, à cette session, des observateurs des organisations internationales suivantes: a) Système des Nations Unies: Banque mondiale et Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'ONU; b) Organisations intergouvernementales: Agence spatiale européenne (ESA), Commission européenne, Communauté des Caraïbes (CARICOM), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation internationale de droit du développement (IDLO), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, et Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE); c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail: American Bar Association (ABA), Association internationale du barreau, Association of the Bar of the City of New York, Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), Forum for International Conciliation and Arbitration CIC (FICACIC), et International Law Institute (ILI).

délais à divers moments selon, par exemple, le niveau de pénétration des moyens électroniques de communication dans la passation des marchés publics.

313. Le Groupe de travail est convenu que le délai devrait être défini sous forme de principe général, à savoir qu'il devrait être suffisamment long pour permettre un recours efficace. Il a en outre reporté à un stade ultérieur l'examen du paragraphe tel qu'il était proposé de le modifier à la session en cours.

Les membres du Groupe de travail, comprenant le représentant de l'Algérie, ont par ailleurs estimé qu'aucun délai d'attente ne devrait s'appliquer aux accords-cadres ouverts, puisque le système électronique utilisé pour leur fonctionnement devait garantir suffisamment de transparence dans le processus d'attribution des marchés. Il a été noté que, si un tel délai devait être appliqué, la rapidité de fonctionnement des accords-cadres ouverts en serait compromise.

S'agissant de la teneur de l'invitation à soumettre une offre (Article 25.), le Groupe de travail a noté que l'article proposé reproduisait l'article 25 de la Loi type de 1994, à l'exception des dispositions sur l'invitation à présenter une demande de présélection, qui étaient reflétées dans le projet d'article 15, lequel avait déjà été examiné en cours de cette session. Le Groupe de travail est convenu de modifier l'alinéa j) pour y parler des modalités de soumission des offres, de manière à permettre la soumission électronique, et de modifier de la même manière les articles suivants du chapitre.

314. Dans le chapitre ayant trait à la Sollicitation de prix (Article 37) on s'est inquiété de ce que l'exigence d'un minimum de trois fournisseurs pour solliciter des prix était nuancée par les mots "si possible". Il a néanmoins observé que la disposition traitait d'articles standards pour lesquels il existait un marché, de sorte qu'il serait toujours possible de solliciter des prix auprès d'au moins trois fournisseurs, en particulier dans le contexte de la passation électronique des marchés. Il a été suggéré de supprimer les mots "si possible" parce qu'ils laissaient donc ouverte la possibilité d'abus et de subjectivité. Selon un autre point de vue, il faudrait rester souple.

Par ailleurs, force est de constater que les sessions qui se sont tenues entre 2009 à 2012, ayant également connu la présence du représentant de l'Algérie, n'ont pas accordé davantage d'intérêt à la question de la passation électronique, notamment dans les domaines suivants : publicité des informations relatives à la passation des marchés. En outre, les différentes sessions du Groupe de travail I (marchés publics) ont traité une autre question afférente à la passation électronique des marchés, à savoir : L'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés (Sous-section 2).

#### ***2.1.1.1.2 Sous-section 2 : Participation de l'Algérie aux travaux liés à l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés.***

**315.** La question de l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés est un autre volet de la passation électronique des marchés publics largement traité par les groupes de travail dont fait partie l'Algérie au cours des différentes sessions dédiées à l'actualisation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

Durant les travaux de la sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le représentant de l'Algérie et ceux des autres pays membres de la CNUDCI ont abordé la question de la Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés.

**316.** Dans le cadre de l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, les membres du Groupe de travail de la CNUDCI ont noté que les principales questions de fond étaient notamment les suivantes :

- ✓ la loi devrait-elle autoriser ou obliger les entités adjudicatrices à utiliser les communications électroniques en accord avec les fournisseurs ou autoriser l'une ou l'autre partie à exiger des communications électroniques ? Et ;

- ✓ les règles devraient-elles soumettre l'utilisation des moyens électroniques à certaines conditions pour sauvegarder les objectifs de la loi sur la passation des marchés, de manière à empêcher les moyens électroniques choisis d'empêcher l'accès aux marchés, à garantir la confidentialité et à assurer l'authenticité et la sécurité des opérations, ainsi que l'intégrité des données ?

317. Les participants à cette session ont observé que l'article 9-1 de la Loi type, qui traitait de la forme requise des communications dans le processus de passation des marchés, disposait que, sous réserve de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicitait pour la première fois une participation, toutes les communications devaient être présentées sous une forme qui atteste leur teneur. Le Groupe de travail est généralement convenu que la Loi type donnait à l'entité adjudicatrice une grande latitude pour établir toute "condition de forme" pour les communications lorsqu'elle sollicitait au départ la participation de fournisseurs. Il a été noté, cependant, que plusieurs dispositions de la Loi type, telles que rédigées dans la version de 1994, laissaient entendre que les fournisseurs ne pouvaient être tenus de soumettre des offres par voie électronique. L'alinéa a) du paragraphe 5 de l'article 30, par exemple, prévoyait que les offres "sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée" ou "sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation", sous réserve de certaines conditions. L'alinéa b) énonçait expressément le droit pour un fournisseur de soumettre une offre suivant la méthode "usuelle" décrite à l'alinéa a), à savoir par écrit, signée et dans une enveloppe scellée. D'après le Guide pour l'incorporation, c'était là une "garantie importante contre la discrimination eu égard au fait que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI [échange de données informatisées] ne sont pas à la disposition de tous".

318. La Loi type ne devrait pas empêcher ou être considérée comme empêchant l'utilisation la plus efficace des communications électroniques, ni être en retard sur l'évolution de la pratique dans sa manière d'aborder cette utilisation. Ils ont ainsi pensé utile de revoir les alinéas en question ainsi que les dispositions connexes pour

faire en sorte qu'ils ne créent pas d'obstacles à l'utilisation des communications électroniques.

319. En ce qui concerne la mesure dans laquelle l'utilisation des communications électroniques (notamment la soumission des offres par voie électronique) pouvait être exigée ou rendue obligatoire, le Groupe de travail est généralement convenu qu'il était souhaitable de traiter cette question avec souplesse. De l'avis général, ses délibérations devaient préserver la situation et ne pas viser, par exemple, à permettre à un fournisseur d'imposer un moyen de communication particulier à l'entité adjudicatrice. En ce qui concerne le droit de l'entité adjudicatrice d'exiger l'utilisation de communications électroniques, il a été généralement estimé qu'il serait inopportun d'élaborer une règle envisageant cette possibilité pour tous les cas et dans toutes les circonstances.

320. Les membres du Groupe de travail ont souligné que, dans certaines situations, l'imposition de l'obligation d'utiliser des communications électroniques pouvait en fait donner lieu à une discrimination entre fournisseurs. Or, l'article 9-3 de la Loi type disposait que l'entité adjudicatrice ne faisait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquaient ou recevaient les communications. Par conséquent, l'obligation de recourir à des communications électroniques risquait de ne pas être acceptable si les fournisseurs potentiels n'avaient pas raisonnablement accès aux moyens utilisés pour ce type de communications.

321. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si, même lorsque les délais prévus pour soumettre des demandes de présélection ou des offres étaient les mêmes pour tous les fournisseurs, il pourrait être à première vue discriminatoire, en vertu de l'article 9-3 de la Loi type, de fixer ces délais en fonction du temps suffisant à ceux qui communiquaient par voie électronique uniquement. Il a été noté que le fait que deux fournisseurs utilisent des moyens de communication différents ne signifiait pas en soi qu'il y avait discrimination. De l'avis général, la règle énoncée à l'article 9-3 n'exigeait pas nécessairement que tous les fournisseurs utilisent les

mêmes méthodes pour communiquer avec l'entité adjudicatrice. Après un débat, il a été convenu que l'élément essentiel à préserver était l'équivalence effective des moyens de communication utilisés pour éviter toute discrimination.

En outre, il a été observé, à l'appui d'une approche souple de cette question, qu'il pouvait y avoir, dans la pratique, des situations dans lesquelles les communications électroniques ne fonctionnaient pas correctement, du fait, notamment, d'une capacité limitée des systèmes utilisés, due par exemple à une largeur de bande insuffisante pour la transmission de gros fichiers électroniques, d'une défaillance technique ou d'autres facteurs externes, tels qu'une coupure de courant ou une catastrophe naturelle. En conséquence, il a été suggéré que le Groupe de travail propose, dans la Loi type, des solutions appropriées concernant l'utilisation des communications électroniques. Une solution possible pourrait être de prévoir que l'obligation d'utiliser des communications électroniques ne devrait pas être imposée de manière générale.

En réponse à ces propositions, il a été dit que le Groupe de travail ne devrait pas entreprendre d'élaborer des dispositions détaillées sur les cas dans lesquels l'utilisation de communications électroniques était permise ou sur les types et conditions d'approbation ou de justification appropriées de cette utilisation. Les marchés publics différaient considérablement par leur taille et leurs exigences commerciales et techniques, et il n'était pas souhaitable, compte tenu de ces différences, de tenter de formuler des règles qui conviennent à tous les systèmes juridiques. Il suffirait ainsi de mettre en lumière, dans le Guide pour l'incorporation, les questions que les législateurs des différents États pourraient souhaiter prendre en considération lorsqu'ils introduiraient ou autoriseraient les communications électroniques dans la passation des marchés publics.

322. Le Groupe de travail a pris note de ces vues. Néanmoins, il a été généralement convenu qu'il serait utile de formuler des dispositions qui autoriseraient expressément et, dans des circonstances appropriées, encourageaient l'utilisation des communications électroniques, sous réserve éventuellement d'une exigence générale selon laquelle les moyens de communication imposés par l'entité

adjudicatrice ne devraient pas restreindre déraisonnablement l'accès au marché. En effet, il a fallu insérer, dans le Guide pour l'incorporation, des orientations et explications supplémentaires sur les diverses options possibles concernant le type de moyens disponibles et les conditions éventuellement nécessaires.

323. Le rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa sixième session<sup>197</sup> ne précise pas l'identité des représentants ayant été à l'origine des différentes propositions, on ne peut donc savoir si le représentant de l'Algérie a émis des propositions précises. La seule certitude est que le législateur algérien s'est substantiellement aligné au même avis lors de la publication de l'Arrêté du 17 novembre 2013 fixant le contenu du portail électronique des marchés publics, les modalités de sa gestion ainsi que les modalités d'échange des informations par voie électronique sur lequel nous allons revenir dans la troisième partie de la présente thèse.

Au demeurant, le Groupe de travail a pris note de ces différentes propositions et a décidé qu'il faudrait en tenir compte dans tout projet de dispositions types que le secrétariat pourrait élaborer pour examen ultérieur. Il est convenu que, indépendamment de la décision finale, le Guide pour l'incorporation pourrait utilement donner des orientations détaillées sur cette question.

Par ailleurs en ce qui concerne les conditions d'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, le représentant de l'Algérie au sein du Groupe de travail et ceux des pays participants ont reconnu que, pour être efficaces et fiables, les systèmes de passation électronique des marchés devaient satisfaire à des conditions appropriées concernant la sécurité, la confidentialité et l'authenticité des soumissions, ainsi que l'intégrité des données, pour lesquelles il faudrait peut-être formuler des règles et des normes spéciales. En

---

<sup>197</sup> A/CN.9/568

particulier, il a été noté que les principes directeurs suivants pourraient constituer une base utile pour toutes règles ou orientations futures sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés :

- ✓ a) Les moyens de communication imposés ne devraient pas constituer un obstacle déraisonnable à la participation à la procédure de passation des marchés (principe qui permettrait d'exiger soit des communications sur papier, soit des communications électroniques dans des circonstances appropriées) ;
- ✓ b) Des procédures et systèmes appropriés devraient être prévus pour établir l'origine des communications (authenticité) ;
- ✓ c) Les moyens et mécanismes utilisés devraient être de nature à préserver l'intégrité des données ;
- ✓ d) Les moyens utilisés devraient permettre d'établir la date de réception des documents lorsque cette date est importante pour appliquer les règles de la procédure de passation des marchés (à savoir pour la soumission des demandes de participation et des offres/propositions) ;
- ✓ e) Les moyens et mécanismes utilisés devraient garantir que l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes n'auront pas accès aux offres et autres documents importants avant l'expiration d'un certain délai, de manière que les entités adjudicatrices ne puissent transmettre des informations sur les autres offres à des fournisseurs favorisés, et que les concurrents ne puissent accéder eux-mêmes à ces informations (sécurité);
- ✓ f) La confidentialité des informations soumises par d'autres fournisseurs ou relatives à d'autres fournisseurs devrait être préservée.

324. Le Groupe de travail dont faisait partie le représentant de l'Algérie, est généralement convenu que les principes ci-dessus constituaient une bonne base pour la formulation de règles, normes ou orientations spécifiques sur la question. Les avis ont divergé, néanmoins, sur la forme et le degré de détail souhaitable que devraient revêtir ces principes. Selon un avis, la plupart de ces principes s'appliquaient déjà aux procédures de passation des marchés sur papier – par exemple, celui selon lequel les offres devaient être authentiques ou rester confidentielles pendant la procédure d'appel d'offres.

Le Groupe de travail a dû examiner soigneusement la nécessité de normes ou règles supplémentaires et prendre en compte la mesure dans laquelle les lois de base pertinentes, telles que les lois générales sur le commerce électronique et les signatures électroniques, traitaient déjà les questions auxquelles touchaient les principes proposés. Il devrait s'abstenir d'entreprendre de nouveau les travaux que la Commission avait déjà réalisés, notamment dans le cadre de la Loi type sur le commerce électronique. Selon un autre avis, si le Groupe de travail avait l'intention de formuler des orientations législatives qui permettraient, sans la rendre obligatoire, l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés, il serait utile d'énoncer dans la Loi type elle-même les conditions dans lesquelles ces communications devaient être utilisées.

Encore une fois les avis ont été cités sans pour autant dévoiler l'identité de leurs auteurs, ce qui nous empêche de savoir si le représentant de l'Algérie en a formulé certaines de ces propositions.

Il est convenu, par les participants à cette session, d'examiner plus avant la question de la forme exacte sous laquelle il pourrait énoncer ses orientations. Cependant, de l'avis général, celles-ci devraient être formulées de sorte à englober tous les moyens de communication, en donnant une idée générale des conditions à imposer, et ne devraient pas être trop directives.

325. Dans le cadre de **la septième session (New York, 4-8 avril 2005)** les coparticipants avec le représentant de l'Algérie dans le Groupe de travail ont traité,

entre autres, la question liée à la publication électronique des textes juridiques et d'autres renseignements<sup>198</sup>. Ce faisant, le groupe de travail s'est intéressé plus particulièrement aux articles suivants :

- ✓ L'article 5 : " Accès du public à la réglementation des marchés" ;
  
- ✓ L'article 14 : "Publication des avis d'attribution de marché" ;
  
- ✓ L'article 24 : "Procédures de sollicitations des offres pour des demandes de présélection" ;
  
- ✓ L'article 37 : "Avis de sollicitation de propositions" ;
  
- ✓ L'article 47 : " Appel d'offres restreint", et ;
  
- ✓ L'article 48 : "Sollicitation de propositions"

Il a été convenu que le champ d'application de l'article 5 devrait être étendu à l'accès du public de tous les renseignements soumis à publication obligatoire ayant trait à la passation des marchés, y compris les textes juridiques, d'où la nécessité d'examiner la pratique suivie dans les régimes internes de passation des marchés pour recenser les autres renseignements intéressant les fournisseurs potentiels, dont la Loi type de 1994 n'exigeait pas la publication, et qui pourraient être mentionnés à l'article 5<sup>199</sup>. De plus, il a été convenu que la Loi type devrait prévoir une disposition énonçant le principe général selon lequel, en vertu de l'article 5, une entité adjudicatrice devrait avoir le droit de choisir le moyen de publication. En d'autres termes, l'entité adjudicatrice pourrait choisir une publication sur papier,

---

<sup>198</sup> A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 24 à 30 et 42 à 47, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 8 à 17, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2

<sup>199</sup> A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 29 et 30

sous forme électronique ou bien les deux, sans être tenue de justifier son choix, à condition que le moyen de publication retenu soit conforme à certaines “normes d’accessibilité”.

326. Le Groupe de travail a recommandé de lui soumettre pour examen à une session future des projets de “normes d’accessibilité” pouvant s’inspirer du projet de paragraphe 3 de l’article 24, tel qu’il figure dans le document (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2). Faudrait-il préciser ici que les principes énoncés dans ce paragraphe disposeraient que la méthode de publication choisie :

- ✓ a) Ne devrait pas constituer un obstacle à l’accès au processus de passation de marchés ;
- ✓ b) Serait justifiée pour promouvoir l’économie et l’efficacité du processus de passation de marchés, et ;
- ✓ c) N’entraînerait pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.

Il a été convenu que les principes généraux à inclure dans l’article 5 révisé s’appliqueraient à la publication d’autres renseignements actuellement mentionnés dans d’autres articles de la Loi type, tels que les invitations à participer à une procédure de passation particulière<sup>200</sup> et la publication des avis d’attribution de marché<sup>201</sup>, ou d’autres informations dont la publication peut être envisagée dans la Loi type révisée.

---

<sup>200</sup> Articles 24, 37, 46, 47 et 48 de la Loi type, dont il est question aux paragraphes 42 à 45 du document A/CN.9/WG.I/WP.34 et aux paragraphes 8 à 17 du document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1.

<sup>201</sup> Article 14 de la Loi type, dont il est question aux paragraphes 46 et 47 du document A/CN.9/WG.I/WP.34)

327. Le Groupe de travail a par ailleurs examiné la question de la publication des possibilités de marché à venir<sup>202</sup>. Bien que quelques doutes aient été émis sur le point de savoir si la publication d'information sur les possibilités à venir était la meilleure pratique que la Loi type devrait promouvoir, l'opinion majoritaire au sein du Groupe de travail, est que la publication des possibilités de marchés à venir contribuait à la transparence du processus de passation, à l'efficacité de la planification de la passation et à l'élargissement de l'accès à la commande publique, en particulier dans l'appel à la concurrence internationale, et devrait donc être encouragée. Il a toutefois été convenu aussi qu'une telle publication devrait être facultative, et non obligatoire.

328. Le Groupe de travail a pris note des craintes exprimées à propos de l'éventuel impact négatif d'une publication obligatoire, qui risquait par exemple de nuire à la souplesse du processus budgétaire de l'État, prérogative traditionnelle des législateurs. Le Groupe de travail a donc exprimé une préférence pour la variante B de l'article 5 bis proposé (Avis de possibilités de marchés), qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 et qui est libellé comme suit:

*“Dans le délai de [l'État adoptant spécifie un délai] après le début d'un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier un avis de leurs besoins prévus en matière de passation de marchés pour les [l'État adoptant spécifie une période] suivant(e)s.”*

329. Des points de vue divergents ont toutefois été exprimés sur le point de savoir s'il était nécessaire d'insérer une disposition sur la publication facultative de possibilités de marchés à venir dans la Loi type ou s'il était préférable d'exposer dans le détail les avantages d'une telle publication dans le Guide pour

---

<sup>202</sup> A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 31 à 41, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

l'incorporation<sup>203</sup>. À l'appui de l'insertion, on a indiqué que ce sujet, qui était nouveau dans la Loi type, risquait de passer inaperçu s'il était abordé uniquement dans le Guide, ce qui serait regrettable étant donné son importance et ses effets positifs sur le processus de passation. Il a été suggéré que les modifications proposées indiquent plus clairement que les informations sur les possibilités à venir n'étaient pas contraignantes pour les entités adjudicatrices.

Encore une fois, le rapport du Groupe de travail de cette septième session (New York, 4-8 avril 2005) a évoqué "l'opinion majoritaire" et "les points de vue divergents" sont pour autant se donner la peine de donner plus de détail sur les auteurs de ces opinions. On ne peut donc savoir si le représentant de l'Algérie figure parmi les partisans de la publication facultative des marchés à venir, ou parmi les opinions dissidentes sur le point de savoir s'il était nécessaire d'insérer une disposition sur la publication facultative de possibilités de marchés à venir dans la Loi type.

Sur une autre question afférente à la "Forme des communications"<sup>204</sup>, le représentant de l'Algérie dans le Groupe de travail et ses coparticipants, ont eu à examiner :

- ✓ L'article 7 : "Procédure de présélection" ;
  
- ✓ L'article 9 : "Forme des communications" ;
  
- ✓ L'article 10 : "Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs" ;

---

<sup>203</sup> Cet article a été intégré finalement dans la mouture finale de la loi type de la CNUDCI publiée en 2011 au sein de l'article 6 sous un autre intitulé : « *Informations sur les possibilités de marchés à venir* ». Même son contenu a été modifié suivant les propositions adoptées durant les sessions ultérieures.

<sup>204</sup> A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 18 à 43, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2

- ✓ L'article 25 : "Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection" ;
- ✓ L'article 26 : "Communication du dossier de sollicitation, article 28. Clarification, modification du dossier de sollicitation" ;
- ✓ L'article 30 : "Soumission des offres, article 37. Avis de sollicitation de propositions", et ;
- ✓ L'article 40 : "Clarification et modification des sollicitations de propositions"

330. Le Groupe de travail est convenu de réviser la Loi type pour incorporer à l'article 9 un principe général quant à la forme de communication applicable à tous les types de communications mentionnés dans la Loi type, y compris la communication, la clarification et la modification du dossier de sollicitation, et la soumission des offres. Il a été convenu que le libellé de ce principe devrait être analogue au texte proposé pour l'article 5 (voir section 3 ci-dessus), et donner la possibilité à l'entité adjudicatrice de choisir n'importe quelle forme de communication sans être tenue de justifier son choix, à condition que la forme choisie réponde aux normes d'accessibilité dont il est question au paragraphe 25 ci-dessus.

331. Les membres qui ont fait partie du Groupe de travail de cette session ont convenu qu'il ne faudrait pas donner aux fournisseurs le droit de choisir une forme de communication avec l'entité adjudicatrice et que les modifications nécessaires devraient donc être apportées aux dispositions de la Loi type et du Guide pour l'incorporation qui prévoient ou pourraient être interprétées comme impliquant un tel droit, s'agissant en particulier des articles 9.3 et 30.5 b).

Il a également été convenu que, ce faisant, le secrétariat devrait faire preuve de prudence de manière à ne pas supprimer involontairement les garanties contenues

dans ces dispositions contre des pratiques discriminatoires ou autres pratiques d'exclusion de la part des entités adjudicatrices. Il a été proposé de tenir dûment compte de ces préoccupations lors de la définition des normes d'accessibilité mentionnées aux paragraphes 25 et 32 ci-dessus et de la révision du Guide pour l'incorporation.

332. Dans le cadre des travaux **de sa huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005)**, le Groupe de travail engagé par la Commission des Nations unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), pour l'actualisation et l'harmonisation du texte de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, a traité des questions importantes afférentes à l'aspect procédural de la passation électronique de marchés, notamment : l'"Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché", la " Soumission électronique des offres, des propositions et des prix", l'"Ouverture électronique des offres" et la " Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés".

333. En ce qui concerne l'obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché<sup>205</sup>, le Groupe de travail a rappelé sa décision antérieure selon laquelle la forme du procès-verbal ne devrait pas être prescrite, mais être soumise aux "critères d'accessibilité"<sup>206</sup>, en estimant que la proposition selon laquelle l'entité adjudicatrice serait tenue de maintenir accessibles les informations conservées électroniquement dans le procès-verbal en dépit des progrès technologiques serait difficile à réaliser d'un point de vue technique. Il a été convenu donc que cette obligation devrait être maintenue seulement jusqu'à l'expiration du délai de recours prévu par l'article 52 de la Loi type. Par conséquent, le secrétariat a modifié le texte proposé du paragraphe 1 bis du texte du Guide pour l'incorporation qui se rapporte à l'article 11 de la Loi type.

---

<sup>205</sup> A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 16 à 18

<sup>206</sup> A/CN.9/575, par. 43 à 46

334. Sur la question liée à la Soumission électronique des offres, des propositions et des prix<sup>207</sup>, les membres du Groupe de travail ont fondé leurs délibérations sur les modifications proposées pour l'article 30 de la Loi type<sup>208</sup>, lesquelles portent sur la suppression du droit antérieur d'un fournisseur, en vertu de l'article 30-5 b), de soumettre une offre par écrit dans une enveloppe scellée. En ce qui concerne les modifications à apporter à l'article 30-5 a), il a été décidé que le texte devrait supprimer la possibilité donnée au fournisseur d'exiger que l'offre soit faite sur papier. En conséquence, il a été proposé que le secrétariat modifie la disposition pour indiquer qu'une offre devait être soumise sous la forme requise dans le dossier de sollicitation.

Il a été convenu également qu'il faudrait inclure des conditions équivalentes à celles qui sont énoncées à l'article 30-5 b) de la version initiale de la loi type, exigeant que la forme de l'offre en atteste la teneur et assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité. Le Groupe de travail a noté en outre que les dispositions de l'article 27 (Teneur du dossier de sollicitation) devraient comporter l'obligation pour l'entité adjudicatrice d'indiquer dans ce dossier la forme sous laquelle les offres devaient être soumises, avec des renvois appropriés aux dispositions relatives à l'"équivalence fonctionnelle", de manière à englober toutes les formes sous lesquelles les offres pourraient être soumises.

335. Une étape importante dans la passation électronique des marchés a également été évoquée par le Groupe de travail, dont fait partie l'Algérie à travers son représentant. Il s'agit de l'"Ouverture électronique des offres". Le Groupe de travail a examiné les questions techniques soulevées par l'ouverture électronique des offres, et le niveau de détail jusqu'où il faudrait aller à propos de ces questions dans la Loi type révisée et dans le Guide pour son incorporation. Il a rappelé ses conclusions précédentes, à savoir qu'il faudrait prévoir un équivalent électronique

---

<sup>207</sup> (A/CN.9/WG.I/ WP.38/Add.1, par. 19 à 27)

<sup>208</sup> A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 24.

à la présence physique des fournisseurs et entrepreneurs, comme l'envisageait l'actuel article 33-2 de la Loi type. Il a été suggéré de combiner les paragraphes 4 et 5 proposés de l'article 33 en insérant les mots "conformément aux exigences de l'article 33-2" avant les mots "être présents à l'ouverture des offres", au paragraphe 4, et en supprimant le paragraphe 5.

Il va sans dire que les étapes et conditions, mentionnées ci-dessus, ont été intégralement implémentées dans la réglementation algérienne des marchés publics, notamment l'Arrêté du 17 novembre 2013 fixant le contenu du portail électronique des marchés publics ainsi que les modalités de sa gestion.

336. La question de la "Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés" a été longuement débattue par le représentant algérien et ses coparticipants dans le Groupe de travail de la huitième session de la commission chargé de l'amélioration de la loi type de la CNUDCI. L'intérêt accordé à cette question se dégage notamment de la manière avec laquelle elle est détaillée dans le rapport du Groupe de travail. Dans les remarques générales émises par ce dernier sur cette question, il a été rappelé que, lorsque l'article 5 de la Loi type a été rédigé, le Groupe de travail d'alors n'avait pas une expérience suffisante des pratiques nationales en matière de mise à disposition du public des informations relatives à la passation des marchés pour conférer à cet article un champ d'application qui aille au-delà des textes juridiques cités dans son libellé de la version initiale de la loi type.

337. La référence à un spectre plus large de "lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché" à l'article 27 t) de la Loi type de 1994, peut témoigner d'une portée plus étendue de l'article 5. On a indiqué qu'il pourrait être opportun pour le Groupe de travail de revoir le champ d'application de l'article 5. Ainsi, on a indiqué qu'il faudrait faire preuve de prudence en transposant des concepts, tels que "publication" et "mise à jour systématique" d'un environnement papier à un environnement électronique, où ils risquaient d'avoir des connotations différentes.

En outre, quand bien même le processus de passation transparent resterait comme l'une des principales préoccupations de la CNUDCI et son Groupe de travail, il n'en demeure pas moins que ce dernier ne souhaite pas négliger l'intérêt légitime des États de voir certaines informations (comme celles concernant la sécurité nationale et la défense) rester hors du domaine public.

338. En ce qui concerne la publication de textes réglementaires dans les régimes internes de passation des marchés<sup>209</sup>, il a été proposé que le Guide établisse une distinction entre les informations qui avaient vocation à lier les entités adjudicatrices vis-à-vis des fournisseurs ou des entrepreneurs, et les autres informations qui, par nature, étaient destinées au seul usage interne des entités adjudicatrices. On a fait observer que chaque catégorie d'information serait soumise à des obligations de publicité différentes. À cela il a été répondu que la nature des destinataires de l'information et la forme de cette dernière étaient moins importantes que son contenu, qui devait couvrir tous les aspects importants des pratiques et procédures nationales de passation des marchés intéressant les fournisseurs. Il a été fait référence à cet égard à l'examen d'une question semblable au sein de l'Organisation mondiale du commerce<sup>210</sup>.

339. Les participants avec le représentant algérien au sein du Groupe de travail, ont remis sur la table la question de l'accès du public aux informations relatives à la passation des marchés puisqu'ils étaient saisis du texte du projet d'article 5 révisé<sup>211</sup> et ont rappelé les débats qu'ils avaient eu sur cet article à sa septième session<sup>212</sup>. Il

---

<sup>209</sup> A/CN.9/WG.I/WP.39, par. 20 à 28

<sup>210</sup> A/CN.9/WG.I/WP.39, par. 19

<sup>211</sup> A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 35

<sup>212</sup> A/CN.9/575, par. 24 à 28.

a été noté, dans ce cadre, que le projet révisé portait sur plusieurs types d'informations :

- ✓ i) les textes réglementaires,
- ✓ ii) les informations spécifiques à la passation dont la Loi type exigeait la publication, comme les sollicitations d'offres et les avis d'attribution, et ;
- ✓ iii) les autres informations dont la loi type n'exigeait pas la publication, comme celles sur les possibilités de marchés à venir ou sur les règles ou instructions internes (informations facultatives).

340. Des opinions divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si ces trois types d'informations devaient être traités dans le même article. Il a été fait remarquer que les obligations de publicité pouvaient être différentes selon les types d'informations. Il a été suggéré enfin que le paragraphe 1 de l'article 5 s'en tienne aux textes juridiques, conformément à l'actuel article 5 de la Loi type de 1994, et que l'on ajoute une référence aux décisions judiciaires d'application générale, afin d'aligner le texte avec les textes correspondants de l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce relatif aux marchés publics.

Sans préciser son auteur, le rapport du Groupe de travail fait référence à une mise en garde exprimée au sujet de l'extension du champ d'application de l'article à d'autres types d'informations. Selon un avis, dont l'auteur n'est pas dévoilé, il serait plus approprié de débattre des obligations de publicité concernant ce type d'informations dans des règlements. Autrement, la Loi type deviendrait moins souple et pourrait donner lieu à d'éventuelles protestations abusives motivées par le non-respect des obligations en matière de publicité. D'un autre côté, on a suggéré que le paragraphe 2 de l'article 5 traite aussi de la publication d'informations sur

les possibilités de marchés à venir, et qu'il soit fusionné avec les dispositions sur ce sujet qui figurent au paragraphe 40 du document A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1<sup>213</sup>.

341. Le Groupe de travail<sup>214</sup>, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a rouvert les débats sur la question de "Publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir"<sup>215</sup>. Le Groupe de travail a noté les avantages que comportait la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir, tels que la transparence du processus de passation grâce à la réduction du nombre de marchés passés dans des conditions exceptionnelles ou d'urgence et, par conséquent le recours moins fréquent à des méthodes de passation moins compétitives. Il a également examiné les possibilités de réaliser des économies et d'accroître la concurrence en permettant à des fournisseurs plus nombreux d'être informés des possibilités de marchés, de déterminer s'ils avaient intérêt à participer et, dès lors, de se préparer à l'avance<sup>216</sup>.

342. Le Groupe de travail a noté que, dans certains régimes de passation des marchés, la publication de telles informations permettait aux entités adjudicatrices de réduire le délai minimum pour la réception des offres<sup>217</sup>. La préférence est allée dans l'ensemble à la publication facultative d'informations sur les possibilités de marchés à venir<sup>218</sup>. Malgré la divergence des opinions sur le point de savoir s'il

---

<sup>213</sup> Draft Supplement to the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions dealing with security rights in intellectual property. Note by the Secretariat

<sup>214</sup> Le Groupe de travail était saisi de l'article révisé traitant de la publication d'informations sur les possibilités de marché à venir (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 40) et a rappelé les débats qu'il avait eus sur le sujet à sa septième session (A/CN.9/575, par. 29 à 31).

<sup>215</sup> A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 1 à 17, 38, 40 et 41.

<sup>216</sup> A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 5 et 41.

<sup>217</sup> voir A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 14.

<sup>218</sup> A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 17.

convenait de traiter cette question dans la Loi type ou dans des règlements, le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire d'insérer des dispositions relatives aux possibilités de marchés à venir dans la Loi type, et de définir un délai clair pour la publication de ce type d'information en employant des termes tels que, par exemple "aussi rapidement que possible".

343. Les membres du Groupe de travail ont, par ailleurs, noté que si la publication électronique était susceptible de procurer des avantages aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés et au public en général, par exemple en permettant à une plus large audience d'accéder plus facilement à des informations sur la passation des marchés, elle avait aussi rendu possible des pratiques qui soulevaient un certain nombre de préoccupations inconnues dans un environnement papier, et qui pourraient nécessiter une réglementation spécifique. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur les préoccupations découlant de moyens non systématiques, non normalisés et non centralisés de publier des informations relatives à la passation des marchés sur Internet, l'absence de mise à jour systématique des informations publiées, et la facturation de frais pour la fourniture d'informations. Ces questions indiquaient que la recherche d'informations nécessaires, utiles et exactes sur la passation des marchés, risquait d'être rendue difficile. Le Groupe de travail a noté que les réglementations traitaient rarement de façon satisfaisante ces questions et les autres questions découlant de la publication d'informations relatives à la passation des marchés par des moyens électroniques.

344. La question de l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés publics a également été évoquée dans le cadre des travaux de **la neuvième session (New York, 24-28 avril 2006)** du Groupe de travail 1 (Marchés publics) de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International. Dans cette session, il a été débattu longuement sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics<sup>219</sup>, sous le

---

<sup>219</sup> A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1.

prisme de l'équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents.

345. Un certain nombre de propositions rédactionnelles ont été faites en ce qui concerne le nouveau texte proposé pour l'article 4 bis<sup>220</sup>:

- ✓ i) employer le terme “moyens de communication” au lieu de “méthodes de communication”, de manière à éviter toute confusion dans la mesure où le mot “méthodes” était déjà employé dans la Loi type et dans le Guide dans le contexte des méthodes de passation des marchés, et également pour se conformer au texte de la Loi type sur le commerce électronique ;
- ✓ ii) supprimer le texte entre crochets, sauf dans le cas du renvoi ;
- ✓ iii) placer une liste illustrative d'exemples des “moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables” de communication dans le Guide pour l'incorporation et supprimer les références obsolètes ;
- ✓ iv) supprimer les mots “moyens comparables”, du fait que ces moyens ne sont pas définis, mais garder les exemples énumérés dans le texte de la Loi type ;
- ✓ v) terminer l'article par “satisfasse à l'article 4 [ter]” ;
- ✓ vi) ajouter les mots “la communication d'” après les mots “relative à” et une référence à “message de données”, et ;

---

<sup>220</sup> Nouvel article 4 bis (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 7 à 16, et A/CN.9/WG.I/WP.42/ Add.1, par. 1 et 2) Article 4 bis 11.

- ✓ vii) remplacer le mot “notamment” dans la deuxième série de crochets par “tels que”.

346. Le Groupe de travail a noté que l’adoption de certaines des suggestions ci-dessus aboutirait à un texte qui s’écarterait des dispositions équivalentes figurant dans la Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux et d’autres textes de la CNUDCI. Il a néanmoins été convenu que l’adoption de certaines des modifications proposées simplifierait et rendrait plus rationnel le texte pour les objectifs spécifiques de la Loi type, et que le Guide expliquerait que la disposition allait dans le même sens que les autres textes de la CNUDCI. Le Groupe de travail a été d’accord avec certaines des suggestions proposées et a décidé que l’article devrait être modifié comme suit :

*“Article 4 bis. Équivalence fonctionnelle entre [tous les moyens] de communication, de publication, d’échange ou de conservation d’informations ou de documents Toute disposition de la présente Loi relative à la communication d’un écrit, à la publication d’informations, à la soumission d’offres dans une enveloppe scellée, à l’ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme comprenant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [utilisés à cet effet], à condition que le moyen choisi satisfasse à l’article [4 ter].”*

Il a été convenu que le Guide contiendrait une liste illustrative d’exemples des “moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables” supprimés du texte de l’article, qui serait actualisée, en particulier pour ce qui était des références au télex et au télégraphe. D’un autre côté, il a été souligné que les moyens de communication obsolètes différaient selon les pays et que les dispositions devraient donc tenir compte du niveau de pénétration des divers types de communications et de technologies électroniques sur les marchés concernés. Il a également été convenu que le Guide indiquerait que les dispositions de l’article étaient censées être interprétées largement de manière à englober toutes dispositions de la Loi type impliquant la présence physique ou un environnement papier.

347. Le représentant de l'Algérie et ceux des autres pays participants au sein du Groupe de travail ont évoqué une certaine contradiction entre le principe de "neutralité technologique" contenu dans l'article 4 bis et l'article 9-3 proposé où il est fait référence à une technologie spécifique, contradiction qu'ils recommandent de réexaminer en temps utile.

348. S'agissant des critères d'accessibilité<sup>221</sup>, le Groupe de travail a rappelé que le texte proposé pour l'article 4 ter comportait quatre éléments abordant la question du moyen de communication (terme qui englobe la publication, l'échange ou la conservation d'informations ou de documents, la tenue de réunions ainsi que la soumission et l'ouverture d'offres) sous les angles suivants: a) La non-discrimination; b) Le fait de ne pas constituer d'obstacle au processus de passation des marchés; c) La disponibilité générale; et d) La compatibilité générale avec d'autres moyens de communication utilisés.

Diverses suggestions ont été faites en ce qui concerne les éléments qui devraient être conservés dans l'article 4 ter proposé. Il a été indiqué que le terme "critères d'accessibilité" dans le titre de l'article proposé pouvait avoir des connotations non voulues, la notion d'"accessibilité" étant désormais associée à des droits civils d'accès en tant que concept général concernant certains groupes minoritaires. En conséquence, on a proposé comme variante le terme "disponibilité". Il a été noté que le terme "accessibility" en anglais était employé à l'article 5 de la Loi type de 1994 (faisant référence à l'accès du public aux textes juridiques relatifs aux marchés) et qu'il désignait un concept plus vaste que la "disponibilité" (qui est davantage basée sur les faits). D'un autre côté, on a fait observer que si l'entité adjudicatrice était tenue de prendre en compte la notion d'"accessibilité", de ce point de vue, elle serait peut-être amenée à supporter le coût d'assurer l'accès, ce qui serait onéreux et pourrait dépasser les objectifs du Groupe de travail. Le Groupe de travail a donc décidé qu'il faudrait employer le terme "disponibilité" de façon à éviter toute connotation non voulue.

---

<sup>221</sup> A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 17 à 19, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 3.

Il a été, par ailleurs, noté que la principale question à traiter dans cet article était la non-discrimination dans les communications et que cette notion apparaissait déjà au paragraphe 3 de l'article 9 du texte initial de la Loi type. Il a été aussi noté que les notions de "disponibilité" et de "compatibilité" pouvaient être considérées soit comme des aspects de la non-discrimination, soit comme des concepts liés entre eux mais distincts. Il a été rappelé, en outre, que les directives de l'Union européenne sur les marchés publics de 2004 prévoyaient une exigence de disponibilité, mais dans le sens que le moyen de communication retenu dans le processus de passation des marchés ne devait pas limiter l'accès aux marchés.

349. Les représentants des pays membres de la CNUDCI, regroupés dans le Groupe de travail chargé de l'actualisation de la loi type, ont relevé que le texte proposé de l'article 4 ter sur la question de la non-discrimination pourrait être interprété comme englobant les exigences énoncées dans les directives européennes, car il disposait que le moyen de communication choisi ne devait pas limiter la concurrence. Ils ont donc estimé que l'article 4 ter devrait comprendre les deux premiers paragraphes proposés et porterait uniquement sur la non-discrimination. Néanmoins, le Guide pour l'incorporation devrait approfondir le concept de "non-discrimination", afin de préciser que le moyen de communication choisi ne devrait pas constituer un obstacle au processus de passation des marchés, et traiter de la notion de "généralement disponibles". On a également fait observer que la question de la discrimination dans le choix du moyen de communication (ou, en fait, dans la sélection de la méthode de passation des marchés) avait été examinée lors de la rédaction de la Loi type actuelle et que des discriminations étaient également possibles dans l'application de ces décisions. Ces éventualités avaient été reconnues lors de la rédaction de l'article 9-3 du texte actuel de la Loi type.

350. En ce qui concerne le point relatif au fait de ne pas constituer d'obstacle au processus de passation des marchés, on a fait observer que la disposition pourrait être considérée comme englobant tous les objectifs énoncés dans le préambule de la Loi type et permettrait la souplesse qui serait souhaitable pour le choix du moyen de communication et les questions connexes. D'un autre côté, on a fait valoir qu'une décision sur ce qui constituait un "obstacle" au processus de passation des marchés

était subjective et qu'il risquait par conséquent d'y avoir abus de cette disposition. Néanmoins, le Groupe de travail est parti du principe que le Guide préciserait que le moyen de communication choisi ne constituerait pas un obstacle au processus de passation des marchés, car il compromettrait autrement la promotion des objectifs de la Loi type consistant à aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés qui sont énoncés dans le préambule (alinéa a).

351. Sur un autre registre, des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir s'il faudrait inclure dans la Loi type un principe général de non-discrimination. L'opinion qui l'a emporté a été qu'il ne faudrait pas inclure un tel principe puisque le Groupe de travail déborderait ainsi le cadre de son mandat qui consiste à réviser la Loi type pour assurer l'équivalence fonctionnelle et permettre l'utilisation de nouvelles méthodes de passation des marchés. Il a été aussi mentionné que la non-discrimination du point de vue du moyen de communication et d'une manière générale était considérée comme un principe important. L'objectif consistant à garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs énoncé dans le préambule devrait donc être transposé dans la Loi type, là où il y avait lieu, sous forme de critères spécifiques.

352. Le Groupe de travail a noté que les dispositions de l'article 9-3 relatives à la non-discrimination, qui visaient les risques de discrimination dans le contexte de systèmes de communication fermés, deviendraient obsolètes et seraient en fait en contradiction avec les modifications proposées, en particulier dans l'article 9 proposé qui permettrait à l'entité adjudicatrice de choisir le moyen de communication. Il a également été fait observer que des dispositions sur la non-discrimination risquaient d'avoir par inadvertance un effet négatif sur l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation des marchés publics: les entités adjudicatrices pourraient être réticentes à recourir aux moyens électroniques par crainte de voir certains fournisseurs ou entrepreneurs, se sentant lésés par le choix du moyen de communication, chercher à introduire un recours contre la décision concernée, et un tel droit de recours pourrait lui-même devenir un obstacle au processus de passation des marchés. Il a été noté, en outre, que toute

discrimination éventuelle ainsi que les problèmes et l'intégrité de la communication étaient des sujets qui devraient être examinés lorsque l'entité adjudicatrice évaluait les avantages potentiels de la passation électronique des marchés. Il pourrait y avoir un risque que, simplement parce qu'un petit nombre de fournisseurs n'aurait pas accès aux technologies requises, la passation électronique des marchés ne soit pas introduite et que ses avantages ne se concrétisent pas.

Il se peut que l'ajout d'un qualificatif à la notion de discrimination, par exemple l'adjectif "déraisonnable", "manifeste", "évidente" ou "délibérée" proposé, n'élimine pas complètement ce risque et introduise aussi un élément de subjectivité. En outre, un tel qualificatif pourrait créer de nouveaux concepts de discrimination, aboutissant à une contradiction avec d'autres dispositions de la Loi type sur ce point. Notant qu'il ne pouvait y avoir discrimination que si l'utilisation d'un certain moyen de communication ne pouvait se justifier objectivement, le Groupe de travail a estimé que les critères de "disponibilité générale" énoncés au dernier paragraphe de l'article 4 ter proposé pouvaient être considérés comme un moyen d'assurer la non-discrimination. Il a donc été décidé que l'article 4 ter devait comprendre le premier et le dernier paragraphe proposés et être libellé comme suit : "L'entité adjudicatrice s'assure que le moyen qu'elle utilise pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents, pour tenir des réunions et pour la soumission et l'ouverture des offres est facilement compatible avec ceux d'usage général parmi les fournisseurs ou entrepreneurs." Il a été convenu ensuite que ce libellé devrait être repris comme suit dans les dispositions de l'article 4 bis (l'article 4 ter étant entièrement supprimé):

*"Toute disposition de la présente Loi relative à la communication, à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme incorporant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [utilisés à cet effet] à condition que le moyen choisi soit facilement compatible avec ceux d'usage général parmi les fournisseurs ou entrepreneurs."*

353. Dans le cadre des travaux de la **dixième session de la Commission (Vienne, 25-29 septembre 2006)**, le Groupe de travail s'est attelé davantage à la question de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés<sup>222</sup>. Sur ce registre, de l'avis général, le libellé du projet d'article 5 bis figurant dans le document A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 était meilleur que le texte précédent, car il abordait la question de l'utilisation des communications dans le processus de passation de façon neutre sur le plan technologique et traitait de l'équivalence fonctionnelle entre les différents moyens de communication. Il a été dit que certaines améliorations pourraient être envisagées pour rendre les dispositions aussi précises que possible afin d'éviter qu'elles ne soient interprétées différemment d'un pays à l'autre. De plus, le manque de précision pourrait involontairement engendrer un risque de recours. Il a aussi été proposé que les dispositions soient rédigées de telle sorte qu'elles abordent tous les aspects de la passation dans le cadre de la Loi type et non pas seulement les communications créées pendant une procédure de passation particulière.

354. Dans ce cadre, le Groupe de travail a examiné si les dispositions des projets d'articles 5 bis et 9/5 ter devraient être fusionnées pour former un seul et même article. Selon l'avis qui l'a emporté, ces articles devraient être fusionnés car ils abordaient tous deux la question des communications dans le processus de passation. Ainsi, on a donc examiné les projets d'articles 5 bis et 9/5 ter fusionnés comme suit en un seul et même article :

*“Article 5 bis. Communications durant le processus de passation*

*1) Sous réserve des exigences de l'article [renvoi], l'entité adjudicatrice choisit :*

*a) Les moyens par lesquels les documents, notifications, décisions et autres informations dans la procédure de passation de marché doivent être communiqués par/ou à l'entité adjudicatrice ou toute autorité administrative participant à la passation ou un fournisseur ou entrepreneur ou encore au public ; et*

---

<sup>222</sup> A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 et A/CN.9/WG.I/WP.47.

- b) Les moyens de satisfaire à toute disposition de la présente Loi exigeant la présentation des informations sous forme écrite ou une signature.*
- 2) Les moyens de communiquer les informations choisis et de satisfaire à toutes exigences en matière d'écrit et de signatures doivent être facilement compatibles avec ceux d'usage courant parmi les fournisseurs ou entrepreneurs des biens, des services ou des travaux faisant l'objet de la passation. Ces moyens doivent être spécifiés par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché.*
- 3) Les dispositions du paragraphe 1 du présent article s'appliquent également à l'établissement du procès-verbal de la procédure de passation et à la tenue de réunions de fournisseurs ou d'entrepreneurs.*
- 4) Les règlements en matière de passation des marchés établissent des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des documents, notifications, décisions et autres communications ou informations.*
- 5) Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi, les documents, notifications, décisions et autres informations qui doivent être communiqués par l'entité adjudicatrice ou toute autorité administrative participant à la passation ou communiqués à celle-ci ou à un fournisseur ou un entrepreneur sont présentés sous une forme qui en atteste la teneur et sont accessibles pour être consultés ultérieurement.*
- 6) La communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles [7-4 et 6, 12-3, 31-2 a), 32-1 d), 34-1, 36-1, 37-3, 44 b) à f) et 47-1, à mettre à jour en fonction des modifications de la Loi type] peut être faite par un moyen n'attestant pas leur teneur, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste les informations qu'elle contient et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement."*

355. Sur la question relative à la "Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés"<sup>223</sup>, les membres du Groupe de travail ont convenu de

---

<sup>223</sup> A/CN.9/WG.I/WP.47, par. 30 à 37

scinder l'article 5 en deux paragraphes, comme cela était proposé au paragraphe 31 du document A/CN.9/WG.I/WP.47. L'article imposerait la publication des décisions judiciaires et des directives administratives importantes en exigeant non pas que ces informations soient "systématiquement tenues à jour" mais qu'elles soient "régulièrement mises à jour si nécessaire".

Sur cet aspect, le Groupe de travail n'ignore pas que la tendance, aux niveaux international et régional, était d'encourager la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir par voie réglementaire, en particulier par le biais de mesures incitatives, telles que l'autorisation de fixer des délais plus courts dans le processus de passation. Ce faisant, l'idée d'inclure dans la Loi type des dispositions sur la publication de ce type d'informations a été fermement appuyée tant que cette pratique encourageait la planification des marchés, renforçait la discipline dans les procédures de passation et était bénéfique aux fournisseurs et entrepreneurs.

Des craintes ont cependant été exprimées, du fait que les avantages de la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir n'étaient pas clairement établis et que ces informations pouvaient changer<sup>224</sup>. Ainsi-donc, le Groupe de travail a estimé que Loi type devrait encourager les meilleures pratiques et reconnaître que la publication de nombreuses informations inutiles ou trompeuses (par opposition à des informations utiles et pertinentes) pourrait compromettre ses propres objectifs, y compris la transparence.

356. Le Groupe de travail est convenu que la Loi type devrait comporter des dispositions, inspirées du texte proposé au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.47<sup>225</sup>, rendant possible la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir. Le texte "permettrait" une telle publication, en employant les mots "les entités adjudicatrices peuvent publier".

---

<sup>224</sup> Les fournisseurs ou entrepreneurs supportant alors des dépenses inutiles après s'être fiés aux informations.

<sup>225</sup> Intitulé « Possible revisions to the UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services— drafting materials addressing the use of electronic communications in public procurement and electronic publication of procurement-related information ». Note by the Secretariat.

357. Le Groupe de travail a estimé que, compte tenu de l'emploi du mot "peuvent", il faudrait envisager des mesures d'encouragement si l'on voulait que cette disposition produise ses effets. À cet égard, il a été convenu que le Guide devrait mentionner les incitations que les États adoptants pourraient prévoir pour que les entités adjudicatrices publient ce type d'informations ainsi que toute réglementation et pratiques existantes.
358. Il faudrait souligner que cette session a clôturé les débats sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation de marchés dans la mesure où le Groupe de travail n'a jamais remis cette question dans les débats durant les sessions ultérieures. C'est ainsi donc que le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a clôturé les travaux de l'actualisation de la loi type de la CNUDCI dans le domaine de la passation électronique des marchés. Dans le cadre de ce dernier domaine les travaux du Groupe de travail de la CNUDCI ont abouti, en outre, à l'introduction de la procédure des enchères électroniques dans la nouvelle loi type de CNUDCI sur la passation des marchés publics (Section 2).

### **2.1.1.2 Section 2 : La participation de l'Algérie aux travaux ayant conduit à l'introduction de l'"enchère électronique inversée" dans la loi type de la CNUDCI.**

359. Les Enchères Electroniques Inversées sont devenues un outil de sélection des fournisseurs très largement utilisé à travers le monde. Si les Enchères Electroniques Inversées permettent d'obtenir des gains à l'achat élevés sur des périodes courtes, elles permettent également, par rapport à des méthodes plus traditionnelles, de réaliser des économies substantielles en termes de coûts administratifs et de coûts de transaction. Mais, nul ne peut nier que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a joué un rôle prépondérant pour la promotion et la vulgarisation de cette procédure à travers les Etats adoptants qui dépassent de loin le périmètre des Etats membres de la Commission.

Cependant, avant qu'elle parvienne à jouer son rôle de l'effet propulseur de la généralisation de la procédure de l'enchère électronique inversée, la CNUDCI a pris le soin de développer tous les aspects de cette procédure dans le cadre des sessions du Groupe de travail 1 (marchés publics), investi par la Commission des Nations unies pour le Droit Commercial International de la mission de l'actualisation de sa loi type sur la passation des marchés publics. Ceci est d'autant plus vrai que la procédure de l'enchère électronique inversée est évoquée dans toutes les sessions du Groupe de travail. Les travaux de ces différentes sessions, qui ont connu la participation active du représentant de l'Algérie, ont abouti à la mise en place d'un mécanisme qui encadre largement la procédure des enchères électroniques inversées (Sous-section 1), ainsi que la définition des procédures préalables aux enchères proprement dites (Sous-section 2).

#### ***2.1.1.2.1 Sous-section : La participation de l'Algérie aux travaux ayant abouti à l'introduction de l'enchère électronique inversée dans la loi type de la CNUDCI.***

360. En 2004, la Commission des Nations unies pour le Droit Commercial international décide de lancer le projet de l'amélioration de la loi type de la

CNUDCI sur la passation des marchés publics de 1994 pour prendre en compte les nouvelles pratiques, en particulier celles qui découlent de l'utilisation de moyens de communication électronique. Cette période coïncide avec le début de l'apparition de la technique de l'enchère électronique inversée, laquelle commençait de plus en plus à être intégrée dans les réglementations des marchés publics internes de certains pays, notamment les plus développés, à l'instar de la France qui a adopté et a encadré cette pratique par le Décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001.

C'est donc logiquement que la CNUDCI intègre l'enchère électronique inversée comme l'une des pistes d'amélioration potentielles qui méritent un intérêt particulier, voire prioritaire, tant et si bien que l'encadrement de cette procédure commençait à se dessiner dès la première session du groupe de travail, dans lequel l'Algérie est représentée, lequel encadrement qui se peaufinait au fur et à mesure des sessions successives du Groupe de travail.

361. Dans le cadre des travaux de la sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) le Groupe de travail, dont faisait partie le représentant de l'Algérie, a relevé que les enchères électroniques inversées, sous leurs diverses variantes, pourraient, même si elles en étaient encore à leurs débuts, devenir une procédure de passation des marchés plus largement utilisée. Ce type d'enchères était structuré comme une procédure d'appel d'offres dans laquelle les fournisseurs disposaient d'informations sur les autres offres et pouvaient en permanence modifier les leurs par rapport à celles des autres concurrents, dont ils ne connaissaient en principe pas l'identité. Les fournisseurs faisaient leurs offres par voie électronique sur un site spécialisé, en utilisant les informations dont ils disposaient sur les classements ou les montants nécessaires pour l'emporter sur les autres candidats. Ils pouvaient suivre par voie électronique l'évolution des offres à mesure que les enchères progressaient et modifier les leurs en conséquence. L'enchère pouvait se dérouler sur une période déterminée, ou bien jusqu'à ce qu'un certain temps s'écoule sans qu'intervienne une nouvelle offre.

362. Le représentant de l'Algérie et ceux des pays participants au Groupe de travail ont observé que les enchères inversées étaient surtout utilisées pour des produits et

services standardisés pour lesquels le prix était l'unique – ou du moins le principal – critère d'attribution puisque c'était le seul généralement mentionné pendant la procédure. D'autres critères pouvaient cependant être retenus et intégrés dans la phase d'enchères, ou évalués dans le cadre d'une phase distincte de la procédure.

363. La prudence est toutefois vivement recommandée, par le représentant de l'Algérie et ses coparticipants, compte tenu des difficultés que pouvaient poser les enchères électroniques inversées qui pourraient surgir, par exemple, d'un potentiel risque d'encourager à accorder une importance excessive au prix et d'inciter les fournisseurs à proposer des prix anormalement bas<sup>226</sup>, ce qui entraînait de graves problèmes pendant la phase d'administration si le fournisseur sélectionné n'était pas en mesure de remplir ses obligations. En outre, le Groupe de travail de cette session n'a pas manqué d'indiquer que les entités adjudicatrices avaient du mal à déterminer si les fournisseurs utilisaient les enchères électroniques inversées pour s'entendre entre eux, situation particulièrement dangereuse sur les marchés oligopolistiques, où les participants pouvaient se servir des enchères pour se communiquer les prix. Une meilleure solution, du moins pour certains marchés, pouvait consister à recourir à d'autres méthodes, telles que les "acquisitions dynamiques", dans lesquelles les prix du marché étaient établis à l'aide de catalogues électroniques et qui avaient également l'avantage d'être plus souples que les enchères électroniques inversées.

Selon l'avis contraire, les enchères électroniques inversées, si elles étaient correctement conçues et réalisées, comportaient plus d'avantages que d'inconvénients potentiels. Étant donné leur utilisation de plus en plus répandue, les représentants des pays membres de la Commission ont émis le souhait de prévoir dans la Loi type des dispositions les concernant et d'essayer de fournir des

---

<sup>226</sup> Phénomène appelé "fièvre des enchères".

orientations sur la façon de supprimer ou de réduire les risques qu'elles pouvaient présenter<sup>227</sup>.

364. Le Groupe de travail a conclu son examen de la question en reconnaissant la réalité des enchères électroniques inversées et en confirmant son intention d'étudier s'il convenait de prévoir dans la Loi type des dispositions permettant de recourir à cette méthode à titre facultatif. Toutefois, avant de trancher définitivement la question, il est convenu qu'il serait utile d'avoir de plus amples informations sur l'utilisation pratique de cette méthode dans les pays qui l'avaient instaurée.

365. Dans le cadre des travaux la septième session (New York, 4-8 avril 2005), le Groupe de travail, dont fait partie l'Algérie, a reconnu d'emblée que les enchères électroniques inversées étaient de plus en plus utilisées comme méthode de passation des marchés dans les pays où le commerce électronique était devenu la norme, même si l'étendue de la réglementation qui leur était applicable ainsi que leur utilisation différaient largement d'un pays à l'autre.

Voulant s'inspirer des autres organisations internationales, dont l'Organisation Mondiale du Commerce et les banques multilatérales de développement qui se sont penchées sur des mesures possibles en matière d'enchères électroniques inversées, et les directives récentes de l'Union européenne sur la passation des marchés qui

---

<sup>227</sup> Par exemple, en ce qui concerne les types de marchés pouvant se prêter à une procédure d'enchère électronique inversée, on a généralement estimé qu'il faudrait indiquer aux États adoptants que cette méthode ne serait avantageuse que dans la mesure où un cahier des charges initial commun servant de base aux offres soumises pouvait être rédigé et si des critères autres que le prix pouvaient être effectivement quantifiés. Le risque de prix anormalement bas, a-t-on dit, pouvait être évité grâce à des dispositions semblables à celles qui étaient prévues dans certains systèmes régionaux, lesquelles permettaient à une entité adjudicatrice ayant des raisons de soupçonner que les prix indiqués par un fournisseur n'étaient pas réalistes d'exiger de ce dernier qu'il communique des informations supplémentaires pour justifier ses prix. Il a été signalé, à cet égard, que le problème des prix anormalement bas était plus général et ne se limitait pas au phénomène de la "fièvre des enchères" parfois constaté dans les enchères électroniques inversées. En fait, le risque de prix bas attrayants mais irréalistes pouvait fort bien se poser dans le cadre de tout type de procédure de passation des marchés. Ce problème général, a-t-on également fait observer, n'avait pas été expressément traité dans la Loi type, compte tenu apparemment de la difficulté à trouver des solutions appropriées. Des dispositions destinées à le prévenir en fixant des prix minima risquaient de ne pas être pleinement conformes au principe de la concurrence sur lequel se fondait la Loi type. D'autres solutions telles que des dispositions autorisant une entité adjudicatrice à rejeter une offre donnée au motif qu'elle contenait des prix anormalement bas risquaient quant à elles de donner lieu à des abus et nécessiteraient un examen attentif.

contenaient des dispositions sur cette méthode, le Groupe de travail a évoqué la nécessité d'harmoniser les règlements de ces diverses organisations.

366. L'Algérie n'en fait certainement pas partie dans la mesure où elle n'a jamais expérimenté une telle pratique mais il y a plusieurs délégations et observateurs qui ont fait part de leur expérience récente de la pratique des enchères électroniques inversées, lesquelles expériences qui ont abouti à une amélioration du rapport qualité-prix, de l'efficacité de l'allocation des ressources et de la transparence du processus d'attribution des marchés du fait de leur utilisation<sup>228</sup>. Sans toutefois le nommer, le rapport du Groupe de travail souligne, par ailleurs, que l'un des observateurs a mis en lumière les économies qui avaient été réalisées, par exemple au niveau des coûts des opérations entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs, et des coûts internes des entités adjudicatrices (tels que les dépenses de personnel).

367. Les membres du Groupe de travail ont soulevé une problématique qui peut émaner de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la mesure où elle pouvait avoir pour effet de décourager ou d'exclure la participation de petites et moyennes entreprises au processus de passation, et risquait donc d'être en contradiction avec d'autres objectifs de politique économique du gouvernement et de compromettre davantage les gains d'efficacité et les économies à long terme en raison de son incidence négative sur la concurrence. Il a été fait observer, en outre, que certains principes généraux de la passation des marchés énoncés dans la Loi

---

<sup>228</sup> Le Groupe de travail a cependant noté quelques préoccupations que l'utilisation des enchères électroniques inversées avait suscité, dans la mesure où elles: a) ne garantissaient pas l'obtention de l'offre sérieuse et conforme la plus basse, ni la réalisation d'économies continues lors d'enchères ultérieures; b) pouvaient avoir des coûts cachés susceptibles de réduire à néant toute économie réalisée grâce aux enchères elles-mêmes, notamment des coûts de renonciation dus à la non-participation de fournisseurs potentiels, et des dépenses d'exploitation supplémentaires dans le cas de travaux et de services; c) pouvaient inciter les enchérisseurs à l'imprudance et accroître ainsi le risque d'offres anormalement basses; d) ne tenaient peut-être pas suffisamment compte de facteurs autres que les prix, comme la qualité de l'exécution et les relations acheteur-fournisseur; e) risquaient de créer un conflit d'intérêts chez les acteurs du marché, tels que les sociétés informatiques et les "infomédiaires" ou "opérateurs de marchés électroniques", et les centrales d'achat demandant une rémunération; f) étaient plus exposées que les procédures classiques d'appel d'offres aux risques de collusion entre soumissionnaires, souvent indétectables par les entités adjudicatrices, en particulier lorsque les soumissionnaires étaient peu nombreux ou faisaient partie d'un même groupe participant à plusieurs enchères; et g) pouvaient avoir des incidences négatives sur le marché, en particulier un effet anticoncurrentiel, sur l'innovation technique et sur les pratiques innovantes.

type, y compris ceux qui interdisent la divulgation d'informations sur d'autres offres, les négociations avant clôture ou la course au moins-disant, pouvaient être contraires à certaines caractéristiques intrinsèques des enchères électroniques inversées, et le Groupe de travail a été invité en conséquence à formuler sa position générale à cet égard.

De l'avis des membres du Groupe de travail, c'est à travers une réglementation visant à promouvoir la transparence que l'on pourrait répondre à certaines des préoccupations ci-dessus, même lorsqu'elles tenaient aux caractéristiques intrinsèques des enchères électroniques inversées.

368. Les participants, avec le représentant de l'Algérie, au Groupe de travail ont fait observer que deux systèmes d'enchères électroniques inversées étaient actuellement utilisés : ceux qui considéraient ces enchères comme une méthode autonome de passation, et ceux qui y voyaient une étape facultative dans d'autres procédures de passation. En outre, il y avait principalement deux types d'enchères électroniques inversées : Celles qui étaient fondées uniquement sur le prix le plus bas et celles qui permettaient la prise en compte de critères supplémentaires. Dans certains systèmes, les critères supplémentaires étaient quantifiés au moyen d'une formule mathématique qui permettait de classer chaque soumissionnaire avant et pendant le déroulement de l'enchère elle-même. On a fait observer que, si l'utilisation de telles formules était avantageuse et éliminait les risques d'évaluations subjectives pendant le déroulement d'une enchère, on risquait aussi d'accorder une trop grande confiance à de telles méthodes de quantification.

369. Le Groupe de travail a noté que de nombreux commentateurs avaient observé que les enchères électroniques inversées donnaient les meilleurs résultats pour les biens et les services qui pouvaient être clairement spécifiés et dont les critères autres que les prix pouvaient être quantifiés, et qu'il y avait une tendance générale dans la pratique internationale à limiter l'utilisation de ces enchères aux biens normalisés

et à certains types simples de services<sup>229</sup>. Bien qu'il ait noté que la passation de marchés de travaux était généralement exclue des enchères électroniques inversées, le Groupe de travail n'a pas considéré que ces types de marché devraient être exclus en tant que tels, dans ce sens que les principales questions étaient de savoir si les spécifications pouvaient ou non être rédigées avec précision et les critères à prendre en compte facilement et objectivement quantifiés.

370. Le Groupe de travail a rappelé le point de vue qu'il avait exprimé précédemment selon lequel, à condition que soient en place des garanties appropriées, on pouvait, sans déroger aux principes de la Loi type, recourir à des enchères électroniques inversées, qui pouvaient être bénéfiques à la fois pour les entités adjudicatrices et pour les fournisseurs<sup>230</sup>. Les avis ont toutefois divergé sur le point de savoir s'il fallait insérer dans la Loi type des dispositions régissant l'utilisation des enchères électroniques inversées. Certaines délégations ont jugé prématuré de prendre une décision sur ce point compte tenu des limites de l'expérience et de la réglementation constatées en la matière. Cependant, selon l'opinion qui a prévalu, compte tenu de l'utilisation croissante qui est faite des enchères électroniques inversées et du double objectif d'harmonisation et de promotion des meilleures pratiques, il fallait que la Loi type révisée contienne effectivement des dispositions relatives à ces enchères<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> Les biens courants, tels que le carburant, le matériel informatique standard, les fournitures de bureau et les produits de construction de base, ont été donnés comme exemples d'articles dont l'achat se prêtait aux enchères électroniques inversées

<sup>230</sup> A/CN.9/568, par. 54

<sup>231</sup> Le Groupe de travail a estimé que si la Loi type pouvait contenir une disposition générale énonçant des principes essentiels à appliquer pour recourir aux enchères électroniques inversées, le Guide pour l'incorporation devrait traiter de façon précise l'utilisation de ces enchères, en particulier leurs avantages et leurs inconvénients, les problèmes couramment rencontrés et les façons d'y faire face. Certains représentants et observateurs ont noté qu'il serait souhaitable, pour assurer la cohérence de la réglementation des différents pays à ce sujet, de disposer d'orientations de la CNUDCI. On a émis la crainte qu'en l'absence de telles orientations, il ne se développe des pratiques qui divergent et s'écartent des principes de la Loi type.

371. À cette session, le Groupe de travail avait décidé que seules les enchères électroniques inversées devraient être prises en compte dans une version révisée de la Loi type. Bien que des hésitations aient été exprimées quant à l'inclusion dans la Loi type de dispositions relatives aux enchères inversées autres qu'électroniques, le Groupe de travail est convenu de statuer sur la question lorsqu'il sera saisi de projets de dispositions régissant l'utilisation des enchères électroniques inversées.

S'agissant des modes d'utilisation des enchères électroniques inversées dans la procédure de passation de marchés, c'est-à-dire la question de savoir s'il faudrait traiter les enchères électroniques inversées comme une méthode autonome de passation de marchés ou les traiter comme une étape facultative d'autres méthodes de passation de marchés, il a généralement été estimé préférable de fonder les projets de dispositions sur le fait que les enchères électroniques inversées sont une méthode autonome.

372. Le Groupe de travail a confié au secrétariat le soin de rédiger, en vue de son insertion dans la Loi type, une disposition générale autorisant le recours aux enchères électroniques inversées en tant que méthode facultative de passation de marchés, en faisant valoir que le Groupe aurait besoin d'examiner certains aspects plus précis des enchères électroniques inversées, comme leurs conditions et modalités d'utilisation, pour pouvoir achever d'étudier la disposition autorisant leur utilisation et les principes généraux correspondants. Par ailleurs, étant inscrit dans une démarche inclusive, le Groupe de travail préconise, pour rédiger des dispositions de la Loi type régissant les enchères électroniques inversées, une approche inspirée de celle adoptée sur le même sujet par les parties procédant alors à la révision de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP), en ce qui concerne l'utilisation des enchères électroniques inversées.

373. Dans le cadre des travaux de la huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005), le représentant de l'Algérie et ses coparticipants dans le Groupe de travail de la CNUDCI ont œuvré pour traiter tous les aspects liés à la procédure de l'enchère électronique inversée afin de lui assurer le meilleur encadrement possible dans le

cadre de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Ce faisant, après avoir évoqué les remarques générales que suscite cette procédure, le Groupe de travail a traité, dans le cadre de cette session : Les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversée ; les phases précédents l'enchère et le déroulement de l'enchère.

Rappelant la demande qu'il avait faite au secrétariat, à sa septième session, de rédiger des dispositions autorisant le recours aux enchères électroniques inversées<sup>232</sup>, le Groupe de travail a pris note des lignes directrices suivantes qui devaient guider la rédaction :

- ✓ i) les dispositions devraient autoriser les enchères électroniques inversées comme méthode de passation à part entière et pas simplement comme une étape dans d'autres procédures de passation ;
- ✓ ii) elles devraient traiter des conditions générales du recours à ces enchères (la plus importante de ces conditions étant qu'un cahier des charges précis puisse être établi et que les paramètres de l'enchère puissent être facilement et objectivement quantifiés) ;
- ✓ iii) elles ne devraient exclure aucun type de marché en tant que tel. Enfin, sur ce sujet les dispositions devraient prendre en considération d'autres régimes internationaux de passation des marchés.

En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 19 bis<sup>233</sup>, qui prévoyait qu'un organe de l'État adoptant autre que l'entité adjudicatrice approuverait le recours aux enchères électroniques inversées, certaines délégations ont indiqué qu'il était difficile de dire dans chaque cas si une telle enchère était un instrument de passation approprié et que l'implication d'une partie autre que l'entité adjudicatrice serait

---

<sup>232</sup> A/CN.9/575, par. 67.

<sup>233</sup> A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 9 à 17.

utile. Toutefois, il a été noté qu'une telle autorisation émanant d'un tiers ne serait peut-être autorisée par la législation dans tous les États adoptants. D'autres délégations ont été d'avis que de telles décisions ne devraient être prises que par l'entité adjudicatrice elle-même.

374. Le Groupe de travail a observé que dans certains pays, les enchères électroniques inversées étaient conduites à partir de listes ou de catalogues décrivant les éléments pouvant être acquis par ce procédé. En conséquence, le Groupe de travail a décidé que ni la passation de marché de travaux ni la passation de marchés de services ne devraient être exclus en totalité des dispositions régissant les enchères électroniques inversées, en attendant des débats supplémentaires quant au type de passation de marché qui se prêterait à une enchère électronique inversée. D'autres délégations encore ont estimé que tous les critères autres que les prix devraient, en tout état de cause, pouvoir être quantifiés et faire l'objet d'une évaluation objective afin de préserver la transparence de la procédure et les avantages de l'enchère. Certaines délégations ont tenu à faire savoir que l'exigence selon laquelle les critères devraient être quantifiables signifiait qu'ils devraient l'être de manière simple et objective.

375. Le Groupe de travail a examiné l'approche fonctionnelle du texte et dit qu'en disposant que les enchères devraient inclure uniquement des éléments pouvant être spécifiés avec précision et pour lesquels les critères d'évaluation, en plus du prix, pouvaient être quantifiés objectivement. D'autre part, l'attention du Groupe de travail a été attirée sur le fait qu'une formulation qui exclurait les "travaux" et les "services" poserait des problèmes complexes de définition et qu'une solution serait donc de laisser ces termes dans le texte avec des indications appropriées dans le Guide pour l'incorporation. Il a été convenu que la question des critères déterminerait également la complexité de l'enchère électronique inversée, et le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses débats sur cette question à sa prochaine session.

S'agissant de l'emplacement des dispositions sur les enchères électroniques inversées, il a été suggéré que toutes les dispositions relatives aux enchères

électroniques inversées soient regroupées dans une partie séparée, soit dans le chapitre V soit comme chapitre V bis, au lieu d'être éparpillées parmi les différents articles révisés de la Loi. Cette solution, a-t-on dit, aiderait à déterminer quelles dispositions devraient rester dans la Loi type et celles qui devraient figurer dans une réglementation ou dans le Guide et à rendre les dispositions de la Loi type plus faciles à appliquer et à comprendre. Une autre suggestion a été de ne placer dans une partie distincte de la Loi type que les dispositions sur les enchères électroniques inversées qui dérogeraient aux dispositions des autres parties de la Loi et, afin d'éviter les répétitions, d'utiliser des renvois si nécessaire. Cette suggestion a suscité des inquiétudes car elle présupposait que la question de savoir si les enchères électroniques inversées devraient être considérées comme une méthode distincte ou comme une étape des autres méthodes de passation avait déjà été réglée en faveur de la première solution. En réponse, il a été noté que les dispositions pouvaient être rédigées de manière à englober les deux solutions.

376. Dans les travaux de la neuvième session (New York, 24-28 avril 2006), le Groupe de travail, composé du représentant de l'Algérie et les représentants des pays membres de la CNUDCI, ont abordé longuement les projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type<sup>234</sup>.

377. Le Groupe de travail souligne, par ailleurs, que lors de la rédaction de dispositions sur les enchères électroniques inversées dans la Loi type et dans le Guide, il ne faudrait pas perdre de vue la situation et les intérêts des pays qui seraient les principaux bénéficiaires de la Loi type. On a fait observer alors que la Loi type avait jusqu'ici promu l'appel d'offres ouvert traditionnel comme un "étalon-or", dont les principes fondamentaux comprenaient l'interdiction de négociations et une possibilité unique pour les fournisseurs de soumettre leur meilleure offre, principes qui ont été contredits par les caractéristiques inhérentes aux enchères électroniques inversées. La reconnaissance et la réglementation de ces

---

<sup>234</sup> A/CN.9/WG.I/WP.43

dernières dans la Loi type pourraient revenir à s'écarter de ces principes fondamentaux et à diluer l'"étalon-or" de l'appel d'offres ouvert.

378. Le Groupe de travail a pris note des faits nouveaux dans l'utilisation et la réglementation des enchères électroniques inversées aux niveaux national et régional, ainsi que de la position des banques multilatérales de développement à cet égard. En réaffirmant que les enchères électroniques inversées comportaient un certain nombre de nouveaux risques et pouvaient augmenter ceux qui existaient dans la méthode traditionnelle de l'enveloppe scellée, le Groupe de travail a été d'avis dans l'ensemble qu'il devrait examiner tous les problèmes que posaient ces enchères de manière à les atténuer de façon adéquate par la réglementation.

Les participants au sein du Groupe de travail, ont reconnu qu'en raison de la nouveauté des enchères électroniques inversées, il serait difficile d'énoncer la meilleure pratique concernant leur utilisation. C'est pourquoi l'avis a été émis que les dispositions de la Loi type les concernant devraient être rédigées en des termes aussi généraux que possible pour tenir compte de l'évolution de la pratique en la matière. En même temps, on a dit qu'il serait important d'établir le cadre juridique indispensable pour leur fonctionnement, sur la base des principes généraux de la passation des marchés et des principes propres au fonctionnement des enchères électroniques inversées. Ont été cités comme éléments importants à cet égard l'anonymat des soumissionnaires et l'établissement de spécifications claires portées à la connaissance des fournisseurs dès le début de la passation du marché. L'importance de préserver l'anonymat des soumissionnaires a également été soulignée dans le contexte plus général de la concurrence et de la loyauté commerciale.

379. Le Groupe de travail a suggéré, pour commencer, que les dispositions soient rédigées de manière à autoriser que le prix soit le seul critère d'attribution lorsque l'on recourait aux enchères électroniques inversées. En autorisant d'autres critères, on ouvrirait la porte aux abus, car la tentative de quantifier ces critères introduisait un élément subjectif dans le processus. L'avis a été émis que l'établissement du prix le plus bas en dessous duquel une offre ne serait pas acceptée pouvait être un

moyen important de garantir la bonne gestion des enchères électroniques inversées et de se prémunir contre les offres anormalement basses.

Par ailleurs, les participants au Groupe du travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, préfèrent que les enchères électroniques inversées s'appliquent à des biens standards et à des produits courants. Ils ont fait observer dans ce sens que même des services standards pouvaient comporter des éléments qualitatifs et que la passation de marchés au moyen d'enchères électroniques inversées risquait donc de compromettre la qualité. D'un autre côté, il a été dit qu'il ne serait pas souhaitable de limiter les enchères électroniques inversées à un type particulier de passation de marchés car il serait difficile à ce stade de prévoir comment cet outil allait évoluer. Comme semblait l'indiquer l'expérience de quelques pays, les services pouvaient être achetés par enchères électroniques inversées même lorsque la qualité comptait dans le cadre d'une approche en deux étapes, la première consistant à évaluer les aspects qualitatifs.

Un certain nombre d'objections ont été soulevées contre l'idée de prévoir exclusivement les enchères du modèle 1 car elles présupposaient un processus entièrement automatisé qui, en particulier à un stade intermédiaire de développement, ne pouvait être réalisé sans qu'il y ait un risque d'exclure un nombre important de fournisseurs. Il a été convenu que l'utilisation des enchères électroniques inversées ne devrait pas être limitée à une méthode autonome de passation des marchés, pour ne pas compromettre leur évolution.

380. La question des conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées<sup>235</sup> a été également ressassée au cours de cette session. Dans ce cadre, le Groupe de travail dont fait partie l'Algérie a proposé d'insérer le texte suivant à la fin du chapitre III ("Procédure d'appel d'offres") en tant que nouvelle section IV intitulée "Enchères électroniques inversées" dans laquelle il faudrait regrouper toutes les

---

<sup>235</sup> A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 9 à 37.

dispositions relatives aux enchères électroniques inversées, y compris le texte proposé pour les articles 47 bis et ter :

***“Article [36 bis]. Conditions d’utilisation des enchères électroniques inversées.***

*L’entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation en recourant à une enchère électronique inversée conformément [à l’] [aux] article[s 47 bis et ter], dans les circonstances suivantes:*

*a) L’entité adjudicatrice est en mesure de formuler des spécifications détaillées et précises pour les biens, les travaux et les services ;*

*b) Il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d’entrepreneurs dont on pense qu’ils sont qualifiés pour participer à l’enchère électronique inversée de sorte qu’une concurrence effective soit assurée ;*

*c) Le marché porte sur: i) Des biens d’usage courant, dont les caractéristiques sont généralement disponibles sur le marché; ou ii) Des services ou des travaux d’usage courant, dont les caractéristiques sont généralement disponibles sur le marché à condition qu’ils soient de nature simple; et.*

*d) Le prix est le seul critère pour déterminer la soumission à retenir ; ou e) [Variante pour le législateur : le prix et d’autres critères pouvant être exprimés en chiffres ou convertis en unités monétaires et faire l’objet d’une évaluation automatique sont les seuls critères pour déterminer la soumission à retenir].”*

381. Le Groupe de travail a, semble-t-il, unanimement soutenu la formulation proposée dans la mesure où elle représentait une solution de compromis rédigée de manière suffisamment générale et souple pour permettre l’évolution des enchères électroniques inversées suivant différents paramètres. Ainsi il est convenu qu’il fallait considérer les dispositions de l’article 36 bis proposé comme formant un tout, de façon à préserver l’effet de toutes ses garanties. Il a toutefois été indiqué que le texte proposé favorisait les considérations de prix aux dépens de la qualité et que l’approche devrait être réexaminée. À cela, il a été objecté qu’une telle approche était inhérente à l’enchère électronique inversée et que, par conséquent, pour les marchés où la qualité était plus importante ou aussi importante que le prix, d’autres méthodes de passation pourraient être plus indiquées.

En outre, pour préserver les avantages de l'enchère électronique inversée comme mécanisme efficace et pour atténuer les difficultés rencontrées dans la formulation de spécifications précises, le Groupe de travail a proposé que le Guide traite de l'opportunité d'une terminologie commune relative aux marchés qui désignerait les biens, les travaux et les services par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché. Il a aussi été proposé de dresser des listes des biens, travaux ou services ne se prêtant pas aux enchères électroniques inversées ou une liste des caractéristiques que les biens, travaux ou services devaient présenter pour faire l'objet d'une telle enchère.

Par ailleurs, il a été convenu que le recours aux enchères électroniques inversées ne serait pas subordonné à l'approbation d'un tiers. Comme l'indiquait l'emplacement de l'article proposé, le Groupe de travail est convenu que les enchères électroniques inversées constitueraient, pour l'essentiel, un élément de la procédure d'appel d'offres, mais il n'a pas écarté la possibilité qu'elles soient utilisées comme méthode autonome de passation ou comme étape dans le contexte d'accords-cadres à phases multiples.

382. Dans le cadre de la dixième session (Vienne, 25-29 septembre 2006), le Groupe de travail, dont fait partie l'Algérie, ont ressassé les projets de dispositions permettant l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la Loi type<sup>236</sup>, notamment en ce qui concerne l'emplacement des dispositions sur les enchères électroniques inversées ainsi que les conditions de leurs utilisations. Ce faisant, le Groupe de travail a examiné la structure globale de la Loi type, en notant que les conditions d'utilisation et les procédures à appliquer dans des méthodes de passation particulières figuraient dans des chapitres différents de la Loi.

383. Du fait qu'il pourrait envisager de modifier cette structure à un stade ultérieur, il est convenu provisoirement d'insérer les dispositions énonçant les conditions

---

<sup>236</sup> A/CN.9/WG.I/WP.48, A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 54 à 66, A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 6, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 27.

d'utilisation des enchères dans le chapitre II de la Loi type (qui énumérait les méthodes de passation des marchés et les conditions d'utilisation de ces méthodes). Il est convenu que les dispositions à caractère procédural seraient insérées, quant à elles, dans une autre partie de la Loi. De cette manière, les enchères électroniques inversées pourraient aussi être utilisées dans différentes méthodes de passation, comme l'appel d'offres ou la sollicitation de prix, ou comme une méthode à part entière.

En ce qui concerne les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées<sup>237</sup>, les propositions rédactionnelles suivantes ont été formulées et acceptées par le Groupe de travail :

- ✓ i) mettre les passages et dispositions concernant les travaux ou les services entre crochets dans l'ensemble du texte pour indiquer aux États adoptants que ces types de marchés pourraient être exclus du champ d'application de l'article ; et ;
- ✓ ii) supprimer les mots "biens, travaux ou services d'usage courant" pour parler dans l'ensemble du texte de "biens, travaux ou services généralement disponibles sur le marché".

384. Sur la question de savoir quels critères d'attribution – prix seulement ou prix et autres critères – devraient être autorisés dans les marchés passés au moyen d'enchères électroniques inversées, le Groupe de travail a estimé que, si l'on voulait que la Loi type révisée soit acceptable, ses dispositions devraient être rédigées en termes suffisamment souples afin de permettre l'application à la fois du critère "prix" et d'autres critères pour déterminer l'offre à retenir. Il a été rappelé cependant que l'idée de départ était que les enchères électroniques inversées convenaient tout à fait pour les marchés où le prix était le seul critère d'attribution et on a observé que le libellé plus souple de la seconde variante pourrait permettre

---

<sup>237</sup> A/CN.9/WG.I/WP.48, par. 3 à 17

l'introduction d'autres critères dans des circonstances inappropriées. Après discussion, il a été décidé de conserver les deux variantes dans la Loi type et de laisser le soin à la réglementation des marchés de préciser quelle variante conviendrait dans tel ou tel cas. La seconde variante a donc été modifiée comme suit :

*“Lorsque l’offre à retenir doit être déterminée sur la base du prix et d’autres critères pouvant être convertis en unités monétaires et faire l’objet d’une évaluation automatique.”*

385. Dans le cadre des travaux de la douzième session (Vienne, 3-7 septembre 2007), le Groupe de travail a repris les débats sur les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées. Ce faisant, afin de s'aligner sur une disposition analogue figurant à l'article 54-5 de la directive 2004/18/CE de l'Union européenne, il a été convenu d'ajouter les mots suivants : “L'invitation à participer à l'enchère est accompagnée par le résultat de l'évaluation complète des offres initiales”.

On a souligné à propos de cette modification que, pour préserver l'anonymat des soumissionnaires, les résultats de l'évaluation complète des offres initiales devraient être communiqués individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs concernés, mais uniquement dans la mesure pertinente pour chacun d'eux, afin d'éviter de porter atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des parties ou d'entraver par la suite le libre jeu de la concurrence.

D'autres modifications ont été également proposées, par le Groupe de travail dont fait partie le représentant de l'Algérie<sup>238</sup>.

386. Dans la quatorzième session (Vienne, 8-12 septembre 2008), le Groupe de travail de cette session a remis à l'ordre du jour les conditions d'utilisation et procédures afférentes aux enchères électroniques inversées<sup>239</sup>.

387. Le représentant de l'Algérie au sein du Groupe de travail et ceux des autres pays membres ont approuvé le projet d'article tel que révisé à la session en cours<sup>240</sup>. Par

---

<sup>238</sup> Le Groupe de travail est aussi convenu de remplacer l'expression "première évaluation complète des soumissions" dans le paragraphe 3 par les mots "évaluation complète des offres initiales". Il a prié le secrétariat d'apporter d'autres modifications rédactionnelles aux paragraphes 2 b) et 3, afin de veiller à la clarté et à la cohérence des termes employés et de la présentation, notamment en ce qui concerne l'évaluation et les critères d'attribution. Texte du Guide pour l'incorporation 58. Il a été convenu d'apporter les modifications suivantes au projet de texte à insérer dans le Guide: a) Remplacer dans le paragraphe 1 les mots "[en plus]" par les mots "de prix et"; b) Supprimer les mots "mais n'impose ni n'encourage" du paragraphe 3; c) Supprimer le texte figurant entre crochets aux paragraphes 3, 5 et 10; d) Faire des renvois plus précis aux paragraphes et aux alinéas pertinents de l'article 22 bis dans l'ensemble du texte du Guide; e) Reformuler comme suit la dernière phrase du paragraphe 8: "Il permet également à l'entité adjudicatrice d'annuler l'enchère conformément à l'article 51 quater si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour y participer est insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère"; f) Dans la deuxième phrase du paragraphe 10, supprimer les mots "par conséquent", placer la référence aux "chiffres" et aux "pourcentages" après le mot "quantifiables" et ajouter les mots "peuvent être" avant les mots "exprimés en termes monétaires". Il a été souligné que ce paragraphe, qui expliquait les dispositions de l'article 22 bis, faisait référence aux critères quantifiables autres que le prix qui seraient évalués avant l'enchère ou soumis à cette dernière et non aux éléments décisifs des spécifications qui déterminaient si une offre était conforme ou non, ni aux systèmes de points; g) Supprimer les deux dernières phrases du paragraphe 10 telles qu'elles étaient rédigées et aborder, dans la section générale du Guide, les problèmes d'objectivité que posait l'utilisation de critères autres que le prix et leur pondération dans l'attribution de marchés car ces problèmes concernaient toutes les méthodes de passation. Le paragraphe 10 aborderait néanmoins cette question dans le contexte spécifique des enchères électroniques inversées et renverrait à la discussion générale; et h) Ajouter un passage sur les mesures pratiques qu'il serait utile que les États adoptants prennent lors de l'introduction des enchères électroniques inversées, par exemple faire connaître cette technique de passation et dispenser la formation nécessaire aux soumissionnaires et aux autres parties intéressées.

<sup>239</sup> A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3

<sup>240</sup> Le Groupe de travail a noté que l'article proposé se fondait sur le texte révisé à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 56 et 57, et A/CN.9/WG.I/WP.59, par. 3) et que des modifications mineures avaient été faites pour tenir compte des changements qu'il était proposé d'apporter à la Loi type. 214. Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "les biens, les travaux ou les services" par "l'objet du marché", le Guide devant fournir une explication sur le type de passation dans lequel une enchère électronique inversée pourrait être utilisée. Il a été suggéré par ailleurs de modifier le paragraphe 2 a) en ajoutant une référence aux "biens standardisés". Cette suggestion a été retirée par la suite étant entendu que la question serait discutée à l'occasion de l'examen des dispositions du Guide qui accompagneraient le paragraphe 2 a). Il a également été suggéré que le Guide fasse des propositions rédactionnelles aux États adoptants pour réglementer une simple enchère électronique inversée portant uniquement sur le prix.

ailleurs, ils ont suggéré de remplacer, dans le projet d'article 48, les mots "la soumission la plus basse résultant de l'évaluation" par les mots "la meilleure soumission selon l'évaluation", puisque dans la pratique la soumission qui était acceptée était la plus élevée ou la meilleure, et non la plus basse, selon l'évaluation. Les dispositions, a-t-on fait observer, telles que rédigées alors pourraient prêter inutilement à confusion.

388. Le Groupe de travail a par ailleurs noté que la modification suggérée devrait être examinée conjointement avec d'autres dispositions de la Loi type, notamment le projet d'article 12 sur les critères d'évaluation. Il a également été fait remarquer que les termes employés dans le projet d'article 48 s'inspiraient de ceux employés dans le texte de 1994.

Il est, par ailleurs, important de souligner que les travaux de cette session ont le mérite de clore les débats et, passant, arrêter les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées qui ont été insérées dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011 et le guide de son incorporation dans le droit interne des pays adoptant. Faudrait-il souligner, au demeurant, que les travaux du Groupe de travail, dont fait partie l'Algérie, ont contribué également à l'intégration des procédures préalables aux enchères électroniques inversées dans la loi type de la CNUDCI (Sous-section 2).

#### ***2.1.1.2.2 Sous-section 2 : La participation de l'Algérie aux travaux ayant abouti à l'introduction des procédures préalables aux enchères proprement dites.***

389. Les procédures préalables à la phase de l'enchère ont également été évoquées, développées et encadrées dans le cadre des sessions respectives tenues par le représentant de l'Algérie et coparticipants au Groupe de travail de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International.

390. Les travaux sur les procédures préalables à la phase de l'enchère ont été entamés dans le cadre de la **neuvième session du Groupe de travail I (Passation de**

**marchés) qui s'est déroulée à New York, du 24 au 28 avril 2006.** Le Groupe de travail a examiné, au cours de cette session, les propositions émises dans le document A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 38 à 53, notamment le projet d'article 47 bis, prévoyant la possibilité pour les fournisseurs de se retirer de l'enchère électronique inversée avant sa clôture. Il a été déclaré que cet article ne comportait pas de disposition expresse à cet égard mais que, compte tenu de l'obligation faite à l'entité adjudicatrice de veiller en permanence à maintenir une concurrence suffisante, les fournisseurs pouvaient en effet se retirer.

Par ailleurs, le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, relève dans son rapport qu'on pouvait distinguer deux types d'enchères électroniques inversées : dans le premier, toutes les étapes d'une procédure d'appel d'offres ordinaire, y compris l'évaluation de la conformité de l'offre initiale et des qualifications des fournisseurs, seraient menées avec toutes les garanties qu'offre le système de l'enveloppe scellée. Par la suite, tous les fournisseurs qualifiés seraient invités à participer à l'enchère, qui déterminerait l'adjudicataire. Dans un tel système, les fournisseurs pourraient se retirer puisque l'évaluation précédant l'enchère aurait permis de s'assurer que l'adjudicataire serait en mesure d'exécuter le contrat.

Dans le second type d'enchères électroniques inversées, il n'y aurait pas d'évaluation préalable et la vérification de la conformité de l'offre ou des qualifications des fournisseurs n'aurait lieu qu'une fois l'enchère close. Il a été signalé au Groupe de travail que des enchères électroniques inversées se déroulaient déjà de cette manière et que ces procédures pouvaient permettre de réduire au maximum le risque de fraude dans la conduite de l'enchère puisque les informations confidentielles qui seraient communiquées dans une offre initiale ne seraient pas disponibles avant l'enchère elle-même.

391. Dans ce système, les fournisseurs se contentaient de confirmer qu'ils acceptaient les spécifications et qu'ils étaient qualifiés pour participer à la passation du marché au moment où l'enchère commençait. On a fait observer qu'une évaluation de la conformité des offres et des qualifications postérieures à l'enchère accroissait le

risque de découvrir, à ce moment, que le fournisseur qui l'avait emporté n'était pas qualifié ou que son offre n'était pas conforme, auquel cas un autre fournisseur se verrait attribuer le marché (en conformité avec les règles établies). Puisque dans ce système rien ne garantissait que le fournisseur l'ayant emporté puisse exécuter le contrat, le Groupe de travail estime qu'il n'était pas recommandé de permettre aux fournisseurs de se retirer.

392. Par ailleurs, le Groupe de travail a estimé que la Loi type devrait être suffisamment souple pour permettre aux deux systèmes de fonctionner, à condition de prévoir des garanties suffisantes pour se prémunir contre les fraudes et les abus. Il a demandé que le projet d'article 47 bis soit reformulé pour offrir suffisamment de souplesse à cet égard. Concernant le texte dans sa version initial, il a été convenu que le paragraphe 2 devrait prévoir que, lorsque le premier type d'enchère électronique inversée évoqué ci-dessus était envisagé, les fournisseurs ou les entrepreneurs devraient, avant l'enchère, présenter des offres initiales qui soient complètes à tous égards<sup>241</sup>.

En ce qui concerne la possibilité pour les fournisseurs de se retirer de l'enchère électronique inversée et la garantie d'une concurrence effective, il a été convenu que le paragraphe 3 d) devrait prévoir que :

*“L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à un moment ou à un autre avant la clôture de l'enchère, est de l'avis de l'entité adjudicatrice insuffisant pour assurer une concurrence effective, cette dernière [annule/peut annuler] l'enchère électronique inversée”.*

393. Durant la session suivante du Groupe de travail I (Passation de marchés) de la CNUDCI, à savoir **la dixième session qui s'est déroulée à Vienne, entre le 25 et**

---

<sup>241</sup> Il a également été convenu que, dans cet article, le terme “offres” convenait mieux que “soumissions”, et qu'un terme plus approprié que “éléments” serait recherché pour décrire les parties de l'offre qui feraient l'objet de l'enchère.

**le 29 septembre 2006**, le Groupe de travail s'est accordé sur la nécessité de modifier les dispositions relatives aux procédures préalables à l'enchère proprement dite pour les aligner sur l'article 36 bis.

394. Le Groupe de travail est également convenu que la Loi type ne devrait pas empêcher l'utilisation appropriée d'enchères électroniques inversées pour la passation de marchés dans des méthodes autres que l'appel d'offres, par exemple la sollicitation de prix, de même que dans toutes autres techniques de passation susceptibles d'être envisagées dans sa version révisée, comme les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamique. Indépendamment de la question de l'évaluation des qualifications des fournisseurs et de la conformité des offres, le Groupe de travail a noté que deux types d'enchères électroniques inversées devraient être envisagés: d'une part, une version plus simple comportant le prix ou d'autres éléments modifiables pouvant être convertis en unités monétaires comme seuls critères d'attribution; d'autre part, une version plus complexe, dans laquelle des éléments non modifiables de l'offre feraient l'objet d'une évaluation préalable. Les éléments variables qui pourraient être exprimés en unités monétaires seraient ensuite soumis à l'enchère.

395. Les propositions rédactionnelles ci-après ont été présentées et renvoyées au secrétariat pour qu'il les étudie lors de l'élaboration d'une version révisée de l'article:

- ✓ i) à propos du paragraphe 1, indiquer, pour les méthodes de passation dans lesquelles des enchères électroniques inversées pourraient tout à fait être utilisées, quelles conditions, parmi celles normalement appliquées à chacune de ces méthodes, régiraient les enchères devant être conduites ;
- ✓ ii) autoriser les deux types d'enchères – version plus simple et version plus complexe – évoqués plus haut ;

- ✓ iii) reformuler l'article de façon à bien faire ressortir quelles procédures préalables s'appliqueront dans l'une et l'autre version ;
- ✓ iv) indiquer que les règles de conduite des enchères, les critères d'évaluation des offres et toute formule ou autre mécanisme utilisé pour réévaluer automatiquement les offres devraient être communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs au début du processus de passation ;
- ✓ v) au paragraphe 3, remplacer le renvoi au paragraphe 3 de l'article 34 par un renvoi au paragraphe 2 de ce même article, relatif à la détermination de la conformité des offres, si les références à la procédure d'appel d'offres sont conservées ;
- ✓ vi) dans le cadre des enchères plus complexes, indiquer que les invitations à participer à l'enchère proprement dite (après la ou les évaluations préalables) doivent être adressées "aux soumissionnaires qui ont rempli les critères impératifs" ou "aux soumissionnaires qui ont été choisis" plutôt qu'à "tous les fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux dont les offres ont été rejetées" suite à ces évaluations ;
- ✓ vii) modifier l'ordre des paragraphes pour décrire d'abord les procédures communes aux deux types d'enchères ; et ;
- ✓ viii) faire obligation à l'entité adjudicatrice d'annuler les enchères si, à son avis, le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs est insuffisant pour assurer une concurrence effective à tout moment avant l'ouverture (plutôt que la clôture) des enchères (on a cependant fait observer que cette approche était trop stricte par rapport à l'approche plus souple adoptée dans certains pays).

396. Le Groupe de travail a examiné une autre version proposée pour l'article 47 bis, libellée comme suit :

***“Article [47 bis]. Conduite de l’enchère électronique inversée avant la phase d’enchère proprement dite***

*1) [Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s’appliquent à la passation de marchés au moyen d’enchères électroniques inversées sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.]*

*2) L’entité adjudicatrice peut exiger une présélection ou, en plus, la soumission et l’évaluation d’offres initiales.*

*3) Si la présélection est exigée, l’entité adjudicatrice présélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux paragraphes 5 et 6 de l’article 7.*

*4) Si la soumission d’offres initiales est exigée, l’entité adjudicatrice procède à une évaluation initiale des offres pour déterminer si elles sont conformes selon le paragraphe 2 de l’article 34.*

*5) L’entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l’enchère à tous les fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux qui n’ont pas été présélectionnés ou ceux dont les offres ont été rejetées en application du paragraphe 3 de l’article 34.*

*6) L’invitation indique aux fournisseurs et aux entrepreneurs les modalités et les délais d’inscription pour participer à l’enchère. Elle contient, à moins qu’elles n’aient déjà été communiquées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, toutes les informations nécessaires pour leur permettre de participer à l’enchère.*

*7) L’entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d’entrepreneurs invités à participer à l’enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Si, à tout moment avant l’ouverture de l’enchère, le nombre de fournisseurs ou d’entrepreneurs est, de l’avis de l’entité adjudicatrice, insuffisant pour assurer une concurrence effective, elle annule l’enchère électronique inversée.*

*8) Si l’offre à retenir est déterminée sur la base non pas du seul prix mais du prix et de critères convertis en unités monétaires conformément à l’article 36 bis [second alinéa d)] [alinéa e)], l’entité adjudicatrice évalue les éléments des offres qui ne seront pas présentés à l’enchère conformément à ces critères et à la formule spécifiée dans le dossier de sollicitation pour la conversion de ces éléments en unités monétaires.”*

397. Les membre du Groupe de travail, institué par la CNUDCI, ont précisé, lors de la présentation de ce projet d'article, que celui-ci ne valait que pour la phase précédant l'enchère proprement dite ; pendant l'enchère elle-même, les éléments autres que le prix et les éléments mentionnés au paragraphe 8 du projet d'article qui seraient éventuellement appliqués pourraient être pris en considération pour déterminer le vainqueur. Il a aussi été souligné, au sujet du paragraphe 8 du projet d'article, que son champ d'application avait été réduit conformément à la seconde variante de l'alinéa d) du projet d'article 36 bis.

398. Par ailleurs, les dispositions devraient être rédigées, selon un avis, de manière à tenir compte de l'évolution inévitable des enchères électroniques inversées afin de ne pas devenir obsolètes. Aussi, toute enchère devrait-elle être permise sous certaines conditions, à savoir que l'on garantisse :

- ✓ i) la transparence, notamment en communiquant, au début du processus de passation, soit dans les spécifications soit dans les invitations à présenter une demande de présélection ou à participer à l'enchère, toutes les informations aux fournisseurs qui leur permettraient de déterminer comment les offres seront évaluées et comment ils se classent pendant le processus d'évaluation par rapport aux autres participants ; et ;
- ✓ ii) l'objectivité, notamment en exigeant que l'enchère proprement dite soit la phase définitive pour déterminer l'offre à retenir afin d'empêcher toute évaluation postérieure.

399. Après avoir été largement développée dans le cadre de la onzième session qui s'est déroulée à New York, du 21 au 25 mai 2007, le Groupe de travail I (Passation de marchés) de la CNUDCI a clôturé ses travaux et a validé, à l'issue des travaux de **sa douzième session (Vienne, 3-7 septembre 2007)**, les dispositions devant encadrer la phase préalable aux enchères proprement dites dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

400. Ainsi, le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a finalisé, dans le cadre de cette session, la rédaction du projet d'article 51 bis à sexies<sup>242</sup> qui devrait être intégré dans le Guide d'incorporation de la loi type dans le droit interne des Etats adoptant, pour lequel un certain nombre de réserves ont été formulées, notamment en ce qui concerne les dispositions au paragraphe 2 c), qui envisagent de donner à l'entité adjudicatrice la possibilité de limiter le nombre de candidats à l'enchère. Ce faisant, le Groupe de travail a fait observer que, d'un côté, cette disposition pourrait restreindre de façon injustifiée la concurrence et, d'un autre côté, il arrivait dans la pratique que le nombre de candidats souhaitant participer à l'enchère électronique inversée dépasse la capacité du système.
401. L'opinion qui a prévalu a été que le fait de limiter le nombre de fournisseurs pouvait être justifié mais que cette possibilité devrait être examinée au cas par cas. Cependant, il faudrait prévoir dans la Loi type des dispositions garantissant que les limites qui pourraient être imposées le soient de façon justifiée et objective. On a également fait observer que la façon de limiter le nombre de participants devrait être objective et traitée de façon cohérente dans l'ensemble de la Loi type et que les entités adjudicatrices devraient être tenues d'assurer un maximum de concurrence et pas seulement une concurrence suffisante.
402. Un certain nombre de représentants ont déclaré par ailleurs que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être autorisée à limiter le nombre de candidats dans la mesure où le principe général énoncé dans la Loi type était de garantir une concurrence entièrement libre et équitable.
403. Par ailleurs, le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a appuyé le point de vue selon lequel une évaluation de la conformité avant l'enchère devrait être imposée dans toutes les enchères électroniques inversées et que la soumission d'offres initiales aux fins d'évaluation devrait être obligatoire pour

---

<sup>242</sup> A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 10 à 33

toutes les enchères électroniques inversées dans le cadre desquelles des critères autres que le prix seraient utilisés pour déterminer l'offre à retenir. Néanmoins, le Groupe de travail a pris acte d'un autre point de vue selon lequel il serait préférable de maintenir la souplesse actuellement accordée aux autorités adjudicatrices à cet égard en leur donnant la possibilité, lorsqu'il y a lieu, d'évaluer la conformité des offres après l'enchère.

404. En ce qui concerne l'obligation d'assurer une concurrence effective (énoncée au projet d'article 51 quater), certains représentants ont indiqué qu'il serait souhaitable d'exiger que l'entité adjudicatrice spécifie dans l'avis d'enchère le nombre minimum de fournisseurs devant s'inscrire pour participer à l'enchère afin d'assurer une concurrence effective. Cette suggestion a suscité des réserves motivées par le fait que, pour garantir une concurrence effective et prévenir la collusion, il ne suffisait pas simplement d'avoir un certain nombre de candidats.

405. L'opinion qui a prévalu a été qu'un nombre minimum de candidats contribuerait à assurer une concurrence effective et qu'aucun nombre précis ne devrait être fixé dans la Loi type ou le Guide pour l'incorporation, mais les opinions divergeaient sur le point de savoir si l'entité adjudicatrice devrait être tenue d'indiquer un nombre minimum dans l'avis d'enchère.

406. En outre, le Groupe de travail a également statué sur la nécessité de donner à l'entité adjudicatrice la latitude de décider, pour chaque procédure de passation, s'il était justifié de fixer un nombre maximum ou minimum de candidats ; cette latitude serait subordonnée aux exigences de concurrence effective et de non-discrimination dans le traitement des candidats ; et toute décision de ce genre devrait être mentionnée dans l'avis d'enchère électronique inversée.

407. En ce qui concerne la structure de l'article 51 bis, on a noté que cet article avait été rédigé de manière à traiter la question des procédures préalables à l'enchère pour tous les types d'enchères électroniques inversées utilisées comme méthodes de passation à part entière et qu'afin d'éviter que le texte ne soit excessivement

long, on avait eu largement recours à des renvois à d'autres articles de la Loi type. Le Groupe de travail a estimé que le résultat était complexe et difficile à suivre et a donc examiné la question de savoir si le recours à d'autres solutions rédactionnelles ne pourrait pas rendre cet article et les procédures plus faciles à comprendre. Une solution qui a été proposée consistait à reproduire intégralement toutes les dispositions pertinentes dans le texte.

408. Les coparticipants avec le représentant de l'Algérie au sein du Groupe de travail ont convenu de scinder le texte en plusieurs articles et de définir les concepts qui y étaient utilisés afin de faciliter la compréhension de certaines de ses dispositions. Pour ce faire, Ils ont demandé au secrétariat d'étudier comment les dispositions contenues dans le texte pourraient être présentées afin d'en faciliter la lecture.

409. Le Groupe de travail a également examiné la question de savoir si une méthode de passation quelconque telle que l'appel d'offres devait être expressément exclue du champ d'application du projet d'article. Rappelant la décision qu'il avait prise à sa onzième session (A/CN.9/623, par. 74), le Groupe a marqué son accord avec la solution rédactionnelle qui laissait la possibilité de recourir aux enchères électroniques inversées dans le cadre de diverses méthodes de passation envisagées par la Loi type, étant entendu que le Guide devrait donner des indications précises sur toutes les questions pertinentes qui se posaient.

410. S'agissant du projet d'article 51 quater<sup>243</sup>, le représentant de l'Algérie et ses coparticipants ont convenu qu'il faudrait développer le projet d'article pour assurer une concurrence effective en termes non seulement quantitatifs, mais aussi qualitatifs, et que le droit d'annuler l'enchère électronique inversée en cas de concurrence insuffisante s'appliquerait à la fois avant et pendant l'enchère. De ce

---

<sup>243</sup> A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 18 à 20

fait, le Groupe de travail est parvenu d'inclure, dans le projet d'article 51 quater, un nouveau paragraphe 3 disposant ce qui suit :

*“En fonction de la nature des biens, des services ou des travaux à adjudger et sous réserve que soit utilisée la méthode de l'enchère électronique inversée, l'entité adjudicatrice peut fixer un nombre minimum ou un nombre minimum et maximum de soumissionnaires pour assurer, dans toute la mesure possible, la concurrence effective mentionnée aux paragraphes précédents du présent article, et pour écarter toute discrimination ou exclusion arbitraire, respectant en cela les dispositions de l'article 51 bis-4.”*

411. Il a été noté qu'il faudrait modifier en conséquence le projet d'article 51 bis pour faire en sorte que la décision prise par l'entité adjudicatrice quant au nombre maximum ou minimum de soumissionnaires apparaisse dans l'avis d'enchère électronique inversée.
412. En ce qui concerne le renforcement du critère de concurrence effective, il a été proposé que l'article 51 quater inclue l'obligation d'assurer “une concurrence effective dans toute la mesure possible” compte tenu, en particulier, du fait que dans certains pays, cette “concurrence effective” avait été interprétée comme celle minimale exigée par la loi et n'était pas une garantie de satisfaction. D'autres intervenants ont estimé que cette interprétation n'était pas courante.
413. Il a été souligné, dans le rapport des travaux de la douzième session du Groupe de travail (Vienne, 3-7 septembre 2007), que la Loi type exigeait, de manière générale, une concurrence pleine et ouverte, que les raisons de limiter la participation étaient à la fois exceptionnelles et pratiques, et que le but était de limiter le nombre de participants, pas le principe de concurrence. En conséquence, une limitation du nombre de participants ne serait autorisée que dans la mesure des motifs invoqués pour l'imposer. Il a également été observé qu'il faudrait que les mêmes motifs de limitation s'appliquent à toutes les méthodes de passation de marchés dans lesquelles une concurrence pleine et ouverte pourrait être entravée.

De plus, il a été convenu que le concept de “concurrence effective” mentionné dans la Loi type devrait être expliqué dans l’une des premières sections du Guide comme renvoyant à une concurrence pleine et ouverte ou aux seules limitations autorisées par la Loi type dans certaines circonstances et avec les garanties bien déterminées, et que cette limitation ne devrait pas créer de discrimination.

414. En ce qui concerne le projet d’article 51 quinquies-1 c), le Groupe de travail s’est interrogé sur les informations qui devraient être divulguées aux participants au cours de l’enchère. On a souligné la nécessité de concilier le souci de transparence avec les considérations relatives à la concurrence et les intérêts légitimes des candidats. Selon un avis, dont l’auteur n’a pas été rendu public, il ne faudrait divulguer au cours de l’enchère que des informations restreintes, par exemple sur le point de savoir si un candidat avait présenté la meilleure offre. Ainsi, le meilleur prix ne serait ainsi divulgué à aucun moment de l’enchère, car une telle divulgation inciterait à diminuer de très peu le montant des offres, ce qui empêcherait l’entité adjudicatrice d’obtenir le meilleur résultat et risquerait par ailleurs de favoriser la soumission d’offres anormalement basses. Ceci n’était pas de l’avis de l’un des participants qui estime que l’expérience avait montré dans certains pays que la divulgation du meilleur prix au cours de l’enchère n’avait pas d’effets négatifs.

415. L’avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail penche vers la nécessité de conserver l’approche souple du texte qui prévalait à cette époque, compte tenu de la diversité et de l’évolution des pratiques, et ce, tout en favorisant l’option d’exposer dans le Guide les différentes options ainsi que leurs avantages et inconvénients. Ainsi, il a été convenu qu’au paragraphe 4 du projet d’article :

- ✓ i) il faudrait préciser que la disposition visait la défaillance des systèmes ou des communications de l’entité adjudicatrice et non de ceux des fournisseurs ou entrepreneurs ;

- ✓ ii) les mots “[qui empêchent la tenue de l’enchère]” devraient être remplacés par les mots “qui compromettent la tenue en bonne et due forme de l’enchère” ou par une formule analogue; et ;
- ✓ iii) il faudrait supprimer la deuxième série de crochets (mais pas le texte y figurant).

416. Afin d’éviter le risque de manipulation des systèmes de communication pour empêcher certains soumissionnaires de participer à une enchère électronique inversée, plusieurs délégations ont été d’avis que l’entité adjudicatrice devait suspendre l’enchère électronique inversée en cas de défaillances des systèmes de communication. On a estimé qu’il faudrait prévoir, s’agissant des défaillances des systèmes, des garanties contre toute manipulation de la part de l’entité adjudicatrice, notamment en offrant des moyens de vérifier les causes, la nature et l’authenticité des défaillances ainsi que les mesures prises par l’entité adjudicatrice pour y remédier.

417. S’agissant du projet d’article 51 sexies<sup>244</sup>, le représentant de l’Algérie et ses confrères au sein du Groupe de travail de la Commission, ont décidé de refléter dans le projet d’article le fait que quatre options éventuelles pouvaient être suivies si le soumissionnaire retenu ne concluait pas le marché : les trois options figurant dans le texte ou l’annulation de la passation de marché. Le Groupe de travail a demandé que le texte soit révisé de manière à y inclure la quatrième option et à faire en sorte que les options soient présentées clairement. Il a également été décidé d’indiquer dans le texte que la conformité pouvait être évaluée après l’enchère.

418. Le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l’Algérie, a suggéré par ailleurs de fournir des conseils aux États adoptants au sujet des aspects de la procédure de vérification des qualifications, de la conformité et des offres

---

<sup>244</sup> A/CN.9/WG.I/WP.55, par. 29 à 33

électroniques inversées après l'enchère, eu égard aux spécificités des enchères électroniques inversées, notamment au fait qu'elles étaient conçues pour limiter ou exclure l'intervention humaine dans l'attribution des marchés sur la base des résultats de l'enchère.

419. C'est ainsi que le Groupe de travail, composé du représentant de l'Algérie et ceux des autres pays membres de la CNUDCI, a participé activement dans les travaux d'actualisation

420. Même si les rapports ayant conclu les travaux des sessions successives du Groupe de travail 1 (Marchés publics)<sup>245</sup>, n'ont jamais dévoilé l'identité des auteurs des différentes opinions exprimées dans lesdits rapports, ce qui n'aide guère à avoir une idée précise sur les contributions propres au représentant de l'Algérie, l'on ne peut nier, à l'aune de ce qui est développé supra, que cette dernière a activement participé à l'actualisation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pour tenir compte des nouvelles pratique qui découlent de l'utilisation de moyens de communication électronique dans la passation des marchés publics.

Cependant, force est de constater que la participation du représentant de l'Algérie et ceux des autres pays membres du Groupe de travail de la CNUDCI dépasse le domaine de la dématérialisation des marchés publics dans la mesure où leurs rapports successifs font état de leur participation active dans l'actualisation de la Loi type en capitalisant l'expérience acquise de l'utilisation de la Loi type de 1994 comme base de la réforme du droit (Chapitre 2).

---

<sup>245</sup> Initié par la CNUDCI afin d'actualiser et moderniser sa loi type sur les marchés publics,

### **2.1.2 Chapitre 2 : La participation de l'Algérie aux travaux de l'actualisation de la loi type de la CNUDCI en capitalisant sur l'expérience acquise de l'utilisation de l'ancienne version comme base de la réforme du droit.**

421. Il importe de rappeler que, dans son rapport des travaux de sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a rappelé que la Loi type avait servi de modèle à de nombreux États pour mettre sur pied des systèmes modernes de passation des marchés publics et que, dans ses délibérations à venir, il devrait s'attacher à en promouvoir une utilisation accrue et une application efficace. Aussi, le représentant algérien et ses confrères, ont évoqué la nécessité de faire en sorte que la Loi type ne devienne pas trop directive dans son approche et maintenir la souplesse qui en caractérisait le texte lorsque celui-ci avait été adopté en 1994.
422. Ainsi, le Groupe de travail de la CNUDCI, tout au long des différentes sessions, aussi bien celles auxquelles le représentant algérien a participé que celles auxquelles il fut absent, a étudié les mesures tendant à rendre cette loi type plus accessible et attractive pour les Etats adoptants, tantôt en améliorant les mesures déjà existantes (Section 1) et, tantôt y en introduisant de nouvelles dispositions (Section 2).

### **2.1.2.1 Section 1 : Mesures visant à améliorer des dispositions existantes :**

423. La Commission des Nations unies a jugé dans sa résolution précédemment citée que la loi type de la CNUDCI de 1994 mériterait d'être révisée pour s'adapter aux changements provoqués notamment par les développements technologiques qui ont rendu nécessaire l'exploration d'autres formes de passation de marchés, d'un côté, et d'actualiser son contenu pour prendre en considération les remarques, les contraintes et les pistes d'amélioration que les Etats adoptants ont tiré de leur expérience lors de l'incorporation de la loi type dans sa version initiale de 1994.

424. A l'aune des rapports du Groupe de travail chargé par la CNUDCI de préparer la nouvelle mouture de la loi type pour la passation des marchés publics, on peut déduire que les propositions du représentant de l'Algérie et ses coparticipants au sein du Groupe de travail ont intégré des propositions tendant aussi bien à réviser les aspects de la passation des marchés publics en général (Sous-section 1) qu'à l'utilisation de la passation des marchés pour promouvoir les politiques industrielles, sociales et environnementales (Sous-section 2).

#### ***2.1.2.1.1 Sous-section 1 : Travaux du Groupe de travail dont fait partie l'Algérie pour réviser les aspects liés à la passation des marchés de la Loi type de la CNUDCI.***

425. À propos de l'approche générale concernant le remaniement de la Loi type, on a fait observer, dès les premières sessions des réunions du Groupe de travail mis en place par la CNUDCI, que les modifications devraient se limiter à l'essentiel et être rédigées de manière souple afin de tenir compte des situations variables dans différents pays. Il a été dit aussi que la Loi type révisée devrait être aussi facile que possible à utiliser.

En ce qui concerne le point de savoir s'il faudrait étendre le champ d'application de la Loi type et du Guide aux étapes de la planification et de l'administration des marchés, on a signalé que la passation des marchés, en fait, couvrait ces étapes et faisait intervenir divers organismes publics. Néanmoins, il a été souligné que ces étapes faisaient partie intégrante de l'ensemble du processus de passation des marchés, si bien que toute insuffisance à l'une d'entre elles aurait un impact négatif sur les autres et sur l'ensemble du processus, ce qui risquait de compromettre les objectifs de la Loi type. C'est pourquoi il a été souligné qu'il était essentiel que toutes les étapes conduisant au choix d'un entrepreneur et faisant suite à ce choix – c'est-à-dire le champ d'application actuel de la Loi type – soient dûment réglementées.

En conséquence, le Groupe de travail de la CNUDCI a suggéré, notamment durant sa sixième session, que, si ce n'est en énonçant des principes généraux dans la Loi type, il faudrait aborder dans le Guide, entre autres, les meilleures pratiques en matière de planification et d'administration des marchés, de manière à couvrir la totalité du processus de passation. D'un autre côté, on a indiqué qu'il serait peut-être plus facile, dans la Loi type étoffée et/ou dans le Guide, de traiter les seules questions de la planification des marchés, du fait que la réglementation de l'administration des marchés était une entreprise beaucoup plus complexe.

426. S'agissant spécifiquement de l'administration des marchés, le Groupe de travail a suggéré à cet égard que la Loi type ou le Guide attire l'attention des États adoptants sur les problèmes susceptibles de se poser, d'une part, à l'étape du choix d'un entrepreneur, ce qui pourrait avoir un impact négatif sur l'administration du marché, en particulier pour ce qui est du prix final que l'État devrait payer pour les biens, les travaux ou les services fournis, et, d'autre part, à l'étape de l'administration du marché, où des modifications pourraient majorer de façon importante le prix final, nuire à l'intégrité du processus de passation et léser les intérêts légitimes des parties.

Par ailleurs, faute de pouvoir aborder toutes les mesures, recommandations et décisions des Groupes de travail de la CNUDCI, dont l'Algérie était un membre constant tout au long des sessions successives dédiées à l'actualisation et

l'amélioration des procédures de passation des marchés publics, nous avons fait le choix de traiter avec intérêt particulier les travaux dudit Groupe de travail attelant à trois domaines phares de la passation des marchés publics : La passation des marchés de services ; Le Recours et les Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes.

✓ **La passation des marchés de services :**

427. Cette question était abordée longuement dans le cadre des travaux du Groupe de travail I (Passation de marchés), qui ont connu la participation du représentant de l'Algérie, dans sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004).

Les membres du Groupe de travail ont débattu notamment de la question de savoir s'il fallait revoir la Loi type pour réduire la gamme de services pour lesquels la "méthode principale" prévue aux articles 37 à 45 pouvait être utilisée. Il a été fait observer que cette méthode avait donné dans la pratique des résultats satisfaisants pour certains types de marchés, comme les marchés de services intellectuels qui ne débouchaient pas sur des produits physiques mesurables, tels les services de consultant ou autre professionnel hautement qualifié.

Des questions ont toutefois été soulevées quant à l'adéquation de cette méthode, par exemple, dans le cas de services pour lesquels l'entité adjudicatrice pouvait donner des spécifications qualitatives et quantitatives avant la passation. On a fait observer que le fait d'avoir traité dans la Loi type les services séparément des autres marchés avait conduit à mettre l'accent sur les caractéristiques particulières de certains marchés de services, plutôt que sur les traits qui étaient communs à de nombreux marchés de biens et de travaux et aux marchés de services.

428. Le Groupe de travail a pris note des informations générales fournies aux paragraphes 41 à 44 de la note du secrétariat A/CN.9/WG.I/WP.32 sur les dispositions de la Loi type régissant la "méthode principale pour la passation des marchés de services". Il a également examiné l'expérience des organisations nationales et régionales dans ce domaine. Il a été constaté à cet égard que les

procédures de passation des marchés de services avaient ceci de commun qu'elles étaient soumises à des dispositions plus souples que la passation des marchés de biens et de travaux.

429. Les règles d'une organisation régionale autorisaient l'utilisation d'une forme souple de procédures négociées avec mise en concurrence, après publication d'un avis de marché, comme principale méthode de passation dans les cas où il n'était pas possible de formuler des spécifications avec précision. Ce type de procédure s'appliquait en particulier aux services financiers et aux "services intellectuels", définis comme des services qui ne débouchaient pas sur un produit physique, l'aspect déterminant étant toutefois la qualité – la valeur technique – des propositions. Son utilisation ne se limitait cependant pas à ces services. Les réponses initiales des fournisseurs permettaient d'arrêter définitivement les spécifications en question. Dans un souci de transparence et pour préserver la souplesse, les modifications de fond apportées aux spécifications durant le processus, et le moment auquel ces dernières avaient été finalisées, étaient communiqués. La meilleure offre définitive de chaque fournisseur était enregistrée par sécurité.

Une approche différente avait été adoptée par une institution multilatérale de prêt. Constatant que les banques de développement ne participaient pas à certains types de marchés de services moins complexes, elle avait séparé les "services intellectuels", tels que décrits plus haut de tous les autres types de services. Après une sollicitation ouverte de manifestations d'intérêt, un nombre restreint de fournisseurs sélectionnés étaient invités à soumettre une proposition, probablement après une procédure formelle de présélection. La valeur qualitative des propositions était prise en compte dans l'évaluation en même temps que le prix, d'une façon qui variait selon le type de services, et l'adjudicataire était ainsi sélectionné.

430. Le coût relatif de la préparation d'une bonne proposition étant élevé compte tenu de la valeur du projet, on a estimé qu'il n'était pas souhaitable d'inviter de nombreux fournisseurs à supporter ce coût s'ils avaient peu de chances d'être sélectionnés, car celui-ci les dissuaderait de participer et le coût de la participation

serait finalement supporté par le processus de passation tout entier. Il a également été observé que ce coût relativement élevé risquait de décourager les petites et moyennes entreprises de participer à la passation, ce qui pouvait aller à l'encontre des politiques industrielles générales de certains États.

431. Les membres du Groupe de Travail de la CNUDCI ont indiqué, par ailleurs, que les régimes nationaux traitaient la question de manières très diverses mais même les systèmes les plus souples, a-t-on fait remarquer, n'autorisaient pas la libre utilisation de toutes les procédures de sélection prévues dans la méthode principale de la Loi type pour la passation de tous les types de marchés de services dans la mesure où les entités étaient tenues au contraire de recourir aux méthodes ordinaires de passation de marchés de biens lorsqu'elles achetaient des services, sauf exceptions spécifiques. Le Groupe de travail est convenu que la Loi type devrait prendre acte des pratiques actuelles et expériences pertinentes.

432. Le Groupe de travail a noté que les objectifs et procédures de la passation des marchés prévus dans la Loi type étaient les mêmes quel que soit le type de marché (services ou autres), de sorte que même si les critères d'évaluation étaient différents, il faudrait s'efforcer d'avoir une approche cohérente dans le choix de la méthode de passation.

Il a été rappelé, en outre, que l'objectif d'obtention d'un bon rapport qualité-prix dans la passation des marchés tendait à faire conclure que si une spécification détaillée pouvait être formulée au départ, la procédure d'appel d'offres serait la méthode optimale de passation. Il a été noté que la question se posant au Groupe de travail était celle de savoir comment traiter la situation dans laquelle on ne pouvait formuler de spécification détaillée et où l'appel d'offres n'était pas approprié. Il a été convenu que les quatre méthodes, autres que l'appel d'offres, devraient être proposées aux entités adjudicatrices mais que le Groupe de travail devrait examiner la question du choix de l'une ou l'autre méthode. Il a également été reconnu que ni la Loi type, ni le Guide sur l'incorporation, tels qu'actuellement rédigés, ne donnaient beaucoup d'orientations sur ce choix.

433. Le Groupe de travail a examiné trois principaux aspects de cette question. Premièrement, il s'est demandé si la loi type devrait préciser quand autoriser l'utilisation de méthodes particulières de passation, en mentionnant éventuellement des types de services particuliers, et notamment si elle devrait restreindre la méthode principale de passation à certains types de services. Dans l'affirmative, il conviendrait de déterminer si ces services devraient être définis, par exemple par référence à leur nature ou à des situations générales. Deuxièmement, le Groupe de travail s'est demandé s'il était possible de définir clairement les services, par exemple les services intellectuels. Troisièmement, étant donné qu'il souhaitait éviter une approche trop directive et compte tenu de l'expérience des États et des organisations membres, il s'est demandé quel devrait être le degré de précision des éventuelles nouvelles dispositions et où elles devraient figurer.

Un exemple de l'interdépendance possible des questions soulevées ci-dessus était le fait que certains projets pouvaient comporter plusieurs étapes, chacune donnant lieu à la passation d'un marché distinct avec des caractéristiques différentes. Ainsi, un projet de construction pouvait comprendre une phase de conception architecturale et une phase de construction. Il importait de reconnaître la nécessité de prendre en compte les coûts de la phase de construction, lors de l'évaluation de l'intérêt relatif des propositions architecturales (qui pouvaient elles-mêmes être présentées dans le cadre d'un concours), afin de parvenir au meilleur rapport qualité-prix pour l'ensemble du projet.

434. Le Groupe de travail a examiné la proposition visant à limiter l'utilisation de la méthode principale de passation des marchés de services. Une solution possible était de faire de l'appel d'offres la méthode principale ou de faire de l'appel d'offres et de la sollicitation de propositions les deuxième et troisième méthodes préconisées (ou vice versa). En réponse à ces suggestions, cependant, un fort soutien s'est exprimé en faveur de l'avis selon lequel il ne faudrait pas modifier la Loi type telle qu'elle a été rédigée en 1994.

435. En ce qui concerne la notion de services, le Groupe de travail est convenu que la question de savoir si les services intellectuels se prêtaient à une définition précise

était essentielle pour ses délibérations. En outre, il a été fait remarquer que si la méthode principale de passation des marchés de services était utilisable uniquement pour les services intellectuels, définis comme étant des services non matériellement quantifiables, de trop nombreux marchés risquaient d'être passés par l'intermédiaire d'un appel d'offres.

436. Les participants aux travaux du Groupe de travail de la CNUDCI, et ses coparticipants, ont observé qu'il était de plus en plus fréquent de structurer les marchés de services, y compris ceux comportant une composante intellectuelle très importante, en fonction des résultats, de sorte qu'ils étaient en fait quantifiables matériellement. Ce seul fait, néanmoins, n'était pas une raison suffisante pour les soumettre à une procédure d'appel d'offres.

Enfin, on a ajouté que certains systèmes traitaient de plus en plus tous les projets complexes comme des passations de marchés de services. En conclusion, après de longs débats reflétant les difficultés que posait la définition des services intellectuels, le Groupe de travail est convenu que les diverses méthodes de passation des marchés de services actuellement prévues devaient être conservées dans la Loi type et qu'il n'était donc pas nécessaire de réviser cette dernière sur ce point. Cependant, il est aussi convenu de la nécessité de formuler dans le Guide pour l'incorporation des orientations sur l'utilisation de chaque méthode, en fonction du type de services en question et des circonstances de l'espèce. Ces orientations devraient être expressément liées aux principaux buts et objectifs de la Loi type.

#### ✓ **Le recours :**

437. La question des recours dans les marchés publics a été traitée, de prime abord, dans le cadre des travaux de **la sixième session du Groupe de travail de la Commission (Vienne, 30 août-3 septembre 2004)**, dans le chapitre intitulé "Voies de droit et exécution".

438. Le Groupe de travail, dont faisait partie le représentant de l'Algérie, a noté que la question des voies de droit et de l'exécution touchait à la légalité des actes de l'administration et à la séparation des pouvoirs entre les branches exécutive et judiciaire d'un État. Ces sujets pouvant faire l'objet d'une grande diversité d'approches dans les différents systèmes juridiques, il était important de traiter la question du recours d'une manière mesurée. En effet, les États appliquaient des politiques très différentes pour faire respecter les règles de passation et autorisaient à des degrés très variables le fournisseur à engager un recours. Dans certains pays, il existait depuis longtemps un mécanisme de recours devant des autorités et des tribunaux spécialisés, alors que dans d'autres, aucune disposition législative générale n'était prévue dans ce domaine.

439. Certains systèmes juridiques prévoyaient des sanctions administratives pour contravention à la législation sur la passation des marchés par des organes de l'État, les procédures étant engagées devant un tribunal administratif. D'autres encore prévoyaient à la fois un recours administratif, qui permettait notamment de suspendre la procédure de passation, un contrôle judiciaire des décisions d'attribution des marchés par les tribunaux ordinaires et une procédure pénale spéciale pour violation des lois sur la passation des marchés par les entités adjudicatrices. Pour tenir compte de ces éléments, les dispositions du chapitre VI de la Loi type se limitaient à des orientations générales et il était indiqué en note que les États adoptants avaient la possibilité de n'incorporer que certains des articles, voire aucun, ce qui leur laissait une grande latitude pour appliquer la Loi type. En outre, la Loi type ne réglementait pas certains domaines, tels que l'indépendance de l'organe administratif de recours et la forme des mesures réparatrices et ne prévoyait pas de procédure judiciaire ou quasi judiciaire. Elle ne créait pas non plus de droit à un recours judiciaire, même si l'article 57 autorisait les États adoptants qui en prévoyaient un à habiliter les tribunaux compétents à connaître des contestations relatives à la passation des marchés.

440. Reconnaissant qu'il faille faire preuve de prudence dans toute tentative d'élargir les dispositions de la Loi type relatives aux recours et à l'exécution, le Groupe de travail a examiné les questions suivantes :

- ✓ a) Faudrait-il recommander plus clairement l'insertion, dans la législation nationale, et l'application de dispositions relatives aux recours et donner des orientations plus détaillées, notamment sous la forme de projets de dispositions types, dans le Guide pour l'incorporation ?
- ✓ b) Faudrait-il renforcer les dispositions concernant les recours administratifs, en exigeant par exemple une procédure de recours devant un organe indépendant ?
- ✓ c) Faudrait-il donner des conseils et des orientations plus détaillés sur la procédure de recours judiciaire, notamment sur les pouvoirs des tribunaux et les délais de présentation et d'examen des recours, la possibilité d'infirmier des décisions incorrectes d'attribution des marchés et les mesures de réparation pouvant être appliquées ? et ;
- ✓ d) Le champ d'application des dispositions concernant les exceptions au droit de recours (art. 52-2) devrait-il être revu ?

S'agissant de la question a) ci-dessus, un doute a été exprimé quant à savoir s'il était possible de proposer pour les recours et l'exécution un modèle qui soit acceptable dans divers pays. Il a été jugé préférable de ne pas tenter d'insérer des dispositions détaillées dans la Loi type elle-même, car le Guide pour l'incorporation convenait mieux pour expliquer les diverses approches et options possibles, notamment leurs incidences pratiques et leurs avantages et inconvénients possibles.

441. Les avis ont divergé en ce qui concerne la question b). La nécessité d'un mécanisme administratif indépendant d'examen des recours a été soulignée car il n'était sans doute pas réaliste d'espérer que l'entité adjudicatrice examinerait

toujours ses propres actes et décisions de manière impartiale et efficace. Il a été proposé que le Guide pour l'incorporation donne des indications pour la création d'un organe administratif indépendant. Il a été noté qu'il existait déjà, dans certains États, un examen indépendant des recours par l'intermédiaire du système judiciaire et que les États en question n'auraient donc pas intérêt à se doter de mécanismes supplémentaires sous peine d'en altérer la structure et le fonctionnement.

442. Les participants aux travaux du Groupe de travail ont convenu que l'identité de l'organe chargé d'examiner les recours importait moins que son efficacité et que le fait qu'il soit indépendant de l'entité adjudicatrice et à l'abri de toute pression politique pour rendre ses décisions. L'organe d'examen des recours devrait notamment être habilité :

- ✓ à intervenir sans délai et à suspendre ou annuler la procédure de passation; à prendre d'autres mesures provisoires, telles que des ordonnances de ne pas faire et des sanctions pécuniaires pour non-respect des règles;
- ✓ à allouer des dommages-intérêts si l'intervention était trop tardive (par exemple après l'attribution du marché);
- ✓ à agir rapidement dans un délai raisonnablement court.

443. Le Groupe de travail s'est par ailleurs référé aux dispositions pertinentes de l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce, en particulier à son article 20, aux termes duquel les contestations étaient soumises à un tribunal ou à un organe d'examen impartial et indépendant n'ayant aucun intérêt dans le résultat de l'adjudication. Selon un avis, les dispositions de l'AMP pourraient servir de base pour déterminer les domaines dans lesquels améliorer les mécanismes de recours et d'exécution prévus dans la Loi type.

S'agissant de la question posée à l'alinéa c) ci-dessus, à savoir s'il fallait donner des conseils et des orientations plus détaillés sur la procédure de recours judiciaire, il a été estimé que ces conseils et orientations seraient utiles, en particulier s'ils encourageaient le règlement rapide par les tribunaux des litiges relatifs à la passation des marchés. Il a été cependant dit qu'un recours excessif à la procédure judiciaire n'était peut-être pas toujours la meilleure solution, car dans de nombreux pays les procédures judiciaires étaient longues et les tribunaux n'avaient pas de connaissances spécialisées dans la passation des marchés.

En ce qui concerne la modification proposée à l'alinéa d) ci-dessus du champ d'application des dispositions énonçant les exceptions au droit de recours (art. 52-2), le Groupe de travail, composé du représentant de l'Algérie et ceux des autres pays membres de la CNUDCI, a suggéré de supprimer certaines, si ce n'est la totalité, de ces exceptions. En particulier, l'exception concernant le choix de la méthode de passation des marchés mentionnée à l'article 52-2 a) a suscité des critiques, car le fait que le choix des méthodes de passation n'ait pas à être justifié était un des aspects à l'origine de la plupart des abus dans la pratique. Il a été estimé que, dans leur ensemble, les exceptions prévues à l'article 52-2 compromettaient l'intégrité du système de passation des marchés et devaient être supprimées. Il a par ailleurs été souligné que, indépendamment de la décision que le Groupe de travail prendrait sur la question, les recours sur les points énumérés à l'article 52-2 resteraient possibles dans certains cas en vertu des dispositions d'autres lois, par exemple, si la décision de l'entité adjudicatrice était fondée sur un motif illégitime.

444. Le Groupe de travail a conclu ses délibérations en convenant de ce qui suit :

- ✓ a) Il serait utile de donner des orientations plus détaillées, probablement dans le Guide pour l'incorporation, sur les dispositions relatives aux recours qui pourraient être insérées dans les législations nationales ;
- ✓ b) Reconnaissant qu'il existe différents systèmes, dont certains privilégiaient les recours judiciaires et d'autres les recours devant un

organe administratif indépendant, le Groupe de travail devrait laisser aux États plusieurs possibilités, compte tenu du fait que la Loi type était suffisamment souple à cet égard et de l'importance capitale que revêtait l'indépendance de l'organe chargé d'examiner les recours ;

- ✓ c) Le soin d'élaborer des dispositions relatives aux recours judiciaires devrait être laissé aux États adoptants ; et ;
- ✓ d) La liste d'exceptions figurant à l'article 52-2 devrait être supprimée. Le Guide pour l'incorporation devrait cependant indiquer que les États adoptants auraient la possibilité d'exclure certaines questions, entre autres celles énumérées dans l'article selon sa formulation initiale, de la procédure de recours.

**445. Le Groupe de travail a rebondi sur cette procédure des recours durant les travaux de la quatorzième session du Groupe de travail I de la Commission (Vienne, 8-12 septembre 2008).**

Dans le cadre de cette session, le Groupe de travail a rappelé les décisions qu'il avait prises à sa sixième session concernant les dispositions sur le recours<sup>246</sup> et décidé de poursuivre ses délibérations en examinant chaque article du chapitre VI de la Loi type. Ainsi, lors de l'examen du texte de la note accompagnant l'intitulé du chapitre VI de la Loi type, qui expliquait que pour des raisons d'ordre constitutionnel ou autres les États adoptants pourraient faire le choix de n'incorporer que certaines des dispositions sur le recours, voire de n'en incorporer aucune, il a été convenu de supprimer la note dans son intégralité. Le Groupe de travail, dans lequel figure le représentant de l'Algérie, a fait observer que, ce faisant, on appliquait la décision du Groupe de travail selon laquelle la Loi type devrait être conforme aux dispositions impératives de l'article 9-1 e) de la

---

<sup>246</sup> A/CN.9/568, par. 112.

Convention des Nations Unies contre la corruption, exigeant que les procédures de passation de marchés prévoient un système de recours et d'appel efficace.

446. S'agissant de l'Article 52 (Droit de recours), le Groupe de travail a noté, à son propos, qu'il y avait trois questions principales à examiner :

- ✓ qui étaient les “fournisseurs ou entrepreneurs” pouvant introduire un recours ?
- ✓ sur la base de quelles erreurs ou omissions ce recours pouvait être formé ?, et ,
- ✓ Si les recours devraient être exclus pour certaines étapes du processus de passation ?

447. Le Groupe de travail a estimé que les dispositions devraient permettre à ceux qui étaient touchés par les décisions prises au cours du processus de passation et qui pouvaient démontrer qu'ils avaient subi un préjudice en conséquence de contester ces décisions. Ces personnes pourraient être qualifiées par exemple de “parties prenantes” ou décrites comme étant celles susceptibles de prouver qu'elles avaient été lésées par les décisions de l'entité adjudicatrice. En outre, et en rappelant que le Groupe de travail était convenu provisoirement que le choix de la méthode de passation devrait faire l'objet d'un recours, on a fait observer que les entités qui avaient été exclues de façon irrégulière de la procédure de passation par l'entité adjudicatrice devraient pouvoir contester cette décision. On a déclaré que la définition actuelle contenue à l'article 2 f) risquait donc d'être trop étroite puisque, d'une certaine façon, seuls ceux qui participaient à l'intégralité du processus de passation pourraient introduire un recours.

En conséquence, le Groupe de travail a déclaré que la définition contenue à l'article 2 de la version initiale de la loi type devrait être élargie de manière à faire référence à une partie potentielle à la “procédure” de passation plutôt qu'au “marché”. On a estimé qu'avec l'exigence posée à l'article 52-1, à savoir démontrer une perte ou

un dommage réel ou potentiel, cette formulation éviterait aussi que le champ d'application ne soit excessivement élargi, par exemple aux sous-traitants ou au grand public, et empêcherait les applications fantaisistes. On a ajouté que le Guide pour l'incorporation devrait expliquer de façon un peu plus détaillée la portée de la formulation.

448. La deuxième question examinée portait sur le fondement du recours. Les coparticipants avec le représentant algérien dans le Groupe de travail a fait observer que le terme "violation d'une obligation", qui pourrait être interprété de différentes manières, devrait être remplacé par une formulation suivant de plus près la référence faite dans la Convention des Nations Unies contre la corruption au non-respect des règles et des procédures applicables.

449. En ce qui concerne la troisième question, il a été convenu, compte tenu des modifications apportées à l'article 52-1 et de la décision prise par le Groupe de travail à sa sixième session, que la liste des exceptions à la procédure de recours, dont certaines avaient trait à des étapes obligatoires du processus de passation et d'autres à des décisions discrétionnaires prises pendant ce processus, devrait être supprimée.

450. S'agissant du recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle), certains des inconvénients mis en évidence dans le mécanisme obligatoire "d'examen par les pairs" prévu à l'article 53 ont été notés, en particulier le fait que l'inaction de l'entité adjudicatrice pendant le délai fixé rendrait inévitable le recours administratif ou judiciaire et inutile le mécanisme d'examen par les pairs. Le Groupe de travail a donc proposé que ce mécanisme soit facultatif et non obligatoire, d'autant plus que cette solution serait également conforme à l'approche suivie dans l'Accord sur les marchés publics ("AMP") de l'Organisation mondiale du commerce.

451. En ce qui concerne le recours administratif, le Groupe de travail s'est demandé si la note de bas de page accompagnant l'intitulé de l'article 54 et selon laquelle,

lorsque le système concerné ne prévoyait pas traditionnellement de recours administratif, l'État adoptant pouvait envisager de ne pas incorporer cette disposition devrait être supprimée. On a fait observer que certains systèmes avaient entrepris de mettre en place des mécanismes de recours administratif et que des indications pourraient à la fois être utiles et encourager l'adoption de tels mécanismes, considérés d'une manière générale comme une amélioration des recours ad hoc. Les participants ont rappelé, dans ce cadre, que la Convention des Nations unies contre la corruption exigeait un mécanisme de recours indépendant et qu'il faudrait par conséquent traiter dans le Guide de la nécessité de disposer de systèmes de recours devant un organe administratif ou judiciaire indépendant. De ce fait, il a été convenu de supprimer la note de bas de page et d'étoffer les indications fournies dans le Guide concernant la notion d'indépendance.

452. Par ailleurs, il a été noté que le système administratif d'un État adoptant devrait aussi traiter le risque de collusion et de fraude dans la conclusion d'un marché et que, à cet égard, les délais fixés à l'article 43 ne conviendraient peut-être pas. On a fait observer que ces questions étaient très importantes mais que leurs solutions figuraient peut-être dans des branches du droit autres que la législation des marchés de l'État adoptant concerné. Les dispositions relatives aux recours, a-t-on déclaré, touchaient des questions soulevées par d'éventuelles violations des règles et procédures prévues dans la Loi type, où des délais seraient appropriés et nécessaires. Les actes de fraude et autres abus, qui pourraient conduire en fin de compte à l'annulation d'un marché, ne devraient pas nécessairement être soumis aux mêmes délais.

453. Notant que, conformément aux décisions du Groupe de travail, l'article 53 deviendrait facultatif. Il a été convenu que, pour promouvoir le règlement amiable des différends, la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 53 suspendrait le délai pour former un recours administratif en vertu de l'article 54. Il a été convenu aussi que l'article 54 serait modifié d'une manière générale afin de tenir compte du caractère facultatif de l'article 53 révisé.

454. En ce qui concerne l'article 54-3, on a demandé si les réparations que l'instance administrative pourrait accorder ou recommander devraient comprendre l'annulation d'un marché qui avait été attribué. On a fait observer que certains systèmes interdisaient une telle annulation (de même que l'article 54 de la Loi type), mais que dans d'autres, elle était possible. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur la récente directive européenne sur les recours en matière de marchés publics qui prévoyait l'annulation des marchés en cas de non-respect majeur des procédures de passation applicables (comme l'absence injustifiée d'avis de passation), mais uniquement avant la publication de l'avis d'attribution du marché. On a également évoqué les répercussions d'une telle annulation en termes de coût et de temps.

455. Le Groupe de travail a été informé que le système envisagé par les directives européennes relatives à la passation des marchés prévoyait un délai d'attente obligatoire de 10 jours entre le choix de l'adjudicataire et l'attribution du marché<sup>247</sup>, à l'intérieur duquel une réclamation pouvait être faite. Ainsi, le Groupe de travail est convenu d'inclure des dispositions sur la transparence, inspirées des dispositions des directives européennes.

456. Il a été rappelé, par ailleurs, que le Groupe de travail avait décidé de se conformer aux dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption imposant un système de recours efficace et qu'un délai d'attente pouvait être considéré comme un élément essentiel d'un tel système. On a souligné que ce délai serait très utile pour lutter contre la corruption dans la mesure où il contribuerait à la mise en place d'un système crédible et efficace en permettant la formation de recours avant l'entrée en vigueur du marché.

---

<sup>247</sup> Appelé dans les milieux européens délai d'attente "Alcatel" à la suite d'un arrêt de la Cour européenne de justice.

457. Il a également été dit que les différences importantes observées d'un État à l'autre montraient qu'il n'existait peut-être pas de solution optimale et qu'une certaine souplesse devrait être accordée aux États adoptants. Certains représentants ont dit que l'introduction d'un droit illimité d'annuler les marchés pourrait accroître les risques de corruption. On a donc estimé qu'une telle annulation ne devrait être possible que dans des circonstances exceptionnelles.

D'un autre côté, on a souligné les difficultés qu'il y aurait à définir ce qui constituerait de telles circonstances. Dans ce contexte, on a aussi noté avec préoccupation que dans certains systèmes juridiques, seul un organe judiciaire avait le droit d'annuler un marché, et que le fait de permettre une telle annulation uniquement dans le cadre d'un long processus judiciaire pouvait entraîner des retards risquant de donner lieu à des fraudes. En outre, on a dit que si l'on fondait l'annulation sur les dispositions du droit pénal ou d'autres branches du droit, on n'obtiendrait peut-être pas un système suffisamment solide. Par conséquent, il a été proposé de modifier l'article 54-3 afin de permettre l'annulation d'un marché dans le cadre de procédures administratives de recours, sans définir les circonstances dans lesquelles une telle annulation serait possible.

Il a été dit, en outre, que si un délai d'attente effectif de type Alcatel<sup>248</sup> était instauré, la possibilité d'annulation constituerait un complément nécessaire pour éviter que les entités adjudicatrices puissent laisser expirer ce délai sans prendre d'autres mesures. Il a donc été convenu de prévoir à l'article 36 un délai d'attente "Alcatel" entre la sélection de l'adjudicataire et l'entrée en vigueur du marché. En outre, on donnerait dans l'article 54, sans l'assortir d'aucune restriction, la possibilité d'annuler le marché (en supprimant les mots "à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché" aux alinéas d) et e) du paragraphe 3).

---

<sup>248</sup> Arrêt de l'affaire Alcatel (C-81/98 et C-212/02) : une période de délai suspensif raisonnable entre l'attribution du contrat et sa conclusion est indispensable pour permettre de contester efficacement l'attribution dans une procédure de contrôle

458. Les dispositions relatives aux recours sont complétées et finalisées dans le cadre des travaux de **la quinzième session du Groupe de travail I (Passation de marchés) de la CNUDCI (New York, 2-6 février 2009)**, dans laquelle le Groupe de travail a noté que l'ensemble du chapitre avait été révisé compte tenu des décisions qu'il avait prises à sa quatorzième session<sup>249</sup>. Il a examiné, l'un après l'autre, les articles du chapitre, lesquels complètent et composent aujourd'hui le dispositif de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics adoptés en 2011.

✓ **Méthodes de passation des marchés :**

459. Cette question est particulièrement traitée dans le cadre des travaux du Groupe de travail I (Passation de marchés) dans **sa dix-septième session (Vienne, 7-11 décembre 2009)**<sup>250</sup>. Dans le cadre de cette session, le Groupe de travail, dont fait

---

<sup>249</sup> A/CN.9/664, par. 18 à 74

<sup>250</sup> Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-septième session à Vienne, du 7 au 11 décembre 2009. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après : Algérie, Allemagne, Arménie, Bélarus, Bolivie, Bulgarie, Canada, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran, Liban, Maroc, Mexique, Namibie, Ouganda, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande et Venezuela.

L'on a enregistré également l'assistance, à cette session, des observateurs des États suivants : Albanie, Arabie saoudite, Argentine, Belgique, Côte d'Ivoire, Croatie, Iraq, Koweït, Libye, Oman, Panama, Pérou, Philippines, Portugal, Qatar, République démocratique du Congo, Roumanie, Slovaquie, Suède, Turquie et Uruguay. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes: a) Système des Nations Unies: Banque mondiale; b) Organisations intergouvernementales: Agence spatiale européenne, Banque africaine de développement, Banque européenne pour la reconstruction et le développement, Organisation de coopération et de développement économiques/ Soutien à l'amélioration des institutions publiques et des systèmes de gestion (SIGMA), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Union européenne; c) Organisations non gouvernementales internationales invitées par le Groupe de travail: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA) et Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC).

partie le représentant de l'Algérie<sup>251</sup>, ont rappelé avoir décidé de prévoir dans la Loi type révisée plusieurs méthodes de passation au choix afin de tenir compte des différents types de marchés passés. On a admis que, face à la diversité des types de marchés dans la pratique, la liste des méthodes de passation possibles était longue. La proposition de raccourcir la liste en supprimant certaines méthodes ou en les regroupant comme dans l'AMP n'a pas été appuyée.

460. Le Groupe de travail de la CNUDCI s'est inquiété, par ailleurs, de ce que le projet de loi type révisée introduisait des concepts qui ne figuraient pas dans la Loi type de 1994, tels que l'appel d'offres ouvert. Il a été noté, en réponse, que ce terme était équivalent au terme "appel d'offres" dans le texte de 1994, mais que l'adjectif "ouvert" avait été ajouté à des fins d'harmonisation avec d'autres textes sur la passation de marchés et pour distinguer cette méthode de l'appel d'offres restreint.

461. Les participants aux travaux du Groupe de travail ont fait observer que toutes les méthodes de passation envisagées dans le projet de loi type révisée devraient être énumérées au paragraphe 1 et que, dans le texte anglais, les mots "under the conditions of articles 25 to 27" figurant à la fin de ce paragraphe devraient être déplacés vers le chapeau du même paragraphe afin d'en faciliter la lecture.

462. Le Groupe de travail a suggéré que le paragraphe 1 de l'article s'applique plutôt aux marchés pour lesquels les spécifications pouvaient être formulées dès le début de la passation. En même temps, on a reconnu qu'en indiquant que le recours à l'appel d'offres ouvert était le meilleur moyen d'assurer la concurrence et la transparence, le projet de loi type révisée préservait l'esprit général de l'article 18. Il a indiqué par ailleurs que le recours à l'appel d'offres ouvert pour les marchés de services consultatifs ou intellectuels non quantifiables ne serait pas approprié.

---

<sup>251</sup> A noter que le représentant de l'Algérie n'a pas participé à la session précédente (la seizième session du groupe de travail qui s'est tenue à New York, 26-29 mai 2009).

463. S’agissant des Méthodes de passation de marchés ne reposant pas sur des négociations<sup>252</sup>, notamment l’Appel d’offres restreint (Article 39), l’attention du Groupe de travail a été appelée sur le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3, qui contenait les trois options que le Groupe avait précédemment examinées pour l’article. Il a été noté que le projet de loi type révisée ne contenait qu’une option, fondée sur les consultations du Secrétariat tenues avec les experts, le projet soumis à ce dernier par le comité de rédaction informel en juillet 2009 et les dispositions relatives aux conditions d’utilisation de l’appel d’offres restreint formulées à l’article 26 du chapitre II du projet de loi type révisée.

464. Les situations traitées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 ont été examinées. On a fait observer que l’alinéa b), lorsqu’il était lu conjointement avec le paragraphe 2, donnerait en fait lieu à une procédure comprenant un appel d’offres ouvert avec préqualification. On a également fait observer que l’alinéa b) lu conjointement avec le paragraphe 3 ne permettrait pas d’atteindre l’objectif souhaité, à savoir économiser du temps et de l’argent. Selon un autre avis, l’alinéa a) devait être supprimé, en raison d’un facteur de subjectivité dans l’identification des fournisseurs à inviter à participer à la procédure et compte tenu de l’utilisation croissante des techniques du commerce électronique. Selon l’avis qui a prévalu, les deux alinéas devaient être maintenus mais le Guide pourrait donner des exemples de situations exceptionnelles dans lesquelles le premier motif s’appliquerait.

465. Des éclaircissements ont été demandés au sujet du paragraphe 2, qui renvoyait à la fois à la préqualification et à la présélection. Il a été fait remarquer que ces termes ne devaient pas être utilisés l’un pour l’autre et que de ce fait le renvoi à l’article 16 sur la préqualification prétait à confusion. On a exprimé une réserve à propos de l’idée d’introduire le concept de “présélection” et les procédures de présélection dans la loi type révisée, en notant que le résultat recherché, à savoir

---

<sup>252</sup> Appel d’offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation (A/CN.9/WG.I/WP.71, par. 15 à 20 et 28, et A/CN.9/WG.I/WP.71/Add.4).

limiter le nombre de fournisseurs pré-qualifiés, pourrait être obtenu grâce aux procédures de préqualification si les conditions de préqualification étaient suffisamment exigeantes. Selon un autre avis, il était utile d'introduire la notion de présélection dans cette méthode de passation et il ne devait pas y avoir confusion avec la préqualification, étant entendu que la présélection correspondrait à une étape finale facultative de la préqualification.

466. Le Groupe de travail a par ailleurs noté l'absence d'orientation dans la loi type de 1994 concernant ce principe, qui donnait une grande latitude à l'entité adjudicatrice pour sélectionner un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Il a été convenu que la dernière phrase du paragraphe 2 b) était superflue et qu'elle pouvait être supprimée. En réponse à la question de savoir comment les fournisseurs présélectionnés seraient identifiés, il a été noté que cette sélection pourrait se faire par un classement, ou un relèvement du seuil de préqualification. On a fait observer que le texte ne fixait pas de critères garantissant que la sélection serait opérée de manière appropriée et il a été convenu que cette question devrait être abordée dans les dispositions. Selon d'autres avis, le paragraphe ne devait pas imposer une présélection dans tous les cas d'appel d'offres restreint et ses procédures ne devaient pas être prescriptives.

En réponse à ces remarques, il a été convenu que le paragraphe 2 ne devrait pas décrire des procédures de présélection complexes. Il a été proposé que le chapeau de ce paragraphe soit reformulé à peu près comme suit :

*“L'entité adjudicatrice peut engager une procédure de présélection selon qu'il conviendra dans les circonstances de la passation de marché considérée”*,

467. S'agissant du paragraphe 3, qui se fondait sur le libellé de 1994, il a été précisé que les dispositions renvoyaient en fait à un avis préalable et non à l'avis d'attribution du marché visé à l'article 21 du projet de loi type révisée, ou à une invitation à soumettre une offre. Les avantages des avis préalables ont été examinés mais certaines délégations ont appuyé l'idée de limiter l'application du paragraphe 3 aux cas spécifiés au paragraphe 1 a). D'autres délégations ont estimé qu'il fallait maintenir l'approche adoptée dans le texte de 1994, qui consistait à appliquer

l'exigence d'un avis public préalable aux situations mentionnées aux alinéas a) et b). Cette exigence était jugée essentielle pour lutter contre la corruption et pour assurer la transparence. On a également fait observer que différents régimes d'information du public dans le même article risquaient de créer une confusion inutile. Selon l'avis qui a prévalu, les dispositions du paragraphe 3 devaient être maintenues telles quelles. Il a été proposé que ce paragraphe soit transféré au début de l'article pour qu'il soit bien clair qu'il s'appliquait aux deux situations visées au paragraphe 1.

468. Les méthodes de passation des marchés figuraient également dans l'ordre du jour des **travaux du Groupe de travail I (Passation de marchés) dans sa dix-neuvième session (Vienne, 1er-5 novembre 2010)**<sup>253</sup>. Durant cette session, le Groupe de travail de la CNUDCI a peaufiné les dispositions relatives aux procédures de passation des marchés.

469. En sus de l'amélioration des aspects de la passation des marchés publics, le Groupe de travail de la CNUDCI, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a contribué dans l'utilisation de la passation des marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales (Sous-section 2).

#### **2.1.2.1.2      *Sous-section 2 : L'utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales***

470. L'utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales est l'un des aspects mis en exergue par le Groupe de travail I (Passation de marchés) de la CNUDCI. Cet aspect peut être relevé d'une manière plus insistante dans **le rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 30 août-**

---

<sup>253</sup> Le représentant de l'Algérie ne figure pas parmi les représentants des pays qui ont participé aux travaux de cette session.

**3 septembre 2004**). Cette session a enregistré la participation du représentant de l'Algérie, comme il est le cas d'ailleurs durant les sessions qui l'ont suivies,

471. Le Groupe de travail a noté qu'il avait été admis, au moment de la rédaction de la Loi type, que les États pouvaient utiliser la passation de marchés pour promouvoir la réalisation d'autres grands objectifs, pouvant revêtir un caractère économique ou non, tels que des objectifs industriels, sociaux ou environnementaux. Cette possibilité était reflétée à l'article 34-4 de la Loi type et examinée dans le Guide pour l'incorporation. Il a été noté que la Loi type ne prescrivait pas l'utilisation de la passation de marchés à ces fins, mais proposait des moyens de le faire d'une manière transparente. Le Groupe de travail a été invité à examiner si la Loi type établissait un juste équilibre entre les objectifs d'économie et d'efficacité maximales dans la passation de marchés et d'autres objectifs et, dans la négative, quelles mesures prendre pour les équilibrer davantage, soit en modifiant la Loi type, soit en donnant les orientations nécessaires dans le Guide pour l'incorporation.

472. Lors de l'examen de ces questions, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur deux alinéas de l'article 34-4 de la Loi type : l'alinéa c) iii), qui traitait des facteurs non objectifs pouvant être pris en compte pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation ; et l'alinéa d) qui traitait de l'octroi d'une marge de préférence pour les besoins nationaux. Il a été dit que ces dispositions se chevauchaient d'une certaine façon puisqu'elles visaient toutes deux à promouvoir l'économie nationale.

473. Il a été noté qu'en dépit d'éventuelles objections de principe contre l'utilisation de la passation de marchés publics pour promouvoir la réalisation d'objectifs autres que la seule recherche du meilleur rapport "qualité-prix", il a été admis que, dans la pratique, les États se servaient souvent des marchés publics pour atteindre ces autres objectifs. De plus, il a été estimé que, dans certains cas, il était approprié et important de mettre la passation de marchés au service de la réalisation de ces objectifs, à condition que cette pratique ne soit pas contraire aux principaux buts de la procédure de passation, comme l'économie, l'efficience, la transparence, la

concurrence et le traitement équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs. De l'avis général, toutefois, la préoccupation de la Loi type devrait demeurer la passation de marchés et non la promotion d'autres objectifs.

474. Deux moyens de limiter les risques d'abus en cas d'utilisation de la passation de marchés à ces autres fins ont été examinés :

- ✓ a) faire figurer la promotion de ces autres objectifs dans les spécifications, ou ;
- ✓ b) faire de ces objectifs des critères d'évaluation quantifiables et les faire connaître au stade de la sollicitation des offres, comme le prévoyait déjà l'article 34-4 b) ii) de la Loi type.

475. D'autres mesures de limitation pourraient consister à exiger notamment :

- ✓ que les autres objectifs soient liés à l'objet de la passation de marchés;
- ✓ que leur évaluation ne soit pas laissée à la seule discrétion de l'entité adjudicatrice; et ;
- ✓ que leur utilisation comme critères d'évaluation respecte les principes fondamentaux de la bonne pratique de passation de marchés, tels que le traitement égal des fournisseurs et la nécessité de promouvoir la concurrence.

476. Un autre moyen de renforcer la transparence, proposé par le représentant de l'Algérie et ses coparticipants au sein du Groupe de travail, était d'utiliser les critères d'évaluation de sorte que tout abus puisse être contesté par l'intermédiaire des mécanismes de recours.

477. Le Groupe de travail a examiné longuement ces propositions. D'une manière générale, il a été estimé que la Loi type était suffisamment équilibrée et qu'il n'était pas nécessaire de la modifier. Si, toutefois, le Groupe de travail décidait de la modifier, il devrait le faire sans porter préjudice aux principes de la passation de marchés exposés dans son préambule. Une meilleure solution cependant serait probablement de ne pas toucher à la Loi type et de fournir dans le Guide des explications supplémentaires sur les situations dans lesquelles la passation de marchés pourrait être utilisée pour promouvoir d'autres objectifs et sur la manière de faire en sorte que cette utilisation soit transparente.
478. Le Groupe de travail a également noté que la capacité des États adoptants à recourir à des critères non économiques pour évaluer et comparer les offres pouvait être limitée par des traités ou accords internationaux ou régionaux liant ces États. Il a été toutefois convenu que l'article 34-4 de la Loi type ne prescrivait pas l'utilisation de préférences nationales et que son article 3 traitait cette question d'une manière adéquate en affirmant que les obligations conventionnelles l'emportaient sur les dispositions de la Loi type.
479. Les participants ont conclu en reconnaissant que les dispositions existantes de la Loi type établissaient un équilibre suffisant entre la nécessité d'économie et d'efficacité et la possibilité pour un État adoptant de réaliser d'autres objectifs grâce à la passation de marchés. Cependant, certains de ces autres objectifs énumérés dans la Loi type semblaient dépassés et le Groupe de travail pourrait examiner à un stade ultérieur s'il était souhaitable ou non de les maintenir.
480. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision finale à ce stade sur la nécessité ou l'opportunité de définir dans le texte de la Loi type des mécanismes de contrôle supplémentaires visant à garantir la transparence dans l'utilisation de la passation de marchés pour favoriser d'autres objectifs. Il a été toutefois convenu que le Groupe de travail pourrait envisager de formuler des orientations supplémentaires sur les moyens d'accroître la transparence et l'objectivité dans l'utilisation de ces autres objectifs comme critères d'évaluation.

Par ailleurs, le Groupe de travail ne s'est pas limité à améliorer les dispositions déjà existantes dans la loi type de la CNUDCI de 1994, dans la mesure où il a également initié des dispositions nouvelles à même de rendre la loi type dans sa version révisée plus attractive et plus adaptée aux nouvelles exigences de la passation des marchés (Section 2).

### **2.1.2.2 Section 2 : Mesures visant à introduire des dispositions nouvelles**

481. La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (la CNUDCI) a affiché d'emblée la finalité d'accroître l'efficacité de la Loi type comme outil de modernisation et de réforme des systèmes de passation des marchés. C'est dans ce cadre qu'elle a mis en place un Groupe de travail afin de conformer le texte de sa loi type sur la passation des marchés publics à son approche générale fondée sur la recherche d'un consensus intergouvernemental, la CNUDCI s'est inspirée de l'expérience de pays du monde entier en matière de réglementation des marchés publics pour élaborer la Loi type et le Guide de son incorporation dans le droit interne des Etats adoptant.

482. Cette approche permet également aux deux textes de refléter les meilleures pratiques et aux dispositions de la Loi type d'avoir une application universelle en s'inspirant de l'expérience de l'utilisation de la loi type de 1994, laquelle est devenue une importante référence internationale en matière de réforme du droit des marchés, établit des procédures visant à assurer la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité du processus de passation des marchés.

483. Ce faisant, le Groupe de travail de la CNUDCI est chargé de réviser la loi type sur la passation des marchés publics à l'effet de l'adapter aux nouvelles questions et de nouvelles pratiques qui sont apparues depuis son adoption en 1994, et ce afin qu'elle puisse contribuer dans une grande mesure à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé et moderne pour la passation des marchés publics, qui favorise l'économie, l'efficacité et la concurrence tout en assurant l'intégrité, la confiance, l'équité et la transparence dans le processus de passation des marchés,

484. Le représentant de l'Algérie a participé à la quasi majorité des sessions du Groupes de travail chargé de la modernisation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Parmi les nouvelles mesures initiées par ce Groupe

de travail, nous souhaitons nous intéresser, plus particulièrement, à l'Accord-cadre (Sous-section 1) et L'offre anormalement basse (Sous-section 2).

#### **2.1.2.2.1      *Sous-section 1 : l'Accord-cadre.***

**485.** Le Groupe de travail de la Commission, dont l'Algérie a fait régulièrement partie, s'est penché sur la nécessité de prévoir cette procédure dans le cadre de la nouvelle loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dès sa première réunion dans le cadre des **travaux de la sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004)**.

486. Les participants aux travaux du Groupe de travail ont noté d'emblée que les accords-cadres étaient des arrangements qui visaient à assurer la fourniture réitérée d'un produit ou d'un service pendant une période donnée et comportaient un appel d'offres initial devant satisfaire aux conditions fixées, la sélection d'un ou de plusieurs fournisseurs sur la base des offres et la passation ultérieure de commandes ou de marchés périodiques auprès du ou des fournisseurs choisis lorsque survenaient des besoins particuliers. Ces accords étaient principalement utilisés lorsque les entités adjudicatrices avaient besoin de produits ou de services particuliers au cours d'une certaine période mais ne connaissaient pas exactement la quantité de ces besoins, leur nature ou le moment où ils surviendraient. Dans certains pays, ils étaient régis par la législation nationale et leur utilisation était également admise par certains organismes régionaux ou par les institutions internationales de prêt.

L'on peut relever du rapport du Groupe de travail à l'issue de cette session que certains participants au sein du Groupe de travail estiment que le fait de recourir à des accords-cadres, plutôt que d'engager une nouvelle procédure de passation pour chaque besoin, permettrait, entre autres avantages potentiels, de réduire les coûts de procédure et de gagner du temps. En particulier, ce type d'arrangement évitait d'avoir à publier chaque marché et à évaluer les qualifications des fournisseurs pour

chaque commande passée, cette phase du processus n'intervenant qu'une seule fois lors de la conclusion de l'accord-cadre.

487. Selon des avis exprimés dans le cadre des travaux du Groupe de travail, les accords-cadres pouvaient également améliorer le rapport qualité-prix et faciliter la réalisation d'autres objectifs de la passation en offrant une procédure plus transparente que cela ne serait autrement le cas pour les petits achats. Il a été observé en particulier que le montant total des marchés passés dans le cadre de tels accords pouvait justifier les dépenses de publicité et que les fournisseurs choisis avaient intérêt à suivre le déroulement des achats réalisés dans ce cadre.

488. L'on a également fait remarquer que la Loi type ne contenait pas de dispositions spécifiques sur les accords-cadres. Les accords conclus avec un fournisseur unique et certains accords conclus avec plusieurs fournisseurs pouvaient dans une certaine mesure être exécutés conformément aux procédures existantes, par exemple, s'ils étaient traités comme des appels d'offres par lots. Toutefois, la Loi type exigeait que le dossier de sollicitation indique la quantité de biens requis, alors que dans un accord-cadre la quantité était normalement inconnue.

Néanmoins, le Groupe de travail est averti qu'il devrait aborder la question des accords-cadres avec prudence dans la mesure où certains pays rompus à la pratique des accords-cadres avaient entrepris de revoir en profondeur la façon dont ceux-ci fonctionnaient. Toutefois, il est incontestablement admis que ce type d'accord avait permis dans ces pays de réduire considérablement les dépenses globales de passation des marchés même s'ils avaient également entraîné des coûts moins aisément quantifiables et cependant non négligeables.

489. Il a été indiqué, en outre, qu'une bonne gestion des accords-cadres exigeait des efforts constants pour assurer un maximum de transparence et de concurrence à chaque étape du processus de passation, ce qui obligeait l'entité adjudicatrice à faire connaître ses besoins dès qu'ils survenaient et à publier des avis d'attribution afin d'inciter le marché à répondre directement lorsque la solution envisagée dans l'accord-cadre n'était pas optimale. Faute d'une transparence et d'une concurrence

suffisantes, les accords-cadres créaient généralement une place de marché fondée sur les relations entre fournisseurs et acheteurs et non sur une compétition entre fournisseurs, situation indésirable qu'il ne fallait pas promouvoir.

490. D'autres mesures consistaient à s'orienter vers des formes non contraignantes d'accords-cadres, suite aux coûteuses procédures judiciaires engagées par des fournisseurs contestant l'attribution de marchés à des fournisseurs qui ne participaient pas initialement à un accord-cadre. On s'est également préoccupé de la durée d'un accord-cadre, lequel en général ne devait pas se prolonger au-delà de la durée de vie de la technologie concernée ou devait cesser d'exister dès que les besoins de l'entité adjudicatrice changeaient.

491. Selon des opinions exprimées dans le cadre de cette session du Groupe de travail qui a connu la présence du représentant Algérien, l'utilisation des accords-cadres avait donné de bons résultats dans d'autres régions. Des accords conclus avec un fournisseur unique avaient été utilisés dans certains pays pour de petits achats répétés de certains produits lorsque les quantités requises étaient censées varier dans une fourchette donnée mais que l'on ignorait quand ces produits seraient nécessaires et en quelle quantité à chaque étape. Pour ne pas avoir à passer toute une série de marchés qui ne seraient pas intéressants pour les fournisseurs, les entités adjudicatrices avaient conclu pour une ou plusieurs années des accords-cadres prévoyant une quantité estimative, l'objectif étant d'éviter des mises en concurrence successives plus coûteuses.

De l'avis général, la Commission devrait reconnaître que les accords-cadres, même s'ils n'étaient pas mentionnés dans la mouture initiale de Loi type, étaient utilisés dans la pratique. Les vues ont toutefois divergé sur la façon de les aborder.

492. Selon un avis fermement appuyé, des recommandations sur la question ne devaient pas se limiter à une simple reconnaissance de l'existence d'une pratique. En effet, les États adoptants s'attendaient plutôt à ce que la Commission leur donne des indications sur la façon de tirer le meilleur parti des accords-cadres. Ces indications devraient contenir des conseils sur certaines mesures de protection

minimales à adopter pour éviter les abus et assurer l'efficacité dans les dépenses publiques.

493. Plusieurs questions ont été proposées pour examen par le Groupe de travail, à savoir :

- ✓ a) quel degré de concurrence était souhaitable dans un accord signé avec plusieurs fournisseurs ;
- ✓ b) si les accords-cadres devaient être exclusifs ;
- ✓ c) quels étaient les critères appropriés pour fixer la durée des accords-cadres ;
- ✓ d) quels types de marchés se prêtaient à la conclusion d'accords-cadres ;
- ✓ e) quelles procédures appliquer pour sélectionner les participants à un accord-cadre et pour attribuer les commandes.

Cependant, même certains des partisans d'un traitement plus détaillé des accords-cadres ont mis en garde le Groupe de travail contre le risque de limiter l'utilité de ce type d'accords en énonçant trop de conditions pour leur utilisation.

494. Selon un autre point de vue qui a bénéficié d'un certain soutien, aucune disposition de la Loi type ne semblait empêcher un État adoptant d'utiliser des accords-cadres. Il suffirait, au besoin, de reconnaître l'existence de ces accords dans le Guide pour l'incorporation et de fournir des informations sur les questions relatives à leur application. Il a été proposé que le Groupe de travail adopte une approche souple et pragmatique et évite de donner des indications trop directives sur la question. De même, il ne serait pas souhaitable d'essayer de dresser une liste des cas où il serait bon de recourir à un accord-cadre, les conditions variant

considérablement d'un État à l'autre, et vu que la Loi type devait pouvoir s'appliquer partout de manière adéquate.

Par ailleurs, la Loi type n'abordait pas les accords-cadres et, dans quelques cas, semblait faire obstacle à leur utilisation. Par conséquent, la formulation d'orientations générales sur les accords-cadres dans le Guide pour l'incorporation ne constituerait pas une solution suffisante pour traiter la question et le Guide ne serait pas le lieu indiqué pour traiter des accords-cadres si le Groupe de travail concluait que la Loi type n'en approuvait pas l'utilisation.

495. Afin de faciliter ses délibérations à venir sur l'approche générale à adopter pour les accords-cadres et déterminer en particulier avec quel degré de détail et de quelle façon les traiter, le Groupe de travail est convenu d'examiner d'abord si et dans quelle mesure la Loi type, dans sa version initiale, faisait obstacle à l'utilisation de ces accords, et ce, pour y remédier dans les prochaines sessions.

En effet, le thème d'accord-cadre figure, sans surprise, dans l'ordre du jour des **travaux du Groupe de travail I (Passation de marchés) lors de sa dixième session (Vienne, 25-29 septembre 2006)**, durant laquelle session certains représentants et observateurs ont actualisé les informations figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1, pour rendre compte des derniers développements dans l'utilisation et la réglementation des accords-cadres dans leurs pays respectifs.

496. Le Groupe de travail, ayant connu la présence du représentant algérien, a noté que deux questions importantes influeraient essentiellement sur l'élaboration de projets de textes sur le sujet : d'une part, celle de savoir si le cahier des charges pourrait être modifié pendant l'exécution des accords-cadres et, d'autre part, celle de savoir si les fournisseurs n'y avaient pas pris part initialement pourraient le devenir après la conclusion du marché-cadre. Selon un point de vue, la réponse à ces questions dépendrait de la complexité et de l'objet des arrangements-cadres. Il a été proposé que les dispositions de la Loi type soient rédigées en termes suffisamment généraux pour tenir compte de tout type d'accord-cadre.

497. Reconnaissant que l'utilisation des accords-cadres était très répandue et prenant note du bilan positif de cette utilisation dans certains pays et de la tendance à les réglementer expressément, le Groupe de travail a chargé le secrétariat de préparer des projets de textes pour la Loi type et pour le Guide, qui énonceraient les conditions d'utilisation de ce type d'accord et prévoiraient les mesures nécessaires pour prévenir les problèmes fréquemment rencontrés dans cette utilisation, comme les risques de collusion entre fournisseurs, de corruption ou d'atteintes à la concurrence.

498. **Durant les travaux de treizième session du Groupe de travail I (Passation de marchés) de la CNUDCI (New York, 7-11 avril 2008)**, le Groupe de travail a entendu un exposé récapitulatif sur les types d'accords-cadres.

- ✓ a) L'accord-cadre du "type 1", conclu avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et dans lequel les spécifications, les critères d'évaluation ainsi que toutes les conditions du marché sont fixés au cours de la première étape de la passation sans mise en concurrence lors de la deuxième étape. Cette dernière consistait donc à attribuer le marché sur la base des spécifications, des critères d'évaluation et de toutes les conditions ainsi fixées ;
  
- ✓ b) L'accord-cadre du "type 2", dans lequel certaines conditions du marché sont soumises à une nouvelle évaluation (remise en concurrence) au cours de la deuxième étape. Il a été observé que, dans certains systèmes, les critères d'évaluation étaient définitivement fixés lors de la première étape et que, dans d'autres, ces critères pouvaient être modifiés au cours de la deuxième étape. Ainsi, dans certains systèmes, l'accord-cadre de type 2 était conclu avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, et dans d'autres, il était toujours conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ;

- ✓ c) L'accord-cadre du "type 3", conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs avec une mise en concurrence au cours de la deuxième étape, les conditions et les spécifications (et, dans certains systèmes, les critères d'évaluation) étant fixés à l'avance.

499. L'on peut noter, dans le rapport du Groupe de travail composé du représentant de l'Algérie et ceux des autres pays membres de la CNUDCI, que, contrairement aux accords-cadres du type 1 et 2, qui étaient conclus entre des parties déterminées dès l'origine, l'accord-cadre du type 3 était ouvert et permettait à des fournisseurs ou des entrepreneurs d'y devenir partie à tout moment pendant son exécution.

500. D'un point de vue rédactionnel, le Groupe de travail a noté que la Loi type devrait traiter ensemble les caractéristiques communes à tous les types d'accords-cadres et séparément les caractéristiques propres à chaque type d'accord. Il a donc été suggéré de donner la possibilité de modifier les critères d'évaluation au cours de la deuxième étape de la mise en concurrence. À l'inverse, il a été dit que l'introduction de nouveaux critères d'évaluation à cette étape pourrait changer les conditions du marché et ouvrir la porte aux abus. Le Groupe de travail a noté qu'il ne recommandait pas le type d'accords-cadres dans lequel les critères d'évaluation pouvaient être modifiés lors de la deuxième étape.

501. Le représentant de l'Algérie et les autres participants au Groupe de travail de la CNUDCI ont noté que la notion d'"évaluation" méritait clarification dans ce contexte. Le texte laissait de la souplesse puisque l'entité adjudicatrice pouvait préciser ses besoins au cours de la deuxième étape. Il a aussi été observé que les directives de l'Union européenne ne permettaient pas d'apporter des modifications substantielles aux critères d'évaluation et aux spécifications lors de la deuxième étape, mais uniquement des ajustements mineurs. En outre, selon un avis, comme les accords-cadres du type 1 et 2 étaient fermés, ils ne pouvaient être conclus qu'après une évaluation complète des soumissions. Ainsi, il a été convenu de revenir sur cette question lorsque le Groupe de travail examinerait le texte de l'article 22 ter.

502. En ce qui concerne l'utilisation des accords-cadres, selon un avis, des conditions d'utilisation expresses seraient utiles, qu'elles puissent ou non être légalement mises à exécution, car elles renforceraient la transparence et favoriseraient les bonnes pratiques. Il a aussi été estimé que de telles conditions encourageraient les centrales d'achat et les entités adjudicatrices, qui risqueraient sinon de conclure des accords-cadres pour les mauvaises raisons, à adopter des comportements appropriés. Par ailleurs, il a été observé à l'inverse que le traitement des conditions d'utilisation se justifiait par les risques d'abus dans l'exécution des accords-cadres, les entités adjudicatrices pouvant s'en servir de manière abusive pour restreindre la concurrence. Il a été ajouté que la manière correcte de régler ce problème serait de limiter la durée des accords. En outre, la concurrence pouvait être restreinte dans toutes les procédures de passation, en particulier dans le cas des marchés importants et à long terme, mais elle n'était pas régie par des conditions d'utilisation équivalentes dans le reste de la Loi type, ce qui fait qu'il ne serait donc pas justifié de subordonner l'utilisation des accords-cadres à des conditions autres que des limites de durée.

Selon un autre avis, dont l'auteur n'est pas dévoilé dans le rapport du Groupe de travail, même si les conditions d'utilisation étaient en principe utiles, seule l'efficacité administrative devrait figurer dans les conditions proposées car les autres, comme les économies d'échelle et la sécurité de l'approvisionnement, concernent tout autant d'autres méthodes de passation, et il serait très difficile de définir d'autres conditions appropriées.

En outre, l'on a fait observer, dans le cadre des travaux du Groupe de travail regroupant le représentant de l'Algérie et ceux des pays membres de la Commission, que si les conditions d'utilisation n'étaient pas énoncées dans la Loi type proprement dite, les dispositions relatives à la justification ne présenteraient guère d'intérêt et rendraient difficiles les recours contre les décisions concernées. On a également déclaré qu'il serait inopportun de fonder un recours sur des critères subjectifs susceptibles de donner lieu eux-mêmes à des recours ou à des contestations.

503. Par ailleurs, selon des avis exprimés au sein du Groupe de travail, les États adoptants pourraient appliquer la Loi type de différentes façons, de sorte que se pose la question de savoir si les décisions de recourir à des accords-cadres seraient exclues des procédures de recours, et ce, afin de laisser une marge de manœuvre aux États adoptants pour ce qui est des conditions d'utilisation. Certaines délégations ont fait observer que les États adoptants, qui avaient déjà pris des dispositions en vue du recours à des accords-cadres, avaient décidé pour ces raisons de ne pas fixer de conditions d'utilisation. Il a été convenu qu'il serait nécessaire de faire figurer un texte explicatif détaillé dans le Guide pour l'incorporation et notamment de préciser que, s'il y avait un risque élevé d'abus dans un État adoptant particulier, celui-ci pourrait envisager d'ajouter des dispositions législatives concernant les conditions d'utilisation, dans la mesure où cette solution permettrait d'éviter des conséquences fâcheuses si l'on omettait d'autres conditions d'utilisation pertinentes dans le texte de la Loi type.

504. Le Groupe de travail a, ensuite, examiné la question de savoir si, dans les conditions d'utilisation, il fallait, pour faire face au risque que les accords-cadres ne restreignent la concurrence, imposer des procédures ouvertes lorsque le recours à d'autres méthodes ne se justifie pas, comme pour tous les marchés passés en application de la Loi type, ou préciser que, pour les accords-cadres, seules les méthodes de passation indiquées pouvaient être utilisées. Selon une opinion, dont l'auteur n'est pas identifié dans le rapport, il ne faudrait recourir que de façon exceptionnelle à des méthodes de passation non ouvertes lors de la première phase d'une procédure de passation pour laquelle on fait appel à des accords-cadres. Dans les cas où le recours à des méthodes de passation applicables à des marchés complexes se justifie, il est généralement exclu que l'on puisse utiliser de façon appropriée des accords-cadres. Cependant, on a fait observer qu'il était courant de faire jouer la concurrence ou de recourir à des procédures similaires pour conclure des accords-cadres.

505. Les participants aux travaux de cette session, ont estimé que les accords-cadres convenaient pour des marchés standardisés tels que certains marchés de travaux et

de services ainsi que les marchés de biens. La Loi type devrait donc autoriser le recours à ces accords pour tous les types de marchés, en précisant la nature de ceux pour lesquels ils conviendraient.

506. En ce qui concerne la durée maximale d'un accord-cadre, la Loi type devrait, selon une opinion, indiquer que celle-ci doit être limitée, mais il faudrait laisser le soin à l'État adoptant de fixer cette durée, des indications appropriées étant fournies dans le Guide pour l'incorporation. L'entité adjudicatrice aurait donc une certaine marge de manœuvre. En revanche, on a fait observer que, dans la pratique, les entités adjudicatrices essayaient généralement de conclure des accords-cadres pour une durée aussi longue que possible, ce qui avait pour effet de limiter la concurrence pour une partie importante des marchés. Le Groupe de travail a donc convenu que le texte ne fixerait pas de durée maximale mais prévoirait l'obligation de fixer une telle durée, en laissant à chaque État adoptant le soin de l'établir en fonction des circonstances locales.

507. En ce qui concerne l'autorisation d'utiliser des accords-cadres dans la passation de marchés de travaux et de services, il a été noté que l'objectif des dispositions était de permettre une passation appropriée de ce type de marchés grâce aux accords-cadres, mais d'exclure en pratique, par l'utilisation de spécifications et de critères d'évaluation fixés à l'avance, la passation de marchés de travaux et de services complexes. Il a aussi été fait observer que la Loi type pourrait faire expressément référence à la passation "standardisée". Le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a toutefois été estimé que le fait de parler, dans le Guide, par exemple de passations de marchés de biens standard d'usage courant, de services simples et récurrents et de petits travaux de maintenance et de réparation permettrait de traiter cette question de façon adéquate.

508. Durant cette session des travaux du Groupe de travail, il a été demandé si les accords-cadres du type 3 devraient nécessairement fonctionner électroniquement comme les Directives européennes l'exigeaient pour les systèmes d'acquisition dynamiques. Ce faisant, le Groupe de travail a eu à aborder les exemples de certains

pays dans lesquels des systèmes équivalents ne fonctionnaient pas toujours de cette manière. En conséquence, il a été convenu que la référence au fonctionnement électronique obligatoire devrait être supprimée. Il a aussi été fait observer que les accords-cadres du type 1 et 2 pourraient fonctionner électroniquement sans qu'il soit besoin de le mentionner expressément dans le texte compte tenu de la suppression de la référence équivalente pour les accords du type 3.

509. Abordant la question si un accord-cadre ouvert pourrait avoir force obligatoire à l'égard des parties ultérieures, le Groupe de travail a fait observer en réponse que ces parties seraient liées par l'accord initial par le biais du mécanisme d'adhésion, et qu'il appartiendrait à chaque État adoptant de s'assurer que le mécanisme fonctionnait correctement dans son propre système juridique.

Le Groupe de travail est parvenu dans le cadre de cette session de finaliser la rédaction des dispositions devant encadrer les procédures des accords-cadres<sup>254</sup>, avant de se pencher sur la question des offres anormalement basses.

#### **2.1.2.2.2      *Sous-section 2 : L'offre anormalement basse.***

510. La question de l'offre anormalement basse est évoquée pour la première fois dans les **travaux de la septième session (New York, 4-8 avril 2005)**. Les coparticipants avec le représentant de l'Algérie dans les travaux de cette session ont rappelé qu'en 1989, leurs collègues qui s'occupaient alors de la passation des marchés avaient été informés qu'avec un "prix anormalement bas", on estimait "peu probable qu'un soumissionnaire puisse exécuter le marché à un prix inférieur à ce prix, sauf au détriment de la qualité de la main-d'œuvre ou des matériaux ou en travaillant à perte. Un prix anormalement bas pourrait aussi dans certains cas indiquer une collusion entre soumissionnaires"<sup>255</sup>. Ainsi, ils ont souligné que la

---

<sup>254</sup> Voir le document de la CNUDCI A/CN.9/648

<sup>255</sup> Voir document de la CNUDCI (A/CN.9/WG.V/WP.22)

cause du problème était le risque lié à l'exécution dans la mesure où les offres anormalement basses risquaient d'aller à l'encontre des objectifs de la Loi type, y compris l'économie et l'efficacité dans la passation des marchés, la promotion de la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs, et le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs.

À cet égard, le Groupe de travail a noté que la Loi type repose sur un système fondé sur les prix et non sur les coûts, et qu'en tout état de cause seul le système fondé sur les prix était réaliste. En conséquence, une entité adjudicatrice devrait évaluer le risque potentiel lié à l'exécution en utilisant les prix comme indication des coûts, et l'analyse aboutirait nécessairement à une estimation. Il a également été rappelé qu'un prix bas ne serait pas nécessairement, en soi, l'indice d'un risque lié à l'exécution.

511. Les participants aux travaux du Groupe de travail ont noté que des offres anormalement basses pouvaient être soumises pour diverses raisons – telles que des spécifications imprécises ou ambiguës, des erreurs dans l'évaluation du dossier d'appel d'offres, l'insuffisance du temps donné aux fournisseurs pour préparer les offres, des erreurs des fournisseurs dans l'évaluation de leurs propres coûts, et la fixation involontaire de prix inférieurs aux coûts pendant le déroulement de l'enchère–, et qu'il pouvait en résulter la soumission involontaire d'offres anormalement basses. D'un autre côté, il a aussi été reconnu qu'un comportement anticoncurrentiel, comme la pratique de prix prédateurs<sup>256</sup>, pouvait conduire cette fois à la soumission volontaire d'offres anormalement basses.

512. Les risques liés à l'exécution en cas d'acceptation d'une offre anormalement basse pouvaient avoir des conséquences très néfastes pendant la phase de l'exécution, et que les solutions disponibles à ce stade, qui comprenaient la résiliation du marché ou la demande de garanties supplémentaires, ne pouvaient être

---

<sup>256</sup> Mentionnée au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.I/WP.36

invoquées que dans des cas extrêmes<sup>257</sup>. De ce fait, le Groupe de travail a donc conclu que la Loi type devrait s'attacher principalement à détecter les offres susceptibles d'être anormalement basses de façon à éviter leur soumission, malgré le fait que, d'après l'étude comparative des dispositions législatives des systèmes nationaux et internationaux relatives aux offres anormalement basses effectuée alors, il y a peu de législations interdisant la soumission d'offres anormalement basses.

À cet égard, le Groupe de travail, dont faisait partie le représentant de l'Algérie, s'est intéressé plus particulièrement à l'expérience des nombreux systèmes qui autorisaient les entités adjudicatrices à prendre des mesures pour se renseigner sur les offres soupçonnées d'être anormalement basses et exigeaient même qu'elles le fassent avant qu'une telle offre puisse être rejetée comme telle, cette procédure étant connue sous le nom de "procédure de justification du prix"<sup>258</sup>. Tel n'est pas le cas de la Loi type qui ne traitait pas expressément des offres anormalement basses, et par conséquent une entité adjudicatrice ne pourrait rejeter une telle offre même si elle était détectée, mais pourrait disqualifier un fournisseur considéré comme n'ayant pas les qualifications requises ou rejeter une offre considérée comme non conforme en vertu des dispositions des articles 6 et 34, respectivement de la version initiale de la loi type<sup>259</sup>.

513. Même si l'on admet que ces dispositions pourraient permettre de traiter d'éventuelles offres anormalement basses, il n'en demeure pas moins qu'il n'est offert, à l'entité adjudicatrice, aucune possibilité de se renseigner sur une offre

---

<sup>257</sup> Voir le document A/CN.9/WG.I/WP.36, par. 15.

<sup>258</sup> Par exemple, il est dit à l'article 55 de la Directive 2004/18/CE de l'Union européenne, qu'un pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter une offre susceptible d'être anormalement basse, doit demander par écrit les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes.

<sup>259</sup> À cet égard, il a été noté que l'article 6 de la Loi type indiquait que les qualifications des fournisseurs devaient être évaluées sur la base (entre autres) de leurs qualifications et compétences professionnelles, techniques et de gestion, de leurs ressources et de leur solvabilité, et que leurs administrateurs ne devaient pas faire l'objet d'enquêtes ou de poursuites pénales. Aux termes de l'article 34-3 de la Loi type, l'entité adjudicatrice n'accepte pas une offre si celle-ci n'est pas conforme ou si le fournisseur qui l'a soumise n'a pas les qualifications requises.

anormalement basse en recourant à une procédure de justification de prix. En conséquence, le Groupe de travail a décidé de modifier la Loi type de façon à permettre à des entités adjudicatrices de se renseigner sur des offres anormalement basses en recourant à une procédure de justification de prix. Il a aussi estimé qu'il faudrait fournir, dans le Guide pour l'incorporation, de nouvelles orientations appropriées.

Par ailleurs, le représentant de l'Algérie et ceux des autres pays participants aux travaux de cette session ont estimé qu'il serait inutile de fournir, dans le texte de la Loi type, une définition de ce qu'est une offre anormalement basse, notant que les nouvelles directives de l'Union européenne n'en fournissaient pas. Mais, ils ont tout de même jugé nécessaire d'ajouter une nouvelle disposition, dans la cadre de la future loi type, disposant que si un prix soumissionné est anormalement bas et suscite des craintes justifiées quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat, l'entité adjudicatrice est autorisée à rejeter l'offre. Il a été noté que ce rejet serait soumis à deux conditions : i) Que le soumissionnaire ait eu la possibilité d'expliquer ses prix dans le cadre d'une procédure de justification, et ii) que le motif du rejet figure dans le procès-verbal de passation de marché, de sorte que toute contestation puisse être examinée en regard de ce motif.

514. Le Groupe de travail a également recommandé de rédiger un texte qui permettrait à l'entité adjudicatrice de recourir à une procédure de justification de prix, et de supprimer du Guide le commentaire relatif à l'article 34-1 a) de la Loi type qui empêche d'utiliser cette disposition pour solliciter une justification de prix en présence d'offres soupçonnées d'être anormalement basses. Il n'est pas parvenu à une conclusion définitive quant au fait de savoir où cette disposition devrait être située, mais est convenu de revoir la question lorsqu'il serait saisi, pour examen, des projets de dispositions révisés.

515. Cette question de l'offre anormalement basse est ressassée dans le cadre des **travaux de la huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005)**, dans laquelle les avis ont divergé sur le point de savoir si les dispositions relatives aux offres anormalement basses devraient figurer dans la Loi type.

D'un côté, l'insertion de telles dispositions a été fortement appuyée dans la mesure où lorsqu'elles examinaient les offres, les entités adjudicatrices devraient être autorisées à demander une justification des prix si elles soupçonnaient une offre d'être anormalement basse. Il a été fait observer que, dans le cas contraire, le processus de passation serait gravement compromis, d'autant plus que, non seulement il existait un risque d'inexécution, mais l'expérience, en particulier dans le secteur de la construction, montrait aussi que les entreprises présentant des offres anormalement basses utilisaient généralement par la suite tous les moyens possibles pour contester la procédure de passation et pour améliorer les conditions du marché, ce qui avait pour conséquence de faire monter le prix de ce dernier. Ainsi, le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, devrait examiner le problème des offres anormalement basses dans le contexte plus large de l'ordre public, car la soumission de telles offres masquait souvent des actes délictueux (par exemple, le blanchiment d'argent) ou des pratiques illégales (par exemple, le non-respect des obligations de rémunération minimale ou de couverture sociale). Lorsque de telles obligations étaient imposées, une offre anormalement basse dont le prix ne permettrait pas de verser la rémunération minimale ou de payer la couverture sociale requise pourrait être considérée comme clairement et objectivement basse. D'un autre côté, certaines délégations ont été d'avis qu'il ne fallait pas insérer de disposition expresse dans la Loi type car :

- ✓ i) dans la pratique, le droit pour les entités adjudicatrices de rejeter des offres au motif que leur prix était anormalement bas pourrait donner lieu à des abus (les offres pourraient être rejetées sans justification) ;
- ✓ ii) le critère de ce qui constituait une offre anormalement basse pouvait être très subjectif, en particulier dans la passation de marchés internationaux ;
- ✓ iii) il existait d'autres moyens de régler le problème des offres anormalement basses.

516. En outre, il a été fait observer que, si la subjectivité pouvait être particulièrement patente dans la passation de marchés internationaux, du fait qu'un prix anormalement bas dans un pays pouvait être parfaitement normal dans un autre, dans la passation des marchés nationaux, des techniques telles que la vente à perte de vieux stocks ou la fixation de prix inférieurs au coût de revient pour occuper la main-d'œuvre étaient légitimes et, par conséquent, les prix pouvaient être bas mais non anormalement bas. De ce fait, il a été proposé de ne pas traiter la question dans la Loi type mais de donner dans le Guide les indications suivantes :

*“Si un État adoptant décide d'autoriser une entité adjudicatrice à rejeter des offres au motif que leur prix est anormalement bas, il doit faire en sorte que des procédures appropriées soient prévues pour prévenir les décisions arbitraires et les pratiques abusives”.*

Il a été précisé que cette solution serait préférable du fait que les banques multilatérales de développement n'acceptaient pas le rejet d'offres au motif que leur prix était anormalement bas.

517. Le Groupe de travail a décidé, *in fine*, de partir du principe que des dispositions minimales seraient insérées dans la Loi type, complétées par un commentaire détaillé dans le Guide, concernant en particulier les mesures nécessaires pour éviter les décisions arbitraires et les pratiques abusives. Ainsi, il a recommandé d'établir, lors de l'établissement d'une version révisée, d'appliquer les principes suivants :

- ✓ i) il faudrait autoriser mais non obliger l'entité adjudicatrice à rejeter des offres anormalement basses ;
- ✓ ii) le fait de donner dans la Loi type la possibilité d'évaluer les offres en fonction du coût et non du prix (les projets de textes examinés par le Groupe de travail étaient fondés sur une évaluation du prix) n'était pas souhaitable car l'évaluation des coûts était extrêmement lourde et complexe ;

- ✓ iii) seule l'entité adjudicatrice, et non un tiers, devrait pouvoir prendre des mesures lorsqu'elle soupçonnait une offre d'être anormalement basse et l'offre en question devrait être évaluée de manière purement objective ; et ;
  
- ✓ iv) il importait de traiter les offres susceptibles d'être anormalement basses avant la conclusion du marché concerné, car des mesures postérieures pourraient encore accroître les prix et compromettre le marché.

518. Toutes les nouvelles dispositions qui devraient encadrer l'offre anormalement basse ont été analysées, vérifiées et validées dans le cadre du **rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa douzième session (Vienne, 3-7 septembre 2007)**<sup>260</sup>. Dans le cadre de cette session du Groupe de travail, les coparticipants au côté du représentant de l'Algérie ont réitéré la nécessité de définir ce qui constituait une offre anormalement basse dans la Loi type afin d'éviter des jugements subjectifs et les risques d'abus de la part des entités adjudicatrices. De plus, ils se sont déclarés favorables à la démarche d'alors consistant à ne pas considérer qu'une offre est anormalement basse uniquement en fonction du prix mais d'une notion plus large, à savoir les risques liés à l'exécution.

---

<sup>260</sup> Voir document A/CN.9/640

519. Il importe, par ailleurs, de souligner que les travaux de la révision de la loi type de la CNUDCI de 1994 sont achevés lors des travaux de la dix-neuvième session du Groupe de travail qui s'est déroulée à Vienne, entre le 1<sup>er</sup> et 5 novembre 2010<sup>261</sup>.

520. De ce qui précède, il est incontestablement admis que l'Algérie ait participé activement aux travaux ayant conduit à l'actualisation et la modernisation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Quid de sa participation dans l'élaboration du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Titre 2) ?

---

<sup>261</sup> Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Argentine, Bélarus, Bolivie, Botswana, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Inde, Iran, Italie, Mexique, Ouganda, Paraguay, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela.

Ont aussi assisté à la session des observateurs des États suivants: Belgique, Guatemala, Indonésie, Koweït, Panama, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie, Suède, Tunisie et Yémen. Ainsi que les observateurs des organisations internationales suivantes: a) Système des Nations Unies: Banque mondiale et Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC); b) Organisations intergouvernementales: Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Union européenne (UE); c) Organisations non gouvernementales internationales invitées par le Groupe de travail: Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) et Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA).

## **2.2 TITRE 2 : PARTICIPATION DE L'ALGERIE A L'ELABORATION DU GUIDE D'INCORPORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI DANS LE DROIT INTERNE DES ETATS ADOPTANTS.**

521. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la CNUDCI) a établi le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de sa Loi type de 2011 sur la passation des marchés publics afin de fournir des informations et des explications sur les considérations de politique générale qui ont présidé à l'élaboration de la Loi type.

522. Les informations figurant dans le Guide visent à expliquer les objectifs de la Loi type et la manière dont les dispositions de cette dernière ont été conçues pour les atteindre. Le *Guide* vise donc à accroître l'efficacité de la Loi type comme outil de modernisation et de réforme des systèmes de passation des marchés, en particulier lorsque les personnes concernées sont peu familières des types de procédures de passation qu'elle prévoit.

De plus, conformément à son approche générale fondée sur la recherche d'un consensus intergouvernemental, la CNUDCI s'est inspirée de l'expérience de pays du monde entier en matière de réglementation des marchés publics pour élaborer la Loi type et le présent *Guide*. Cette approche permet également aux deux textes de refléter les meilleures pratiques et aux dispositions de la Loi type d'avoir une application universelle. La Loi type étant une loi cadre, en ce qu'elle ne prévoit que des principes et procédures essentiels, c'est le Guide qui doit examiner la nécessité d'une réglementation et d'orientations complémentaires appuyant la législation qui en découle, recense les principales questions à traiter dans cette réglementation et examine l'infrastructure juridique et autre qui sera nécessaire pour une application efficace du texte.

523. Le Groupe de travail, chargé par la CNUDCI de moderniser sa Loi type sur la passation de marchés publics de 1994 et la compléter d'un Guide de son incorporation dans le droit interne des pays adoptants, a commencé, dès ses

premières sessions, à cibler les dispositions qui devraient être complètement renvoyées au Guide ainsi que celles qui devraient être expliquées et développées davantage dans le cadre de ce dernier. Mais force est de constater que c'est dans le cadre de ses deux dernières sessions que le Groupe de travail de la CNUDCI a complété la configuration dudit Guide, à savoir :

- ✓ Les travaux de vingtième session du Groupe de travail de la CNUDCI : New York, 14-18 mars 2011 (Chapitre 1) ;
- ✓ Les travaux de la vingt et unième session du Groupe de travail de la CNUDCI : New York, 16-20 avril 2012 (Chapitre 2).

### **2.2.1 Chapitre 1 : Participation de l'Algérie aux travaux de vingtième session du Groupe de travail de la CNUDCI : New York, 14-18 mars 2011.**

524. Les dispositions qui devraient intégrer le Guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI dans le droit interne des Etats adoptants ont commencé à prendre forme au fur et à mesure que le Groupe de travail traitait les dispositions de la loi type de la CNUDCI qui devraient être actualisées, modernisées ou, le cas échéant, supprimées. Ainsi donc, le Groupe de travail se repose à chaque fois sur le Guide pour expliquer, développer et parfois justifier les choix qui ont été privilégiés afin de faciliter l'intégration de la loi type dans le droit interne de ses Etats membres.

525. À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail, qui avait achevé ses travaux sur la révision de la Loi type de 1994, est convenu que, conformément à la pratique de la CNUDCI, le projet de Loi type sur la passation des marchés publics issu de la session en question serait distribué à tous les gouvernements et aux organisations internationales pertinentes pour commentaires. Il a été noté que la Commission serait saisie de ces commentaires et du projet de Loi type à sa quarante-quatrième session, en 2011. À la même session, le Groupe de travail est convenu qu'à sa vingtième session, il se concentrerait sur les propositions de révision du Guide pour l'incorporation. Il était entendu qu'on n'attendait pas de la Commission qu'elle adopte le Guide révisé en même temps que la Loi type révisée, mais le Groupe de travail a indiqué qu'il comptait lui soumettre un avant-projet de Guide révisé issu des travaux de sa vingtième session afin de l'aider à examiner le projet de Loi type<sup>262</sup>.

---

<sup>262</sup> A/CN.9/713, par. 138.

Ce faisant, dans le cadre des travaux de sa vingtième session qui s'est déroulée New York, du 14 au 18 mars 2011<sup>263</sup>, le Groupe de travail de la CNUDCI, a abordé la question de la composante du Guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI dans le droit interne des Etats adoptants, aussi bien en traitant son aspect général (Section 1) qu'en traitant les commentaires spécifiques à chaque procédure qui devraient y être intégrés (Section 2).

---

<sup>263</sup> L'Algérie a participé au Groupe de travail de cette vingtième session à New York, du 14 au 18 mars 2011 au côté des représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Bélarus, Bénin, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran, Israël, Italie, Japon, Kenya, Malaisie, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Paraguay, Philippines, République de Corée, République tchèque, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela.

Cette session a connu également la présence des observateurs des États suivants: Congo, Cuba, Indonésie, Iraq, Koweït, Lituanie, Myanmar, Roumanie, Suède et Zambie. Ainsi que les observateurs des organisations internationales suivantes: a) Système des Nations Unies: Banque mondiale; b) Organisations intergouvernementales: Agence spatiale européenne (ESA), Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Union européenne (UE); c) Organisations non gouvernementales internationales invitées: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA) et International Law Institute (ILI).

### **2.2.1.1 Section 1 : Orientations générales du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.**

526. Dans le cadre de cette session, le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a rappelé qu'il avait reporté l'examen de plusieurs questions dans le Guide révisé. Il a été convenu que les décisions du Groupe de travail concernant le traitement de ces questions dans le Guide révisé devraient être maintenues à moins qu'elles ne soient annulées au cours des débats ultérieurs du Groupe de travail ou de la Commission.

527. Les participants aux travaux du Groupe de travail de la CNUDCI ont également rappelé qu'il avait été convenu d'inclure dans le Guide révisé de nouvelles sections sur les questions de planification et d'administration des marchés, un glossaire et un tableau récapitulatif des correspondances entre la Loi type révisée et la Loi type de 1994, sauf que, faute de temps, il ne serait sans doute pas possible de préparer un Guide élargi destiné aux personnes chargées de la mise en application ou aux utilisateurs finaux, et que le Guide révisé serait donc destiné en priorité aux législateurs<sup>264</sup>.

528. Il importe de souligner que, dans le cadre de cette session, le Groupe de travail de la CNUDCI a commencé par identifier les lignes directrices de la révision du Guide d'incorporation de la loi type dans le droit interne des Etats adoptants (Sous-section 1), avant d'émettre les remarques générales afférentes à son élaboration (Sous-section 2).

---

<sup>264</sup> A/CN.9/713, par. 139.

**2.2.1.1.1      *Sous-section 1 : les lignes directrices de la révision du Guide d'incorporation de la loi type dans le droit interne des Etats adoptants.***

529. Le Groupe de travail, composé du représentant de l'Algérie et ceux des pays membres de la CNUDCI, s'est attaché, dans le cadre de cette session, à énumérer les lignes directrices qui devraient gouverner à la révision du Guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans le droit interne des Etats adoptants. Elles se résument aux axes suivants :

- ✓ a) établir un texte initial de l'introduction générale du Guide révisé, que les législateurs utiliseraient finalement pour décider si la loi type révisée devrait être adoptée dans leur pays ;
- ✓ b) souligner dans cette introduction générale les modifications apportées à la loi type de 1944 et les raisons de ces modifications ;
- ✓ c) distribuer en même temps ou à peu près un projet de texte du Guide révisé se rapportant à un groupe d'articles ou à un chapitre pour faciliter les débats sur la forme et la structure du Guide révisé ;
- ✓ d) veiller à ce que le texte du Guide révisé se lise bien et soit aisément compréhensible pour les parlementaires non spécialistes de la passation des marchés ;
- ✓ e) traiter avec prudence les questions de fond sensibles telles que celle du meilleur rapport qualité-prix ; et ;
- ✓ f) limiter autant que possible les répétitions entre la partie générale du Guide révisé et le commentaire article par article ; lorsqu'elles étaient inévitables, il fallait veiller à la cohérence.

Par ailleurs, il a été convenu que l'importance relative de la partie générale du Guide révisé (Sous-section 2) et du commentaire article par article devrait être examinée avec soin.

### **2.2.1.1.2      *Sous-section 2 : De la partie générale du guide.***

530. Le Groupe de travail a rappelé les lignes directrices à suivre pour préparer la version révisée du Guide, formulées à sa dix-neuvième session. Il a confirmé qu'il considèrerait que le Guide devrait se composer de deux parties, la première décrivant l'approche générale de la rédaction de la Loi type révisée, et la seconde contenant un commentaire article par article.

531. Le représentant de l'Algérie et les autres participants au Groupe de travail chargé par la CNUDCI d'actualiser la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et le Guide de son incorporation dans le droit interne des Etats adoptants, ont souligné l'importance de la première partie, notamment pour ce qui est de faire comprendre aux législateurs les dispositions complexes de la Loi type révisée, les raisons des modifications apportées au texte de 1994 et les choix de politique intervenant lors de l'adoption d'une législation sur la passation de marchés fondée sur la Loi type révisée. S'agissant du projet dont le Groupe de travail était saisi, l'avis général était qu'un équilibre optimal entre les diverses questions examinées dans les deux parties du Guide n'avait pas encore été atteint. On a estimé que bon nombre de dispositions contenues actuellement dans la première partie avaient davantage leur place dans la deuxième partie alors que certains des points soulevés dans le commentaire par article méritaient peut-être d'être soulignés dans la première partie.

532. Concernant le texte de la première partie en particulier, on a souligné qu'il importait que le texte soit aisément compréhensible pour les législateurs dans la mesure où ceux-ci n'avaient souvent ni les moyens ni le temps de parcourir des documents longs et complexes. Il convenait donc d'éviter dans la première partie les débats approfondis sur quelque sujet que ce soit et l'utilisation de termes

techniques dont la compréhension exigeait des connaissances spécialisées et des recherches supplémentaires. Il a également été proposé de déplacer dans des notes de bas de page les références à certains articles d'instruments internationaux.

533. S'agissant des remarques générales concernant les dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels<sup>265</sup>, de l'avis général des coparticipants avec le représentant de l'Algérie dans le Groupe de travail de la CNUDCI, il fallait écouter sensiblement les remarques générales concernant les dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels dans la première partie du Guide. Il a été souligné que seules les dispositions énonçant des considérations de principe pour la rédaction du chapitre VIII et fixant les grands objectifs et principes établis dans le cadre de ce chapitre devraient être maintenues dans la première partie.

534. Le Groupe de travail est convenu que les remarques générales concernant les dispositions de la loi type révisée relatives aux contestations et aux appels devraient être reformulées. Les dispositions liées à certains articles du chapitre VIII devraient être déplacées dans le commentaire de ces articles et celles expliquant des aspects techniques de caractère général concernant ce chapitre dans son ensemble pourraient être regroupées dans une introduction à ce dernier.

535. S'agissant de la note 1, certains membres du Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, ont appuyé la proposition tendant à s'abstenir d'examiner en profondeur dans le Guide la notion d'"instance indépendante", le degré idéal de séparation des pouvoirs et la question de savoir si les pouvoirs prévus à l'article 66 devraient être attribués à une instance nouvellement créée ou existante. Il a été indiqué que ces questions devraient être réglées par l'État adoptant en fonction des circonstances locales. Par ailleurs, on a proposé qu'il soit plutôt fait référence dans le Guide aux principes directeurs de l'Organisation de coopération

---

<sup>265</sup> A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.3.

et de développement économiques (OCDE) sur l'intégrité des instances de recours, où les questions pertinentes étaient correctement traitées.

536. Selon un autre avis, des directives plus précises concernant l'instance indépendante devraient figurer dans le Guide dans la mesure où un tel examen présenterait un intérêt en particulier pour les États vulnérables qui ne disposaient pas des ressources nécessaires pour créer une nouvelle instance aux fins de l'application des dispositions de l'article 66 et qui pourraient avoir des doutes au sujet des instances existantes auxquelles les pouvoirs prévus à l'article 66 devraient être attribués. L'on a ainsi estimé qu'il était important pour ces États de définir les exigences fondamentales auxquelles une instance indépendante devrait se conformer et de préciser en particulier quelles instances ne seraient pas aptes à s'acquitter des fonctions énoncées à l'article 66.

537. Le Groupe de travail est convenu d'examiner les questions soulevées dans la note 1 à la lumière du commentaire pertinent de l'article 66. S'agissant de la note 2, on s'est dit opposé à ce que des règles procédurales et des règles de preuve soient décrites de façon détaillée dans quelque partie du Guide que ce soit. On a estimé que ces questions débordaient le cadre du Guide et de la Loi type révisée et qu'il serait impossible d'en présenter dans le Guide, de manière concise, un examen exhaustif et précis.

538. Après avoir décrit l'approche générale de la rédaction de la Loi type révisée dans le Guide, le Groupe de travail s'est étalé sur la seconde partie contenant des commentaires article par article (Section 2).

### **2.2.1.2 Section 2 : Des commentaires sur les dispositions de la loi type et du Guide.**

539. Le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a examiné, article par article, les dispositions de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, mais nous allons nous contenter d'examiner, dans le cadre de la présente section, les commentaires sur les modes de passation traditionnels (Sous-section 1) et ceux ayant trait aux modes de passation exceptionnels des marchés publics (Sous-section 2).

#### ***2.2.1.2.1 Sous-section 1 : Commentaires concernant les modes traditionnels de passation de marchés publics.***

540. Dans le cadre des modes traditionnels de passation des marchés publics, le Groupe de travail de la CNUDCI, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a émis des commentaires sur l'appel d'offres restreint<sup>266</sup> ainsi que sur la procédure de la demande de prix<sup>267</sup> qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée.

541. Le Groupe de travail a examiné le lieu où il convenait de faire figurer les indications concernant les modifications apportées à la loi type de 1994 concernant l'utilisation des méthodes de passation des marchés. On a jugé préférable de les verser dans une partie distincte du Guide plutôt que de les ajouter au guide sur la Loi type révisée. Il a été indiqué qu'une telle approche conviendrait mieux à deux groupes de lecteurs : d'une part ceux qui connaissent mal la Loi type de 1994 et ne s'intéresseront qu'aux indications concernant la Loi type révisée ; et d'autre part,

---

<sup>266</sup> A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, part A.

<sup>267</sup> A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, part B.

ceux qui connaissent bien la Loi type de 1994 et voudront comprendre les modifications qui y ont été apportées et les raisons de ces modifications.

542. En ce qui concerne l'appel d'offre restreint, Au paragraphe 2 du document (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, part A.) portant les commentaires relatifs à l'article 28 comportant "Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés", le Groupe de travail a estimé que la quatrième phrase n'était juste que dans les situations où il y avait suffisamment de concurrence sur le marché. Le Secrétariat a été prié de reformuler la phrase en conséquence. Il a été dit que l'utilisation de l'appel d'offres ouvert avec préqualification pourrait être jugée plus appropriée dans les situations visées à l'article 28-1 b).
543. Le Groupe de travail a, par ailleurs, recommandé au secrétariat de réexaminer la référence aux micros, petites et moyennes entreprises au paragraphe 18 et dans le reste du Guide dans la mesure où l'on a estimé que cette expression pouvait prêter à confusion car la différence entre les microentreprises et les petites entreprises n'était pas évidente. Par contre, on a exprimé l'avis que le Guide devrait employer le terme générique plus traditionnel "petites et moyennes entreprises (PME)" et expliquer dans le glossaire que ce terme pourrait comprendre les microentreprises.
544. S'agissant de la note de bas de page 1, il a été suggéré que les questions générales concernant la sollicitation soient placées dans les commentaires introductifs de la section II du chapitre II de la Loi type révisée et que de brèves indications pour chaque méthode de passation figurent dans le commentaire accompagnant chacune des méthodes pertinentes. On a noté qu'il importait de répéter les indications concernant les avis préalables dans le commentaire se rapportant à chaque méthode de passation pertinente (appel d'offres restreint, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique), d'autant que les implications de l'avis préalable différaient selon la méthode de passation.

545. Sur une question qui a été soulevée concernant la mention au paragraphe 18 de l'invitation à soumettre une offre dans le contexte de l'appel d'offres restreint et son rapport avec l'avis préalable de passation de marché, le Groupe de travail a invité le Secrétariat de réexaminer ce passage pour éviter toute confusion avec l'invitation à participer à l'appel d'offres ouvert. Par ailleurs, le Groupe de travail s'est également interrogé sur l'exactitude de la septième phrase du paragraphe : on a noté que les dispositions du projet de Loi type excluaient l'application de l'article 37 à l'appel d'offres restreint mais que les indications disaient que seules certaines dispositions de l'article 37 ne s'appliqueraient pas. Le Secrétariat a donc été prié de réexaminer l'interaction de ces deux points.
546. Le Groupe de travail, dont fait partie l'Algérie, a prié le Secrétariat d'éviter, lorsqu'il faisait référence à d'autres méthodes et techniques de passation ou aux procédures de contestation, les précisions excessives qui pourraient déconcerter le lecteur puisque l'on a envisagé la possibilité de donner la liste des renvois pertinents au début des indications concernant un article ou un sujet donné.
547. S'agissant du Commentaire concernant la demande de prix qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisé, le Groupe de travail a appuyé, en ce qui concerne la note 3 du document (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, part B), l'harmonisation des dispositions du projet de Loi type sur les seuils et demandé que ceux-ci soient définis dans les règlements en matière de passation de marchés et non dans la loi, par exemple, afin qu'il puisse être tenu compte des fluctuations des taux de change et de l'inflation sans devoir modifier la loi. Le Groupe de travail a noté que ce point serait porté à l'attention de la Commission.
548. En réponse à une suggestion selon laquelle une référence aux marchés de valeur élevée devrait être incluse dans le paragraphe 4, le représentant de l'Algérie et ses coparticipants dans le Groupe de travail de la CNUDCI ont convenu qu'une telle référence n'était pas nécessaire et qu'il conviendrait en fait de supprimer la

référence aux marchés complexes, qui sortait également du champ de l'article 28-2.

Par ailleurs, il a été suggéré d'ajouter des exemples d'utilisation de cette méthode de passation et de suggérer d'autres options, notamment dans le cas de marchés portant sur les pièces de rechange de véhicules, pour lesquels on pourrait recourir à la demande de prix lorsqu'il s'agit d'un seul achat peu important ou à un accord-cadre s'il peut y avoir un besoin récurrent de pièces pour un parc de véhicules.

En outre, le Groupe de travail a pris note des complexités du choix d'une méthode de passation en vertu de la Loi type révisée et a recommandé au Secrétariat de simplifier le texte du Guide en évitant de fournir une longue analyse comparative des diverses méthodes de passation et des références excessives comme au paragraphe 9. Il a été convenu que le paragraphe 5 devrait être déplacé ailleurs dans le Guide et qu'une référence aux produits normalisés, comme dans le secteur des technologies de l'information et de la communication, devrait être incluse au paragraphe 1 comme exemple de produits disponibles dans le commerce qui pourraient être définis par référence à des normes sectorielles.

En sus des modes traditionnels de passation des marchés publics, le représentant de l'Algérie et ses confrères dans le Groupe de travail de la CNUDCI ont émis des commentaires sur les modes exceptionnels de passation de marchés publics (Sous-section 2).

#### **2.2.1.2.2      *Sous-section 2 : Commentaire sur les modes exceptionnels de passation de marchés publics.***

549. Parmi les modes de passation traditionnels évoqués par le Groupe de travail, composé du représentant de l'Algérie et ceux des pays membres de la Commission, chargé par la CNUDCI de l'actualisation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et le Guide de son incorporation dans le droit interne des Etats membres a émis, tout d'abord, des commentaires concernant la demande

de propositions sans négociation qu’il est proposé d’insérer dans le Guide pour l’incorporation de la Loi type révisée<sup>268</sup>.

550. Sur le volet des conditions d’utilisation, le Groupe de travail a estimé que le contenu de la note 1 était suffisamment important pour être inclus dans le Guide et convenu que le lieu approprié serait le commentaire des articles 26 et 27 de la Loi type révisée sur le choix des méthodes de passation. Ainsi, les coparticipants avec le représentant de l’Algérie ont recommandé d’envisager d’y ajouter à la fin de la seconde phrase, lorsqu’il rédigerait le commentaire pertinent en se fondant sur cette note, le texte suivant :

*“et elle peut faire supporter certains risques liés à l’exécution par le fournisseur ou entrepreneur présentant le produit ou la solution proposée”.*

Il a été expliqué que l’entité adjudicatrice supporterait les risques dus aux erreurs figurant dans les spécifications détaillées alors que ceux dus à des erreurs ou omissions dans les spécifications fonctionnelles seraient supportés par le fournisseur ou entrepreneur. Certaines délégations ont estimé que ce point était une considération importante dans le choix de la méthode de passation. Les suggestions décrites au paragraphe précédent ont été appuyées mais on s’est inquiété de ce que les indications qui en résulteraient ne préciseraient pas que les spécifications fonctionnelles ne concernaient que la procédure de demande de propositions et non la soumission d’offres. Il a été noté que le projet de Loi type ne faisait pas état de cette différence entre la soumission d’offres et la procédure de demande de propositions.

551. S’agissant du paragraphe 3 et de la note 3 du commentaire relatif à l’article 28-3, divers avis ont été exprimés quant à savoir s’il était souhaitable de remplacer l’expression “aspects financiers” par l’expression “aspects liés au prix” dans le projet de Loi type et donc dans les indications correspondantes. La seconde

---

<sup>268</sup> A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, part A.

expression a été jugée plus restrictive et plus appropriée dans le contexte des paragraphes 9 et 10 de l'article 46, la première étant considérée comme ayant une portée plus large, ce qui pouvait présenter certains avantages, mais l'expression engloberait alors aussi les capacités financières des soumissionnaires, qui seraient évaluées dans le cadre des aspects techniques et qualitatifs des propositions et figureraient donc dans la première enveloppe. Il a été dit que la méthode de la demande de propositions sans négociation soulevait des incertitudes, notamment en ce qui concerne le contenu de chacune des deux enveloppes. L'avis a été exprimé qu'il convenait d'utiliser un terme décrivant de manière aussi étroite et précise que possible le contenu attendu de la seconde enveloppe.

552. Selon un autre avis, il convenait de conserver l'expression "aspects financiers", censée viser l'ensemble des aspects financiers des propositions contenues dans la seconde enveloppe. Il a été ajouté que l'expression n'était pas destinée à faire référence aux capacités financières des soumissionnaires. Les conditions de livraison et de garantie ont été citées comme exemple d'aspects financiers des propositions non liés au prix.

553. D'autres délégations estimaient toutefois que les conditions de livraison et de garantie seraient très probablement évaluées dans le contexte des propositions techniques. Il a également été proposé d'utiliser l'expression "aspects commerciaux" au lieu de l'expression "aspects financiers". Il a été dit que, quelle que soit l'expression utilisée dans la loi type révisée, sa signification devait être précisée dans le Guide, comme visait à le faire le paragraphe 3 du commentaire concernant l'article 28-3. Il a été souligné, en outre, que le dossier de sollicitation devrait préciser exactement quels éléments devraient figurer dans chacune des deux enveloppes, et que cela déterminerait ce que l'entité adjudicatrice entendait par aspects techniques ou qualitatifs d'une part et par aspects financiers d'autre part.

S'agissant du paragraphe 4 et de la note de bas de page 4 du commentaire de l'article 28-3, il a été estimé qu'il faudrait introduire des dispositions relatives aux éclaircissements dans l'article 46 de la Loi type, ainsi que dans d'autres méthodes

de passation appropriées pour lesquelles des mécanismes de clarification interactifs étaient essentiels, notamment parce que des solutions technologiques très complexes ou simples étaient recherchées ou proposées. Une disposition similaire serait envisagée pour la procédure de préqualification et l'évaluation de la qualification. Ainsi,

554. Le Groupe de travail a proposé de modifier comme suit les deux dernières phrases du paragraphe 5 du commentaire de l'article 28-3 :

*“Les États adoptants devraient néanmoins avoir à l'esprit que certaines banques multilatérales de développement sont d'avis que le recours à des méthodes de passation semblables à la demande de propositions sans négociation prévue dans la Loi type révisée peut uniquement être envisagé pour la passation de marchés de services consultatifs usuels. Il se peut que certaines banques multilatérales de développement n'autorisent pas l'utilisation de cette méthode pour les projets qu'elles financent.”*

555. À la question de savoir si la proposition refléterait la position des banques multilatérales de développement autres que la Banque mondiale, laquelle a fait connaître sa position à la session, le Secrétariat a indiqué au Groupe de travail qu'il avait reçu, de manière formelle et informelle, des informations globalement concordantes de la part de banques multilatérales de développement régionales sur cette question.

556. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de regrouper les commentaires proposés sur la pratique des banques multilatérales de développement dans une section qui pourrait figurer dans la première partie du Guide, ou en tant que commentaire de l'article 3. Ce commentaire groupé indiquerait que certaines dispositions de la Loi type révisée ne correspondraient peut-être pas aux règles de certaines banques multilatérales de développement en ce qui concerne les projets qu'elles financent, et qu'il faudrait consulter leurs politiques, le cas échéant. En outre, il a été convenu que le Guide ne devrait pas

comprendre d'analyse comparative des méthodes de passation prévues dans la Loi type révisée et des pratiques des banques multilatérales de développement.

557. Sur le volet « Sollicitation », un avis a été exprimé, parmi les représentants composant le Groupe de travail, que le Guide devrait examiner toutes les exceptions à la règle de la sollicitation ouverte dans la demande de propositions dans l'ordre dans lequel elles étaient traitées dans la Loi type révisée. Il a aussi été estimé que les indications sur la sollicitation figurant dans le commentaire concernant une méthode de passation donnée devraient insister sur les particularités de la sollicitation dans cette méthode. Dans ce cas, les indications devraient porter sur la demande de propositions sans négociation plutôt que sur la demande de propositions en général.
558. S'agissant de la note 5, une réserve a été exprimée sur la suggestion de modifier à l'article 46 le libellé de la proposition à retenir en faveur du terme "proposition la plus avantageuse". Toutefois, cette suggestion a été appuyée, car le libellé figurant dans les différentes méthodes de passation n'était pas constant, alors qu'il s'agissait du même concept. On a fait observer que toute modification de proposition du projet de Loi type, dont celle-ci, devrait être examinée par la Commission.
559. En ce qui concerne le paragraphe 8 du commentaire de l'article 46, des questions ont été posées concernant les méthodes de notation utilisées dans cette méthode de passation et le libellé employé dans le projet de Guide à propos de la possibilité de choisir la proposition à retenir, dans cette méthode, uniquement en fonction du prix (possibilité non mentionnée dans le projet de Loi type proprement dite). La référence au prix "seul" a été jugée inappropriée, car la méthode présupposait toujours que les caractéristiques techniques et qualitatives soient évaluées en même temps que le prix. Le Groupe de travail, dont fait partie l'Algérie, a ainsi recommandé au Secrétariat de reformuler la partie correspondante du paragraphe 8 afin d'éliminer toute imprécision, en soulignant que la proposition à retenir serait toujours choisie parmi celles qui répondaient aux exigences techniques et qualitatives minimales, ou les dépassaient.

560. D'autres commentaires ont été insérés dans le cadre de cette session, sur toutes les dispositions encadrant la passation des marchés notamment ceux concernant la demande de propositions avec négociations consécutives qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée<sup>269</sup> ;
561. Dans le cadre de cette session, il a été proposé que soient donnés des exemples d'utilisation de cette méthode de passation, d'autant plus que le Groupe de travail avait déjà noté que cette méthode était habituellement utilisée pour la passation de marchés concernant des services intellectuels (par exemple, des services consultatifs juridiques, financiers ou de conception, des études environnementales ou des services d'ingénierie).
562. Aussi, on a fait observer que le terme "services intellectuels" n'était pas un terme habituel pour tous et que le Guide devrait se fonder sur la terminologie employée dans différents systèmes. Par ailleurs, il était entendu que, conformément à la décision déjà prise par le Groupe de travail à la présente session de supprimer du commentaire sur les méthodes particulières de passation toute référence précise aux pratiques actuelles des banques multilatérales de développement. De ce fait, le paragraphe 4 du commentaire de l'article 29-3 devrait être reformulé, en conservant toutefois les renvois à la méthode appliquée dans la pratique principalement pour ces services.
563. S'agissant du commentaire concernant l'appel d'offres en deux étapes qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée<sup>270</sup>, le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a évoqué d'abord la note de bas de page 1 du document (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.7.) et s'est exprimé de l'avis qu'il n'était pas nécessaire de modifier le texte du projet de Loi type car

---

<sup>269</sup> A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, part B.

<sup>270</sup> A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.7.

les dispositions reflétaient avec exactitude que la nécessité envisagée de discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs était prise en compte dans la décision de recourir à cette méthode de passation.

On a également noté, dans le cadre des travaux de cette session, que l'article 47, sur les procédures d'appel d'offres en deux étapes, faisait des discussions une étape facultative. Selon un autre avis, l'utilisation de cette méthode de passation se justifiait essentiellement par la nécessité de préciser certains points de la description de l'objet du marché, raison pour laquelle des discussions étaient envisagées, et le texte actuel ne reflétait pas suffisamment ce point. Il a été convenu que la Commission devrait être invitée à examiner ces points lorsqu'elle s'occuperait de la rédaction de l'article 47.

Par ailleurs, le Groupe de travail a recommandé de préciser dans les indications concernant l'appel d'offres en deux étapes que cette méthode était une variante de l'appel d'offres ouvert ; toutes les garanties de l'appel d'offres ouvert s'appliquaient. Il était entendu que les dispositions portant sur les précisions apportées au dossier de sollicitation s'appliquaient également à la deuxième étape de la procédure. En outre, il a été convenu que les indications devraient souligner que les discussions n'étaient autorisées que lors de la première étape.

564. Concernant le paragraphe 13 du document (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.7.), dans le contexte de la deuxième dérogation à l'obligation de publication internationale visée à l'article 32-4, on a estimé, parmi les membres du Groupe de travail, qu'il convenait de souligner davantage l'évaluation qualitative selon laquelle seuls les fournisseurs ou entrepreneurs nationaux seraient probablement intéressés à présenter des soumissions, notamment en raison de la faible valeur du marché, d'autant plus qu'il y ait nécessité de s'étendre sur d'autres critères dont l'entité adjudicatrice devrait tenir compte dans ces évaluations qualitatives.

565. Au demeurant, le Groupe de travail est convenu d'apporter au texte les modifications suivantes :

- ✓ a) Remanier le paragraphe 20 en précisant d'emblée que le chapitre III de la Loi type révisée s'applique à l'appel d'offres en deux étapes et en expliquant ensuite quelles dispositions du chapitre III s'appliquent à quelle étape et dans quel contexte ;
- ✓ b) En ce qui concerne la note 7, appeler l'attention de la Commission sur le changement de terminologie proposé ;
- ✓ c) Expliquer au paragraphe 22 que les offres initiales seront considérées comme non conformes et rejetées si le prix y est mentionné et souligner que les discussions visées à l'article 47-3 ne peuvent donc pas porter sur le prix ;
- ✓ d) Expliquer l'expression "chances égales" figurant à la dernière phrase du paragraphe 23 en soulignant les similitudes et différences de l'égalité de traitement des fournisseurs selon qu'il s'agit des discussions dans l'appel d'offres en deux étapes ou du dialogue tenu dans le cadre de la demande de propositions avec dialogue, en se fondant sur les dispositions de l'article 48-10 s'il y a lieu, tout en prévoyant des garanties appropriées contre la divulgation d'informations confidentielles et les risques de collusion ;
- ✓ e) Suivre de plus près les dispositions de l'article 47-4 b) ii) dans le libellé du paragraphe 28 en ce qui concerne les modifications pouvant être apportées aux critères d'examen ou d'évaluation, et ;
- ✓ f) Mentionner dans les indications, peut-être au paragraphe 23, la nécessité de verser au procès-verbal la teneur des discussions, en renvoyant à l'article 24 sur le procès-verbal de la procédure de passation de marché.

566. Dans le contexte du paragraphe 23 du document (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.7.), le Groupe de travail a rappelé qu'il avait déjà examiné à la présente session la portée des discussions de la première étape de l'appel d'offres en deux étapes et a noté qu'à la première étape, les propositions de prix n'étaient pas autorisées, mais que des discussions informelles pouvaient avoir lieu concernant les données sur la situation du marché. Il a été dit qu'il serait naturel de s'attendre à ce que l'entité adjudicatrice examine lors des discussions l'ensemble des aspects de l'objet du marché, y compris le prix relatif de certains articles disponibles sur le marché, afin de parvenir à la meilleure solution technique. Il a donc été proposé de modifier le paragraphe 3 et les autres dispositions similaires du texte afin de ne pas exclure la possibilité d'examiner les aspects liés au prix.

567. En ce qui concerne les modifications apportées aux conditions du marché à la suite des discussions, il a été observé que le dossier de sollicitation de la première étape porterait probablement surtout sur les aspects fonctionnels des articles à acquérir et comporterait donc une description assez large, et que la deuxième étape permettrait de préciser les aspects techniques et de les inclure dans la demande d'offres définitives. L'objet du marché ne pouvait donc pas être modifié lors des discussions mais les solutions techniques à mettre en œuvre pour le fournir pouvaient effectivement changer.

568. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné ce sujet à ses précédentes sessions et n'avait pas défini le concept de modification substantielle de l'objet du marché parce que les nombreuses variables en jeu donnaient à penser qu'une approche descriptive permettant un examen au cas par cas serait plus indiquée. Ainsi, on a estimé qu'il ne serait pas possible non plus de fournir une définition du moment où la description de l'objet du marché changeait dans ce contexte car cela nécessiterait une analyse au cas par cas, selon par exemple qu'un groupe différent de fournisseurs ou entrepreneurs participants puisse participer en raison de la modification. À cet égard, il a été noté qu'il serait utile que le Guide comporte des critères montrant si une modification portait sur les aspects techniques ou sur l'ensemble de la description.

569. Le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a également convenu que le Guide devrait renvoyer aux dispositions de l'article 10-4 régissant la description de l'objet du marché. On a également souligné à cet égard les incidences des modifications du dossier de sollicitation pouvant nécessiter une nouvelle passation en vertu des dispositions de l'article 15.

570. Le Groupe de travail a également rappelé à propos de la note 3 du document (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.7) que les exemples de cas où il était recouru à l'appel d'offres en deux étapes et non à la demande de propositions avec dialogue restaient à fournir. En réponse, on a mentionné la passation de marchés de fourniture et installation d'une usine, en notant que certaines banques multilatérales de développement n'envisageaient pas le recours à la demande de propositions avec dialogue pour ce type de passation. Il a été dit que la différence entre l'appel d'offres en deux étapes et la demande de propositions avec dialogue résidait moins dans l'objet du marché que dans l'expérience de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne le recours à ces méthodes de passation, la question étant de savoir si celle-ci serait mieux à même d'acquérir l'objet du marché en recourant à la demande de proposition avec dialogue qu'en recourant à l'appel d'offres en deux étapes. Enfin, on a indiqué que le recours à l'appel d'offres en deux étapes était en diminution dans la pratique.

571. En outre, d'autres modes de passation ont été traités par le Groupe de travail de la CNUDCI dans le cadre de cette session, lesquels seront cités ci-après sans pour autant étaler les remarques y afférentes dans le détail. Il s'agit notamment de :

- ✓ Commentaire concernant la demande de propositions avec dialogue qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée<sup>271</sup> ;

---

<sup>271</sup> A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.8.

- ✓ Commentaire concernant les négociations avec appel à la concurrence qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée<sup>272</sup>, et ;
  
- ✓ Commentaire concernant la sollicitation d'une source unique qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée<sup>273</sup>.

572. Le Groupe de travail, composé du représentant de l'Algérie et ceux des Etats membres de la CNUDCI, ont finalisé la rédaction du Guide pour l'incorporation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans le droit interne des pays adoptant durant la session suivante qui s'est déroulé à New York du 16 au 20 avril 2012 (Chapitre 2).

---

<sup>272</sup> A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.9, partie A.

<sup>273</sup> A/CN.9/WG.I/WP.77 /Add. 9, partie B

## **2.2.2 Chapitre 2 : Participation de l'Algérie dans les travaux du Groupe de travail I (Passation de marchés) dans sa vingt et unième session (New York, 16-20 avril 2012)<sup>274</sup>.**

573. À sa vingtième session, le Groupe de travail a commencé ses travaux sur l'élaboration de propositions pour le Guide. Il a confirmé qu'il considérait que le Guide devrait se composer de deux parties ; la première décrivant l'approche générale de la rédaction de la loi type révisée et la seconde contenant un commentaire article par article. Le Secrétariat se trouve ainsi chargé de réviser les propositions concernant la partie sur l'approche générale ainsi que celles ayant trait aux dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels, à l'appel d'offres restreint, à la demande de prix, à la demande de propositions sans négociation, à la demande de propositions avec négociations consécutives, à l'appel d'offres en deux étapes, à la demande de propositions avec dialogue, aux négociations avec appel à la concurrence et à la sollicitation d'une source unique.

574. Le Groupe de travail a reporté à la présente session l'examen des propositions restantes en suivant toujours la même logique basée sur les deux parties : la première décrivant l'approche générale de la rédaction de la Loi type révisée (Section 1) et la seconde contenant un commentaire article par article (Section 2).

---

<sup>274</sup> Le représentant de l'Algérie a participé à cette session en compagnie des représentants des États membres suivants: Allemagne, Algérie, Autriche, Brésil, Canada, Chili, Chine, Colombie, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Israël, Japon, Kenya, Malaisie, Maroc, Mexique, Nigéria, Philippines, Pologne, République de Corée, Sénégal, Thaïlande et Venezuela.

Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Angola, Bangladesh, Croatie, Indonésie, Iraq, Koweït, Panama, Qatar, Samoa, Suède et Togo. Aussi, ont également assisté à la session des observateurs de l'Union européenne. 8. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes: a) Système des Nations Unies: Banque mondiale; b) Organisations intergouvernementales: Agence spatiale européenne (ESA), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Organisation mondiale du commerce (OMC); c) Organisations non gouvernementales internationales invitées par le Groupe de travail: Forum for International Conciliation and Arbitration, Association of the Bar of the State of New York, Association européenne des étudiants en droit (ELSA) et Association of the Bar of the City of New York.

### **2.2.2.1 Section 1 : Approche générale de la rédaction de la Loi type révisée.**

575. Dans le cadre de l'approche générale de la rédaction de la loi type révisée, le Groupe de travail, composé du représentant de l'Algérie et ceux des pays membres de la CNUDCI, a traité dans le cadre de cette session toutes les questions entrant dans le cadre de l'aspect général encadrant la rédaction de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ainsi que le Guide de son incorporation dans le droit interne des Etats adoptant.

576. De par la difficulté d'examiner toutes les dispositions liées à ce volet, il serait plus judicieux de s'intéresser, d'un côté, à l'introduction à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Sous-section 1) et, d'autre côté, à la Publication des textes juridiques (Sous-section 2).

#### ***2.2.2.1.1 Sous-section 1 : De l'introduction à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ;***

577. À titre de consigne rédactionnelle d'ensemble, il a été convenu que le Guide ne devrait renvoyer à aucun document explicatif complémentaire, pouvant être établi ultérieurement par le Secrétariat de la CNUDCI, pour faciliter l'application de la Loi type mais devrait être autonome.

578. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.79, portant "Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ", il a été convenu de modifier le paragraphe 22, prévu dans la partie afférente à l'"Introduction à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Historique et Objet de mandat) ", comme suit :

*"La Loi type contient des dispositions convenant à tous les types de passation de marchés et pouvant donc être adaptées pour fournir des règles et procédures*

*convenant à des systèmes de passation de marchés dans d'autres contextes, que ce soit au niveau infranational ou au sein d'organisations financées par des fonds publics. En outre, dans les pays en développement et les pays en transition, de nombreux projets peuvent être financés par des donateurs multilatéraux ou par l'investissement étranger direct. La Loi type comporte des dispositions convenant à la passation de marchés dans des projets importants et complexes, et peut **dans certaines circonstances** donc être utilisée pour le volet passation de marchés de projets financés par des fonds privés ou par des donateurs".*

579. Quant au paragraphe 52, entrant dans le cadre du titre "La passation de marchés en ligne, outil de promotion des objectifs de la passation de marchés publics", il a été décidé de le réviser en y soulignant que les avantages économiques de la passation de marchés en ligne pourraient dépasser les 5 %.

S'agissant de la partie dédiée à "Promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché", dans le "Préambule de la Loi type"; le Groupe de travail a décidé de réviser le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.2 en y apportant les modifications suivantes :

- ✓ a) De supprimer au paragraphe 16 l'observation sur la "collusion". Il serait expliqué dans d'autres parties du Guide que la collusion ne se limite pas à l'absence de concurrence mais englobe aussi la concurrence à conditions convenues, par exemple ;
- ✓ b) De réorganiser aux paragraphes 16 à 18 l'examen de la concurrence et d'expliquer dans cette section du Guide et dans le commentaire de l'article 28 que dans les deux cas la Loi type encourage la concurrence la plus large et la plus rigoureuse convenant aux circonstances. De plus, ajouter à la deuxième phrase du paragraphe 17 l'expression "entre autres", pour souligner qu'il ne s'agit que d'un seul exemple de promotion de la concurrence ;

- ✓ c) D'expliquer au paragraphe 20 les raisons historiques pour lesquelles il est fait référence au "traitement juste, égal et équitable" et de préciser que cette expression véhicule un concept générique.

580. Le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, a eu également à traiter dans le cadre du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.3 le chapitre des "définitions"<sup>275</sup> qui a pour objet de définir, au début de la Loi type, les termes qui y reviennent très souvent, afin de faciliter la lecture et la compréhension du texte. Il a été décidé dans ce cadre de :

- ✓ supprimer les deux dernières phrases du paragraphe 8 et de traiter des questions liées aux groupes d'entités adjudicatrices dans une nouvelle section de la partie Remarques générales du Guide, qui serait intitulée "Coopération pour la passation de marchés internationaux" (et placée dans l'Introduction à la Loi type, avant ou après le passage sur le champ d'application de celle-ci);
- ✓ traiter dans cette nouvelle section des groupements d'entités adjudicatrices qui pourraient se former non seulement dans un contexte international mais aussi dans un contexte national;
- ✓ éviter d'employer le terme consortium, qui donne à penser qu'il s'agit de groupements de fournisseurs; d'attirer l'attention des États sur le fait que des questions telles que le choix de la loi et la loi applicable, le pouvoir d'administration, la responsabilité juridique et la représentation juridique, entre autres, devront être examinées pour qu'une telle coopération internationale puisse fonctionner; de renvoyer dans cette nouvelle section à l'article 3;

---

<sup>275</sup> En référence à l'article 2 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

- ✓ éviter de déborder du champ d'application de la Loi type en soulignant au contraire que ses dispositions, y compris la définition de l'entité adjudicatrice, visent à permettre la passation de marchés par plusieurs entités adjudicatrices;

Au demeurant, il est utile d'examiner un autre volet, entrant dans le cadre de l'aspect général de la rédaction du Guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI dans le droit interne des Etats adoptants, traité par le Groupe de travail : La publication des textes juridiques (Sous-section 2).

#### **2.2.2.1.2      *Sous-section 2 : De la publication des textes juridiques.***

581. En ce qui concerne l'aspect crucial de la publication des textes juridiques, figurant dans l'article 5 du Guide d'incorporation de la loi type, le Groupe de travail de la CNUDCI, composé du représentant de l'Algérie et ceux des autres pays membres de la CNUDCI, est convenu, dans le cadre du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.3, de valider les paragraphes, de 23 à 28, composant ledit article et qui disposent, de ce qui suit :

*"Article 5. Publication des textes juridiques.*

*23. L'objet de l'article 5 est d'assurer la transparence de toutes les règles et réglementations applicables à la passation de marchés dans un État adoptant. Toutes les personnes intéressées devraient savoir quelles règles et réglementations s'appliquent à la passation à tout moment et où les trouver si nécessaire.*

*24. Le paragraphe 1 de l'article vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale concernant les marchés en exigeant que ces textes soient promptement rendus accessibles et systématiquement tenus à jour. Puisque les textes sont censés être "d'application générale", ils n'incluent pas les documents internes éventuellement applicables à certaines entités adjudicatrices ou groupes d'entités. L'inclusion de cette disposition est jugée particulièrement importante dans les États où cette condition n'est pas déjà énoncée dans le droit administratif en vigueur. Elle peut également être jugée utile dans les États où cette condition est déjà imposée car une disposition énoncée dans la législation des marchés*

*elle-même contribuerait à attirer l'attention tant des entités adjudicatrices que des fournisseurs ou entrepreneurs sur l'exigence d'une divulgation adéquate au public des textes juridiques mentionnés dans le paragraphe.*

*25. Dans de nombreux pays, il existe des publications officielles dans lesquelles les textes juridiques mentionnés dans le paragraphe sont et peuvent être habituellement publiés. Si tel n'est pas le cas, ils devraient être promptement rendus accessibles au public, y compris aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, sur tout autre support approprié et de manière à assurer le niveau requis de diffusion des informations pertinentes à leurs destinataires et au public. Afin d'assurer un accès facile et rapide du public aux textes juridiques pertinents, l'État adoptant souhaitera peut-être préciser un mode et un support de publication dans les règlements en matière de passation de marchés ou mentionner dans ces règlements les sources juridiques traitant de la publicité des lois, des règlements et d'autres actes publics. Cette solution devrait également permettre au public d'établir avec certitude la source des informations pertinentes, ce qui est particulièrement important au vu de la prolifération des supports et des sources d'informations à mesure que recule l'utilisation des moyens traditionnels de publication d'informations sur support papier.*

*26. L'État adoptant devrait envisager de publier les informations pertinentes de manière centralisée sur un support commun ("journal officiel" ou équivalent) et établir les règles définissant les relations de ce support centralisé unique avec d'autres supports où ces informations peuvent figurer. Les informations qui sont publiées sur ce support centralisé devraient être authentiques et officielles et primer sur les informations qui pourraient figurer ailleurs. Les règlements peuvent explicitement interdire la publication des informations sur d'autres supports avant leur publication sur le support centralisé, et exiger que les mêmes informations publiées sur différents supports contiennent les mêmes données. Le support centralisé devrait être facilement et largement accessible. L'accès aux lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale en matière de passation visés par la présente Loi et à toutes les modifications dont ils font l'objet ne devrait en principe pas être facturé, car cela est contraire aux objectifs de la Loi type, qui vise à favoriser et encourager la concurrence, à promouvoir l'intégrité et la confiance du public dans le processus de passation des marchés et à assurer la transparence des procédures de passation.*

27. *Les règlements ou autres instruments destinés à faciliter l'application de la loi devraient également préciser la signification des obligations de rendre les textes promptement "accessibles" et de les "tenir systématiquement à jour", énoncées dans le paragraphe. La première obligation comprend notamment l'affichage et l'actualisation en temps voulu de toutes les informations pertinentes et essentielles d'une manière simple à utiliser et à comprendre par l'utilisateur moyen. Il faudrait souligner l'importance que revêt cette obligation pour renforcer l'efficacité des lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale: le droit constitutionnel prévoit généralement que ces textes n'entrent en vigueur qu'un certain nombre de jours après leur publication dans la source d'information publique officiellement désignée.*

28. *Le terme "accessible", tel qu'il est également employé à l'article 7 de la Loi type, signifie qu'il doit être possible d'accéder aux informations et de les lire sans qu'il soit nécessaire de passer par une autre source d'information (c'est-à-dire sans avoir à demander l'accès). Cela implique des mesures proactives de la part des autorités publiques désignées (telles que la publication sur le support officiel) pour que les informations concernées parviennent au public. (N'est pas visée cependant l'obligation énoncée à l'article 7 de présenter les informations sous une forme permettant qu'elles soient consultées ultérieurement). L'obligation de tenir systématiquement à jour les informations signifie que l'autorité publique désignée doit s'assurer que les informations sont effectivement à jour et donc fiables: il faudrait préciser la façon dont l'autorité publique s'acquitte de cette obligation pour pouvoir vérifier si elle est respectée."*

582. Cependant, en ce qui concerne le paragraphe 29, le Groupe de travail a recommandé de supprimer à la dernière phrase les mots "garantir l'exactitude"; d'insister sur les principales différences entre les deux paragraphes de l'article 5 de la Loi type plutôt que sur la distinction entre les termes "accessible" et "à la disposition de" (en soulignant qu'ils ont trait à la rapidité de la publication et à la nature et à l'auteur des informations à publier. À cet égard, les décisions ayant valeur de précédent et tombant donc sous le coup du paragraphe 2 de l'article 5 pourraient comprendre des publications émanant aussi bien de l'appareil judiciaire que de l'exécutif, et celui-ci n'aurait ni ne devrait avoir de contrôle sur les publications de l'appareil judiciaire.

583. Les autres paragraphes ont été validés sans y apporter le moindre changement, comme suit :

*30. Selon les traditions juridiques et les pratiques en matière de passation de marchés des diverses entités adjudicatrices de l'État adoptant, il est possible que les textes interprétatifs ayant une valeur et une importance juridiques pour les fournisseurs et les entrepreneurs soient déjà visés par le paragraphe 1, ou par le paragraphe 2 de l'article (il peut s'agir de l'interprétation des points examinés dans l'introduction du chapitre premier ci-dessus et de l'interprétation de points figurant dans le glossaire). L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'apporter des modifications à l'article pour faire en sorte qu'ils le soient. En outre, comme la publication des informations sur des supports autres que le papier entraîne une réduction des coûts, du temps et du travail administratif liés à la publication et à la mise à jour des informations, la publication d'autres textes pertinents présentant une utilité et une importance pratiques pour les fournisseurs et entrepreneurs peut être considérée comme la meilleure pratique pour assurer la transparence et la prévisibilité et pour favoriser et encourager la concurrence entre les fournisseurs et entrepreneurs.*

*31. Ces textes juridiques supplémentaires pourraient comprendre, par exemple, des guides ou manuels sur la passation des marchés et d'autres documents fournissant des informations sur les aspects importants des pratiques et procédures de passation des marchés nationaux et pouvant avoir une incidence sur les obligations et droits généraux des fournisseurs et entrepreneurs. Si elle n'aborde pas explicitement la publication de ces textes, la Loi type n'empêche pas un État adoptant d'étendre la liste des textes visés à l'article 5 en fonction du contexte national. Si l'État adoptant choisit cette option, il devrait examiner quels textes juridiques supplémentaires doivent être rendus publics et quelles conditions de publication devraient s'y appliquer. Les États adoptants peuvent à cet égard évaluer les coûts et les efforts nécessaires pour remplir ces conditions par rapport aux avantages que les destinataires potentiels devraient retirer des informations publiées. Dans l'environnement papier, les coûts peuvent être excessifs si, par exemple, on exige que des informations d'un intérêt minime ou occasionnel pour les fournisseurs ou entrepreneurs soient promptement rendues accessibles au*

*public et systématiquement tenues à jour. Dans un environnement sans support papier, bien que les coûts de publication des informations puissent devenir insignifiants, les coûts des mises à jour, visant à assurer que les informations pertinentes et exactes soient facilement accessibles au public, peuvent demeurer élevés.*

*32. Les lois et règlements de l'État adoptant déterminent les autorités publiques chargées de s'acquitter des obligations qui découlent de cet article. Conformément à un certain nombre de dispositions de la Loi type (telles que l'article 39 t)), l'entité adjudicatrice sera tenue de mentionner dans le dossier de sollicitation les lois, règlements et autres textes juridiques intéressant directement la procédure de passation du marché."*

Ainsi, après avoir examiné la première partie visant à décrire l'approche générale de la rédaction de la Loi type révisée, le Groupe de travail, dont fait partie le représentant de l'Algérie, s'est ensuite penché sur l'examen de la seconde partie contenant des commentaires article par article (Section 2).

### **2.2.2.2 Section 2 : Des commentaires sur les dispositions de la loi type et du Guide.**

584. Dans le cadre de cette session, le Groupe de travail, dans lequel l'Algérie est représentée à l'instar des autres pays membres de la CNUDCI avait eu à traiter dans le cadre de cette session plusieurs documents portant des commentaires article par article :

- ✓ Document (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.4), portant des commentaires sur les articles suivants:
  - Article 7. Communications dans la passation des marchés ;
  - Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs ;
  - Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs ;
  - Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre, et ;
  - Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation.
  
- ✓ Document (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5), portant des commentaires sur les articles suivants :
  - Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché ;

- Article 13. Règles concernant la langue des documents ;
  
  - Article 14. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions ;
  
  - Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation ;
  
  - Article 16. Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions ;
  
  - Article 17. Garanties de soumission ;
  
  - Article 18. Procédure de préqualification, et ;
  
  - Article 19. Abandon de la passation de marché.
- ✓ Document (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.6), portant des commentaires sur les articles ci-après :
- Article 20. Rejet des soumissions anormalement basses ;
  
  - Article 21. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts ;
  
  - Article 22. Acceptation de la soumission retenue et entrée en vigueur du marché ;

- Article 23. Publication de l'avis d'attribution du marché et de l'accord-cadre, et ;
  
  - Article 24. Confidentialité.
- 
- ✓ Document (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.8), portant commentaires sur le CHAPITRE III, intitulé « APPEL D'OFFRES OUVERT » ;
  
  - ✓ Document (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.9), portant commentaires sur le CHAPITRE IV, intitulé « PROCEDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES RESTREINT, LA DEMANDE DE PRIX ET LA DEMANDE DE PROPOSITIONS SANS NEGOCIATION » ;
  
  - ✓ Document (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.10 à 12 ), portant commentaires sur le CHAPITRE V, intitulé « PROCEDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ETAPES, LA DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC DIALOGUE, LA DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC NEGOCIATIONS CONSECUTIVES, LES NEGOCIATIONS AVEC APPEL A LA CONCURRENCE ET LA SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE » ;
  
  - ✓ Document (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.13 à 14), portant commentaires sur le CHAPITRE VI, intitulé « ENCHERES ELECTRONIQUES INVERSEES » ;
  
  - ✓ Document (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15 à 17), portant commentaires sur le CHAPITRE VII, intitulé « PROCEDURES REGISSANT L'UTILISATION D'ACCORDS-CADRES » ;

- ✓ Document (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18 à 19), portant commentaire sur le CHAPITRE VIII, intitulé « PROCÉDURES DE CONTESTATION ».

585. De tous ces documents, nous allons nous intéresser plus particulièrement à l'analyse des commentaires et contributions du Groupe de travail sur le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15 à 17 (Sous-section 1) et sur le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18 à 19 (Sous-section 2).

**2.2.2.2.1      *Sous-section 1 : Contribution du Groupe de travail à l'enrichissement des dispositions relatives à l'Accord-cadre dans le Guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI dans le droit interne des Etats membres.***

586. Le représentant de l'Algérie et ceux des pays membres de la CNUDCI au sein du Groupe de travail chargé d'actualiser la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ainsi que le Guide de son incorporation dans le droit interne des Etats adoptants, ont convenu, dans le cadre de cette session, d'actualiser et d'améliorer les dispositions relatives à la procédure de "l'accord-cadre" à insérer dans le Guide. Ce faisant, le Groupe de travail a procédé à l'enrichissement du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15, pour y apporter quelques modifications dont les suivantes :

- ✓ a) Préciser dans le commentaire de l'article 62-4 a) ii) qu'il pourrait exceptionnellement se produire qu'un seul fournisseur soit capable de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, auquel cas il n'y aurait pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape ;
- ✓ b) De veiller à la concordance des différentes versions linguistiques du paragraphe 8 ;

- ✓ c) De préciser au paragraphe 8 c) à quoi fait référence l’expression “ou celle qui en tient lieu”, par exemple, en remplaçant le membre de phrase “la soumission la plus avantageuse ou la soumission au prix le plus bas, ou celle qui en tient lieu” par une expression telle que “la soumission à retenir” ;
  
- ✓ d) De réviser la deuxième phrase du paragraphe 30 et de souligner que la notion de durée maximale vise en particulier à éviter des prorogations répétitives d’accords-cadres fermés, et qu’une durée maximale est censée englober la durée initiale et toute prorogation, à l’exclusion de celles pouvant découler de la suspension de l’application d’un accord-cadre ;
  
- ✓ e) D’inclure dans l’introduction sur les accords-cadres un commentaire sur la manière dont les dispositions du chapitre VII de la Loi type pourraient être appliquées pour réduire les risques de création d’oligopoles ; et d’inclure un renvoi au commentaire de la section Remarques générales du Guide sur la coordination qu’il convient d’assurer entre les autorités chargées de la concurrence et de la passation des marchés dans les États adoptants.

587. S’agissant de l’autre du document traitant de l’accord-cadre, en l’occurrence le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.16, le Groupe de travail, dont faisait partie l’Algérie, est convenu, en référence au commentaire de l’article 58, de veiller à ce que le texte indique clairement que le commentaire porte sur la première étape de la procédure de passation de marché, c’est-à-dire l’attribution de l’accord-cadre, et non sur l’attribution des marchés qui en découlent, et de faire en sorte que cette distinction soit respectée tout au long du commentaire sur les dispositions de la Loi type concernant les accords-cadres.

588. Les coparticipants avec le représentant de l’Algérie dans le Groupe de travail de la CNUDCI ont décidé, par ailleurs, de supprimer, en référence à la note de bas de

page 1 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.16, la première partie de l'avant-dernière phrase du paragraphe 3, afin d'éviter toute confusion entre les motifs justifiant l'attribution d'accords-cadres (tels que la sécurité d'approvisionnement) et celui justifiant le choix de méthodes de passation fondées sur le dialogue (la nécessité de gérer des passations de marchés complexes). Ils ont également recommandé de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 8 et de modifier en conséquence l'ensemble du paragraphe et d'expliquer que cette mesure vise à communiquer aux fournisseurs des renseignements aussi précis que possible afin qu'ils proposent leurs meilleures offres.

589. Le Groupe de travail décide, en outre, d'ajouter au début du paragraphe 10<sup>276</sup> un commentaire invitant les entités adjudicatrices à déterminer au début de la procédure s'il convient ou non de fixer un nombre minimum de parties à l'accord-cadre. Afin de mettre en balance le besoin de certitude lorsqu'un nombre minimum est imposé et les exigences opérationnelles de l'entité adjudicatrice, de réviser la dernière phrase en indiquant que si l'entité adjudicatrice envisage la possibilité qu'un nombre minimum de parties fixé ne soit pas atteint, elle devrait préciser dans le dossier de sollicitation les mesures qu'elle prendrait, ces mesures pouvant notamment être de conclure l'accord avec un plus petit nombre de fournisseurs ou l'abandon de la passation de marché.

590. Le Groupe de travail, dont l'Algérie est partie prenante, a étudié, analysé et enrichi l'autre document relatif à l'accord cadre (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.17), pour y recommander plusieurs modifications dont, entre autres :

- ✓ a) Ajouter au commentaire de l'article 60 un examen des catalogues électroniques. Cet examen pourrait porter notamment sur les questions suivantes: si les catalogues électroniques seraient utilisés dans les accords-cadres ouverts et fermés, ou seulement les accords-cadres

---

<sup>276</sup> En référence à la note de bas de page 2 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.16.

ouverts, comment ils seraient utilisés en tant que soumissions initiales ou indicatives, qui devrait en gérer le contenu (un tiers prestataire de services, l'entité adjudicatrice ou un fournisseur), comment les modifications des soumissions initiales ou indicatives seraient traitées, comment la deuxième étape de la procédure se déroulerait, et combien de temps durerait l'arrangement ;

- ✓ b) Simplifier la première phrase du paragraphe 5 de manière à mentionner toutes les entités adjudicatrices qui pourraient utiliser un accord-cadre, en notant qu'il incombe à l'entité adjudicatrice de décider comment les dispositions sur la transparence visées à l'article 60-3 a) sont appliquées, en retenant l'approche convenant le mieux aux circonstances ;
- ✓ c) Inclure au paragraphe 7 un renvoi au commentaire de la section A du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.9 sur la nécessité d'assurer l'objectivité dans la sollicitation directe mais de ne pas y résumer ce commentaire, et d'harmoniser les exemples de méthodes pouvant être utilisées à cette fin ;
- ✓ d) Expliquer aux paragraphes 7 et 8 que la Loi type n'exige pas l'évaluation des soumissions indicatives (même si leur examen est exigé) mais que l'entité adjudicatrice peut procéder à une telle évaluation si elle le souhaite ;
- ✓ e) Ne pas ajouter au paragraphe 21 de référence à une publication sur papier, comme il est suggéré dans la note de bas de page ;
- ✓ f) Réviser l'avant-dernière phrase du paragraphe 21 pour rendre compte de l'exigence de la Loi type selon laquelle toutes les entités adjudicatrices qui pourraient avoir recours à un accord-cadre doivent figurer dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert (article

60-3 a)), en introduisant un renvoi au paragraphe pertinent du Guide, tout en notant que cette exigence ne concerne pas les fournisseurs qui prennent parties à l'accord-cadre.

591. Après une revue générale des dispositions de l'accord-cadre intégrées dans le Guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans le droit interne des Etats adoptants, le Groupe de travail s'est penché sur les dispositions relatives à la procédure de "Contestation" (Sous-section 2).

**2.2.2.2.2      *Sous-section 2 : Contribution du Groupe de travail dans l'enrichissement des dispositions relatives à la contestation dans le Guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI dans le droit interne des Etats membres.***

592. Dans le cadre des dispositions relatives à la procédure de "Contestation", le Groupe de travail regroupant le représentant de l'Algérie et ceux des pays membres de la CNUDCI a eu à traiter deux documents : (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18) et (A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.19).

Après avoir étudié et analysé le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18, le Groupe de travail est convenu de ne pas ajouter aux paragraphes 29 à 32 de commentaire sur les différentes manières de suspendre une procédure devant une entité adjudicatrice ou une instance indépendante, d'un côté, et de clarifier le libellé des paragraphes 14, 23 et 30, en particulier en renvoyant à la fin du paragraphe 23 aux litiges postérieurs à l'entrée en vigueur d'un marché et en alignant le texte du paragraphe 30 concernant la perte d'argent sur le texte pertinent du paragraphe 32 du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.18, d'un autre côté.

Pour ce qui est du document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.19, le Groupe de travail, dont fait partie l'Algérie, a recommandé quelques révisions dont les suivantes:

- ✓ De décrire dans le Guide diverses options disponibles dans la Loi type en ce qui concerne la succession des demandes et des appels et

d'expliquer quelle option donne lieu à quelle mesure (l'article XVIII du texte révisé de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce a été mentionné à cet égard) ;

- ✓ b) De préciser à la fin du paragraphe 29, en référence aux paragraphes 4, 5 et 7 de l'article 66, que même si l'entité adjudicatrice n'est plus compétente pour connaître de la demande dès lors qu'une demande ultérieure est formée devant une instance indépendante, elle peut continuer de prendre des mesures correctives dans la procédure de passation de marché concernée, pour autant que ces mesures n'aillent pas à l'encontre d'une décision de l'instance indépendante ni d'autres dispositions de la législation nationale. Dans ce cadre, il est nécessaire d'expliquer que si la demande formée devant une instance indépendante est d'une portée limitée, les incidences de cette demande sur celle déjà formée devant l'entité adjudicatrice relèveront de la législation nationale;
  
- ✓ c) D'expliquer au paragraphe 41 que le paragraphe 2 c) de l'article 67 donne à l'État adoptant la possibilité d'autoriser l'instance indépendante à connaître de la contestation d'une décision d'abandonner la passation de marché si des considérations d'intérêt général le justifient et que, dans certains pays, ce type de contestation est limité aux demandes formées devant un tribunal, précisément parce que les problèmes soulevés auront probablement trait à des questions d'intérêt général. Il est recommandé également de noter que si l'État adoptant confère ce droit à l'instance indépendante, il convient de conserver le texte entre crochets renvoyant à la décision d'abandonner la passation visée aux paragraphes 2 b) ii) et 2 c) de l'article 67 ;
  
- ✓ d) D'expliquer au paragraphe 59 que la raison de prévoir aux paragraphes 9 c) à f) de l'article 67 la possibilité d'autoriser l'instance indépendante à connaître de litiges survenus après l'entrée en vigueur

du marché est que cela permet aux États adoptants de tenir compte de leur tradition juridique de compétence en la matière ;

- ✓ e) De conserver en l'état le paragraphe 61, en y précisant toutefois que les questions de quantification relèvent du droit national applicable mais que les règlements pourraient aussi traiter de questions propres au contexte de la passation de marchés ;
- ✓ f) De noter que l'“autorité publique” visée au paragraphe 65 comprend les entités habilitées à appliquer ou à utiliser un accord-cadre, comme le suggère la note de bas de page, sous réserve de l'exigence figurant à l'article 68-1 selon laquelle ces entités doivent avoir un intérêt dans la procédure de contestation au moment de la demande. Il est recommandé en outre d'inclure un renvoi au commentaire du chapitre VII sur les utilisateurs des accords-cadres et d'ajouter que la partie à l'accord-cadre dont les intérêts seraient ou pourraient être affectés par la procédure de contestation serait très probablement l'entité adjudicatrice principale plutôt que d'autres entités adjudicatrices parties à l'accord-cadre à l'ouverture de la procédure de passation ;
- ✓ g) D'indiquer dans l'ensemble du commentaire du chapitre à quelles dispositions de la Loi type le commentaire du Guide se rapporte ;
- ✓ h) De réviser le commentaire sur les dispositions du chapitre VIII en tenant compte des modifications apportées à la quarante-quatrième session de la Commission.

593. Le Groupe de travail, regroupant le représentant de l'Algérie et ceux des pays membres de la CNUDCI, a conclu ses travaux par une recommandation visant l'harmonisation de la terminologie utilisée dans l'ensemble du Guide.

## 2.3 CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE :

594. A la lumière de ce que nous avons traité dans le cadre de cette deuxième partie, on peut soutenir, sans risque de se tromper, que l'Algérie a bel et bien contribué à l'élaboration aussi bien de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics que le Guide de l'incorporation de la loi type dans le droit interne des Etats adoptants.

595. Cette participation est d'autant plus incontestable que le représentant de l'Algérie a participé à douze (12) sessions sur les seize (16) tenues par le Groupe de travail 1 (marchés publics) chargé par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International à l'effet d'actualiser et moderniser la loi type de 1994 pour qu'elle tienne compte des nouvelles pratiques, en particulier celles qui découlent de l'utilisation de moyens de communication électronique dans la passation des marchés publics. Ce faisant, il n'y a aucun doute que l'Algérie est considérée comme l'un des acteurs actifs ayant contribué à l'élaboration de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, adoptée en 2011.

Cependant, quand bien même cette participation semblerait être actée et avérée, voire incontestable, il n'en demeure pas moins qu'il est difficile de mesurer le degré d'importance de la contribution de l'Algérie dans les travaux des sessions respectives du Groupe de travail de la CNUDCI qui ont connu la présence de son représentant.

596. En effet, les différents rapports concluant les travaux du Groupe de travail 1 (Marché public) durant les nombreuses sessions qui ont connu la participation du représentant de l'Algérie fait souvent référence à des remarques, des opinions, des recommandations et des réserves émises durant les travaux par des participants dont l'identité n'a jamais été dévoilée.

597. Cette discrétion se trouve, sans doute, justifiée par le souci de la CNUDCI de partager le mérite de l'actualisation et la modernisation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sur tous ses membres participants sans qu'elle ait besoin de mettre en valeur le moindre participant au détriment des autres. Mais, force est d'avouer que cette discrétion n'est pas pour nous aider à déterminer le degré d'importance de la participation du représentant de l'Algérie.

Aussi, la présence n'étant nullement un gage de participation, faudrait-il croire que le représentant de l'Algérie a dépassé le stade de la simple présence pour participer aux débats et dire qu'il a contribué activement à l'élaboration de la nouvelle mouture de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, adoptée en 2011.

598. Dans l'espoir de trouver des preuves palpables et des documents factuels sur la contribution du représentant de l'Algérie dans les différentes sessions de travaux du Groupe de travail 1 (Marchés publics) de la CNUDCI, nous nous sommes rapprochés des services concernés auprès du Ministère des Affaires Etrangères sans que nous puissions obtenir la moindre information. Néanmoins, la participation du représentant de l'Algérie dans les différents travaux ayant abouti à l'adoption de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011, ainsi que son Guide d'incorporation dans le droit interne des Etats adoptants demeurent certaine et incontestable.

599. Néanmoins, quel que soit le degré d'implication des représentants de l'Algérie dans les travaux du Groupe de travail de la CNUDCI, il n'y a pas le moindre doute que cette participation a le mérite d'avoir contribué à la métamorphose de la réglementation algérienne des marchés publics du fait de l'importation des principes révolutionnaires et modernisateurs de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Partie 3).

---

### **3. Partie 3 : La loi type de la CNUDCI comme levier de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics**

---

600. L'impact de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sur la modernisation de la réglementation des marchés publics est somme toute incontestable. Mais avant de s'étaler sur les aspects de cette influence, il nous semble primordial de soulever la question de la nature du contrat de marché public. Est-il un contrat administratif ou un contrat commercial ? Et, si l'on présume qu'il est un contrat administratif, tel qu'il est communément classé, pourquoi donc la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International s'en y approprié pour l'encadrer par le truchement d'une loi type ?

601. Si l'amalgame sur la nature juridique du marché public commence de plus en plus à s'affirmer avec insistance, c'est parce que, de par leur objet, les marchés publics sont semblables aux contrats que concluent entre eux des particuliers. Il s'agit en effet de contrats par lesquels l'administration de procure des fournitures ou des services ou fait réaliser des travaux moyennant un prix. Ces contrats sont identiques aux contrats de vente, de location, de service du droit privé. Pourtant, le domaine des marchés publics, et, en particulier, des marchés de travaux publics est un des secteurs où la spécificité du droit public s'est affirmée le plus clairement<sup>277</sup>.

602. Le marché public est le contrat le plus anciennement réglementé, mais l'ancienneté ne garantit pas la stabilité et, depuis quelques années la matière donne lieu à d'incessantes réformes.

Paradoxalement, en dépit de la place considérable occupée par la réglementation, le droit des marchés publics a subi au début du XXIème siècle une mutation, une sorte de promotion, qui tient à la progression des principes généraux<sup>278</sup>. C'est

---

<sup>277</sup> RICHER Laurent et LICHÈRE François, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2016. P 351.

<sup>278</sup> Ibid.. P 353.

justement ces principes généraux qui justifient que la CNUDCI, malgré son statut d'organisation totalement dédiée au commerce international, s'intéresse à la passation des marchés publics pour y consacrer une loi type qui prévoit des procédures et des principes qui visent à garantir le meilleur rapport qualité-prix et à empêcher les abus dans le processus de passation. Cette dernière s'attache à promouvoir l'objectivité, l'équité, la participation, la concurrence et l'intégrité pour permettre la réalisation de ces objectifs. Elle pose également le principe essentiel de la transparence, qui permet de vérifier que ces procédures et principes ont été respectés.

De plus, de par sa nature, la passation de marchés implique que des décisions discrétionnaires soient prises au nom de l'État à tous les niveaux.<sup>279</sup> D'un côté, la passation comporte nécessairement un risque d'abus, la taille du marché montrant que les pertes potentielles pourraient être considérables. De l'autre, elle concerne des projets importants (santé, éducation, infrastructure), qui auront des incidences majeures sur les résultats et le développement économiques. C'est pourquoi l'obtention du meilleur rapport qualité-prix est essentielle dans ce domaine. La Loi type, qui intègre ces facteurs clefs, permet aux États adoptants d'instaurer un système de passation de marchés qui permette à la fois d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix et d'empêcher les abus.

603. Vu de ce prisme, on peut soutenir, sans risque de se tromper, que quand bien même la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) semblerait enclin d'intégrer les marchés publics parmi les domaines qu'elle souhaite harmoniser à travers ses lois types, il n'en demeure pas moins qu'il est totalement écarté de soutenir un impossible glissement de la nature des marchés publics, lesquels restent fondamentalement apparentés à la catégorie des contrats administratifs, même si cette classification n'est jamais mise en avant d'une manière explicite dans la réglementation algérienne des marchés publics, contrairement au droit français qui assume clairement cette évidence dans la mesure

---

<sup>279</sup> Le montant de la commande publique peut représenter de 10 à 20 % du PIB et atteindre 50 %, voire plus, des dépenses publiques totales.

où il considère que les marchés publics obéissent en principe aux règles générales applicables aux contrats administratifs d'autant plus que, en France par exemple, la loi du 11 décembre 2001, portant mesures d'urgence à caractère économique et financier, a qualifié le contrat soumis obligatoirement au Code des marchés publics de contrats administratifs quels que soient leurs clauses et leur objet et que l'ordonnance du 23 juillet de 2015 en fait de même pour tous les marchés publics passés par des personnes morales de droit public<sup>280</sup>.

604. Un marché public est incontestablement un contrat administratif, mais cela n'a pas empêché la CNUDCI de lui juxtaposer les principes du Droit commercial international afin de proposer, *in fine*, une loi type qui d'aucuns considèrent comme le standard-référence absolu en matière de la passation des marchés publics. Il va sans dire que ce dernier a considérablement contribué, de par l'importation de certaines de ses dispositions, à la métamorphose de la réglementation algérienne des marchés publics (Titre 1).

---

<sup>280</sup> RICHER Laurent et LICHÈRE François, op. cit. PP 373 et 374.

### **3.1 TITRE 1 : LA METAMORPHOSE DE LA REGLEMENTATION ALGERIENNE DES MARCHES PUBLICS SOUS L'INFLUENCE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI**

605. L'étude du droit en Algérie présente, à bien des égards, un intérêt indéniable pour tous ceux qui s'intéressent au droit comparé. Il y a, en effet, un intérêt évident à comprendre comment a pu se produire au sein de la structure juridique d'accueil la rencontre entre des concepts issus de différents systèmes juridiques dont chacun a son passé distinct, ses traditions et sa culture propres : cette rencontre ouvre-t-elle la voie à un dialogue ou un conflit entre ces cultures ?

L'autre intérêt à étudier la formation du droit en Algérie tient à la visibilité culturelle du droit qui questionne toujours, au-delà du juriste, l'observateur sur les changements en cours dans la société d'autant que le contraste entre société ouverte et société bloquée se trouve d'abord inscrit dans le droit<sup>281</sup>.

606. Par contrainte ou par nécessité, l'Algérie a fait le choix de laisser derrière elle plusieurs décennies d'économie planifiée et d'interventionnisme à outrance de l'État dans la sphère économique afin de s'inscrire dans une nouvelle idéologie diamétralement opposée, basée sur une nouvelle philosophie économique dont les mécanismes du marché reposent sur la libre compétition des acteurs dans un jeu concurrentiel en vue d'engendrer la croissance. Cette transition idéologique requiert bien évidemment une refonte globale des mécanismes juridiques, légaux et réglementaires.

607. Dans sa quête de la modernité, le droit algérien avait le choix, soit d'emprunter les normes juridiques de certains États historiquement libéraux, notamment la

---

<sup>281</sup> KHALFOUNE Tahar, « Système juridique en Algérie – Un pluralisme normatif désordonné », *Rev. Int. Droit Comparé*, 67, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2015. P 412

France, au risque d'être accusé de vouloir pérenniser le legs colonial, ou bien, se mouler dans un ordre économique international dominé par la prééminence des grandes institutions économiques mondiales dont on connaît le développement depuis la fin de la seconde guerre mondiale – CNUDCI, FMI, Banque mondiale, GATT/OMC –, les grandes institutions mondiales non économiques – OMPI, FAO, OMS, PNUE (Programme des Nations Unies pour l'Environnement), OIT, pour n'en citer que quelques-unes –, se sont progressivement trouvées confrontées à des questions de nature économique, en raison des liens croissants entre les logiques marchandes et non marchandes. Le choix est vite fait en faveur des institutions internationales et des standards internationaux qui sont ainsi devenus, de manière aussi inattendue, de nouvelles sources du droit international économique.

608. En toute évidence la réglementation des marchés publics n'échappe pas à cette logique de prééminence des sources internationales. Cette évidence trouve son illustration dans les dispositions de l'exposé des motifs de la nouvelle réglementation des marchés publics, qui déclare explicitement que les dispositions porteuses des germes de modernité sont dictées par l'impératif de la mise en conformité aux standards internationaux. Nous avons pu vérifier, à la lumière des explications développées dans les chapitres précédents, que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics est le standard international qui constitue la principale source de modernisation de la réglementation des marchés publics dans la mesure où elle est la référence absolue en matière de standardisation.

Cependant, s'il est admis que le législateur algérien s'est inspiré de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pour adapter la réglementation des marchés publics aux exigences des standards internationaux (Chapitre 1), il n'en demeure pas moins que cette adaptation ne manque pas de poser la problématique liée au paradoxe de la dissonance des textes adoptés avec la réalité de leur application sur le terrain (Chapitre 2).

### **3.1.1 Chapitre 1 : Adaptation de la réglementation algérienne à la loi type de la CNUDCI.**

609. Le code des marchés publics algérien a connu plusieurs modifications ces dernières années. On peut dire même qu'il est devenu un éternel chantier que l'on rouvre à chaque fois que les orientations stratégiques imposent un nouveau cap.

Aujourd'hui, les marchés publics sont régis par le décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, publié en 2015. Avant cela, ce code a connu une série de réaménagements successifs depuis la promulgation du décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010, lequel est aussitôt modifié et complété par les textes qui lui ont succédé, notamment ceux de 2011 et 2012, puis en 2013 en faveur de la parution du décret présidentiel n° 13-03 du 13 janvier 2013. Il va sans dire que tous ces amendements étaient mus par un souci d'adaptation de la législation aux mutations et exigences du marché, mais aussi pour combler certaines lacunes de la législation.

610. Etant donné que le décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 tente de parfaire cette évolution, née de la transformation profonde de la structure économique et sociale, il est permis de croire que ce texte est promulgué pour mettre en conformité la réglementation algérienne marchés publics aux standards internationaux aussi bien sur les principes fondamentaux de la commande publique (Section 1) que sur les aspects pratiques de la passation des marchés publics (Section 2).

### 3.1.1.1 Section 1 : En matière des principes fondamentaux de la passation des marchés publics.

611. La complexification d'une matière, d'un système ou d'un ordre juridique, s'accompagne fréquemment de l'émergence de principes fondamentaux, dans un objectif de restructuration et d'unification des régimes applicables. Dans ce cadre, le recours à l'utilisation de principes bénéficie d'une double légitimité, tenant à la rationalisation et à la mise en cohérence de l'ordre juridique concerné. En droit de l'environnement, par exemple, c'est à la suite d'une accumulation de réglementations fragmentées que sont apparus les grands principes relatifs à cette matière, pour pallier l'émiettement et la déstructuration de cette branche du droit. C'est cette même logique qui a justifié la démultiplication des principes dans le droit des finances publiques, et à laquelle le droit de la commande publique n'a pas échappé. En effet, l'apparition des principes contemporains de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, coïncide avec cet imbroglio latent des droits internes. Sont donc apparus, par un mouvement combiné des juges internes, européens, et des pouvoirs normatifs, les principes fondamentaux de la commande publique. Cette consécration jurisprudentielle et normative s'analyse comme une "sacralisation" de règles anciennes, dans la mesure où la pratique a précédé la reconnaissance des dits principes<sup>282</sup>.

612. La réglementation algérienne des marchés publics ne connaissait pas, ou du moins n'évoquait pas, les principes fondamentaux de la commande publique avant de se frotter aux standards internationaux et s'ouvrir à l'influence de ces derniers. Ceci est d'autant plus vrai que ces principes ne sont évoqués pour la première fois que lors de la promulgation du Décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics. Il n'y a aucun doute que l'introduction

---

<sup>282</sup> MARIE-CHARLOTTE BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique* [en ligne], Thèse, Université de Montpellier, 2015, [consulté le 16 avril 2020].

de ces nouveaux principes dans la réglementation algérienne est subséquente à la volonté de se mettre en conformité avec la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, de 1994, qui prévoyait déjà dans son préambule que les objectifs de cette loi type sont les suivants :

- ✓ Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés ;
- ✓ Favoriser et encourager la participation aux procédures de passation des marchés des fournisseurs et des entrepreneurs, et en particulier, le cas échéant, leur participation sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international ;
- ✓ Promouvoir la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services devant faire l'objet de marchés ;
- ✓ Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs ;
- ✓ Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus ; et,
- ✓ Assurer la transparence des procédures de passation des marchés.

613. Les principes fondamentaux de la commande publique sont devenus dès-lors une constante qui occupe une place prépondérante dans la composante des codes des marchés publics successifs que l'Algérie ait connu, depuis 2010 jusqu'à la parution du Décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics. L'analyse de ce décret nous renseigne amplement que les définitions que le législateur algérien a voulu donner à chacun

des principes fondamentaux de la commande publique sont principalement inspirées de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Sous-Section 1). Il importe d'ajouter, en outre, que même les critères d'identification des marchés publics sont également transposés à partir de cette loi type (Sous-Section 2).

### **3.1.1.1.1      *Sous-Section 1 : Les principes fondamentaux de la commande publique.***

614. Les principes fondamentaux de la commande publique sont les règles régissant principalement la passation des marchés publics, accessoirement leur exécution, destinées à assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics<sup>283</sup> nonobstant le montant, l'objet et/ou la personne publique contractante. Il va sans dire que ce triptyque est consacré par le Code des marchés publics de 2010, avant qu'il soit confirmé et ressassé ensuite par tous les textes ultérieurs.

S'agissant de l'acception des principes fondamentaux de la commande publique, il importe de souligner que les auteurs de doctrine utilisent, lorsqu'ils évoquent les principes de la commande publique, des termes et concepts différents<sup>284</sup>.

615. Pour Michel Guibal, les trois principes identifiés depuis fort longtemps sont "*la protection des deniers publics utilisés pour payer le prix des prestations, la liberté d'accès à la commande publique des candidats et concurrents, l'égalité de traitement des candidats et concurrents*". N'y figure ainsi pas la transparence. Pour l'auteur, chacun de ces principes dispose d'une fonction bien définie, mais cette

---

<sup>283</sup> BOULIFA Brahim, *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*, Berti Editions, 2016. P 11.

<sup>284</sup> MARIE-CHARLOTTE BONTRON, *op. cit.*

analyse ne peut être reprise, le principe de protection des deniers publics ayant été "remplacé" par celui de transparence<sup>285</sup>.

Catherine Ribot évoque l'existence d'un principe de mise en concurrence, qui se réalise grâce au respect des principes suivants : le principe de liberté d'accès à la commande publique, qui implique que toute personne puisse "*se porter candidate à l'attribution d'un marché public si elle remplit les conditions préalablement fixées par l'administration pour exécuter un marché*", et le principe d'égalité concurrence. Ce dernier se subdivise d'une part, en un principe d'égalité de traitement, d'autre part, en un principe d'égalité d'accès à la commande publique. Dans cette présentation des principes, la transparence ne figure pas en tant que principe autonome, et l'égalité de traitement n'est qu'une subdivision d'un principe d'égalité concurrence.

Jean-François Sestier qualifie de principes de la commande publique « *la transparence et la libre concurrence* », sans évoquer l'égalité de traitement et la liberté d'accès à la commande publique.

Laure Marcus, dans sa thèse consacrée à l'unité des contrats publics, évoque l'existence de principes de publicité et de mise en concurrence, alors que ce ne sont en réalité que des obligations au service des principes de la commande publique.

Grégory Kalflèche, dans sa thèse intitulée "Des marchés publics à la commande publique"<sup>286</sup>, opère une classification en distinguant deux catégories de principes de la commande publique, ceux "justifiant les procédures de passation", et ceux « renforçant les procédures de passation ». Si la classification est intéressante dans la forme, il semble que dans le fond, il n'y ait pas vraiment de clarification sur les fonctions propres des principes de la commande publique, dans le sens où une

---

<sup>285</sup> *Ibid.*

<sup>286</sup> KALFLÈCHE Grégory, DES MARCHÉS PUBLICS À LA COMMANDE PUBLIQUE L'évolution du droit des marchés publics, thèse de doctorat, Panthéon-Assas (Paris 2), 2004.

multitude de principes sont répartis entre les deux catégories. L'auteur évoque, en effet, le principe de l'égalité d'accès à la commande publique et l'obligation de mise en concurrence, le principe d'égalité de traitement durant la passation, le principe de libre et égale concurrence, le principe de liberté d'accès à la commande publique, le principe de transparence des procédures, le principe d'efficacité économique, et les principes environnementaux<sup>287</sup>.

616. Force est de constater, par ailleurs, que ces principes consacrés par la réglementation algérienne des marchés publics est une réplique fidèle des principes fondamentaux recommandés par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

A cet égard, l'article 5 du Décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics dispose, ce qui suit:

*"En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics, les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures,,,".*

617. Ce triptyque constituant les principes fondamentaux de la commande publique consacré par le législateur algérien se trouve en parfaite adéquation avec les objectifs déclarés dans le préambule de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011, à savoir :

- ✓ Garantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs ;
- ✓ Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus ;

---

<sup>287</sup> MARIE-CHARLOTTE BONTRON, *op. cit.*

- ✓ Assurer la transparence des procédures de passation des marchés ;

618. Par ailleurs, force est de constater que la réglementation algérienne des marchés publics ne s'est pas limitée à reprendre les principes fondamentaux des marchés publics contenus dans la loi type de la CNUDCI mais elle s'est également inspirée de cette dernière afin de donner l'acception de chacun de ces principes ainsi que leurs étendues. C'est ce qu'il ressort, d'une manière limpide, de l'analyse suivante dans laquelle il nous a semblé plus judicieux de traiter ces principes fondamentaux aménagés en diptyque comprenant : la liberté d'accès à la commande publique, jumelée avec l'égalité de traitement, d'un côté (A), et la transparence de la procédure, d'un autre côté (B).

***A. La liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats.***

619. Nous avons précédemment évoqué la manière avec laquelle le législateur algérien a introduit les principes fondamentaux de la commande publique, sous l'impulsion de l'influence exercée par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Ce n'est donc guère étonnant de constater que les acceptions avec lesquelles le législateur souhaite identifier ces principes sont également puisées de cette loi standardisée.

A cet égard, il a été nécessaire de se référer aux dispositions de cette loi type pour mieux comprendre la définition donnée par le législateur algérien aux deux principes "la liberté d'accès à la commande publique" et "l'égalité de traitement" que nous allons traiter bien évidemment d'une manière distincte.

620. Avant de mettre en évidence la relation corrélative entre la loi type de la CNUDCI et la réglementation algérienne des marchés publics, il conviendrait d'aborder quelques définitions que la doctrine a consacré à chacun desdits principes.

621. Commençons d'abord par le principe "liberté d'accès à la commande publique". Ce principe signifie, d'après Christophe LAJOYE, que l'accès à la commande

publique doit être libre et impartial, la personne publique adjudicatrice ne doit pas créer ou laisser s'installer un milieu non concurrentiel. Dès-lors, elle ne peut écarter des candidats en se fondant sur d'autres conditions que celles autorisées par le Code. C'est pourquoi les clauses écartant certaines catégories de candidats par leurs exigences particulières en matière de capacité ou de spécifications techniques sont sanctionnées par le juge. Le principe prohibe l'exclusion de candidats qui rempliraient les conditions exigées par le règlement de la consultation. En outre, ce dernier ne doit contenir aucune exigence qui ne justifierait par l'objet du marché<sup>288</sup>.

622. Le principe de la liberté d'accès est le corolaire de la constitution du marché commun. Aucun obstacle ne doit être porté, sauf motif d'intérêt général ou l'ordre public, à l'accès à la candidature et à l'obtention des marchés publics<sup>289</sup>.

623. La particularité de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics réside dans sa capacité à concentrer, converger et synthétiser les travaux doctrinaux pour en sortir des définitions aussi limpides que faciles à emprunter. Ainsi, cette loi type dispose, dans son préambule, qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés afin de promouvoir certains objectifs dont :

*"Favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation des marchés....."*

624. Plusieurs dispositions consacrent donc les moyens permettant de favoriser et d'encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux marchés publics. Mieux encore, la loi type de la CNUDCI prévoit plusieurs mécanismes à même de garantir la liberté d'accès à la commande publique dans la mesure où elle s'est fixé l'objectif *"d'inciter les candidats à participer aux procédures de passation des marchés publics"* ». Ce principe a été traduit dans la réglementation algérienne des

---

<sup>288</sup> LAJOYE Christophe, *Droit des marchés publics*, Gualino-Lextenso éditions, 2012. P 114.

<sup>289</sup> ALLAIRE Frédéric, *L'essentiel du droit des marchés publics*, Gualino-Lextenso éditions, 2016. P 23.

marchés publics à travers la consécration du principe permettant aux personnes ayant intérêt de se porter librement candidates aux marchés publics. De plus, le législateur impose à la personne publique contractante d'observer certaines conditions à même d'inciter les candidats à participer aux procédures de passation de marchés, il s'agit, entre autres, de :

- ✓ Donner au marché qu'elle veut passer une large publicité ;
- ✓ Faire en sorte que le délai accordé pour la préparation des candidatures et des offres soit suffisant ;
- ✓ Fixer au préalable des règles de jeu claires et objectives au regard de l'information sur les conditions du marché ;
- ✓ Donner aux concurrents la possibilité de se défendre en cas d'éviction injustifiée.

625. Par ailleurs, étant un instrument destiné à appuyer et promouvoir le commerce international, la loi type a, tout d'abord, instauré la règle d'une passation de marchés "ouverte" à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, quelle que soit leur nationalité. Ainsi, il ne peut y avoir de restrictions à la participation fondées sur la nationalité, sauf dans des conditions limitées prévues dans la Loi type. De plus, cette dernière plaide pour une restriction drastique des dispositions prévoyant une participation exclusivement nationale<sup>290</sup>. Sur ce registre, la réglementation algérienne a emboité le pas de la loi type de la CNUDCI en disposant tout d'abord que « *L'appel d'offres peut-être national et/ou*

---

<sup>290</sup> Articles 8, 9 et 11.

*international*<sup>291</sup> », puis en listant des exceptions qui peuvent restreindre l'étendue des appels d'offres nationaux ou internationaux<sup>292</sup>.

626. En fin, la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics considère que la large participation aux procédures de passation des marchés comme la condition préalable à une concurrence effective et préconise ainsi que la passation de marché soit ouverte à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, sauf s'il est établi qu'ils n'ont pas les qualifications requises conformément aux articles 9 et 18, lesquels exigent à ce que les qualifications soient adaptées aux circonstances de la passation de marché, de manière à empêcher l'exclusion injuste de fournisseurs ou entrepreneurs. Sur cette base, le législateur algérien s'est inscrit dans une perspective qui permet, d'une part, d'inscrire la commande publique dans un cadre strict et admet, d'autre part, une ouverture efficace à la concurrence. Ce qui se traduit par l'interdiction de<sup>293</sup> :

- ✓ Ecarter un candidat en se fondant sur des considérations autres que celles que la réglementation des marchés publics impose ;
- ✓ Exclure un candidat qui remplit toutes les conditions requises par la réglementation des marchés publics ;
- ✓ Prévoir une exigence discriminatoire ou contrainte favorisant tel ou tel candidat ;

---

<sup>291</sup> Article 42.

<sup>292</sup> Article 85.

<sup>293</sup> BOULIFA Brahim, *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*, Berti Editions, 2016. P 11.

627. Intéressons-nous à présent au deuxième principe fondamental de la commande publique, à savoir "l'égalité du traitement des candidats".

Il y a lieu de préciser, de prime abord, que le respect du principe d'égalité n'est pas l'apanage du droit de la commande publique<sup>294</sup>, dans la mesure où il s'agit d'un principe général du droit et le corollaire du principe d'égalité devant la loi qui est transposée aussi bien dans la Loi type de la CNUDCI que dans le droit des marchés publics, en égalité de traitement des candidats à un marché public.

628. L'expression "traitement juste, égal et équitable" est un terme générique utilisé pour désigner la notion de non-discrimination et d'objectivité dans la prise de décisions en matière de passation et concernant les fournisseurs et entrepreneurs. La CNUDCI a décidé d'inclure la notion d'"égalité de traitement" dans la Loi type pour indiquer clairement que cette notion fait partie de cet objectif tout autant que dans d'autres systèmes qui y font expressément référence.

629. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, comporte de nombreuses dispositions visant à atteindre cet objectif et à garantir que tous les participants n'ignorent pas les règles régissant la passation des marchés dans le système concerné et qu'ils aient une possibilité égale de les appliquer, à travers notamment l'exigence d'une participation ouverte à la passation des marchés, sauf exceptions limitées. Pour s'assurer de l'atteinte de cet objectif, elle dispose d'emblée dans son préambule, que :

*"Il est souhaitable de réglementer la passation des marchés afin de garantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs ».*

Sans surprise donc, ce sacro-saint principe a été repris *stricto sensu* par la réglementation algérienne des marchés publics qui dispose, dans son article 5, ce qui suit :

---

<sup>294</sup> ALLAIRE Frédéric, *L'essentiel du droit des marchés publics*, Gualino-Lextenso éditions, 2016. P 24.

*"En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics, les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats... "*

Par ailleurs, afin de consolider et conforter l'ancrage de ce principe, la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dispose, dans l'article 8.2, que:

*" À moins qu'elle n'y soit autorisée ou tenue par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État, l'entité adjudicatrice n'impose aucune autre condition visant à limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs".*

630. La participation pleine et sans restriction est d'ailleurs appuyée par plusieurs autres dispositions de la loi type, notamment :

- ✓ L'article 9, qui impose que les critères de qualification conviennent aux circonstances de la passation de marchés ;
- ✓ L'article 10, qui recommande que la description de l'objet du marché soit aussi objective, fonctionnelle et générique que possible, utiliser autant que possible des termes génériques et éviter les marques de fabrique ou de commerce et indications semblables ;
- ✓ L'article 11, qui décrète la règle selon laquelle les critères d'évaluation doivent, en règle générale, avoir un lien avec l'objet du marché. Ces dispositions visent à garantir que les fournisseurs ou entrepreneurs se font concurrence sur un pied d'égalité.
- ✓ Sans omettre l'article 7 qui interdit formellement l'exclusion de fournisseurs ou d'entrepreneurs sur la base d'une application discriminatoire des moyens de communication.

631. Mieux encore, la Loi type de la CNUDCI plaide pour assurer l'égalité et l'équité tout au long de la procédure de passation des marchés publics, tantôt à travers la clarification des informations soumises<sup>295</sup> et des règles visant à assurer l'objectivité des exigences concernant les garanties de soumissions<sup>296</sup> et, tantôt à travers des procédures à suivre pour rejeter des soumissions anormalement basses<sup>297</sup> et des règles établissant que les offres tardives doivent être rejetées<sup>298</sup>, ainsi qu'à travers l'obligation d'attribuer des marchés sur la base de critères préalablement communiqués<sup>299</sup>.

632. De la même manière, ou presque, la réglementation algérienne des marchés publics, a consacré ce principe en lui assurant un champ étendu afin de s'assurer que le service contractant réserve à tous les candidats, sans discrimination ni favoritisme, les mêmes modalités de publicité et de mise en concurrence de manière à attribuer le marché au regard de l'intérêt économique et financier de la collectivité publique<sup>300</sup>. Cela se traduit en pratique par :

- ✓ Une véritable mise en concurrence des candidats par tous moyens appropriés notamment par la publicité par voie de presse et, le cas échéant, par l'affichage de l'avis d'appel d'offres ;

---

<sup>295</sup> « Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». Article 16.

<sup>296</sup> *Ibid.* Article 17.

<sup>297</sup> *Ibid.* Article 20.

<sup>298</sup> *Ibid.* Article 40.

<sup>299</sup> *Ibid.* Article 11.

<sup>300</sup> BOULIFA Brahim, *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*, Berti Editions, 2016. P 12

- ✓ La mise à disposition des candidats d'une documentation complète et précise leur permettant d'étudier, d'établir et de présenter des offres correctes ;
- ✓ La fixation d'un délai pour la préparation des candidatures et des offres suffisants pour permettre à la concurrence de jouer pleinement ;
- ✓ La définition de critères objectifs et non discriminatoires ;
- ✓ La rédaction du cahier des charges de l'appel à la concurrence qui doit être objective et qui ne doit pas être pas orientée vers un produit ou un opérateur économique déterminé ;
- ✓ La réception de toutes les offres, quelle que soit la nationalité ou l'implantation du candidat ;
- ✓ L'information équivalente et systématique de tous les candidats en cas d'éclaircissement ou renseignement fourni par le service contractant à un candidat à la demande de ce dernier ;
- ✓ La possibilité donnée à la commission d'ouverture des plis d'évaluation des offres d'inviter, par l'intermédiaire du service contractant, les soumissionnaires à compléter leurs offres, de clarifier et de préciser la teneur de leurs offres ;
- ✓ Le choix du partenaire cocontractant sur la base de critères d'exclusion, de sélection et de critères d'attribution et d'une méthodologie prévue dans le cahier des charges de l'appel à la concurrence ;
- ✓ La publication de l'avis d'attribution provisoire permettant la mise en œuvre du recours précontractuel pour contester telle ou telle attribution.

633. Il semble donc incontestable que le législateur algérien s'est inspiré principalement des dispositions de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pour introduire ces sacro-saints principes de la commande publique pour devenir ainsi usuels dans le jargon de la réglementation algérienne. Mais, quid de « la transparence des procédures » ? (B).

### ***B. La transparence des procédures ;***

634. L'obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures<sup>301</sup>. Ce principe incontournable est ostensiblement mis en exergue par la loi type de la CNUDCI qui dispose, dans son préambule, ce qui suit :

*"Considérant qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés afin de promouvoir les objectifs suivants:....f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés;..."*

635. La transparence de la passation des marchés repose principalement sur cinq éléments :

- ✓ La communication au public des règles qui s'appliquent au processus de passation ;
- ✓ La publication des possibilités de marchés ;
- ✓ La définition et la publication préalables de l'objet du marché et des modalités d'examen des soumissions ;

---

<sup>301</sup> ALLAIRE Frédéric, *L'essentiel du droit des marchés publics*, Gualino-Lextenso éditions, 2016. PP 23 & 24.

- ✓ La conduite visible de la passation de marché conformément aux règles et procédures prévues, et ;
  
- ✓ L'existence d'un système permettant de contrôler le respect de ces règles et de l'imposer si nécessaire.

636. Afin de mettre en valeur ce principe et d'en assurer l'efficacité, la loi Type de la CNUDCI reconnaît, à l'entité adjudicatrice, la faculté de déterminer l'objet du marché pour peu qu'il permette à conduire la passation de marché de la meilleure des manières. Ainsi, la transparence est devenue un outil qui permet de contrôler et, si nécessaire, de contester l'exercice du pouvoir discrétionnaire des responsables de la passation des marchés s'il se trouve que ce pouvoir est utilisé à mauvais escient en matière de transparence de procédures. Elle constitue donc un appui crucial au système de passation des marchés et à la confiance du public dans celui-ci, ainsi qu'un outil facilitant son évaluation et celle de chaque procédure de passation par rapport à leurs objectifs. Ce principe est consacré, dans la loi type, par le truchement de plusieurs recommandations, notamment :

- ✓ L'obligation de publier rapidement tous les textes juridiques régissant la passation des marchés<sup>302</sup> ;
  
- ✓ L'obligation de recourir à des méthodes de communication non discriminatoires<sup>303</sup> ;

---

<sup>302</sup> Voir l'article 5 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>303</sup> Voir l'article 7 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

- ✓ L'obligation de définir des critères de qualification, d'examen et d'évaluation dès le début de la procédure de passation de marchés et de les publier dans le dossier de sollicitation<sup>304</sup> ;
- ✓ L'obligation d'assurer une large diffusion des invitations à participer et de l'ensemble des conditions de participation<sup>305</sup>, dans une langue appropriée<sup>306</sup> ;
- ✓ L'obligation de la publication de la date limite de présentation des soumissions<sup>307</sup> ;
- ✓ L'obligation de la communication à l'ensemble des participants de toute information supplémentaire importante fournie à l'un d'eux pendant la passation de marché<sup>308</sup> ;
- ✓ L'obligation de la publication d'un avis en cas d'abandon de la passation de marché<sup>309</sup> ;

---

<sup>304</sup> Voir les articles 8 à 11 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>305</sup> Voir, à titre d'exemple, les articles 37, 39 et 47 à 49 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>306</sup> Voir l'article 13 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>307</sup> Voir l'article 14 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>308</sup> Voir l'article 15 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>309</sup> Voir l'article 19 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

- ✓ L'obligation de la publication des modalités d'entrée en vigueur du marché, notamment du délai d'attente<sup>310</sup> ;
- ✓ L'obligation de la publication d'avis d'attribution de marché<sup>311</sup>, et ;
- ✓ L'obligation de la publication de l'avis de passation des marchés en cas de sollicitation directe<sup>312</sup>.

637. La loi type prévoit également des procédures obligatoires et publiques pour chaque méthode et technique de passation des marchés, notamment, dans les procédures d'appel d'offres, l'ouverture des offres en présence des fournisseurs ou entrepreneurs qui les ont soumises<sup>313</sup>. Certaines informations sur la conduite d'une passation de marché doivent en outre être rendues publiques ultérieurement, et les participants ont droit à des informations supplémentaires. Le tout doit figurer au procès-verbal de la passation de marché<sup>314</sup> qui permet d'évaluer le degré du respect des procédures<sup>315</sup>.

638. Le principe de transparence des procédures est évidemment transposé dans la réglementation des marchés publics algérienne de la même manière avec laquelle il a été consacré dans la loi type de la CNUDCI. Ceci est d'autant plus vrai que le

---

<sup>310</sup> Voir l'article 22 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>311</sup> Voir l'article 23 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>312</sup> Voir les articles 34-5 et 35-4 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>313</sup> Voir l'article 42 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>314</sup> Voir l'article 25 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>315</sup> Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. P 49-50.

législateur algérien emboite le pas de la CNUDCI en suspendant l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics au respect du principe de la transparence des procédures<sup>316</sup>.

639. Pour mieux se rapprocher des recommandations de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, la réglementation algérienne considère que la transparence des procédures ne peut se concrétiser que dans le cas où les dispositions liées aux étapes procédurales permettant l'accessibilité à l'information pour tous les opérateurs économiques intéressés de participer à un marché public. Ces dispositions se résument à <sup>317</sup> :

- ✓ La publication, par le service contractant, au début de chaque exercice, de l'avis de marchés passés (publicité à posteriori) des projets à lancer durant l'exercice considéré ;
- ✓ La publication, par le service contractant, au début de chaque exercice, de l'avis de marchés passés (publicité à posteriori) comprenant la liste de tous les marchés conclus l'exercice précédent ainsi que le nom des entreprises ou groupements momentanés d'entreprises attributaires ;
- ✓ La publication de l'avis d'appel d'offres par voie de presse, du bulletin officiel des marchés de l'opérateur public (B.O.M.O.P), d'affichage sur le site internet ;

---

<sup>316</sup>Article 5.

<sup>317</sup> BOULIFA Brahim, *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*, Berti Editions, 2016. P 13.

- ✓ La disponibilité de la documentation contenant les informations utiles à l'étude, à la préparation des candidatures et des offres à l'acheminement des candidatures et des offres ;
- ✓ La définition de la date et de l'heure limite de dépôt des candidatures et des offres ;
- ✓ La définition de la date et l'heure d'ouverture des plis ;
- ✓ La fixation du lieu de dépôt des candidatures et des offres et d'ouverture des plis ;
- ✓ La concordance des dates de dépôt des candidatures et des offres et d'ouverture des plis ;
- ✓ La participation du public et des soumissionnaires à l'ouverture des plis ;
- ✓ L'attribution de marchés sur la base de critères de choix et selon une méthodologie définis dans le cahier des charges de l'appel à la concurrence ;
- ✓ La publication de l'avis d'attribution provisoire du marché ;
- ✓ L'existence des voies de recours ;
- ✓ La motivation des rejets des candidatures et des offres ;
- ✓ L'institution du délai d'attente ;

- ✓ La traçabilité tout au long de la procédure au cours de laquelle toutes les étapes de la passation sont conservées par le service contractant, depuis la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à la notification du marché.

640. En ce qui concerne les dispositions prévoyant une application large et rigoureuse des mécanismes assurant l'accessibilité aux marchés publics, il est limpide qu'il y a une similitude, aussi confondante que flagrante, entre les dispositions de la réglementation algérienne des marchés publics et celles de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Ceci ne manque pas de corroborer la thèse soutenant que législateur algérien s'est largement inspiré de la loi type de la CNUDCI pour implémenter les principes fondamentaux de la commande publique dans la réglementation algérienne des marchés publics. Par conséquent, la loi type de la CNUDCI s'avère comme la principale source de modernisation de réglementation des marchés publics.

641. Le mérite de la loi type de la CNUDCI dans l'introduction des principes fondamentaux de la commande publique dans la réglementation algérienne étant bien illustré, il conviendrait à présent d'étudier le degré de son influence en matière de critères d'identification des marchés publics (Sous-Section 2).

#### **3.1.1.1.2      *Sous-Section 2 : Critères d'identification des marchés publics.***

642. L'identification des marchés publics se présente différemment entre la loi type de la CNUDCI sur les marchés publics et la législation algérienne des marchés publics. En effet, Si la loi type de la CNUDCI a opté pour la définition détaillée de chaque étape, en aparté, de passation de marchés publics, la réglementation algérienne s'est limitée à une acception générique, donnée par l'article 2 du décret présidentiel n°15-247, lequel dispose ce qui suit :

*"Les marchés publics sont des contrats écrits au sens de la législation en vigueur, passés à titre onéreux avec des opérateurs économiques, dans les conditions*

*prévues dans le présent décret, pour répondre à des besoins du service contractant, en matière de travaux, de fournitures, de services et d'études".*

Etape par étape, la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a défini la préqualification jusqu'à la passation de marchés, en passant par la sollicitation, la présélection et toutes autres étapes de la passation des marchés publics. Mais avant cela, la CNUDCI a commencé par définir dans le cadre de sa loi types termes : "passation de marché" et "marché", comme suit :

643. La "passation de marché" désigne *"l'acquisition de biens, de Travaux ou de services"*. Quant au terme "marché", il en désigne *"un ou plusieurs contrats conclus entre l'entité adjudicatrice et un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs à l'issue de la procédure de passation de marché"*.

644. En dépit de la différence de la terminologie des définitions, la loi type de la CNUDCI sur les marchés publics et la réglementation algérienne des marchés publics, se convergent sur les critères d'identification cumulatifs que l'on peut résumer à :

- ✓ **Le critère juridique** : La forme écrite du contrat dans la mesure où le marché public est un contrat écrit.
- ✓ **Le critère financier** : Le marché public est un contrat onéreux.
- ✓ **Le critère organique** : Le marché public est un contrat passé entre un service contractant et des opérateurs économiques.
- ✓ **Le critère matériel** : L'objet du marché public dans la mesure où le marché doit porter sur des travaux, fournitures, services et études.

645. Cette convergence renvoie vraisemblablement à une source unique et plaide pour une éventuelle duplication des principes prévus par la loi type de la CNUDCI

sur la passation des marchés publics dans la réglementation algérienne. Nous allons donc vérifier cette influence fort-probable en passant en revue lesdits critères que nous souhaitons scinder en deux parties : Les critères juridique et financier (A) et les critères organique et matériel (B).

#### A. *Les critères ; juridique et financier.*

646. Le critère juridique se manifeste matériellement par la forme écrite du contrat. Quant au critère financier, il reste bien évidemment étroitement lié au caractère onéreux du contrat.

Commençons d'abord par le critère juridique. Il relève d'une évidence abstraite que pour qu'il y ait marché public, il faut qu'il y ait une relation juridique entre le service contractant et l'opérateur économique basé sur un contrat écrit, c'est-à-dire un contrat rédigé sur un support quelconque. Les marchés publics ne peuvent donc être des contrats verbaux<sup>318</sup>.

647. La forme écrite du marché public trouve l'origine de son obligation concomitamment dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et dans la législation Algérienne des marchés publics.

648. L'exigence de la forme écrite du contrat est évoquée et ressassée dans la loi type de la CNUDCI, et elle est valable pour toutes les étapes de la passation des marchés publics. La forme écrite est d'abord mise en évidence par les articles 7.1 et 7.3<sup>319</sup>, qui disposent, respectivement, ce qui suit :

---

<sup>318</sup> *Ibid.* P 27.

<sup>319</sup> Article 7 intitulé "*Communications dans la passation des marchés*".

*« Les documents, notifications, décisions ou toutes autres informations générées au cours d'une passation de marché soient communiqués et présentés sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement ».*

*" Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice spécifie:.... d) Les moyens à utiliser pour satisfaire à toutes les dispositions de la présente Loi exigeant la présentation des informations sous forme écrite ou une signature;....."*

649. La forme écrite est également exigée dans le cadre de l'acceptation de la soumission retenue et l'entrée en vigueur du marché, par le biais de l'article 22.8 qui dispose que :

*"Si le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée ne signe pas de contrat écrit comme il a le doit, ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché, l'entité adjudicatrice peut soit abandonner la passation de marché soit décider de sélectionner, parmi les soumissions restant valables, la soumission à retenir suivante conformément aux critères et procédures énoncés dans la présente Loi et dans le dossier de sollicitation. Dans le dernier cas, les dispositions du présent article s'appliquent mutatis mutandis à cette soumission.*

650. L'article 40.2 confirme par ailleurs que la forme écrite est incontournable dans les marchés en disposant que les offres doivent être présentées par écrit. Cependant, cette exigence ne semble pas revêtir un caractère absolu dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics dans la mesure où certaines dispositions semblent lui donner un caractère facultatif. Ceci est d'autant plus vrai que certaines dispositions de la loi type prêtent à croire que la décision de signer un contrat écrit est laissée à l'appréciation des parties contractantes. C'est du moins ce que l'on peut déduire de l'article 22.5, qui dispose :

*" À moins qu'un contrat écrit ou l'approbation d'une autre autorité ne soient exigés, un marché conforme aux conditions de la soumission retenue entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation a été expédié au fournisseur ou à*

*l'entrepreneur concerné, à condition qu'il soit expédié pendant la durée de validité de la soumission".*

651. Plusieurs autres dispositions sont venues confortées ce caractère facultatif et rétrécir par conséquent l'aspect obligatoire de la forme écrite du marché public. L'on peut évoquer notamment les articles 22.6 et 39 qui disposent respectivement, ce qui suit :

*"Lorsque le dossier de sollicitation exige que le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée signe un contrat écrit conforme aux conditions de ladite soumission..."*

*"Le dossier de sollicitation comporte les renseignements suivants:.... w) Les formalités qui devront être accomplies, une fois acceptée l'offre à retenir, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un contrat écrit en application de l'article 22 de la présente Loi..."*

652. Si l'on se réfère aux expressions : "à moins qu'un contrat écrit ou ... ne soient pas exigés" ; " Lorsque le dossier de sollicitation exige que le fournisseur ou l'entrepreneur ... signe un contrat" ou " le cas échéant, la signature d'un contrat écrit", on ne peut que se rendre à l'évidence que l'obligation de la forme écrite n'est pas aussi impérative que l'on croit, ou du moins pas aussi incontournable que cela semble être compréhensible des dispositions traitées *supra*.

653. La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a donc adopté une position peu ou prou mitigée sur la forme écrite dans les marchés publics, tantôt en plaidant son obligatorité absolue, tantôt en y introduisant des exceptions. Tel n'est pas le cas de la réglementation algérienne des marchés publics qui n'est pas allée par mille chemins pour faire valoir son intransigeance sur la forme écrite du contrat. En effet, la réglementation algérienne des marchés publics comprend plusieurs dispositions suggérant directement ou indirectement la forme écrite des marchés publics, au point d'en faire obligation de la recevabilité d'un marché public.

Cette intransigeance est d'ailleurs corroborée par les dispositions de l'article 2 de la réglementation des marchés publics qui définit les marchés publics comme étant « *des contrats écrits* ».

654. Cette divergence de taille, entre les deux textes, plaide naturellement que l'exigence de la forme écrite du contrat dans la réglementation algérienne n'est pas l'apanage de la loi type de la CNUDCI. Ceci est d'autant plus vrai que les réglementations algériennes antérieures à la parution de la première loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics prévoyaient déjà l'obligation de la forme écrite des contrats.

S'agissant du critère financier qui, faudrait-il le rappeler, est lié au caractère "onéreux" du contrat, il va sans dire que c'est un élément central d'identification d'un marché public, notamment pour le distinguer de la délégation de service public, dont la rémunération est fondée substantiellement sur l'exploitation du service public<sup>320</sup>.

655. Aussi surprenant que cela puisse paraître, ce critère financier (onéreux) fait son apparition, d'une manière explicite, dans la réglementation algérienne des marchés publics en 2015, à la faveur de la parution du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics qui dispose dans son article 2, ce qui suit :

*« Les marchés publics sont des contrats écrits au sens de la législation en vigueur, passés à titre onéreux avec des opérateurs économiques, ... ».*

656. Nonobstant le fait que le critère financier paraît incontournable pour l'identification des marchés publics, aucun des codes des marchés publics précédents n'a évoqué expressément le critère onéreux d'une manière aussi limpide. Hormis les quelques évocations disparates de prix, notamment sur la question du choix de l'offre la moins-disante, les réglementations des marchés publics

---

<sup>320</sup> BOULIFA Brahim, *op. cit.* P 28.

précédentes n'ont jamais jugé utile d'intégrer l'aspect financier comme l'un des critères d'identification des marchés, à la différence du décret présidentiel de 2015 qui l'a intégré au sein même de la définition du marché public.

657. A ce titre, l'exposé des motifs de la nouvelle réglementation des marchés publics précise qu'il est nécessaire que la notion de marché public soit précisée et encadrée, pour permettre de mieux qualifier les marchés et de les distinguer des autres contrats publics. A cet égard, il fallait bien préciser que les marchés publics sont conclus à titre onéreux avec les opérateurs économiques.

658. L'on peut déduire, à la lumière des explications portées dans l'exposé des motifs, que l'introduction du critère financier pour l'identification du marché public est dictée principalement par la nécessité de le distinguer de la délégation de service public dans la mesure où sont les modalités de rémunération qui différencient les deux contrats. Cependant, force est d'admettre que la reconnaissance, somme toute nécessaire, de ce critère financier répond à une autre exigence ; à savoir la mise en conformité avec les standards internationaux, notamment la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

659. Pour consacrer ce critère, le législateur algérien s'est, sans aucun doute, inspiré de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, laquelle comprend plusieurs dispositions mettant en exergue, directement ou indirectement, le critère financier dans le marché public.

A cet égard, on peut s'intéresser à l'article 11.2 qui cite, parmi les critères d'évaluation liés à l'objet du marché, le prix et le coût de l'utilisation ainsi que les conditions de paiement et les conditions de garantie relatives à l'objet du marché. Mieux encore, la loi type de la CNUDCI a souhaité encadrer également la question de la valeur du marché en disposant que :

*"Lorsqu'elle estime la valeur d'un marché, l'entité adjudicatrice inclut la valeur totale maximale estimée du marché ou de l'ensemble des marchés envisagés au titre*

*d'un accord-cadre sur toute sa durée, en tenant compte de toutes les formes de rémunération".*

660. En somme, s'il est admis que le critère juridique est consacré par les différentes réglementations des marchés publics qui ont précédé la parution de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, ce qui écarte par conséquent toute possibilité d'influence, tel n'est pas le cas du critère financier dont la consécration récente comme l'un des éléments clés d'identification de marchés corrobore l'influence factuelle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sur la réglementation algérienne des marchés publics.

661. Après avoir mesuré le degré d'influence de la loi type de la CNUDCI en matière des critères cités ci-dessus, il conviendrait d'étudier son étendue sur les critères organique et matériel.

#### ***B. Les critères ; organique et le critère matériel.***

662. Tout d'abord, il est nécessaire de faire la distinction entre le critère organique qui s'identifie aux parties contractantes et le critère matériel qui s'attèle à l'objet du marché public.

663. Dans le domaine des marchés publics, le critère organique peut être identifié en référence au service contractant ou bien aux opérateurs économiques. En ce qui concerne le service contractant, il y a lieu de préciser d'emblée que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics préfère utiliser le vocable "entité adjudicatrice" à la place du qualificatif "service contractant" que l'on utilise régulièrement dans la réglementation algérienne des marchés publics.

664. Au sens de la loi type de la CNUDCI, l'entité adjudicatrice désigne tout ministère, organisme, organe ou autre service public (ou de gouvernement), toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés. Cette loi type laisse néanmoins la porte ouverte à l'État adoptant afin d'y ajouter, si nécessaire, d'autres

entités ou entreprises, ou catégories d'entités ou d'entreprises. Force est de constater que cette définition se rapproche considérablement de l'acception donnée, par la réglementation algérienne, au "service contractant" qu'elle désigne par :

- ✓ L'État (les institutions nationales, les ministères, les services déconcentrés... etc.) ;
- ✓ Les collectivités territoriales (wilaya et commune) ;
- ✓ Les établissements publics (les établissements publics à caractère administratif et les établissements publics soumis à la législation régissant les activités commerciales lorsqu'ils agissent pour le compte de l'Etat ou des collectivités territoriales.

665. Il importe, par ailleurs, de mettre en exergue la convergence de la loi type de la CNUDCI et la réglementation algérienne des marchés publics sur le fait que le "service contractant", donneur d'ordre d'un marché public, ne puisse être qu'une personne morale publique.

666. Les opérateurs économiques, étant l'autre élément qui compose le critère organique, ils sont désignés, dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, par le terme "fournisseur ou entrepreneur", qui se définit comme :

*"Toute personne susceptible de participer à une procédure de passation de marché avec l'entité adjudicatrice ou y participant effectivement".*

667. Au risque de s'inscrire aux antipodes de la loi type de la CNUDCI, la réglementation algérienne des marchés publics s'est abstenue de donner une acception claire de l'opérateur économique. Néanmoins, à force de disséquer les dispositions du code des marchés publics, il devient aisé de se rapprocher d'un simulacre de définition, même si elle est tacitement exprimée. En effet, une analyse liminaire de la réglementation algérienne suffit pour déduire que l'opérateur

économique désigne particulièrement *"toute personne privée ou publique, physique ou morale ou entité publique exerçant une activité de production, de distribution ou de service, avec laquelle la passation d'un contrat est susceptible d'être qualifiée de marché public"*.

Il peut s'agir donc d'un entrepreneur, d'un fournisseur ou d'un prestataire de service et peut participer aux procédures de passation d'un marché public dont il assurera l'exécution s'il lui est attribué<sup>321</sup>.

668. Contrairement à la loi type de la CNUDCI qui désigne l'opérateur économique par l'un des deux qualificatifs : "fournisseur" ou "entrepreneur" ; le législateur algérien a fait le choix de prévoir plusieurs dénominations qui varient en fonction de l'avancement des étapes de la passation du marché public :

- ✓ "Candidat" : Désigne l'opérateur économique qui a exprimé le désir de participer à la mise en concurrence ou ayant reçu le dossier de consultation des entreprises (D.C.E.) ;
- ✓ "Soumissionnaire" : Désigne l'opérateur économique qui a présenté une offre ;
- ✓ "L'entreprise retenue" (ou "lauréat") : Désigne le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- ✓ "L'attributaire" : Désigne l'entreprise retenue lorsque le service contractant prend la décision de conclure le marché avec elle ;

---

<sup>321</sup> *Ibid.* P 28

- ✓ "Le Titulaire" : Désigne l'attributaire lorsqu'il reçoit la notification du marché en vue de son exécution.

669. Malgré qu'il soit intégré, à chaque fois, avec des composantes différentes, le critère organique fait partie des constantes figurant dans tous les codes des marchés publics que l'Algérie ait connu jusqu'ici. Ceci-dit, ce critère est connu de la configuration de la réglementation des marchés publics avant même la parution de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, ce qui ne manque pas de prouver que ce critère n'est pas l'aboutissement d'une quelconque influence de cette dernière sur la réglementation algérienne des marchés publics.

670. S'agissant du critère matériel, nul n'ignore qu'il est inhérent à l'objet du marché, lequel constitue en lui-même un critère d'identification. Pour être un marché public, le contrat doit exclusivement tendre à la satisfaction des besoins du service contractant en matière de travaux, fournitures, prestations et études<sup>322</sup>.

671. Force est de constater que loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ne s'est pas trop étalée sur l'objet du marché public et n'a même pas trouvé nécessaire d'y donner une définition claire. Cette carence est néanmoins comblée par les autres documents publiés par la CNUDCI en vue de servir de complément à cette loi type, notamment le "Glossaire des termes liés à la passation des marchés utilisés dans la Loi type de la CNUDCI de 2011 sur la passation des marchés

---

<sup>322</sup> *Ibid.* P 29.

publics<sup>323</sup>, et le "Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics"<sup>324</sup>.

672. En effet, ledit Glossaire des termes liés à la passation des marchés utilisés dans la Loi type de la CNUDCI de 2011 a défini, dans son article 14, la composante d'une soumission qui se résume notamment aux éléments suivants :

- ✓ Prix : le coût de l'objet de marché, qui peut aussi comprendre des frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes. Si ce n'est pas le cas, ces éléments peuvent être considérés comme des éléments constitutifs distincts de la soumission ;
- ✓ Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services, les caractéristiques de l'objet du marché, telles que les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux et les caractéristiques environnementales de l'objet, et les conditions de paiement et la garantie concernant l'objet du marché ;
- ✓ Tous autres éléments de la soumission examinés ou évalués conformément aux critères et procédures énoncés par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation.

---

<sup>323</sup> ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, DOCUMENTS OFFICIELS, SOIXANTE-SIXIÈME SESSION *et al.*, « A/66/17 - F - A/66/17 Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international Quarante-quatrième session (27 juin-8 juillet 2011) », [consulté le 7 février 2020].

<sup>324</sup> La CNUDCI) a établi le présent Guide pour l'incorporation dans le droit interne de sa Loi type de 2011 sur la passation des marchés publics (la Loi type) afin de fournir des informations et des explications sur les considérations de politique générale qui ont présidé à l'élaboration de la Loi type.

673. Ce document de référence n'a pas manqué ensuite de donner, dans son article 82, une acception plus expresse de l'objet du marché, en le définissant comme :

*" Besoins-biens, travaux, services ou combinaison de ces éléments que l'entité adjudicatrice acquiert lors d'une passation de marché- décrits par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 10 de la Loi type".*

674. S'agissant du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, il souligne qu'il est important de décrire l'objet du marché de manière claire, précise, complète et objective dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Une description ainsi faite encourage les fournisseurs et entrepreneurs à participer à la procédure de passation de marchés. Elle leur permet de prévoir les risques et les coûts de leur participation à la procédure et de l'exécution du marché ou de l'accord-cadre, et donc de proposer les prix et conditions les plus avantageux, répondant le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice. De plus, une description bien préparée de l'objet du marché permet d'évaluer et de comparer les offres sur une même base, ce qui est une des conditions fondamentales de la méthode de l'appel d'offres. Elle favorise également la transparence et réduit les risques d'actes ou de décisions erronés, arbitraires ou abusifs de la part de l'entité adjudicatrice.

675. En outre, l'application de la règle imposant à ce que la description de l'objet du marché doit être formulée de manière à ne favoriser aucun fournisseur ou entrepreneur augmentera la probabilité qu'un plus grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs puisse répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, ce qui facilitera l'utilisation d'une méthode de passation des marchés aussi concurrentielle que les circonstances le permettent (et aidera en particulier à limiter l'utilisation abusive de la sollicitation d'une source unique)<sup>325</sup>.

---

<sup>325</sup> « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». P 89.

676. Le guide d’incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI, énonce l’obligation procédurale de fournir une description de l’objet du marché dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Il permet au demeurant que l’objet du marché soit décrit en termes généraux dans le dossier de préqualification ou de présélection, tandis qu’il exige que le dossier de sollicitation en contienne la description détaillée. S’il n’est pas possible de fournir une description détaillée au début de la procédure de passation, comme dans le cas d’une procédure de demande de propositions avec dialogue dont l’utilisation est subordonnée à l’impossibilité de formuler une description “détaillée” de l’objet du marché, les exigences minimales doivent figurer dans le dossier de sollicitation dans la description de l’objet du marché<sup>326</sup>.

677. Pour conforter les principes de la liberté d’accès à la commande publique et l’égalité de traitement des candidats, ledit Guide d’incorporation interdit formellement à ce qu’une description de l’objet du marché puisse restreindre la participation ou l’accès à la procédure de passation de marchés, à moins que des mesures produisant un tel effet ne soient expressément autorisées par la législation de l’État adoptant. Ce guide dispose au demeurant que la description doit être objective, fonctionnelle et générique dans la mesure où cela est possible, et laisse à l’entité adjudicatrice la souplesse d’énoncer les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance nécessaires en fonction des circonstances. Ces caractéristiques peuvent notamment être utiles pour la protection de l’environnement ou d’autres politiques socioéconomiques de l’État adoptant<sup>327</sup>.

678. Force est de constater que, sinon toutes, plusieurs de ces recommandations sont scrupuleusement prises en considération et intégrées, par le législateur algérien,

---

<sup>326</sup> *Ibid.* P 90.

<sup>327</sup> *Ibid.* P 90.

dans les codes de marchés publics publiés après la parution de la première loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics en 1994. En effet, si les anciennes réglementations, jusqu'à celle publiée en 2010, se limitaient à l'énumération des différentes formes de l'objet du marchés (acquisition de fournitures, réalisation de travaux, prestation de services et réalisation des études), avec une description succinctes des marchés ayant objet de l'acquisition de fournitures, ce n'est nullement pas le cas des réglementations publiées sous l'empire de la loi type de la CNUDCI, lesquelles donnent une description détaillées de l'objet du marché public, tel qu'il est recommandé à juste titre par cette dernière.

L'article 29 du décret présidentiel n°15-247, portant réglementation des marchés publics et délégations de service public corrobore cette transposition presque parfaite des recommandations de la CNUDCI dans la réglementation algérienne, en précisant les opérations sur lesquelles les marchés publics peuvent porter tout en prenant le soin de donner une description de chacune desdites opérations. Il dispose de ce qui suit :

*"Les marchés publics portent sur une ou plusieurs des opérations suivantes :*

- *la réalisation de travaux ;*
- *l'acquisition de fournitures ;*
- *la réalisation d'études ;*
- *la prestation de services.*

*Dans le cas où le marché public porte sur plusieurs des opérations précitées, le service contractant passe un marché global, conformément aux dispositions de l'article 35 ci-après.*

*Le marché public de travaux a pour objet la réalisation d'un ouvrage ou des travaux de bâtiment ou de génie civil, par un entrepreneur, dans le respect des besoins déterminés par le service contractant, maître de l'ouvrage. Un ouvrage est un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil dont le résultat remplit une fonction économique ou technique.*

*Le marché public de travaux englobe la construction, la rénovation, l'entretien, la réhabilitation, l'aménagement, la restauration, la réparation, le confortement ou la démolition d'un ouvrage ou partie d'ouvrage, y compris les équipements associés nécessaires à leur exploitation.*

*Si des prestations de services sont prévues un marché public et que son objet principal porte sur la réalisation de travaux, le marché est de travaux.*

*Le marché public de fournitures a pour objet l'acquisition, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, par le service contractant, de matériels ou de produits, quel que soit leur forme, destinés à satisfaire les besoins liés à son activité, auprès d'un fournisseur. Si la location est accompagnée d'une prestation de service, le marché public est de services.*

*Si des travaux de pose et d'installation de fournitures sont intégrés au marché public et leurs montants sont inférieurs à la valeur de celles-ci, le marché public est de fournitures.*

*Si le marché public a pour objet des services et des fournitures et que la valeur des fournitures dépasse celle des services, le marché public est de fournitures.*

*Le marché public de fournitures peut porter sur des biens d'équipements ou d'installations complètes de production d'occasion dont la durée de fonctionnement est garantie ou renouvelée sous garantie. Les modalités d'application des dispositions du présent alinéa sont précisées, en tant que de besoin, par arrêté du ministre chargé des finances.*

*Le marché public d'études a pour objet de réaliser des prestations intellectuelles.*

*A l'occasion d'un marché public de travaux, le marché public d'études recouvre notamment les missions de contrôle technique ou géotechnique, de maîtrise d'œuvre et d'assistance au maître de l'ouvrage.*

*Le marché public de maîtrise d'œuvre, dans le cadre de la réalisation d'un ouvrage, d'un projet urbain ou paysager, comporte l'exécution notamment des missions suivantes :*

- *les études préliminaires, de diagnostic ou d'esquisse ;*
- *les études d'avant-projets sommaire et détaillé ;*
- *les études de projet ;*
- *les études d'exécution ou, lorsque c'est l'entrepreneur qui les effectue, leur visa ;*
- *l'assistance du maître d'ouvrage dans la passation, la direction de l'exécution du marché de travaux, l'ordonnancement, la coordination et le pilotage du chantier, et la réception des travaux.*

*Le marché public de services, conclu avec un prestataire de services, a pour objet de réaliser des prestations de services. C'est un marché public autre que le marché de travaux, de fournitures ou d'études".*

A la lumière de ce qui précède, on ne peut qu'admettre qu'il est substantiellement prouvé que le législateur algérien s'est inspiré de la loi type de la CNUDCI pour importer ou conforter certains critères d'identification du marché public (critère financier et critère matériel). Cependant, il n'est pas permis de la considérer comme la source exclusive dans l'espèce, surtout si l'on sait que la réglementation algérienne des marchés publics ne s'y a pas inspiré en matière des critères juridique et organique, par exemple.

679. L'influence de la loi type de la CNUDCI en matière des principes fondamentaux de la commande publics étant mesurée, il conviendrait, à présent, de jauger son influence en matière des procédures de passation de marchés (Section 2).

### 3.1.1.2 Section 2 : En matière de passation des marchés publics.

680. La passation des marchés publics désigne les procédures menant à la concrétisation d'un marché et fait référence au processus d'acquisition de biens, travaux et services résultant de l'attribution de contrats en vertu de règles et procédures bien définies par les dispositions réglementaires en vigueur.

681. La passation d'un marché public s'effectue selon plusieurs étapes successives. La mise en œuvre de ces étapes permettra à l'établissement de répondre à ses besoins en retenant à l'issue de la procédure de passation l'offre économiquement la plus avantageuse.

682. Chaque étape est essentielle ; en effet, l'erreur commise concernant l'une d'elles peut se répercuter sur l'ensemble de la procédure et l'entacher d'illégalité. Si leur nombre varie en fonction du type de procédure appliqué, on dénombre traditionnellement huit grandes étapes que l'on retrouve dans la quasi-totalité des procédures de passation des marchés publics. Ces étapes se dégagent au fur et à mesure que l'on traite les problématiques suivantes avec une logique chronologique:

- ✓ Comment recenser et définir les besoins ?
- ✓ Quel mode de dévolution choisir ?
- ✓ Comment évaluer le montant du marché ?
- ✓ Quelle procédure retenir ?
- ✓ Quand publier l'avis d'appel public à la concurrence ?

- ✓ Quelles sont les règles de rédaction du dossier de consultation ?
- ✓ Comment sélectionner les candidatures et les offres pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse ?
- ✓ Une fois l'attributaire du marché décidé, quelles informations communiquer ?

683. Parmi ces étapes on doit distinguer les procédures préalables à la passation des marchés publics (Sous-Section 1), des étapes entrant directement dans le processus de passation des marchés publics (Sous-Section 2). De ce fait, nous allons donc mesurer l'impact de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sur la réglementation algérienne des marchés publics, sous le prisme de cette distinction.

#### ***3.1.1.2.1 Sous-Section 1 : Les étapes préalables à la passation des marchés publics.***

684. Préalablement à la passation des marchés publics, il y a beaucoup de procédures qui nécessitent d'être observées et méritent bien d'être définies. Ces étapes peuvent être scindées en deux catégories majeures : Les modes de réalisation des marchés publics (A) et, les modes de dévolution des marchés publics (B).

#### ***A. Les modes de réalisation des marchés publics.***

685. Un simple exercice comparatif suffit pour déduire que la réglementation algérienne des marchés publics se rapproche, et s'identifie, copieusement à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, et ce dans tous les aspects de la réalisation du marché public au sens classique du terme. Ce constat est à juste titre corroboré par la définition presque identique avec laquelle les deux textes ont identifié le "marché public".

686. Dans le cadre de la loi type de la CNUDCI, le marché public, désigné par le vocable "marché", renvoie à un ou plusieurs contrats conclus entre l'entité adjudicatrice et un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs à l'issue de la procédure de passation de marché. Force est de constater que le sens et l'esprit de cette définition se trouvent intégralement repris dans l'acception adoptée par la réglementation algérienne :

*"Les marchés publics sont des contrats écrits au sens de la législation en vigueur, passés à titre onéreux avec des opérateurs économiques, dans les conditions prévues dans le présent décret, pour répondre à des besoins du service contractant, en matière de travaux, de fournitures, de services et d'études".*

687. Au-delà de la définition, les deux textes comportent des modes de réalisation spécifiques et dérogatoires qui, tantôt se convergent sur certains modes et, tantôt se divergent sur d'autres.

En effet, la réglementation algérienne des marchés publics, en sus des trois modes de réalisation classiques ("marché global", "Contrat-programme" et "marchés à commandes"), prévoit un nouveau mode jusqu'ici jamais cité dans les différents codes des marchés publics algérien, à savoir : "L'enchère électronique inversée", prévu dans l'article 206 du décret présidentiel n° 12-247, portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics. Il va sans dire que la majorité de ces modes sont communs à la réglementation algérienne des marchés publics et la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

688. Les modes de réalisation des marchés publics prévus dans la réglementation algérienne des marchés publics se convergent d'une forte manière avec ceux préconisés par la Loi type de la CNUDCI, et cette jonction se manifeste plus en évidence en ce qui concerne "l'enchère électronique inversée" et "l'accord-cadre", même si ce dernier (mode) est identifié dans la législation algérienne sous une autre dénomination : Le "contrat-programme".

689. À quelques détails près, les deux modes en question présentent des similitudes déconcertantes dans les deux textes.

✓ **En ce qui concerne le mode : "enchère électronique inversée":**

690. De toutes les dispositions de la nouvelle réglementation des marchés publics, l'article 206 mérite une attention particulière dans la mesure où il prévoit un mode inédit de réalisation de marché public (l'enchère électronique inversée) à même de révolutionner les pratiques de la passation de marchés publics en Algérie. Ledit article dispose ce qui suit :

*" Le service contractant peut recourir, dans le cas de l'acquisition de fournitures et des prestations de services courants, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse : ... à la procédure des enchères électroniques inversées, en permettant aux soumissionnaires de réviser leur prix à la baisse ou d'autres éléments quantifiables de leur offre,..."*

691. "L'enchère électronique inversée" désigne, au sens de la loi type de la CNUDCI, une technique d'achat en ligne et en temps réel que l'entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir et dans laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs présentent au cours d'une période déterminée des offres de plus en plus basses faisant l'objet d'une évaluation automatique.

692. Il paraît évident que ce nouveau mode de réalisation de marchés publics est introduit dans la réglementation algérienne des marchés publics sous l'emprise de l'influence exercée par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. À travers cette transposition, la réglementation algérienne des marchés publics a fait un pas gigantesque vers la modernisation de ses pratiques.

693. Cependant, pour rester fidèle à sa réputation de piètre transpositeur des lois importées des systèmes juridiques exogènes, le législateur algérien a transposé ce concept de l'enchère électronique inversée sans daigner apporter la moindre clarification sur ses mécanismes, ni les modalités de son application. Si l'on se réfère à l'article qui l'a créée, les modalités d'application de cette nouvelle

disposition devraient être précisées par arrêté du ministre chargé des finances, sauf que, malheureusement, cet arrêté n'a jamais vu le jour après plus de cinq ans depuis la parution du décret présidentiel ayant prévu cette pratique innovante.

694. La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, à l'opposé de la réglementation algérienne, accorde un intérêt particulier à cette procédure qu'elle a détaillé en long et en large, et ce, afin de faciliter son intégration par les États adoptants. Ceci facilitera nécessairement la transposition desdites dispositions dans la réglementation algérienne des marchés publics dans le cas où le législateur déciderait éventuellement de les intégrer, intégralement ou en partie, dans le cadre de l'arrêté ministériel tant attendu.

✓ **En e qui concerne le mode "Contrat programme/ accord-cadre" :**

695. Tel qu'il a été précédemment souligné, le "contrat-programme" est assimilé, à bien des égards, à "l'accord-cadre" prévu dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. En vertu de l'article 2 de cette loi type "l'accord-cadre" est défini comme étant :

*"Un accord conclu entre l'entité adjudicatrice et le ou les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés à l'issue de la première étape de la procédure d'accord-cadre".*

696. Le recours à procédure de "l'accord-cadre" est strictement encadré par la loi type en disposant notamment que l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de « l'accord-cadre » lorsqu'elle estime que, soit :

- ✓ L'objet du marché devrait être nécessaire de manière indéterminée ou répétée au cours d'une période donnée ; ou bien,
- ✓ L'objet du marché peut, de par sa nature, être nécessaire de façon urgente au cours d'une période donnée.

De plus, l'entité adjudicatrice a l'obligation d'indiquer, dans le procès-verbal, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à une procédure d'accord-cadre et le type d'accord-cadre choisi.

697. Ce dispositif, mis en place par la CNUDCI en vue d'encadrer la procédure de "l'accord-cadre", se rapproche considérablement des mécanismes adoptés par le législateur algérien en vue d'encadrer le mode de réalisation de marchés appelé : "contrat-programme" ; lequel est défini, en vertu de l'article 33 du décret présidentiel n° 15-247, comme suit :

*"Le contrat-programme revêt la forme d'une convention annuelle ou pluriannuelle de référence, qui peut chevaucher sur deux ou plusieurs exercices budgétaires, dont l'exécution se réalise à travers des marchés d'application".*

698. Il y a lieu de préciser, par ailleurs, que cette similitude des deux procédures ne suffit pas pour invoquer l'influence de la loi type de la CNUDCI pour l'introduction de la procédure "contrat-programme" dans la réglementation algérien. Cette influence est d'autant plus contestable que ce type de marchés fut introduit, dans la réglementation algérienne, par le truchement du décret exécutif n° 91-434 du 9 novembre 1991 portant réglementation des marchés publics<sup>328</sup>, alors que la première loi Type de la CNUDCI ayant trait aux marchés publics fut adoptée en 1994. De plus, la loi type de la CNUDCI de 1994 n'a nullement prévu ce mode de réalisation de marchés.

699. Cette observation liminaire réfutant l'existence substantielle de la moindre influence entre les deux textes ne devrait pas nous empêcher de nous intéresser aux points convergents des deux modes de réalisation prévus, aussi bien dans la loi type de la CNUCI que dans la réglementation algérienne. Bien évidemment, ces convergences plaideraient en faveur de la thèse soutenant que les deux textes

---

<sup>328</sup> JORADP n° 57 du 13 novembre 1991.

traitent finalement du même mode de réalisation de marchés, quand bien même il serait présenté sous des dénominations différentes.

700. Intéressons-nous tout d'abord à la forme des deux modes de réalisation. Qu'il s'agisse du "contrat-programme" ou de "l'accord-cadre", ils doivent tous les deux revêtir de la forme d'une "convention".

Dans les deux cas, il est question d'une convention, et non d'un marché public, conclue entre les parties contractantes dont l'objet est de définir les conditions et les termes qui devraient régir les marchés à passer ultérieurement. Autrement dit, tout comme "l'accord-cadre", le "contrat-programme" n'est pas un marché public mais constitue une étape préalable pouvant aboutir à la conclusion d'un ou plusieurs marchés publics ultérieurs<sup>329</sup>.

701. S'agissant des règles régissant les deux modes de réalisation de marchés, force est de constater que, à l'instar de ce qui est prévu par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pour la procédure de "l'accord-cadre", les "contrats-programmes" doivent obéir à des règles strictement définies par le code des marchés publics algérien<sup>330</sup>, notamment :

- ✓ La passation d'un "contrat-programme" doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures) ;
- ✓ Les procédures de passation des "contrats-programmes" doivent être les mêmes que celles des marchés publics (élaboration du cahier des charges

---

<sup>329</sup> BOULIFA Brahim, *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*, Berti Editions, 2016. P 56.

<sup>330</sup> *Ibid.* P 56.

de l'appel à la concurrence, publicité, ouverture des plis, évaluation des offres, publication de l'avis d'attribution provisoire, au contrôle externe a priori des marchés publics, exercé par les commissions des marchés, etc.) ;

- ✓ La convention annuelle ou pluriannuelle définit la nature et l'importance des prestations à réaliser, la localisation, le montant du contrat-programme et l'échéancier de réalisation ;
- ✓ La conclusion des marchés d'application (marchés ultérieurs) intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par le contrat-programme ;
- ✓ Lorsque des conditions techniques, économiques et/ou financières nécessitent la planification des besoins à satisfaire du service contractant en fonction de la survenance d'un besoin ou en fonction d'un échéancier préétabli, le service contractant peut attribuer un contrat-programme à plusieurs opérateurs économiques, à mettre en concurrence : dans ce cas, les modalités de mise en œuvre de cette disposition doivent être prévues dans le cahier des charges de l'appel à la concurrence.

702. Les dispositions du Décret présidentiel n°15-247 exigent, par ailleurs, que l'exécution des "contrats-programmes", dont la durée ne peut en aucun cas dépasser cinq (5) ans, soit réalisée à travers des marchés d'application, lesquels sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans la convention. Ceci-dit, la passation d'un "contrat-programme" se déroule en deux étapes, exactement comme la procédure de "l'accord-cadre" que l'on désigne comme une passation de marché qui se déroule en deux étapes : la première étant la sélection du ou des fournisseurs ou entrepreneurs qui seront parties à un "accord-cadre" avec une entité adjudicatrice, la deuxième étant l'attribution d'un marché au titre de "l'accord-cadre" à un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord.

703. Toutes ces convergences nous confortent dans notre conviction que "l'accord-cadre" et le "contrat-programme" présentent le même mode de réalisation de marchés publics, bien qu'ils soient identifiés sous dénominations différentes dans la loi type de la CNUDCI et la réglementation algérienne.

704. Il importe néanmoins d'évoquer une divergence de taille entre les deux textes, attelant au fait que la réglementation algérienne ne prévoit qu'un seul type de "contrat-programme", alors que la loi type de la CNUDCI fait référence à plusieurs types "d'accords-cadres" :

- ✓ "Accord-cadre fermé" : Il désigne un "accord-cadre" ne permettant pas à un fournisseur ou entrepreneur de se joindre ultérieurement aux parties initiales ;
- ✓ "Accord-cadre ouvert" : Il désigne un "accord-cadre" permettant à un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs de se joindre ultérieurement aux parties initiales ;
- ✓ "Procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape" : Elle désigne une procédure "d'accord-cadre" ouvert ou une procédure "d'accord-cadre" fermé avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs dans laquelle certaines conditions de la passation de marché qui ne peuvent être établies de façon suffisamment précise lors de la conclusion de l'accord doivent être établies ou précisées par une mise en concurrence lors d'une deuxième étape ;
- ✓ "Procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape" : Elle désigne une procédure "d'accord-cadre" fermé dans laquelle toutes les conditions de la passation de marché sont établies lors de la conclusion de l'accord.

705. Au demeurant, il importe de souligner que le législateur algérien ne s'est nullement montré enthousiaste à emboîter le pas de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sur le fait de prévoir plusieurs formes de "contrats-programmes".
706. Les modes de réalisation des marchés publics communs aux deux textes étant passés en revue, il conviendrait à présent de mettre en exergue l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la réglementation algérienne en matière des modes de dévolution des marchés publics.

### ***B. Les modes de dévolution des marchés publics.***

707. Si l'on doit analyser le traitement réservé, aux modes de dévolution dans les marchés publics, par la loi type de la CNUDCI et réglementation algérienne, on peut aisément déduire que lesdits modes sont mieux identifiés par cette dernière que par le standard de la CNUDCI. Ceci est d'autant plus vrai que le législateur algérien a mis en exergue d'une manière aussi limpide qu'explicite les trois modes de dévolution qu'il a introduit dans la nouvelle réglementation des marchés publics. Tel n'est certainement pas le cas de la loi type de la CNUDCI qui a opté plutôt pour une distinction tacite.
708. En effet, si ce n'est l'analyse décantée des dispositions de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics on ne serait jamais en mesure de déduire que cette dernière comporte finalement deux modes de dévolution, lesquels ressortent de l'usage de la forme plurielle pour désigner les "fournisseurs" et "entrepreneurs" dans le cadre de la définition du terme "marché", laquelle forme qui renvoie nécessairement à l'existence de deux formes de marchés : les « marchés allotis » et les « marchés uniques ». Il va sans dire que ces deux modes de dévolution ont été consacrés, par le législateur algérien, dans la nouvelle mouture de la réglementation des marchés publics.

709. La typologie adoptée par les deux textes dans le but de distinguer les modes de dévolution des marchés publics corrobore l'hypothèse que l'introduction desdits modes dans la réglementation algérienne est l'apanage d'une influence factuelle de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. En effet, cette dernière dispose, dans son article 2, ce qui suit :

*"Le terme "marché" désigne un ou plusieurs contrats conclus entre l'entité adjudicatrice et un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs à l'issue de la procédure de passation de marché".*

710. L'expression "un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs" signifie que le marché peut se présenter sous deux modes de dévolution différents : « Marché unique » ou « marché alloti ».

711. En dehors de la différence infime en matière de la terminologie utilisée, on ne peut s'empêcher de remarquer qu'en ce qui concerne les modes de dévolution de marchés, le législateur algérien a repris intégralement la même typologie adoptée par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, tel qu'il ressort de l'article 31 du décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics qui dispose que :

*"La satisfaction des besoins du service contractant peut s'effectuer sous forme de lot unique ou de lots séparés".*

712. S'agissant de l'autre mode de dévolution, à savoir le « marché unique », il y a lieu de souligner qu'il est attribué, aux termes de la réglementation algérienne des marchés publics, à un partenaire cocontractant dans les conditions portées par l'article 37, lequel dispose que :

*"Le partenaire cocontractant peut-être une ou plusieurs personne(s) physique(s) ou morale(s) s'engageant au titre du marché soit individuellement, soit dans le cadre d'un groupement momentané d'entreprises, tel que défini à l'article 81 ci-dessous".*

713. Le marché unique est donc un mode de dévolution où les prestations font l'objet d'un lot unique attribué à un partenaire cocontractant. Le partenaire cocontractant peut être<sup>331</sup>:

- ✓ Soit, un opérateur économique s'engageant individuellement pour la totalité du marché public : C'est le marché à l'entreprise générale ;
- ✓ Soit, un ensemble d'opérateurs économiques soumissionnant en commun à un marché public : c'est le groupement momentané d'entreprises.

714. Le marché à l'entreprise générale est une modalité d'exécution d'un contrat par laquelle l'entrepreneur passe un marché faisant objet d'un marché unique, quitte à confier la réalisation d'une partie d'entre elles à des sous-traitants : certaines entreprises générales ont cependant les moyens de réaliser elles-mêmes les travaux de toutes les spécialités<sup>332</sup>. Quant aux groupements momentanés d'entreprises (ou d'entrepreneurs), c'est une association ponctuelle d'opérateurs économiques, également appelée cotraitance, formée dans le but de conclure un marché unique, généralement de grande envergure ou de nature complexe, avec le service contractant sans pour autant créer une société.

715. Quant au marché alloti, par opposition au marché unique, il est un mode de dévolution consistant à diviser, pour des raisons économiques, financières ou techniques, un projet de type homogène en plusieurs petits marchés semblables et autonomes qui sont passés simultanément sous la forme de lots séparés de manière à amener un grand nombre d'opérateurs économiques, quelle que soit leur taille, à

---

<sup>331</sup> *Ibid.* P 61.

<sup>332</sup> *Ibid.* P 61.

présenter des soumissions<sup>333</sup>. L'allotissement est donc une technique qui consiste à scinder un marché en plusieurs lots, c'est-à-dire en plusieurs contrats. L'intérêt de ce procédé réside dans l'organisation de plusieurs mises en concurrence à l'occasion d'une procédure globale de passation d'un marché. Elle permet ainsi de tenir compte des caractéristiques économiques et techniques du marché passé<sup>334</sup>.

Par ailleurs, la réglementation algérienne des marchés publics dispose, dans son article 31, que les lots séparés sont attribués à un ou plusieurs partenaires cocontractants, et que dans ce cas, l'évaluation des offres doit se faire lot par lot, tout en donnant au service contractant la permission de limiter le nombre de lots à attribuer à un seul soumissionnaire lorsque cela est justifié. Tout prête à croire que cette disposition est directement inspirée de l'article 39-g de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui dispose que :

*" Les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être autorisés à présenter des offres ne portant que sur une partie de l'objet du marché. Dans ce cas, la procédure de passation de marchés aboutira à la conclusion non pas d'un seul contrat avec un seul fournisseur ou entrepreneur, mais de plusieurs contrats avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs".*

716. De fortes raisons plaident à croire que la dévolution des marchés publics en marchés uniques et marchés allotis est inspirée de la loi type de CNUDCI sur la passation des marchés publics, surtout si l'on sait que la réglementation des marchés publics algérienne ignorait complètement ces modes de dévolution avant qu'elle se frotte à la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

717. La réglementation algérienne prévoit, en outre, un autre mode de dévolution que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ne connaît pas jusqu'ici ; Il s'agit du marché à tranches conditionnelles.

---

<sup>333</sup> *Ibid.* P 67.

<sup>334</sup> ALLAIRE Frédéric, *L'essentiel du droit des marchés publics*, Gualino-Lextenso éditions, 2016. P 49.

En dépit du haut degré d'exigence des marchés publics, ils sont constitués de façon à s'adapter à toutes les situations. C'est le cas d'ailleurs des marchés à tranches à tranches conditionnelles. Le pouvoir adjudicateur peut y avoir recours quand il éprouve des difficultés d'ordre financier, technique ou économique pour remplir les objectifs fixés par le cahier des charges.

Ce genre de marché se révèle pratique quand les besoins exprimés par l'acheteur public ne peuvent être satisfaits dans un temps donné. Ceci-dit, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché, la personne publique peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à tranches conditionnelles. Le marché à tranches conditionnelles comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles.

718. Aussi surprenant que cela puisse paraître, ce mode de dévolution des marchés publics est totalement ignoré par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, aussi bien dans la version adoptée en 1994 que dans celle actualisée en 2011. Par conséquent, il est totalement injustifié de croire que cette dernière soit à l'origine de l'introduction de cette technique dans le cadre de la législation algérienne des marchés publics.

Il importe de souligner que ce mode de dévolution est initié par le décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics<sup>335</sup>. Elle a ensuite été reprise intégralement par tous les codes de marchés publics ultérieurs, jusqu'au décret présidentiel n° 15-247 portant la réglementation des marchés publics et délégations de services publics, qui dispose dans son article 30, ce qui suit :

---

<sup>335</sup> Article 14.

*"Lorsque des conditions économiques et/ou financières le justifient, le service contractant peut recourir aux marchés comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranche(s) conditionnelle(s). La tranche ferme et chaque tranche conditionnelle doivent porter chacune sur un projet fonctionnel.*

*L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du service contractant, notifiée au cocontractant, dans les conditions fixées au cahier des charges".*

Étant donné que ce mode de dévolution de marchés publics est ignoré par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, il faudrait chercher l'origine de son implémentation en dehors du champ d'influence de cette dernière. En effet, il semblerait que ce mode de dévolution inédit soit copié du code des marchés publics français de 2006<sup>336</sup> dans la mesure où le législateur algérien a produit une copie-conforme de la disposition contenue dans l'article 72 du code des marchés français de 2006.

719. En somme, si l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la réglementation des marchés publics est factuellement prouvée en ce qui concerne certains modes de dévolution, notamment le « marché alloti », elle demeure totalement écartée en ce qui concerne les autres modes, à l'instar du marché à tranches conditionnelles. Quid des aspects liés à la passation des marchés publics (Sous-Section 2).

### **3.1.1.2.2      *Sous-Section 2 : De la passation des marchés publics.***

720. L'attribution des marchés publics se fait en suivant diverses procédures dictées par le mode de passation choisi. Ces différents modes obéissent à une réglementation bien définie et changent en fonction de plusieurs facteurs liés

---

<sup>336</sup> Ce code était toujours en vigueur lors de la parution du décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics

généralement à la difficulté du travail à réaliser, sa valeur estimée ou le montant global des ouvrages.

721. Avant de traiter les modes de passation de marchés publics propres à la réglementation algérienne inspirés de la loi type de la CNUCI (B), il serait intéressant d'étudier au préalable l'influence de cette dernière sur les règles générales de passation de marchés publics (A).

#### *A. Les règles générales de passation des marchés publics.*

722. La réglementation algérienne des marchés publics, inspirée de la Loi type de la CNUDCI, a instauré des règles permettant aux candidats d'avoir un accès absolu à l'information, que ce soit avant, durant ou après la passation du marché. Parmi ces règles, nous allons nous intéresser plus particulièrement à :

- ✓ L'obligation de publicité et de mise en concurrence, et ;
- ✓ La notion de l'offre économique la plus avantageuse.

723. L'obligation fondamentale qui gouverne la passation des marchés publics est l'obligation de publicité et de mise en concurrence même si elle n'est pas absolue puisqu'elle tolère des exceptions. La publicité, pour assurer une véritable transparence de la procédure et une mise en concurrence véritable de passation, doivent intervenir à tous les stades cruciaux de cette procédure<sup>337</sup>.

724. Les obligations de publicité et de mise en concurrence sont des règles incontournables du droit des marchés publics et passant, du droit de la commande publique. Ceci est d'autant plus avéré que ces obligations sont requises à chaque fois que le service contractant passe un marché public. Elles sont très importantes

---

<sup>337</sup> LAJOYE Christophe, *Droit des marchés publics*, Gualino-Lextenso éditions, 2012. P 174

car elles renvoient au respect des principes fondamentaux de la commande publique qui s'imposent à tous les marchés quel que soit leur montant<sup>338</sup>. S'il est nécessaire de le rappeler, ces principes se résument à :

- ✓ La liberté d'accès à cette commande ;
- ✓ l'égalité de traitement des candidats ;
- ✓ la transparence des procédures ;
- ✓ l'efficacité de la commande publique, et ;
- ✓ la bonne utilisation des deniers publics.

725. La publicité et la mise en concurrence sont des obligations consacrées aussi bien par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics que par la réglementation algérienne des marchés publics. Reste à vérifier, par ailleurs, si la mise en valeur concomitante desdits principes dans les deux textes n'est pas l'apanage d'une plausible influence de la loi type de la CNUDCI.

726. La Loi type de la CNUDCI exige du service contractant d'assurer une publicité à même de garantir une mise en concurrence loyale entre les soumissionnaires. Cette exigence se manifeste par l'obligation de garantir l'accessibilité systématique au public des règlements en matière de passation des marchés et les autres textes juridiques d'application générale relatifs aux passations de marchés ainsi que toutes les modifications dont ils font l'objet<sup>339</sup>. De plus, elle fait obligation au service

---

<sup>338</sup> *Ibid.* P 174.

<sup>339</sup> « Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». Article 5.

contractant de présenter sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement, les documents, notifications, décisions ou autres informations générés au cours d'une passation de marché<sup>340</sup>.

727. Sans nul doute, le législateur algérien a emboîté le pas de la Loi type de la CNUDCI en reprenant intégralement les exigences de cette dernière en matière des obligations de publicité et de mise en concurrence. Ce faisant, le décret présidentiel portant réglementation de marchés publics exige, en vertu de l'article 14, que les besoins de services contractants fassent objet d'une publicité adéquate et la consultation, par écrit, d'opérateurs économiques qualifiés, pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Le service contractant organise, par ailleurs, au sens du code des marchés publics algérien, la consultation en fonction de la nature du besoin à satisfaire, en tenant compte du nombre d'opérateurs économiques susceptibles d'y répondre.

728. Du reste, la Loi type exige que lorsque l'entité adjudicatrice sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, elle doit spécifier, entre autres, les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur ou entrepreneur ou à toute personne, ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom. Cependant, l'entité adjudicatrice ne peut recourir qu'à des moyens de communication couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte de la passation de marché considérée. Même en ce qui concerne les réunions que l'entité adjudicatrice devrait tenir avec les fournisseurs ou entrepreneurs, la loi type exige à ce que l'on n'utilise que des moyens qui garantissent que les fournisseurs, ou les entrepreneurs, puissent participer pleinement et en direct à cette réunion.

---

<sup>340</sup> *Ibid.* Article 7.

729. Comme il fallait s'y attendre, ces obligations sont intégralement transposées dans la réglementation algérienne des marchés publics qui dispose, dans ce sens, que le caractère obligatoire du recours à la publicité par voie de presse dans les cas des appels d'offres ouverts, des appels d'offres restreints, des concours et, le cas échéant, du gré à gré après consultation<sup>341</sup>.

730. Pour se rapprocher davantage de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, la réglementation algérienne impose au service contractant de tenir à la disposition des entreprises le cahier des charges et la documentation prévue par la réglementation<sup>342</sup>. Ce faisant, la réglementation algérienne impose que :

- ✓ L'appel d'offres soit publié dans le Bulletin Officiel des Marchés de l'Opérateur Public (BOMOP) et, au moins, dans deux quotidiens nationaux, diffusés au niveau national ;
- ✓ L'avis d'attribution provisoire du marché soit inséré dans les organes de presse qui ont assuré la publication de l'avis d'appel d'offres, lorsque cela est possible, en précisant le prix, les délais de réalisation et tous les éléments qui ont permis le choix de l'attributaire du marché public<sup>343</sup>.

Mieux encore, le service contractant, préalablement à la passation d'un marché public, doit procéder à la publication du programme prévisionnel et de l'avis de marchés passés, définir au mieux ses besoins, et, le cas échéant, passer un marché de maîtrise d'œuvre, choisir le mode de passation et de dévolution du marché,

---

<sup>341</sup> « Algérie - Décret présidentiel n° 15-247 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public. », [consulté le 7 février 2020]. Article 61.

<sup>342</sup> *Ibid.* Article 63.

<sup>343</sup> *Ibid.* Article 65.

sélectionner la forme et le type de prix, identifier la source de financement, et élaborer le cahier des charges de l'appel à la concurrence<sup>344</sup>.

731. Il va sans dire que le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence devrait aboutir nécessairement au respect du critère du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'offre économiquement la plus avantageuse est une offre qui, de toutes les offres reçues, est jugée la plus avantageuse à tous égards après application de critères d'attribution du marché préalablement définis par le service contractant dans le cahier des charges de l'appel à la concurrence.

Choisir l'offre économiquement la plus avantageuse signifie sur le plan sémantique que l'on opte pour l'offre qui présente le plus d'atouts d'un point de vue économique, qui est supérieure sur le plan économique, qui permet de faire des économies en retenant la proposition la moins chère. Dès lors, si on retient une acception très littérale de l'offre économiquement la plus avantageuse, il faut considérer que celle-ci correspond à l'offre la meilleure pour le pouvoir adjudicateur au regard de critères exclusivement économiques comme notamment son prix, son coût qui inclut outre le prix, les frais d'utilisation, d'entretien et de maintenance, sa rentabilité ce qui la distingue de l'offre la plus intéressante qui ne se limite pas à l'appréciation économique d'une offre et qui peut donc se fonder sur une plus grande diversité de critères lui conférant un caractère plus général et une plus grande liberté et latitude d'appréciation des offres<sup>345</sup>.

732. S'inscrivant dans une logique économique fondée sur la recherche de l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des fonds publics pour le choix

---

<sup>344</sup> BOULIFA Brahim, *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*, Berti Editions, 2016. P 129.

<sup>345</sup> LAJOYE Christophe, *Droit des marchés publics*, Gualino-Lextenso éditions, 2012. P186.

de l'attributaire du marché, l'offre économiquement la plus avantageuse correspond à l'offre<sup>346</sup>:

- ✓ La moins-disante, parmi les offres financières des candidats retenus, lorsque l'objet du marché le permet : l'évaluation des offres de base, dans ce cas, sur le seul critère "Prix";
- ✓ La moins-disante, parmi les offres préqualifiées techniquement, lorsqu'il s'agit des prestations courantes: l'évaluation de base, dans ce cas, sur plusieurs critères dont le critère "Prix";
- ✓ Qui obtient la note totale la plus élevée sur la base de la pondération de plusieurs critères parmi lesquels figure le critère "Prix", lorsque le choix est basé essentiellement sur l'aspect technique des prestations.

733. Avant d'aller dans le détail, une remarque nous semble ici devoir être faite : Avant de subir l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, la réglementation algérienne n'a jamais connu la notion de "l'offre économiquement la plus avantageuse".

En effet, cette notion est insérée pour la première fois dans le décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics<sup>347</sup> avant qu'elle ne soit relayée par tous les textes ultérieurs, jusqu'au décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégation de service publics, lequel dispose, dans son article 14, ce qui suit :

*"Les besoins visés ci-dessus (les besoins du service contractant) doivent faire l'objet d'une publicité adéquate et la consultation, par écrit, d'opérateurs*

---

<sup>346</sup> BOULIFA Brahim, *op. cit.* P 228.

<sup>347</sup> JORADP N° 52 du 28/07/2002

*économiques qualifiés, pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ».*

Cette disposition est potentiellement importée de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, à la seule différence que la réglementation algérienne utilise le vocable "l'offre économiquement la plus avantageuse" alors que la loi type utilise plutôt "l'offre la plus avantageuse". Cette dernière est définie par le Glossaire des termes liés à la passation des marchés utilisés dans la Loi type de la CNUDCI de 2011 sur la passation des marchés publics comme étant :

*"L'offre jugée plus avantageuse sur la base du prix et d'autres critères d'évaluation et conformément aux procédures d'évaluation des offres spécifiées dans le dossier de sollicitation".*

734. Par ailleurs, il semblerait que la loi type de la CNUDCI fait une distinction entre l'offre la plus basse et l'offre la plus avantageuse. C'est ce que l'on peut comprendre des dispositions de l'article 43-3.b de la Loi type de la CNUDCI Sur la passation de marchés publics, qui dispose que :

*"L'offre à retenir est :*

- i) Lorsque le prix est le seul critère d'attribution, l'offre au prix le plus bas ; ou,*
- ii) Lorsque l'attribution se fait en fonction du prix et d'autres critères, l'offre jugée la plus avantageuse sur la base des critères et procédures d'évaluation des offres spécifiés dans le dossier de sollicitation ...".*

735. Aussi surprenant que cela puisse paraître, même cette distinction semble être transposée dans la réglementation algérienne par le truchement de l'article 72 du décret présidentiel n° 15-247 qui dispose :

*"Retenir, conformément au cahier des charges, l'offre économiquement la plus avantageuse, correspondant l'offre :*

*1/ la moins-disante, parmi les offres financières des candidats retenus, lorsque l'objet du marché le permet. Dans ce cas, l'évaluation des offres se base uniquement sur le critère prix ;*

*2/ la moins-disante, parmi les offres pré-qualifiées techniquement, lorsqu'il s'agit de prestations courantes. Dans ce cas, l'évaluation des offres se base sur plusieurs critères parmi lesquels figure le critère prix ;*

*3 / qui obtient la note totale la plus élevée sur la base de la pondération de plusieurs critères parmi lesquels figure le critère prix, lorsque le choix est essentiellement basé sur l'aspect technique des prestations".*

736. De ce fait, il est sans conteste admis que l'introduction de la notion de l'offre économiquement la plus avantageuse dans la réglementation algérienne des marchés publics, est l'apanage de l'influence des travaux de standardisation de la CNUDCI, Quid des modes de passation de marchés ? (B).

### ***B. Des modes de passation de marchés publics.***

737. La note d'accompagnement de l'article 27 de la loi type de la CNUDCI indique aux États adoptants qu'ils pourront choisir de ne pas incorporer dans leur législation toutes les méthodes de passation de marchés énumérées par la loi type et qu'il faudrait toujours prévoir suffisamment d'options, dont l'appel d'offres ouvert. En d'autres termes, les États adoptants devraient toujours prévoir l'appel d'offres ouvert, que la Loi type considère comme la méthode de premier recours (ou méthode par défaut), parce que les procédures s'y rattachant contribuent le plus à la réalisation des objectifs de la Loi type, en appliquant les principes de concurrence, d'objectivité et de transparence<sup>348</sup>.

De façon générale, il y a lieu de retenir deux modes de passation : la procédure ouverte et la procédure restreinte.

---

<sup>348</sup> « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». P 140.

738. En toute logique, ces deux modes sont cités aussi bien dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics que dans la réglementation algérienne des marchés publics. Au demeurant, les deux textes prévoient d'autres voies d'accès qui ne s'appliquent que dans des situations spécifiques. Ainsi, on peut distinguer, d'un côté, des modes de passation prévus dans la Loi type de la CNUDCI qu'on ne trouve pas forcément dans la réglementation algérienne, et de l'autre côté, des modes propres à la législation algérienne des marchés publics ignorés par la Loi type de la CNUDCI.

Intéressons-nous d'abord aux modes de passation communs à la Loi type de la CNUDCI et la législation algérienne.

739. Les méthodes de passation de marchés sont censées permettre l'acquisition de divers articles et services, allant d'articles standard à des produits très complexes, pour lesquels l'appel d'offres ouvert peut ne pas convenir.

740. La commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International préconise que les États adoptants de la loi type devraient prévoir suffisamment de possibilités autres que l'appel d'offres ouvert pour faire face aux situations normales dans lesquelles ils passent des marchés. Ils devraient au moins prévoir (outre l'appel d'offres ouvert) une méthode pouvant être utilisée pour la passation de marchés simples et de faible valeur, une méthode pouvant être utilisée en cas de catastrophe et dans d'autres situations d'urgence et une méthode pouvant servir pour les marchés plus spécialisés ou complexes. Comme nous aurons à le vérifier dans le cadre de cette étude, cette recommandation est bel et bien prise en considération par la réglementation algérienne des marchés publics.

741. En règle générale, l'entité adjudicatrice doit recourir à l'appel d'offres ouvert pour passer un marché. Ce principe est consacré et réitéré à la fois par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et la législation algérienne des marchés publics. Ces deux textes permettent néanmoins de recourir, sous des conditions bien déterminées, à la procédure de l'appel d'offres restreint. La loi type et la réglementation algérienne, se rejoignent par ailleurs sur un autre mode de

passation, désigné dans la réglementation algérienne par "l'appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales", lequel est quasi-assimilable à la "demande de proposition sans négociation", consacré par la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Nous avons pu vérifier, en outre, que les deux textes sont, à fortiori, en accord sur les procédures d'appel d'offres en deux étapes et la sollicitation d'une source unique.

742. En ce qui concerne le mode de passation de marché public appelé "Appel d'offres ouvert", il y a lieu de souligner que la loi type de la CNUDCI ne fait pas dans la demi-mesure pour placer "l'appel d'offres ouvert" comme le mode principal en matière de passation de marchés publics. Cette règle générale est mise en exergue sans détour par l'article 28 qui dispose que :

*" Sauf disposition contraire des articles 29 à 31 de la présente Loi, l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres ouvert pour passer un marché.*

*L'entité adjudicatrice ne peut recourir à une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert que dans les conditions prévues aux articles 29 à 31 de la présente Loi. Elle choisit la méthode adaptée aux circonstances de la passation concernée et s'efforce d'assurer la plus grande concurrence possible.*

*Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert, elle indique dans le procès-verbal visé à l'article 25 de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode".*

743. Très curieusement, la réglementation algérienne des marchés publics n'a pas repris d'une manière explicite ce principe faisant de "l'appel d'offres ouvert" la règle générale en matière de passation de marchés publics. Il a fallu analyser minutieusement les dispositions du code des marchés publics algérien pour arriver *in fine* à cette déduction.

En effet, si l'on se réfère au décret présidentiel n° 15-247, on peut remarquer d'emblée que les modes de passation des marchés publics sont évoqués par ordre de priorité et, en toute logique, "l'appel d'offres ouvert" est cité en premier lieu. Au

demeurant, eu égard au fait que ce mode de passation est le seul qui est prévu sans qu'il y soit conditionné par le moindre préalable, l'on peut déduire qu'il prime sur les autres modes de passation de marchés publics. L'aspect inconditionnel de "l'appel d'offres ouvert" est nettement mis en évidence à l'article 43, qui dispose que :

*"L'appel d'offres ouvert est la procédure selon laquelle tout candidat qualifié peut soumissionner".*

744. Si la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et la réglementation algérienne des marchés publics sont en parfaite harmonie pour considérer "l'appel d'offres ouvert" comme le principe général en matière de passation de marchés publics, il n'en demeure pas moins que les deux textes se convergent également sur l'autorisation accordée au service contractant de recourir à l'appel d'offres restreint sous certaines conditions.

745. En vertu des dispositions de son article 29, la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, autorise l'entité adjudicatrice de recourir à l'appel d'offres restreint lorsque l'objet du marché, de par sa nature hautement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs; ou lorsque le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

746. Comme il fallait bien s'y attendre, le législateur algérien n'a pas manqué de reprendre ce principe avec des termes presque semblables. Ce faisant, l'article 45 du décret présidentiel met en évidence le caractère sélectif de l'appel d'offres restreint, selon lequel seuls les candidats présélectionnés sont invités à soumissionner. Cette présélection des candidats est mise en œuvre par le service contractant pour choisir des candidats à mettre en compétition à l'occasion des marchés d'études ou d'opérations complexes et/ou d'importance particulière.

747. Au demeurant, à la différence de la loi type de la CNUDCI, la réglementation algérienne des marchés publics précise que le recours à l'appel d'offres restreint doit s'opérer lors de la remise de l'offre technique et donne la possibilité au service contractant de recourir à cette option, soit en deux étapes, soit en une seule. En une étape, lorsque la procédure est lancée sur la base de spécifications technique détaillées, établies par référence à des normes et/ou de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles ; et exceptionnellement en deux étapes, lorsque la procédure est lancée sur la base d'un programme fonctionnel, si le service contractant n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pour répondre, même avec un marché d'études. Dans le cas de l'appel d'offres restreint en deux étapes, les candidats présélectionnés sont invités, dans une première étape, par lettre de consultation, à remettre une offre technique préliminaire, sans offre financière.
748. Par ailleurs, il conviendrait de souligner que la loi type de la CNUDCI et la réglementation algérienne des marchés publics, se rejoignent sur un autre mode de passation différemment identifié dans les deux textes. Il s'agit de "l'appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales" prévu dans la réglementation algérienne, lequel est assimilable à la "demande de proposition sans négociation" citée dans la loi type de la CNUDCI.
749. L'entité adjudicatrice, au sens des dispositions de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, peut recourir à la demande de propositions sans négociation quand elle a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément, et ce seulement après l'achèvement de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions<sup>349</sup>.
750. Cette procédure permet à l'entité adjudicatrice de solliciter des propositions en faisant publier une invitation à participer à la procédure de demande de propositions sans négociation. Les propositions dont les caractéristiques techniques et

---

<sup>349</sup> « Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». Article 29-3

qualitatives répondent aux exigences minimales ou les dépassent sont considérées comme conformes et sont classées selon la note attribuée auxdites caractéristiques. Elle invite tous ces fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers de leurs propositions. L'entité adjudicatrice compare les aspects financiers des propositions conformes et, sur cette base, identifie la proposition à retenir conformément aux critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions<sup>350</sup>.

751. Force est d'admettre que cette procédure est fortement assimilable, en tous points de vue, à "l'appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales" prévu dans l'article 42 du Décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics. Au sens de cet article, l'appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales, est défini comme étant la procédure selon laquelle tous les candidats répondant à certaines conditions minimales d'éligibilité, préalablement définies par le service contractant, avant le lancement de la procédure, peuvent soumissionner.

Le seul point qui divise les deux procédures réside dans le fait que le service contractant ne procède pas à une sélection préalable des candidats quand il s'agit de l'appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales.

752. Il convient de rappeler, par ailleurs, que "l'appel d'offres ouvert avec exigences de capacités minimales" est un mode inédit initié, pour la première fois, par la réglementation des marchés publics de 2015, ce qui corrobore l'hypothèse que son introduction est l'œuvre de l'influence aussi palpable qu'évidente de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

---

<sup>350</sup> *Ibid.* Article 47.

753. En sus des modes de passation cités ci-dessus, l'on peut recenser un autre mode que le législateur algérien semble avoir transposé de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics : L'appel d'offres en deux étapes.

En effet, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics donne la possibilité à l'entité adjudicatrice de recourir à l'appel d'offres en deux étapes lorsque<sup>351</sup> :

- ✓ Elle estime que des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour améliorer des aspects de la description de l'objet du marché et afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins ;  
ou,
- ✓ Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été présentée ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à l'une des méthodes de passation, aboutisse à la conclusion d'un marché.

754. Si l'on doit comparer cette disposition avec celle prévue dans la réglementation algérienne des marchés publics, il en ressort que législateur algérien n'a pas repris la disposition de la loi type de la CNUDCI dans son intégralité puisqu'il a limité la possibilité de son application, à titre exclusif, aux procédures des appels d'offres restreints, et ce, dans les conditions citées précédemment.

755. La similitude des dispositions de la loi type de la CNUDCI et la réglementation des marchés publics s'étend à un autre mode de dévolution : la "Sollicitation d'une source unique/ Procédure du gré à gré.

---

<sup>351</sup> *Ibid.* Article 30-1.

756. La sollicitation d'une source unique et/ou le gré à gré sont des procédures qui ne s'accordent qu'imparfaitement avec les grands principes qui encadrent la commande publique, lesquels principes qui, faudrait-il le rappeler, sont portés aussi bien par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics que par réglementation des marchés publics algérienne. La liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures sont des principes qui constituent l'esprit, voire la raison d'être, de ces deux textes.
757. Il est donc inconcevable que ces derniers admettent un rétrécissement, sinon la remise en cause, desdits principes en tolérant le recours à la procédure du gré à gré qui s'assimile parfaitement à la sollicitation d'une source unique prônée par la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Les deux textes ont le mérite de souligner, à juste titre, le caractère très exceptionnel du recours à la sollicitation d'une source unique ou la procédure du gré à gré.
758. La Loi type de la CNUDCI estime que, dans le cas de circonstances exceptionnelles, l'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation d'une source unique, pour peu que cette procédure soit justifiée par les conditions suivantes :
- ✓ Lorsque l'objet du marché ne peut être obtenu qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou lorsqu'un fournisseur ou entrepreneur donné, a des droits exclusifs sur l'objet du marché, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait donc impossible d'utiliser une autre méthode de passation ;
  - ✓ Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'extrême urgence et qu'il ne serait pas réaliste de recourir à une autre méthode de passation de marché à cause des délais qui en découleraient ;
  - ✓ Lorsque l'entité adjudicatrice, après s'être procurée des biens, du matériel, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou

entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, le matériel, les technologies ou les services existants, compte tenu du fait que le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'absence d'alternative convenable aux biens ou services en question ;

- ✓ Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à toute autre méthode de passation ne convient pas à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État ; ou,
- ✓ Lorsque la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour appliquer une politique socioéconomique de l'État, à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

759. À quelques détails près, la réglementation algérienne des marchés publics a repris le même principe et les mêmes exceptions. En effet, l'article 39 du décret présidentiel n°15-247 précise tout d'abord que les marchés publics sont passés selon la procédure d'appel d'offres, qui constitue la règle générale, avant de rajouter une autre alternative en complétant cette disposition par la formule "...ou la procédure de gré à gré", laquelle est censée être une exception.

760. Aux termes de l'article 41 de la réglementation algérienne des marchés publics, le gré à gré est défini comme étant la procédure d'attribution d'un marché à un partenaire cocontractant sans appel formel à la concurrence, en précisant que cette procédure peut revêtir la forme d'un gré à gré simple ou celle d'un gré à gré après consultation. Cette disposition souligne par ailleurs que la procédure du gré à gré

simple est une règle de passation de contrat exceptionnelle qui ne peut être retenue que dans les cas énumérés ci-après<sup>352</sup> :

- ✓ Quand les prestations ne peuvent être exécutées que par un opérateur économique unique qui détient soit une situation monopolistique, soit pour protéger un droit d'exclusivité, soit pour des considérations techniques ou, culturelles et artistiques ;
- ✓ En cas d'urgence impérieuse motivée par un péril menaçant un investissement, un bien du service contractant ou l'ordre public, ou un danger imminent que court un bien ou un investissement déjà matérialisé sur le terrain, et qui ne peut s'accommoder des délais des procédures de passation des marchés publics, à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par le service contractant et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part ;
- ✓ Dans le cas d'un approvisionnement urgent destiné à sauvegarder les besoins essentiels de la population, à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par le service contractant et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part ;
- ✓ Quand il s'agit d'un projet prioritaire et d'importance nationale qui revêt un caractère d'urgence, et qui ne peut s'accommoder des délais des procédures de passation des marchés publics, à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par le

---

<sup>352</sup> « Algérie - Décret présidentiel n° 15-247 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public. », [consulté le 7 février 2020]. Article 49.

service contractant et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part ;

- ✓ Quand il s'agit de promouvoir la production et/ou l'outil national de production ;
- ✓ Quand un texte législatif ou réglementaire attribue à un établissement public à caractère industriel et commercial un droit exclusif pour exercer une mission de service public ou lorsque ce dernier réalise la totalité de ses activités avec les institutions et les administrations publiques et avec les établissements publics à caractère administratif.

761. Abstraction faite de la différence légère dans les formulations lexicales, les exceptions donnant droit à la consultation d'une source unique au sens de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, présentent une similitude substantielle avec les exceptions qui justifient le recours à la procédure du gré à gré dans la réglementation algérienne. De ce fait, l'on peut déduire que le législateur algérien s'est incontestablement inspiré de la loi type de la CNUDCI pour mieux cerner cette procédure, eu égard notamment à son caractère exceptionnel.

762. En dernier lieu, il y a lieu de s'intéresser à la procédure "Demande de prix", laquelle est prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et qui, à première vue, paraît difficile à être intégrée dans la réglementation algérienne des marchés publics. Cependant, il suffit de privilégier une analyse approfondie des dispositions de cette dernière pour contredire cette conclusion hâtive et déduire, ce faisant, que cette procédure, peu concurrentielle, est prévue également dans le code des marchés publics algérien.

763. La "Demande de prix" est une procédure exceptionnelle, initiée par la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, qui permet à l'entité adjudicatrice de recourir à la demande de prix pour se procurer des biens ou des services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis

spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché de fournisseurs ou d'entrepreneurs<sup>353</sup>. Ce mode de passation n'est admis que si la valeur estimée du marché à passer est inférieure au seuil qui devrait être spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés.

764. Même si le législateur algérien n'a pas jugé utile d'insérer intégralement cette disposition dans le cadre du code des marchés publics algérien, il n'en demeure pas moins qu'il a prévu des dispositions similaires dans le cadre des procédures dites "adaptées", lesquelles prévoient la procédure à suivre pour les commandes ne donnant pas lieu, obligatoirement, à la passation de marché public du fait que leurs montants sont en deçà du seuil prévu par l'article 13 du décret présidentiel n° 15-247. À ce titre, la réglementation algérienne, impose au service contractant d'élaborer des procédures internes pour la passation de ces commandes<sup>354</sup>.

765. La ressemblance entre les deux procédures est patente, même du point de vue procédural. En effet, l'article 46 de la Loi type de la CNUDCI précise que l'entité adjudicatrice aurait à demander des prix. Ensuite, chaque fournisseur ou entrepreneur, auquel est adressée une demande de prix, est informé si des éléments autres que le coût de l'objet du marché lui-même, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables, doivent être inclus dans le prix. Sur cette base, chaque fournisseur ou entrepreneur est autorisé à donner un seul prix, qu'il n'est pas autorisé à modifier, et ce, sans qu'aucune négociation entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur potentiels ne soit autorisée au sujet d'un prix qu'il a donné. Le prix à retenir étant le prix le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, tels que mentionnés dans la demande de prix.

---

<sup>353</sup> Voir article 29-2.

<sup>354</sup> Voir article 14 du décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics.

Ces étapes procédurales semblent être transposées dans la réglementation algérienne des marchés publics, même si les formulations semblent imperceptiblement différentes. En effet, la réglementation algérienne des marchés publics dispose que les besoins du service contractant, doivent d'emblée faire l'objet d'une publicité adéquate et la consultation, par écrit, d'opérateurs économiques qualifiés, pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Par ailleurs, le service contractant organise la consultation en fonction de la nature du besoin à satisfaire, en tenant compte du nombre d'opérateurs économiques susceptibles d'y répondre et doit joindre un rapport de présentation détaillé justifiant la consultation et le choix du prestataire retenu. Aux termes de l'article 20 de la nouvelle réglementation des marchés publics algérienne, les commandes conclues selon les procédures adaptées, susvisées, doivent faire l'objet de bons de commande ou, lorsque c'est nécessaire, de contrats fixant les droits et obligations des parties.

766. En sus des modes de passation communs passés en revue ci-dessus, la loi type de la CNUDCI et la réglementation algérienne des marchés publics prévoient d'autres voies d'accès qui ne s'appliquent que dans des situations spécifiques. Le fait que lesdits modes soient périphériques à l'objet de notre étude dans la mesure où ils ne sont pas communs aux deux textes, ne nous empêche pas de les recenser d'une manière expéditive.

767. Outre les modes de passation traités dans le cadre des modes de passation communs, l'on peut répertorier d'autres modes de passation prévus dans la Loi type de la CNUDCI mais, semble-t-il, ignorés par le législateur algérien, notamment les procédures suivantes : Demande de propositions avec dialogue ou avec négociations consécutives et négociations avec appel à la concurrence.

768. En ce qui concerne la procédure "Demande de propositions avec dialogue, ou avec négociations consécutives", il importe de souligner que, contrairement à la réglementation algérienne qui proscrie toute forme de dialogue dans toutes les étapes de passation des marchés publics, la Loi type de la CNUDCI prévoit, sous

certaines conditions, la possibilité que l'entité adjudicatrice puisse recourir à la demande de propositions, tantôt avec dialogue<sup>355</sup>, et tantôt avec négociations consécutives<sup>356</sup>.

769. Le recours à la demande de propositions avec dialogue est admis, à titre exceptionnel, et ce lorsque l'une des conditions ci-dessous serait intervenue :

- ✓ L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché et estime qu'un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs est nécessaire pour trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins ;
- ✓ L'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production d'articles dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement ;
- ✓ L'entité adjudicatrice conclut que la méthode choisie est, pour la passation de marché, celle qui convient le mieux à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État ; ou,
- ✓ Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été présentée ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres

---

<sup>355</sup> Voir article 30-2.

<sup>356</sup> Voir article 30.3.

ouvert ou que le recours à une méthode de passation aboutisse à la conclusion d'un marché.

770. Au demeurant, la loi type de la CNUDCI reconnaît à l'entité adjudicatrice le droit de recourir à la demande de propositions avec négociations consécutives quand il se trouve qu'elle ait besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions, et estime que des négociations consécutives avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour faire en sorte que les conditions financières du marché lui soient acceptables.

771. Par la négociation successive, il faut comprendre la méthode qui consiste à ce que les conditions financières des soumissions sont négociées après l'évaluation de leurs caractéristiques techniques et qualitatives et de leurs caractéristiques de performance, et ce, d'une manière successive à commencer par le candidat le mieux classé. Force est d'admettre que le législateur algérien gagnerait mieux à importer cette procédure et l'adapter à la réglementation algérienne dans la mesure où la pratique des marchés publics en Algérie révèle que les négociations, en dépit de leur proscription formelle, sont parfois subrepticement sollicitées, notamment dans le cadre des marchés dont le ministère de la défense nationale est partie prenante.

772. Quant à la négociation avec appel à la concurrence, elle est également une procédure exceptionnelle prévue dans le cadre de la loi type de la CNUDCI. Ce caractère exceptionnel est d'ailleurs corroboré par l'énumération, en vertu des dispositions de l'article 30-4, des circonstances donnant droit à la passation de cette procédure :

- ✓ Lorsque l'objet du marché est nécessaire d'urgence et qu'il ne serait donc pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marché avec mise en concurrence à cause des délais qui en découleraient, à condition qu'elle n'ait pu prévoir

les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part ;

- ✓ Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'urgence et qu'il ne serait donc pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marché avec mise en concurrence à cause des délais qui en découleraient ; ou,
- ✓ Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à une autre méthode de passation de marché avec mise en concurrence ne convient pas à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État.

773. Il va sans dire que ce mode de passation de marchés publics, n'est nullement prévu dans la réglementation des marchés publics en Algérie.

774. À la lumière de ce qui précède, nous avons pu remarquer que la réglementation algérienne des marchés publics s'est inspirée, dans une large mesure, de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, aussi bien en matière des principes fondamentaux de la commande publique qu'en matière des critères d'identification de marchés publics. Tel est le cas également en ce qui concerne le volet des étapes préalables à la passation des marchés publics (modes de réalisation et mode de dévolution), ainsi que sur les modes de passation des marchés publics. Cependant, force est de constater que cette mise en conformité presque parfaite en matière des textes théoriques s'oppose au paradoxe de la remise en cause des principes inspirés de la loi type de la CNUDCI aussitôt ces marchés sont mis en pratique sur le terrain (Chapitre 2).

### **3.1.2 Chapitre 2 : Les valeurs héritées de la CNUDCI et le paradoxe de leur remise en cause dans la pratique.**

775. La lecture croisée du nouveau code des marchés publics, tel qu'il résulte du Décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 et loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, nous renseigne sur l'objectif suprême assigné aux deux textes, lequel consiste à assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics. Pour ce faire, la loi type de la CNUDCI et la réglementation algérienne, sont plantureusement convergentes sur la sacralisation des principes cardinaux à même d'encadrer la passation des marchés, notamment l'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

776. La consécration de ces principes, qui visent intrinsèquement à instaurer les bonnes pratiques dans les marchés, est aussitôt confrontée à la réalité du terrain qui fait écho quotidiennement des affaires de corruption, de malversation et de mauvaise gestion des marchés publics. Il va sans dire que la corruption ne se conjugue qu'imparfaitement avec les valeurs de la CNUDCI qui, s'il en était encore besoin de le rappeler, favorisent et encouragent, entre autres : La promotion de la concurrence, la garantie du traitement juste, égal et équitable ; la promotion de l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus et, mieux encore, d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés.

777. Aussi paradoxale que cela puisse paraître, le phénomène de la corruption prend de plus en plus de l'ampleur à force que les textes réglementaires durcissent les dispositifs de lutte contre cette pratique subversive. D'où l'intérêt de se pencher sur cet épineux problème qu'il conviendrait de traiter sous le prisme de l'impossible

conciliation entre le phénomène de la corruption et les valeurs de la CNUDCI, d'un côté, (Section 1) et sa tendance à dépasser la dimension nationale et devenir ainsi une préoccupation internationale, de l'autre côté (Section 2).

### 3.1.2.1 Section 1 : L'impossible cohabitation des valeurs de la CNUDCI avec la corruption systémique.

778. Le système de corruption, qui préside à la mise en œuvre des programmes de développement autant qu'à l'allocation des ressources, génère le mal-développement et accroît l'injustice et les inégalités, lesquelles alimentent le mécontentement des exclus<sup>357</sup>.

779. Si la corruption, définie comme abus de positions et de ressources publiques à des fins privées, est un phénomène universel, ses symptômes, eux, sont différenciés: elle peut être personnelle ici et institutionnelle ailleurs, sectorielle dans un pays et systémique dans un autre. Aussi, l'intelligence de la corruption s'avère-t-elle indissociable de l'analyse des institutions politiques. Or le régime algérien s'avère assurément l'un des plus résistants à l'analyse : son leadership est tantôt militaire, tantôt civil, collectif à certains moments et personnalisé à d'autres ; son mode de gouvernement, rétif aux modèles d'analyse courants, reste une énigme. Depuis les émeutes sanglantes d'octobre 1988, qui ont signifié symboliquement l'effondrement de la "légitimité historique" de l'élite dirigeante, le système a connu bien des métamorphoses : du "parti unique" au "multipartisme", de l'"économie socialiste" à l'"économie de marché", la cadence et l'ampleur des changements ont achevé de brouiller la lecture. Tout a cependant changé en Algérie sauf l'essentiel: le système de gouvernement<sup>358</sup>.

---

<sup>357</sup> HACHEMAOUI Mohammed, « La corruption politique en Algérie : l'envers de l'autoritarisme », *Esprit*, Juin, Editions Esprit, 2011.

<sup>358</sup> *Ibid.*

780. L'insubmersibilité du système va de pair avec la constance du phénomène de la corruption qui a accompagné, tel un enfant prodige, les métamorphoses politique, économique et sociale du pays. En effet, chaque système économique et politique secrète ses propres formes particulières de corruption. D'une certaine manière, après l'indépendance, l'étatisation de l'économie a permis l'expansion et la généralisation de ce mode de fonctionnement opaque, générateur de privilèges. Les transformations d'envergure, certaines irréversibles - rupture avec la métropole, implantations industrielles, urbanisation... - viendront s'exercer sur une structure déjà existante, avec un invariant qui subsistera jusqu'à nos jours et résistera aux huit années de guerre civile : hypertrophie, opacité, force d'inertie et arbitraire d'une administration toujours plus lourde qui, dans son principe, n'a pas vraiment changé depuis la période coloniale. Peut-on cependant dire que le volume de la corruption s'est amplifié du fait de l'importance des ressources énergétiques dont dispose l'État ? Ce n'est pas évident, ou du moins, si un lien existe, il n'est pas direct. Ainsi, lorsqu'en 1986 la baisse des cours provoque une diminution des recettes pétrolières, la corruption ne se réduit pas, bien au contraire, les observateurs concourent à dire qu'elle s'est étendue<sup>359</sup>. Ceci ne manque pas de prouver que la corruption est très étendue pour être l'apanage de l'économie rentière uniquement, ou du moins, l'on ne peut présumer qu'elle y est étroitement liée.

781. Aussi systémique soit-elle, nul ne peut nier les différents gouvernements qui se sont succédés, à la différence des méthodes et priorités, ont mis en place des mécanismes juridiques en vue d'endiguer le phénomène de la corruption, sans que cet arsenal juridique, faute de rigueur, ne puisse tempérer la vulgarisation de cette pratique subversive (Sous-Section 1), tant et si bien que le champ des valeurs véhiculées par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics se trouve de plus en plus rétréci (Sous-Section 2).

---

<sup>359</sup> TALAHITE Fatiha, « Économie administrée, corruption et engrenage de la violence en Algérie », *Rev. Tiers Monde*, 41, 2000.

**3.1.2.1.1      *Sous-Section 1 : Un arsenal juridique de lutte contre la corruption qui a besoin d'une grande rigueur dans son application.***

782. Dans un pays qui répugne encore à faire des "faits divers" un élément de sa culture, les rubriques relatant les cas, de plus en plus nombreux, d'arrestations, d'inculpations, de procès et de jugements d'administrateurs, d'élus, d'entrepreneurs et autres fournisseurs de l'administration et des entreprises publiques, occupent à présent les chroniques judiciaire et politique du pays<sup>360</sup>. Les affaires de corruption sont tellement nombreuses que cet acte subversif est devenu banalisé, voire éclipsé par l'ampleur des montants faramineux déversés en pots-de-vin.

783. La corruption s'entend clairement ici comme la mise aux enchères d'une parcelle de pouvoir de décision, transformation d'une position de pouvoir en marchandise, marchandisation de la décision politique, administrative et commerciale. Trois gisements "d'affaires" ont génétiquement enfanté la nouvelle classe possédante : la signature des grands et des moins grands contrats d'équipement avec les firmes étrangères, la distribution des terrains et des appartements, l'octroi de crédits bancaires d'investissement. La corruption servira autant à faire des décideurs les acteurs économiques de demain, qu'à reproduire la position "d'affaires" dominante née durant les années précédentes. Le privé achète de la décision politique pour se consolider. Le politique— à tous les échelons— vend de la décision sans projet clair de passer au privé. Il pérennise la transaction, le

---

<sup>360</sup> BENNADJI Chérif, « Marchés publics et corruption en Algérie », *NAQD*, 25, 2008.

service. La grande phase d'accumulation de départ cohabite avec un capitalisme qui prend ses quartiers et décide aussi de qui peut en être<sup>361</sup>.

784. L'examen attentif des articles relatant les affaires de corruption permet de relever que, dans la plupart des cas, l'on serait en présence de "passation de marchés publics en contradiction avec la législation en vigueur", ou encore de "passation de marchés en violation du code des marchés publics". Parfois, la formule "passation illégale de marchés publics" est également utilisée<sup>362</sup>. Mais, au-delà de la diversité des formules, on retiendra l'existence des règles coercitives contenues dans le droit positif algérien, dans un cadre qui dépasse le seul code des marchés publics, sont aussi souvent sollicitées, dès que les valeurs de transparence de procédure semblent être transgressées (A). En quête d'une performance désespérée dans sa lutte contre cette pratique subversive, le droit positif s'est renforcé par des organes de lutte contre la corruption dont l'efficacité reste à prouver (B).

#### *A. Les valeurs de la CNUDCI au cœur du droit positif Algérien.*

785. La corruption est devenue une des menaces à la stabilité politique et sociale et à la prospérité. WOLFOWITZ<sup>363</sup>, a corroboré ce constat en déclarant à ce sujet que :

*"La corruption était la cause principale derrière l'échec des gouvernements, et devenue l'une des plus grandes menaces pour le développement dans de nombreux pays du monde, affaiblit les systèmes fondamentaux, fausse les marchés et encourage les gens à utiliser leurs compétences et leurs énergies de manière non productive".*

---

<sup>361</sup> EL KADI Ihsane, « Corruption et stratification sociale en Algérie », NAQD, 25, SARL NAQD, 2008.

<sup>362</sup> BENNADJI Chérif, *op. cit.*

<sup>363</sup> Ancien Président de la Banque mondiale entre 1<sup>er</sup> juin 2005 et 17 mai 2007.

786. Il convient de noter que, depuis la promulgation du code pénal en 1966, l'Algérie a accordé une attention particulière aux outils coercitifs qui servent à répondre aux délits de corruption dans ses diverses formes, telle que la corruption, le détournement et la concussion. Ainsi, le législateur Algérien, a prévu la pénalisation du détournement et de la concussion dans les articles 119, 119 Bis et de 121 à 125 et de la corruption dans les articles de 126 à 130, dispositions abrogées et reprises dans la loi 06-01 du 20 février 2006, modifiée et complétée, relative à la prévention et à la lutte contre la corruption<sup>364</sup>.

787. Dans ce contexte, l'État a œuvré pour la création d'organismes chargés du contrôle et de la lutte contre ce fléau et mit en place l'Observatoire national de surveillance et de prévention de la corruption par décret présidentiel n° 96- 233 du 02/07/96.

788. La prévention et la lutte contre la corruption trouvent essentiellement leur fondement dans l'article 21 de la constitution algérienne de 1996 modifiée par la loi n° 08-19 du 15 novembre 2008 portant révision constitutionnelle qui dispose :

*" Les fonctions au service des institutions de l'Etat ne peuvent constituer une source d'enrichissement, ni un moyen de servir des intérêts privés".*

789. La volonté de l'État de lutter contre la corruption a été consolidée par l'amendement de cette disposition dans la révision constitutionnelle du 07 février 2016, qui a complété les fonctions supérieures de l'État par les mandats parlementaires et locales et les désignations aux assemblées et dans des institutions nationales, avec obligation faite aux titulaires de ces fonctions et de ces mandats de

---

<sup>364</sup> KAMEL BOUZEBOUDJA, « Le rôle de l'office central de répression de la corruption », sur <https://www.ocrc.gov.dz/fr/activites-et-publications/le-role-de-l-office-central-de-repression-de-la-corruption> [en ligne], publié le 10 mai 2020, [consulté le 10 mai 2020].

souscrire une déclaration de patrimoine au début et à la fin de la fonction ou du mandat<sup>365</sup>.

790. Face aux mutations économiques qu'a connu l'Algérie durant des années 90, associées aux conditions de sécurité qui guettaient la stabilité politique et sociale du pays, la corruption prit de l'ampleur et de graves dimensions avec une extension régionale et internationale, constituant ainsi un danger réel non seulement sur l'économie et le développement, mais elle sera classée parmi les nouvelles menaces à la sécurité nationale.

791. Dans un chapitre précédent, nous avons pu vérifier comment, sous l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, le législateur algérien a transposé le sacro-saint principe de transparence des procédures dans la réglementation algérienne des marchés publics, et ce en suspendant l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics au respect du principe de la transparence des procédures.

792. La transparence des procédures de la passation des marchés publics est liée à la concrétisation d'un autre, et pas des moindres, objectif de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ; à savoir : La promotion de l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés. Soucieux de concrétiser cet objectif, le législateur introduit au sein de la structure même des marchés publics une section intitulée "*De la lutte contre la corruption*", dont la vocation principale est d'assurer l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés.

793. Dans le cadre de ce chapitre, le législateur annonce, d'emblée, la mise en place d'un code d'éthique et de déontologie des agents publics intervenant dans le contrôle, la passation et l'exécution des marchés publics et des délégations de

---

<sup>365</sup> KAMEL BOUZEBODJA, « Le rôle de l'office central de répression de la corruption », sur <https://www.ocrc.gov.dz/fr/activites-et-publications/le-role-de-l-office-central-de-repression-de-la-corruption> [en ligne], publié le 10 mai 2020, [consulté le 10 mai 2020].

service public. Afin de donner une valeur tangible à ce code, il y est fait obligation à ces agents publics de prendre acte de son contenu et de s'engager de respecter par une déclaration écrite. Ces derniers doivent également signer une déclaration d'absence de conflit d'intérêt.

794. La tâche d'élaborer ce code d'éthique et de déontologie avait été confiée, dans le code des marchés publics de 2010, au pouvoir exécutif qui devrait l'adopter par la voie décrétales. Cependant, ce code annoncé tambour battant, notamment par la presse et les pouvoirs publics, n'a jamais vu le jour malgré que, faudrait-il le signaler, l'Organe National de Prévention et de Lutte contre la Corruption a préparé, sur la demande du ministère des finances, un projet de code d'éthique et de déontologie concernant les agents publics chargés de la passation des marchés publics, dont l'importance est liée à la spécificité et la multiplicité des risques qui entourent tant les phases prévues par les procédures de passation que la qualité des intervenants qui en ont la responsabilité. Après la publication du Décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics, cette tâche est dévolue à l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public<sup>366</sup>, sauf que celle-ci ne semble pas en faire une priorité dans la mesure où ledit code d'éthique et de déontologie n'est pas encore élaboré jusqu'ici.

795. Au-delà du code d'éthique et de déontologie, la réglementation des marchés publics pense pouvoir endiguer le phénomène de la corruption en prévoyant des mesures coercitives à tous ceux qui s'adonnent à des actes ou des manœuvres tendant à promettre d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, soit pour lui-même ou pour une autre entité, une rémunération ou un avantage de quelque nature que ce soit, à l'occasion de la préparation, de la passation, du contrôle, de la négociation ou de l'exécution d'un marché public ou d'un avenant. Nonobstant les poursuites pénales, ces actes constitueraient un motif suffisant pour appliquer certaines mesures contraignantes, telle que la résiliation ou

---

<sup>366</sup> Article 88 du décret présidentiel n° 15-247.

d'annulation du marché ou l'avenant en cause, et l'inscription de l'entreprise concernée sur la liste des opérateurs économiques interdits de participer aux marchés publics.

796. Par ailleurs, le code des marchés publics algérien dispose que lorsque les intérêts privés d'un agent public participant dans le processus de la passation d'un marché public coïncident avec l'intérêt public et sont susceptibles d'influencer l'exercice normal de ses fonctions, il est tenu d'informer son autorité hiérarchique et de se récuser<sup>367</sup>. La loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés publics a opté pour solution pas moins radicale, sauf que la CNUDCI préconise plutôt l'exclusion du fournisseur ou l'entrepreneur susceptible d'un conflit d'intérêt<sup>368</sup>, or le législateur algérien préfère récuser l'agent public. Sur ce registre, l'article 21-1 de la loi type de la CNUDCI préconise une solution plus radicale en disposant, ce qui suit :

*" L'entité adjudicatrice exclut un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché :*

- a) S'il propose, fournit ou convient de fournir directement ou indirectement à tout administrateur ou employé actuel ou ancien de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité publique, un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre service ou objet de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice liés à la procédure de passation de marché ; ou*
- b) S'il a un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts en violation des dispositions de la législation du présent État."*

797. Ce traitement radical de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics vis-à-vis du problème du conflit d'intérêt n'a pas trouvé le même écho auprès de la réglementation algérienne qui a adopté une position moins rigoureuse

---

<sup>367</sup> Article 89 du décret présidentiel n° 15-247.

<sup>368</sup> Article 21 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

en se limitant à exiger à l'opérateur économique de (seulement) tenir informé le service contractant de la situation du conflit d'intérêt<sup>369</sup>.

Par contre, sur un tout autre registre, le législateur algérien a emboité le pas à la CNUDCI, et ce, en excluant le titulaire d'un marché public, ayant pris connaissance de certaines informations qui pourraient l'avantager lors de la soumission à un autre marché public, sauf s'il prouve que ces informations ne faussent pas le libre jeu de la concurrence<sup>370</sup>.

798. À la lumière de l'analyse des codes des marchés publics, publiés depuis la mouture de 2010 à ce jour, l'on ne peut se passer d'une remarque qui nous semble ici devoir être faite : Tous ces codes élaborés sous l'empire des lois types de la CNUDCI sur la passation des marchés publics se réfèrent, dans leurs visas, à la loi n° 06-01 du 20 février 2006, modifiée et complétée, relative la prévention et la lutte contre la corruption. S'il y a conclusion à tirer de cette référence devenue récurrente, c'est que le phénomène de la corruption est tellement omnipotent dans le domaine des marchés publics qu'il a fallu faire valoir les textes juridiques les plus coercitifs en la matière, principalement la loi n° 06-01 relative à la prévention et la lutte contre la corruption.

799. La loi n° 06-01 est venue, à juste titre, symboliser la lutte contre la corruption et enfiler ainsi son rôle de l'épée de Damoclès à chaque fois que les principes fondamentaux de la commande publique se trouvent transgressés. Du moins, c'est cette vocation qui se dégage de l'objet de cette loi qui se fixe les objectifs suivants :

- ✓ Renforcer les mesures visant à prévenir et à combattre la corruption ;

---

<sup>369</sup> Article 93 de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

<sup>370</sup> Article 94 du décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics.

- ✓ Promouvoir l'intégrité, la responsabilité et la transparence dans la gestion des secteurs public et privé ;
  
- ✓ Faciliter et d'appuyer la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention et de la lutte contre la corruption.

800. L'étude de cette loi relative à la prévention et la lutte contre la corruption présente, à bien des égards, un intérêt indéniable pour tous ceux qui s'intéressent à la corruption dans les marchés publics. Il y a, en effet, un intérêt évident à comprendre quels sont les mécanismes que cette loi a mis en place pour endiguer ce phénomène dans le cadre des marchés publics, ou du moins, si l'on se veut fataliste, tempérer ses effets.

801. Dans l'absolu, cette loi se veut comme porte étendard de la lutte contre la corruption, à travers, en plus des mesures coercitives qu'elle contient, ses dispositions incitant les opérateurs publics à encourager l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité de leurs agents. Dans le domaine des marchés publics, elle dispose en vertu de son article 9, ce qui suit :

*"Les procédures applicables en matière de marchés publics doivent être fondées sur la transparence, la concurrence loyale et des critères objectifs".*

Qu'ils soient insérés au cœur de la réglementation des marchés publics ou intégrés dans le cadre de la loi n° 06-01, les dispositifs de lutte contre la corruption s'inscrivent en concordance parfaite avec les valeurs de la CNUDCI qui vise à contribuer dans une grande mesure à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé et moderne pour la passation des marchés publics, qui favorise l'économie, l'efficacité et la concurrence tout en assurant l'intégrité, la confiance, l'équité et la transparence dans le processus de passation des marchés.

802. Quand bien même les dispositions pénales, prévues dans le droit positif algérien, sembleraient enclin de sanctionner lourdement l'acte de corruption, il n'en demeure pas moins que ce fléau subsiste toujours et ne perd jamais d'intensité, ni de la

diversification de ses formes. Ceci amène à se poser légitimement des questions sur l'efficacité des organes de lutte contre la corruption, créés justement en vue de s'adonner à une lutte sans répit contre les corrompus et les corrupteurs (B).

***B. Les organes de lutte contre la corruption : L'Office Central de Répression de la Corruption et l'Organe National de Prévention et de Lutte Contre la Corruption (ONPLC).***

803. En tant que terme, la corruption se réfère généralement à des cas de violation du principe de l'intégrité et de s'approprier de l'argent de manière illégale. Du point de vue du législateur algérien et en l'absence d'une définition de la corruption, le recours à l'interprétation des dispositions de la loi n° 06-01 du 20 Février 2006 relative à la prévention et la lutte contre la corruption, suggère que le concept de corruption inclut les commissions douteuses et autres comportements par lesquels les personnes chargées de fonctions publiques ou privées aient recours aux violations de leurs obligations issues de leurs statuts de fonctionnaires pour obtenir des avantages illicites, quelle que soit leur nature, dans leur intérêt personnel ou dans l'intérêt d'autres personnes<sup>371</sup>.

804. Aussi, tenant compte de l'évolution du concept de corruption et la répercussion de sa menace sur de nombreux États, il est devenu nécessaire de prendre des mesures particulières, préventives et répressives pour lutter contre ce phénomène, tel a été l'avis du législateur algérien après l'adhésion de l'Algérie à la convention des nations unies contre la corruption (adoptée le 09 décembre 2003 et ratifiée par l'Algérie par Décret présidentiel n° 04-128 du 19 avril 2004 et entrée en vigueur le 04 décembre 2005). Ceci s'est concrétisé par la promulgation d'une loi spéciale destinée à la prévention et la répression de la corruption et la création d'un organisme national chargé essentiellement de la prévention de la corruption

---

<sup>371</sup> KAMEL BOUZEBODJA, « Le rôle de l'office central de répression de la corruption », sur <https://www.ocrc.gov.dz/fr/activites-et-publications/le-role-de-l-office-central-de-repression-de-la-corruption> [en ligne], publié le 10 mai 2020, [consulté le 10 mai 2020].

qu'est "l'organe national de la prévention et la lutte contre la corruption" avant de mettre en place par la suite, un organisme central à caractère répressif qui est l'office central de la répression de la corruption<sup>372</sup>.

✓ **De l'organe national de prévention et de lutte contre la corruption :**

805. Cet organe chargé de la prévention et de la lutte contre la corruption est institué, par le législateur algérien, pour la mise en œuvre de ce qui est appelé la stratégie nationale en matière de corruption. Afin de lui assurer une autorité suprême, le législateur l'a placé auprès du Président de la République et, afin de lui garantir une relative autonomie, il l'a doté de la qualité d'une autorité administrative indépendante jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Le fait de placer cet office auprès du président de la république présage des velléités du pouvoir exécutif de museler ses activités, malgré que la loi 06-01 semble garantir son entière autonomie.

806. En vertu de l'article 20 de la loi relative à la prévention et la lutte contre la corruption, l'organe national de prévention et de lutte contre la corruption est chargé, notamment de :

- ✓ proposer une politique globale de prévention de la corruption consacrant les principes d'Etat de droit et reflétant l'intégrité, la transparence ainsi que la responsabilité dans la gestion des affaires publiques et des biens publics ;
- ✓ dispenser des conseils pour la prévention de la corruption à toute personne ou organisme public ou privé et recommander des mesures,

---

<sup>372</sup> KAMEL BOUZEBOUDJA, « Le rôle de l'office central de répression de la corruption », sur <https://www.ocrc.gov.dz/fr/activites-et-publications/le-role-de-l-office-central-de-repression-de-la-corruption> [en ligne], publié le 10 mai 2020, [consulté le 10 mai 2020].

notamment d'ordre législatif et réglementaire, de prévention de la corruption ainsi que de coopérer avec les secteurs publics et privés concernés dans l'élaboration des règles de déontologie ;

- ✓ élaborer des programmes permettant l'éducation et la sensibilisation des citoyens sur les effets néfastes de la corruption ;
  
- ✓ collecter, centraliser et exploiter toute information qui peut servir à détecter et à prévenir les actes de corruption, notamment, rechercher dans la législation, les règlements, les procédures et les pratiques administratives, les facteurs de corruption afin de proposer des recommandations visant à les éliminer ;
  
- ✓ évaluer périodiquement les instruments juridiques et les mesures administratives en la matière afin de déterminer leur efficacité dans le domaine de la prévention et de la lutte contre la corruption ;
  
- ✓ recueillir, périodiquement les déclarations de patrimoine des agents publics, d'examiner et d'exploiter les informations qu'elles contiennent et de veiller à leur conservation ;
  
- ✓ recourir au ministère public en vue de rassembler les preuves et de faire procéder à des enquêtes sur des faits de corruption ;
  
- ✓ assurer la coordination et le suivi des activités et actions engagées sur le terrain en se basant sur les rapports périodiques et réguliers, assortis de statistiques et d'analyses relatives au domaine de la prévention et de la lutte contre la corruption que lui adressent les secteurs et les intervenants concernés ;

- ✓ veiller au renforcement de la coordination intersectorielle et au développement de la coopération avec les entités de lutte contre la corruption, tant au niveau national qu'au niveau international ;
- ✓ susciter toute activité de recherche et d'évaluation des actions entreprises dans le domaine de prévention et de lutte contre la corruption.

807. Dans le cadre de l'exercice de ses missions, l'organe peut demander aux administrations, institutions et organismes publics ou privés ou toute personne physique ou morale de lui communiquer tout document ou information qu'il juge utile pour la détection des faits de corruption. Le refus délibéré et injustifié de communiquer à l'organe des éléments d'information et/ou des documents requis constitue une infraction d'entrave à la justice.

808. Par ailleurs, lorsque l'organe conclut à des faits susceptibles de constituer une infraction à la loi pénale, il transmet le dossier au ministre de la justice, garde des sceaux, qui saisit le procureur général compétent aux fins de mettre en mouvement l'action publique, le cas échéant. Cet organe est tenu d'adresser au Président de la République un rapport annuel d'évaluation des activités liées à la prévention et à la lutte contre la corruption, les insuffisances constatées en la matière, et les recommandations proposées, le cas échéant.

809. Jugeant que l'organe national de prévention et de lutte contre la corruption n'est pas suffisamment répressif, le législateur a créé l'office central de répression de la corruption.

✓ **L'office central de répression de la corruption :**

810. Le rôle de l'office est tellement prépondérant dans le cadre de la répression de la corruption qu'il est nécessaire d'analyser l'environnement qui a entouré sa

création ainsi que les outils juridiques qui lui permettent de jouer le rôle qui lui est assigné dans le domaine de la lutte contre la corruption.

811. La création de cet organe est étroitement liée au danger de la corruption et son lien avec la criminalité organisée. La corruption constitue plusieurs dangers à la stabilité des communautés et sape les institutions économiques et les systèmes financiers. Son impact est néfaste aux valeurs morales et à la justice, à l'équité et à la suprématie de la loi, d'où l'instabilité et le ralentissement des plans de développement durable.

812. La menace de la corruption n'est pas perçue seulement en tant qu'activité qui produit un intérêt répréhensible, mais sa véritable menace apparaît d'une part, comme forme de criminalité organisée en liaison avec la contrebande, le trafic de stupéfiants et le blanchiment des fonds d'origine criminels et d'autre part, la corruption n'est plus une question interne pouvant être confrontée par des lois et des mécanismes limités, mais elle s'est imposée comme un phénomène transnational qui affecte toutes les sociétés et les régimes économiques aux plans, régional et international, ce qui rend l'appel à la coopération internationale pour y faire face, une question plus que nécessaire<sup>373</sup>.

813. La lutte contre la corruption a suscité ces derniers temps l'intérêt des organisations internationales et régionales de façon spectaculaire après confirmation du lien entre la corruption, le crime organisé et les problèmes de sécurité dont souffrent les communautés contemporaines. Pour répondre aux nouvelles menaces de sécurité et s'aligner aux efforts de la communauté internationale contre la criminalité organisée dans toutes ses formes, l'Algérie a adhéré aux conventions des nations unies, contre la criminalité transnationale organisée et contre la corruption, qui recommandent aux Etats membres de

---

<sup>373</sup> *Ibid.*

criminaliser dans leurs législations nationales, les actes de corruption et de crimes organisés.

814. Respectant ses engagements internationaux et en application des dispositions des deux conventions des Nations Unies suscitées, l'Algérie a adopté une loi spéciale contre la corruption, c'est la loi n°06-01 du 20 Février 2006 relative à la prévention et la lutte contre la corruption, modifiée et complétée, qui a créée, dans son article 17, l'organe national de prévention et de lutte contre la corruption. Le souci des autorités supérieures de donner un nouvel élan à la lutte contre la corruption, a conduit à la publication de l'instruction présidentielle n° 03 du 13 décembre 2009 qui a insisté sur le renforcement des moyens et des mécanismes juridiques et opérationnels dans l'espoir d'endiguer ce fléau<sup>374</sup>.
815. En application de cette instruction, la loi n° 06-01 sus citée, a subi une modification par le truchement de l'ordonnance n° 10-05 du 26 Août 2010, qui a créé en vertu de son article 24 Bis, l'office central de répression de la corruption, chargé des recherches et des investigations en matière de lutte contre les infractions de corruption et les infractions connexes et doté d'une compétence territoriale étendue sur tout le territoire national.
816. Si l'on se réfère aux dispositions du Décret présidentiel n°14-209 du 23 juillet 2014, l'office est placé auprès du Ministre de la justice garde des sceaux. Quant à sa composition et son organisation, elles trouvent leur fondement dans le décret présidentiel n°11-426 du 8 décembre 2011, fixant la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'office central de répression de la corruption, modifié par le Décret présidentiel n° 14-209 du 23 juillet 2014. A l'exception des personnels de soutien technique et administratif, l'office central de répression de la corruption est composé d'officiers et d'agents de police judiciaire, mis à sa disposition par les services du ministère de la Défense Nationale et du Ministère de

---

<sup>374</sup> *Ibid.*

l'Intérieur et des collectivités locales, et d'agents publics pourvus de capacités et de compétences avérées en matière de lutte contre la corruption.

817. Quant au rôle de l'office central de répression de la corruption, il importe de souligner qu'il est, de prime abord, un service central opérationnel de police judiciaire tel que prévu à l'article 2 du Décret présidentiel n° 11-426 du 8 décembre 2011, cité ci-dessus, et qu'il est créé pour renforcer les outils de la lutte contre la corruption et toute atteinte à l'économie nationale et aux finances publiques. Ainsi, l'office est pourvu de deux missions principales suivantes :

- ✓ Procéder à des investigations et des enquêtes sur les infractions de corruption et toute autre infraction connexe et traduire les auteurs devant les juridictions compétentes (Art 5 du décret présidentiel n° 11-426 du 8 décembre 2011, suscité). A ce titre, les officiers et agents de police judiciaire relevant de l'office peuvent sous la direction du parquet de la république compétent, recourir à tous les moyens légaux prévus par la législation en vigueur (perquisition, saisie, auditions des prévenus, arrestation, exécution des commissions rogatoires etc. - Art. 20 alinéa 1 du Décret présidentiel n° 11-426 du 8 décembre 2011, suscité), moyens ordinaires soient-t-ils ou à caractère spécial. Ils peuvent agir seuls dans les enquêtes ou coordonnent leurs opérations avec la police judiciaire des autres services.

L'office peut aussi, dans des cas de nécessité, solliciter l'assistance des officiers et des agents de police judiciaire des autres services (Art 20 alinéa 02 du Décret présidentiel n° 11-426 du 8 décembre 2011, suscité).

- ✓ La coordination et l'entraide entre la police judiciaire de l'office et la police judiciaire des autres services, permet d'apporter plus d'efficacité à la lutte contre la corruption, en particulier si l'enquête est entourée de circonstances dangereuses ou en raison de son caractère sensible ou tenant compte des cas d'extension de la compétence territoriale.

818. Ainsi, il convient de noter que l'Algérie, en exécution de ses engagements internationaux et par souci de lutter contre la corruption qui compte parmi les nouvelles menaces à la sécurité nationale, a opté pour le renforcement des mécanismes de lutte contre la corruption, et a créé par conséquent de nouveaux organes, sans que ces derniers ne puissent empêcher, ou du moins tempérer, le piétinement des principes fondamentaux de la commande publique inspirés essentiellement de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Sous-Section 2).

**3.1.2.1.2      *Sous-Section 2 : Les principes fondamentaux de la commande publique consacrés par la loi et contournés par la pratique.***

819. La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics est porteuse de plusieurs valeurs à même d'assurer l'efficacité du processus de passation de marchés publics. Ces valeurs se manifestent ostensiblement de ses objectifs qu'elle tend à promouvoir, notamment ceux inhérents à l'éthique et la transparence dans le cadre de la passation des marchés :

- ✓ Garantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs ;
- ✓ Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus ;
- ✓ Assurer la transparence des procédures de passation des marchés.

820. Fort de l'analyse des dispositions de la réglementation algérienne des marchés publics, l'on a pu relever que le législateur algérien a copieusement transposé lesdits principes afin d'assurer une meilleure efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics, lesquelles sont suspendues, au sens du code des marchés publics, au respect du principe de la transparence des procédures.

La consécration de ce principe n'est, en réalité, que l'aboutissement de l'intangible principe de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics encourageant "la promotion de l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés".

Mais, à quoi sert de se targuer d'une législation qui sacralise l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés, si en pratique la corruption est devenue un mal incurable ?

821. La corruption en Algérie n'est ni accidentelle ni sectorielle mais procède bel et bien d'un système de gouvernement. Autoritarisme et corruption procèdent, en Algérie comme dans le reste des régimes despotiques, de logiques structurantes, qui se renforcent mutuellement: tandis que l'autoritarisme prétorien implique, par-delà les métamorphoses institutionnelles, la détention de la réalité du pouvoir par un groupe restreint, l'impossibilité de lui imputer la responsabilité de ses actes, la faiblesse institutionnelle de l'État et la dirty trick politics fournissent, elles, l'environnement idéal au déploiement de la corruption politique<sup>375</sup>. Ce déploiement qui se caractérise souvent à travers les pratiques visant à estomper la transparence des procédures à travers, tantôt un accès discrétionnaire aux biens publics (A) et, tantôt des marchés administrés encouragés par le néo-patrimonialisme (B).

***A. Accès discrétionnaire aux biens publics qui limite la liberté d'accès à la commande publique.***

822. La corruption résulte de l'imbrication d'éléments multiples ne s'interprétant pas nécessairement en termes de liaisons causales. Si la recherche d'une cause unique répond au besoin de désigner un coupable privilégié et s'inscrit dans une dangereuse illusion purificatrice, l'analyser à travers une profusion de causes, formes et conséquences, se mêlant et se confondant, revient à diluer le phénomène, le rendre

---

<sup>375</sup> HACHEMAOUI Mohammed, « La corruption politique en Algérie : l'envers de l'autoritarisme », *Esprit*, Juin, Editions Esprit, 2011. P 121.

impossible à saisir et le banaliser<sup>376</sup>. Ainsi, il n'est pas permis de croire que la corruption est l'apanage exclusif de l'économie rentière du pays ou de la richesse pétrolière, ni même pas la particularité de l'ère du Président Bouteflika, jugée par les spécialistes comme la période où ce phénomène a pris une ampleur incommensurable.

823. Si l'on veut chercher un facteur commun à toutes les causes potentielles de la corruption, on trouvera que c'est l'accès discrétionnaire et privilégié aux ressources et leur appropriation privative, sous le couvert du monopole public, qui mine dangereusement l'économie algérienne.

824. Il est utile de souligner que cette situation est appréhendée par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics tant et si bien qu'elle a prévu, aux entités adjudicatrices, des limites imposées, en particulier, pour interdire l'adoption à leur gré des politiques au coup par coup. Si ces politiques ne sont pas énoncées dans les règlements en matière de passation des marchés, celles-ci doivent au moins renvoyer à d'autres lois et règlements pertinents, de sorte que les entités adjudicatrices soient informées de tout critère socioéconomique obligatoire et de la latitude dont elles disposent pour en appliquer d'autres, et que les fournisseurs ou entrepreneurs aient l'assurance que les politiques socioéconomiques sont appliquées à la passation de marchés de l'État adoptant de manière transparente et objective. Mieux encore, la loi type de la CNUDCI exige l'intégration, dans les règlements en matière de passation des marchés, un mécanisme prévoyant des mesures de contrôle afin de réduire les risques d'abus par l'entité adjudicatrice dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

825. Eviter tout abus du pouvoir discrétionnaire de la part de l'entité adjudicatrice est une injonction qui revient sans cesse dans les documents de la CNUDCI, relatifs

---

<sup>376</sup> TALAHITE Fatiha, « Économie administrée, corruption et engrenage de la violence en Algérie », *Rev. Tiers Monde*, 41, 2000.

à la passation des marchés publics<sup>377</sup>, en mettant en garde contre les abus et les pratiques visant à empiéter l'objectivité. Ces objectifs s'inscrivent au cœur de ceux de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, tel qu'il est d'ailleurs mis en évidence par le "Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics"<sup>378</sup>, lequel dispose que les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir l'objectivité des procédures de passation des marchés qui, à son tour, facilite la participation, la concurrence, le traitement juste, égal et équitable, et la transparence.

826. Si le législateur algérien s'est empressé à consacrer tous ces principes dans la réglementation des marchés publics, il n'en demeure pas moins que, sous l'influence d'un pouvoir exécutif prédateur dont les velléités subversives ne sont plus à prouver, il a sciemment laissé des brèches qui alimentent le paradoxe de faire cohabiter dans la même réglementation les principes consacrant la transparence des procédures, d'un côté, et l'aisance dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, d'un autre côté. La procédure du gré à gré est sans doute la clé de voûte qui aboutit très souvent à un exercice à mauvais escient du pouvoir discrétionnaire.

827. Contrairement à ce qui est véhiculé par certains spécialistes de l'épineuse question de la corruption en Algérie<sup>379</sup>, la procédure du gré à gré n'est pas subséquente à l'avènement de l'ère Bouteflika. Il faudrait plutôt remonter plus loin dans le temps, plus précisément au second code des marchés publics de l'Algérie

---

<sup>377</sup> Voir notamment le document intitulé « les orientations sur les règlements en matière de passation des marchés à promulguer, conformément à l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ».

<sup>378</sup> Titre 2, paragraphe 8.

<sup>379</sup> Voir notamment les contributions, rapportées par la presse, des membres de l'association algérienne de lutte contre la corruption.

indépendante, adopté en 1982, pour comprendre la genèse de cette procédure qui laisse la porte entrouverte à tous les abus.

828. Au bout d'une analyse aussi intéressante que brillante, l'éminent Professeur Chérif Bennadji estime qu'à la faveur de l'adoption du décret n°82-145 du 10 avril 1982, la terminologie officielle connaîtra un changement important : à la notion classique de "marchés publics", héritée du système juridique français, se substituera une toute nouvelle notion, celle de "marchés de l'opérateur public". Il en rajoute que, loin d'être un simple changement de terminologie, la consécration de la notion de "marchés de l'opérateur public" aux lieu et place de la notion de "marchés publics" sera accompagnée sinon d'un bouleversement, du moins d'une sérieuse modification des règles de fond applicables au processus de formation (passation, conclusion, approbation, contrôle) et d'exécution des contrats du secteur public<sup>380</sup>.

Pour étayer cette assertion et sans qu'il soit besoin de faire un examen exhaustif du dispositif juridique adopté en 1982, il suffira d'exposer la place et le statut de la procédure dite de gré à gré dans l'évolution du droit algérien des marchés publics. Pour bien saisir l'intérêt d'un tel choix, il faut d'emblée préciser que le second code algérien des marchés publics, celui adopté en 1982, a considérablement rehaussé la place de la procédure de gré à gré au sein des modes de passation des marchés publics<sup>381</sup>.

Cela résulte notamment de l'article 26 du décret n°82-145 du 10 avril 1982 portant réglementation des marchés de l'opérateur public qui dispose :

*"Les marchés de l'opérateur public sont passés selon la procédure de gré à gré ou la procédure d'appel à la concurrence".*

---

<sup>380</sup> BENNADJI Chérif, « Marchés publics et corruption en Algérie », *NAQD*, 25, 2008. P 140.

<sup>381</sup> *Ibid.* 141

829. Le Professeur Bennadji souligne, à juste titre, qu'il n'est guère besoin d'être grand clerc en sciences juridiques pour constater que la procédure de gré à gré est mise au même niveau que la procédure d'appel à la concurrence, cette dernière formule étant la nouvelle dénomination de l'appel d'offres. Mieux encore, on relèvera que le législateur algérien en 1982 commence par citer en premier lieu la procédure de gré à gré puis, en seconde position, la procédure d'appel à la concurrence. Il est dès lors permis de conclure que dans le code de 1982, le gré à gré est érigé en procédure de principe ou en procédure dite de droit commun au même titre que la procédure d'appel à la concurrence. En forçant à peine le trait, l'on pourrait même ajouter que le législateur semble donner sa préférence au gré à gré ! Une telle conclusion ne devrait pas être surprenante aux yeux des esprits avertis. Il faut en effet ne pas oublier un fait important : le code de 1982 est, initialement, l'avant-projet conçu par et pour les marchés des sociétés nationales. Or, ces dernières entités revendiquaient haut et fort le principe de la liberté contractuelle dès lorsqu'elles considéraient qu'un marché public, en tant que contrat, était toujours et nécessairement un acte élémentaire de gestion. Or pour être efficiente, la gestion exige la liberté d'entreprendre et surtout, la suppression du contrôle a priori qui est la clé de voûte du code des marchés de l'administration publique. Il s'agira là assurément d'une démarche novatrice, surtout lorsque l'on compare ce dispositif avec celui consacré dans le premier code des marchés, celui de 1967. En effet, aux termes du code de 1967, il y avait, en droit algérien, trois procédures de passation : l'adjudication, l'appel d'offres et le gré à gré. Sans rentrer dans les détails de ce dispositif, qu'il suffise de souligner que dans le code de 1967, la procédure de gré à gré était un mode de passation exceptionnel<sup>382</sup>.

Il est ainsi amplement prouvé que la procédure de gré à gré n'est pas l'apanage de l'ère Bouteflika, sauf que la vulgarisation de cette procédure était tellement patente qu'il est devenu impossible de ne pas remarquer que c'est sous son règne que la corruption ait connu une explosion sans précédent pour devenir un instrument de pouvoir et du pouvoir pour se maintenir en place à n'importe quel prix.

---

<sup>382</sup> *Ibid.* P 141.

830. Sans vouloir se verser dans une analyse politique dans une thématique typiquement de droit, il nous semble tout de même utile de mesurer l'impact des orientations politiques d'un pouvoir exécutif qui n'a pas hésité à se donner les moyens pour faciliter la culture de la corruption à tous les niveaux, sur fond d'impunité généralisée. Parmi ces moyens, la réglementation des marchés publics.

831. L'ère du président Bouteflika est entamée par des déclarations pompeuses sur la corruption. L'histoire retient d'ailleurs, à sa charge, son discours dans le cadre de la campagne électorale précédant son investiture en 1999<sup>383</sup>, dans lequel il s'est montré profondément indigné dans un propos disant que "l'Algérie est un pays miné par la corruption". Au lieu de déminer le pays de ce fléau, tout prête à croire que l'exécutif qu'il a commandé pendant de longs mandats a plutôt semé les graines de la prolifération de cette pratique subversive. Ceci est d'autant plus vrai que son règne a commencé par l'adoption, par le truchement d'un Décret présidentiel de surcroît, d'une nouvelle réglementation des marchés publics, le 24 juillet 2002, pour modifier notamment la procédure gré à gré de sorte qu'elle devienne la règle et le lit de la corruption à grande échelle.

832. Il commence d'abord par préciser dans l'article 22 de ce nouveau code que "*La procédure du gré à gré simple est une règle de passation de contrat exceptionnelle*", puis quelques articles plus loin, de s'octroyer ouvertement d'énormes prérogatives dans le dernier alinéa de l'article 37, en disposant :

*"Le service contractant a recours au gré à gré simple exclusivement dans les cas suivants : quand il s'agit d'un projet prioritaire et d'importance nationale. Dans ce cas, le recours à ce mode de passation exceptionnel, doit être soumis à l'accord préalable du Conseil des ministres "*

Ainsi, il jeta les bases d'une "stratégie" de prédation tous azimuts ! A ce stade, sans vouloir pour autant disculper les gouvernements qui ont précédé l'arrivée au

---

<sup>383</sup> Discours du 30 août 1999.

pouvoir de Bouteflika, le Code des marchés qui était en vigueur – la version de 1991-, n'avait prévu l'utilisation du gré à gré qu'en cas d'urgence (article 40), sans aucune prérogative particulière au Conseil des ministres, encore moins dans les cas des projets dits "prioritaires ou d'importance nationale". Avant d'aller plus loin, précision de taille : le Conseil des ministres est présidé par le Chef de l'Etat, et ce, conformément à la Constitution. Arrêtons-nous un instant sur cet alinéa de l'article 37 du Code des marchés de 2002 ayant fait l'objet d'un décret présidentiel : qu'est-ce qu'un marché public étiqueté "projet prioritaire et d'importance nationale" <sup>384</sup>?

833. L'exposé des motifs de ce texte présidentiel, fait accablant, ne le précise pas, et pour cause, toutes nos recherches dans les réglementations en vigueur un peu partout dans le monde, n'ont rien montré de tel, hormis les cas d'urgence, suite à une catastrophe naturelle<sup>385</sup>. Ce pouvoir réglementaire exceptionnel que s'octroya le président de la république dans la gestion des marchés publics va au contresens de toutes les recommandations de la CNUDCI afférentes à la transparence des procédures, en dépit de la transposition de ces principes dans le droit positif.

834. Depuis la mouture du code des marchés publics adoptée en 2002 et jusqu'à la dernière modification qui remonte à 2015, on peut énumérer au total sept modifications en l'espace de treize ans (entre 2002 et 2015). Concomitamment à ces révisions itératives et interminables, plusieurs projets ont été octroyés dans l'opacité la plus totale, renforçant le constat selon lequel l'Algérie est loin d'être aux normes internationales en matière de gestion de la commande publique. C'est dire que tout au long de ces dernières années, le pouvoir n'a fait qu'entretenir la culture de la corruption à tous les niveaux en s'appuyant sur un code des marchés publics modifié à plusieurs reprises, sans pour autant répondre aux principes fondamentaux de la commande publique, à savoir la liberté d'accès à la commande

---

<sup>384</sup> DJILLALI HADJADJ, « Comment Bouteflika a manipulé le Code des marchés pour «alimenter» la corruption | El Watan », [consulté le 15 mai 2020].

<sup>385</sup> *Ibid.*

publique, la transparence des procédures et enfin l'égalité du traitement des candidats. Sur l'ensemble de ces points, les dépassements sont très nombreux<sup>386</sup>.

835. Ce n'est donc pas la richesse pétrolière, mais l'accès discrétionnaire et privilégié aux ressources et leur appropriation privative, sous le couvert du monopole public, qui mine l'économie algérienne. De fil en aiguille, toutes les richesses - matérielles ou immatérielles ; dons de la nature ou produits de l'activité humaine - finissent par tomber dans les mailles du monopole public. Le problème est que ces richesses, au lieu d'être accumulées et mises en valeur par leur propriétaire (l'État), ne font que transiter par lui. Avant même d'être estampillées, enregistrées, validées, elles sont redistribuées selon des procédures multiples et opaques - qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement illégales - et deviennent invisibles, s'évanouissent et disparaissent dans la nature<sup>387</sup>. Cet accès discrétionnaire des biens publics finit par sécréter d'autres facteurs qui rétrécissent d'une manière drastique la transparence des procédures et entachent sérieusement les principes d'équité et d'égalité de traitement des candidats dans les marchés publics : Marchés administrés et néo-patrimonialisme (B).

### ***B. Marchés administrés et néo-patrimonialisme qui entache la transparence des procédures.***

836. L'Algérie, à l'instar des autres pays tiers-mondistes, est caractérisée par une corruption politique dont l'emprise de l'État fortement enracinée d'une manière à assurer un environnement économique et politique non compétitif. La concentration des pouvoirs politiques et économiques, sur la base de réseaux d'influence bien établis, a rendu la corruption particulièrement résistante aux réformes, quand bien

---

<sup>386</sup> SAMIRA IMADALOU, « Avec une dépense qui représente 20% du PIB : Quand la commande publique booste la corruption | El Watan », [consulté le 16 mai 2020].

<sup>387</sup> TALAHITE Fatiha, « Économie administrée, corruption et engrenage de la violence en Algérie », *Rev. Tiers Monde*, 41, 2000. P 58.

même ces réformes seraient inspirées des travaux de standardisation engagés par une institution internationale aussi puissante que la commission des nations unies.

837. Tous les mécanismes, recommandés par la CNUDCI et consacré par la réglementation algérienne, en vue d'assurer un processus de passation de marchés publics aussi transparent qu'impartial, se sont montrés impuissant à endiguer une corruption soutenue par un néo-patrimonialisme qui rime nécessairement avec les marchés administrés qui sont source de rente spéculative.

838. La sociologie politique explique la corruption en Afrique par la confusion entre public et privé caractéristique du modèle d'État néo-patrimonial, concept dérivé de l'idéal type wébérien de domination patrimoniale. La théorie néo-patrimoniale, parce qu'elle prend pour repère une représentation idéalisée de l'État-nation, passe à côté de cette réalité qu'est l'État et s'interdit d'appréhender les manifestations du politique autrement que dans leur écart à ce modèle. Cette démarche, qui efface la diversité des formes historiques mais aussi des manières de théoriser l'État, ignore qu'en règle générale tout nouveau pouvoir s'emploie à détruire/recomposer les allégeances anciennes, non pour éliminer toute forme d'allégeance, mais pour en mettre en place de nouvelles. Aussi ne s'intéresse-t-elle pas aux montages institutionnels propres à de telles logiques. Ainsi a agi l'État colonial, par une destruction brutale et radicale du système des tribus et l'édification d'une administration toute puissante, qui a cependant intégré l'allégeance tribale. Ainsi a procédé le nouveau pouvoir après l'indépendance en occupant une administration et des biens restés vacants, ce qui donna lieu à des rivalités féroces entre féodalités modernes pour le partage de ces fiefs. Ce sont ces luttes qui se prolongent aujourd'hui, et elles ne se stabiliseront que lorsqu'un compromis institutionnel sera trouvé<sup>388</sup>.

---

<sup>388</sup> *ibid.*

839. À un premier niveau d'analyse, l'émergence d'une corruption à la fois systémique et généralisée peut être liée à la nature néo-patrimoniale de l'Etat Algérien. Il est entendu par État néo-patrimonial le fait que, si l'État est par ses structures formellement différencié de la société, du point de vue de son fonctionnement, les domaines du public et du privé tendent informellement à se confondre. L'État est, en quelque sorte, privatisé à leur profit, par ceux-là mêmes qui y détiennent une position d'autorité, d'abord au sommet de l'État, mais aussi à tous les niveaux de la pyramide étatique<sup>389</sup>.

840. Le dirigeant politique se comporte en chef patrimonial, c'est-à-dire en véritable propriétaire de son royaume. C'est pourquoi le pouvoir et la richesse tendent à se confondre et la possession du pouvoir politique ouvre la voie à l'accumulation économique. En même temps, le pouvoir étatique, au lieu d'être institutionnalisé et de se distinguer de la personne du chef, tend à se confondre avec la personne de son titulaire. L'institutionnalisation du pouvoir, comprise en ce sens, a été la clé de la transmission dans la durée du pouvoir politique au-delà de ses titulaires, et donc de l'accumulation du pouvoir politique au sein de l'État<sup>390</sup>.

841. L'État néo-patrimonial est une sorte d'État avorté et la corruption lui est consubstantielle. Dans le contexte autoritaire ayant précédé une transition démocratique en perpétuelle gestation, le pouvoir Algérien n'a jamais disposé de légitimité intrinsèque véritable. La seule façon de faire accepter son pouvoir était de pratiquer une redistribution de type clientéliste fondée sur le favoritisme, le copinage et le népotisme. Le patronage politique et la distribution des prébendes étaient systématiquement pratiqués. Il y avait d'ailleurs une sorte d'affinité élective entre l'autoritarisme et la corruption. Aussi aurait-on pu espérer que le retour du multipartisme, suite aux différentes tentatives de transition démocratique depuis au

---

<sup>389</sup> DJILLALI HADJADJ, « L'État néo-patrimonial est une sorte d'État avorté et la corruption lui est consubstantielle | El Watan », [consulté le 19 mai 2020].

<sup>390</sup> *Ibid.*

moins 1989, aurait pu transformer cette situation. Cela n'a pas été vraiment le cas, ce n'est pas la démocratie qui a permis de dé-patrimonialiser l'État, mais plutôt le patrimonialisme qui a subverti la démocratie<sup>391</sup>.

842. La grande corruption est principalement une corruption d'enrichissement et s'insère dans la dynamique d'accumulation des classes dirigeantes, alors que la petite corruption pose plutôt une question de survie, mais là encore il ne s'agit que d'une question de degré, et subjectivement, il s'agit bien aussi d'une question de survie, politique et économique, pour les classes dirigeantes. La petite corruption correspond plutôt à la corruption administrative quotidienne, alors que la grande corruption a davantage à voir avec la corruption politique ou plutôt politico-administrative, car au niveau des sommets de l'État, le politique et l'administratif se rencontrent.

843. La prise en considération de l'ensemble de ces paramètres montre à quel point la lutte contre la corruption paraît à la fois indispensable et particulièrement difficile en Algérie. C'est un travail qui ne peut être que de longue haleine, jamais terminé et toujours à reprendre. Rien n'est jamais acquis dans ce domaine. Au début de ce troisième millénaire, tant que les écarts entre les pays riches et les pays pauvres ne cesseront d'augmenter, la mondialisation de l'économie imposée par les détenteurs de grands capitaux accentuera le fossé. La corruption continuera d'en profiter et les corrompus de couler des jours heureux<sup>392</sup>. Le coût de la corruption en Algérie est très élevé : État déliquéscent, violences de toutes sortes, pouvoir en

---

<sup>391</sup> *Ibid.*

<sup>392</sup> Mais, face à ce tableau noir, il y a des lueurs d'espoir. Le peuple algérien résiste de mille manières contre les dirigeants qui mènent le pays au chaos, et la "révolution citoyenne" depuis le 16 février 2019 est une des formes remarquables de cette résistance. La peur recule chez des millions d'Algériens, malgré la persistance de la violence et des atteintes aux droits de l'homme. La lutte pour la démocratie et pour la liberté se poursuit, balisant le terrain pour ceux qui combattent la corruption pour assurer plus d'égalité, plus de transparence et plus de liberté dans l'obtention de décisions de réalisation d'investissements publics.

place rentier et corrompu, économie en faillite, pauvreté et marginalisation de masse, administration publique gangrenée et obsolète, fuite des capitaux, etc<sup>393</sup>.

844. Les principes fondamentaux de la commande publics, inspirés essentiellement de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, sont restés inopérants devant l'explosion généralisée de la corruption à tous les niveaux, tant et si bien que ce phénomène commence de plus en plus à prendre une dimension internationale sous l'influence du bruit assourdissant d'affaires aussi scandaleuses que spectaculaires (Section 2).

---

<sup>393</sup> *op. cit.*

### 3.1.2.2 Section 2 : La corruption un mal interne qui prend une dimension internationale.

845. L'Algérie fait partie des dix premiers pays au monde à ratifier La Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC), qui est entrée en vigueur le 14 décembre 2005 et qui est la convention mondiale contre la corruption la plus complète et la plus respectée. La Convention oblige les États Parties à mettre en œuvre un large éventail de mesures détaillées contre la corruption qui affectent les lois, les institutions et les pratiques, y compris la coopération internationale, dans leur pays respectif. La Conférence des Parties de la CNUCC est l'instrument de la mise en œuvre de la Convention.

846. L'Algérie étant considérée comme un des leaders des pays du Sud, leader qui pourrait donner le bon exemple. Cette exultation sera de courte durée : l'Algérie aura trompé son monde un temps, car elle deviendra la tête de fil d'un "Front du refus" des mécanismes d'évaluation de l'application de la CNUCC, prétextant le respect de la souveraineté nationale et la non-ingérence dans les affaires intérieures. Ce "Front du refus", comprenant notamment, outre l'Algérie, la Chine, la Russie et l'Égypte, imposera son diktat lors des Conférences des États-partie de la CNUCC, allant jusqu'à obtenir un droit de veto sur la participation des ONG, à titre d'observateur, à ces réunions, droit de veto dont abusera l'Algérie à plusieurs reprises, à la surprise générale<sup>394</sup> !

847. Chacun sait que les autorités officielles algériennes nourrissent une sensibilité extrême vis-à-vis des organisations non-gouvernementales (ONG) tant qu'elles ne cessent de rendre des rapports accablants sur le degré de la corruption en Algérie. Si l'on se réfère, par exemple, aux travaux de l'ONG Transparency International,

---

<sup>394</sup> DJILLALI HADJADJ, « Comment Bouteflika a manipulé le Code des marchés pour «alimenter» la corruption | El Watan », [consulté le 15 mai 2020].

nous trouverons que l'Algérie est classée à la 106e place, sur 180 pays, dans l'Indice de perception de la corruption (IPC) 2019 dans le monde, selon le classement publié le 23 janvier 2020. Interpellé par certains députés, en marge de la présentation du projet de loi modifiant et complétant la loi 06-01 relatif à la prévention et à la lutte contre la corruption devant les membres de l'Assemblée Populaire Nationale (APN), sur l'énième mauvais classement de l'Algérie (105/180 pays) dans l'Indice de perception de la corruption (IPC) 2018, l'ex-ministre de la justice, Garde des Sceaux, Tayeb Louh<sup>395</sup> a affirmé, que "l'Algérie se soumet à la seule évaluation des mécanismes onusiens en matière de lutte contre la corruption et ne se soucie guère des rapports émanant de certaines organisations non gouvernementales (ONG)".

848. Selon cet ex-ministre de la justice, actuellement en détention provisoire pour répondre devant la justice, jadis sous son contrôle, des accusations d'abus de pouvoir et de corruption, les ONG feignent d'ignorer ses réalisations positives dans ce domaine. Cette déclaration est d'autant plus surprenante qu'elle ne peut guère tenir la route face à la vulgarisation, sans précédent, du phénomène de la corruption à travers des marchés juteux et des affaires de corruption dont la dimension dépasse les juridictions nationales (Sous-Section 1).

### ***3.1.2.2.1 Sous-Section 1 : Des contrats couteux et affaires de corruption d'une dimension nationale et internationale.***

849. Le bilan de la corruption est catastrophique : tous les indicateurs institutionnels déterminant l'efficacité économique, (climat des affaires traduit par l'indice "Doing Business", corruption, traduit par l'indice IPC de Transparency International, compétitivité, traduit par l'indice de Davos ...) demeurent dans le rouge, traduisant directement ou indirectement les effets de la corruption

---

<sup>395</sup> Au moment où nous rédigeons ces lignes, Tayeb Louh est toujours placé en détention provisoire pour « abus de fonction, entrave au bon fonctionnement de la justice, incitation à la falsification de procès-verbaux officiels, incitation à la partialité ». L'Office central de répression de la corruption (OCRC) avait alors été chargé d'ouvrir une enquête préliminaire à son encontre, pour des faits à caractère pénal relatifs à la corruption. indiquait un communiqué du procureur général de la Cour, diffusé la veille de sa comparution, le 18 août 2019.

généralisée paralysant la croissance et le développement : une économie désindustrialisée, une facture alimentaire ne cessant de s'accroître, une jeunesse désemparée ne trouvant pas d'emploi, un divorce croissant Etat/citoyens, un déficit budgétaire quasiment insoluble, etc.

850. La corruption dans les marchés publics est sans doute celle qui focalise le plus l'attention dans la mesure où c'est là que les plus gros scandales font l'actualité, et parce qu'elle cause des dommages considérables à l'économie, compte tenu du poids économique considérable que représentent ces marchés dans le pays. Le problème ne réside certainement pas dans le seul mode de passation des marchés publics, notamment dans sa forme la plus décriée, à savoir le gré à gré. Les liens d'allégeance au pouvoir politique en place sont déterminants pour accéder aux juteux marchés publics, que ce soit par la procédure du gré à gré ou par la procédure d'appel d'offres<sup>396</sup>.

851. Le gré à gré tant décrié a subi plusieurs modifications, sans changer vraiment par rapport à ses premières formes : le gré à gré simple, qui s'est malgré tout ancré dans le code des marchés selon l'avis de nombreux juristes, qui affirment par ailleurs, exemples à l'appui, qu'il n'y a pas entre l'appel d'offres et le gré à gré après consultations une différence de nature, mais une simple différence de degré. Aussi, le gré à gré continue d'exister malgré les modifications apportées. Ainsi, tous les changements apportés au code des marchés publics n'ont guère empêché l'usage d'ingénieux montages pour contourner la loi et empêcher les bénéfices de la corruption.

852. L'expérience algérienne en matière de marchés publics tendrait à prouver, à l'instar d'ailleurs d'autres pratiques, que la sacralisation du code des marchés publics n'est qu'une illusion dès lors qu'il est établi que la corruption en matière de

---

<sup>396</sup> KOUIDER BOUTALEB, « La sacralisation du code des marchés publics n'est qu'une illusion. », sur *Journal quotidien EL WATAN* [en ligne], [consulté le 22 mai 2020].

commandes publiques est très largement répandue<sup>397</sup>, aussi bien sur le territoire national (A) qu'au niveau international (B).

### *A. Au niveau national.*

853. Les dérives financières, les affaires de corruption et la dilapidation des deniers publics n'ont pas manqué au cours des vingt dernières années. Que de scandales durant cette période qui a été des plus fastes ! Cependant, cette aisance financière n'a pas profité à la construction d'un pays indépendant de la rente [pétrolière]. L'aisance a plutôt dévié vers la dérive, avant que la crise ne survienne et ne dévoile toute la fragilité de l'économie nationale face à l'ampleur de la corruption et au manque de clairvoyance dans la mise en œuvre des décisions et l'absence de diversification de l'économie.

854. L'évaluation a fortement fait défaut au cours de cette période. Une grande défaillance qui a fini par laisser place aux pratiques illégales et aux détournements. L'Association algérienne de lutte contre la corruption (AALC) a d'ailleurs chiffré entre 50 et 60 milliards de dollars les commissions empochées dans les différents marchés. Pratiquement, aucun secteur n'y a échappé. À commencer par les travaux publics à travers le grand scandale de l'autoroute Est-Ouest, qui "*a avalé*" une facture exorbitante, constituant ainsi un gouffre financier pour une qualité douteuse et à haut risque pour les automobilistes. Ce grand chantier, programmé initialement à 7 milliards de dollars, a coûté au total 13 milliards de dollars, et ce n'est pas encore fini<sup>398</sup>.

855. L'autre exemple nous vient de la Grande Mosquée d'Alger, dont le coût du projet avait été estimé en 2008 à 900 millions de dollars pour une durée de

---

<sup>397</sup> *Ibid.*

<sup>398</sup> SAMIRA IMADALOU, « Algérie. Les gâchis de l'ère Bouteflika », sur *Courrier international* [en ligne], publié le 20 mars 2019, [consulté le 22 mai 2020].

réalisation de quatre ans. Dix ans après, les dépenses ont été multipliées par deux et demi, atteignant les 2,2 milliards de dollars et, là encore, le coût final n'est pas encore connu. C'est dire les surcoûts financiers engendrés par ces projets, au même titre que bien d'autres. Les montants diffèrent d'un cas à un autre, mais le phénomène de la dilapidation s'est bien incrusté dans les mœurs de l'administration et le milieu des affaires. Même au niveau local, les communes n'ont pas fait exception, avec des affaires de détournements impliquant des élus locaux et causant des retards immenses en matière de développement régional.

856. Pour avoir une idée de l'étendue de la corruption sous l'impulsion des marchés de gré à gré qui repose sur la nature néo-patrimoniale de l'Etat, faudrait-il s'intéresser, un tant soit peu, des marchés généreusement octroyés par le Conseil des ministres présidé par le chef de l'Etat et sous son entière responsabilité, juridiquement parlant<sup>399</sup> :

- ✓ Si l'on se réfère au Journal officiel n° 21 du 5 avril 2006, on y découvre un arrêté interministériel, signé conjointement par les ministres des Finances et de la Santé, qui fixe "la liste des produits pharmaceutiques essentiels et vitaux à acquérir selon la procédure de gré à gré après consultation" !
- ✓ Le Conseil des ministres du 9 juillet 2006, présidé par le chef de l'Etat, a donné son feu vert pour le gré à gré dans l'attribution de 3 importants marchés, et ceci dans le prolongement d'un premier contrat de gré à gré décidé par le Conseil des ministres le 30 juillet 2003 portant sur la réalisation du nouveau siège du Conseil constitutionnel ; il est proposé de recourir à la même procédure du gré à gré pour la passation du contrat d'équipement des bureaux en matériels et mobiliers. Lors de ce Conseil

---

<sup>399</sup> DJILLALI HADJADJ, « Comment Bouteflika a manipulé le Code des marchés pour «alimenter» la corruption | El Watan », [consulté le 15 mai 2020].

des ministres, le gré à gré a été aussi décidé pour le nouveau siège de la Cour d'Alger et la gestion du nouvel aéroport international d'Alger ;

- ✓ Un arrêté interministériel signé le 18 décembre 2006 (JO du 25 février 2007) par les ministres des Finances et de la Jeunesse et des Sports, "fixe la liste des prestations et fournitures devant faire l'objet de marchés de gré à gré après consultation au titre des 9es Jeux africains en Algérie". Cet arrêté n'a été rendu public que le 11 mars 2007, date de sa mise en ligne sur le site Web du Journal officiel, soit près de 3 mois après sa signature !
- ✓ Le Journal officiel n°19 du 21 mars 2007, contient l'arrêté interministériel du 17 janvier 2007, fixant la liste des prestations et fournitures devant faire l'objet de marché de gré à gré après consultation, au titre des manifestations et festivals touristiques, arrêté signé par les ministres des Finances et du Tourisme.
- ✓ Le Conseil des ministres du 14 mai 2007 a étendu le gré à gré à la réalisation de prisons, au nombre de 11, et à l'achat de 300 autobus pour le transport des étudiants ! Pour rappel, le même Conseil des ministres avait autorisé ces dernières années d'autres opérations de gré à gré : reconstruction dans la région de Boumerdès après le séisme de 2003 ; marché de l'eau à Alger pour le groupe français Suez ; importations d'équipements médicaux, etc.
- ✓ Le Conseil de gouvernement, lors de sa réunion du 4 mars 2008, a notamment entendu une communication présentée par la ministre de la Culture qui porte sur le marché de gré à gré pour la réalisation d'une salle de spectacle de grande capacité (12 000 places).
- ✓ Le Conseil des ministres tenu ce 23 juillet 2008, sous la présidence du chef de l'Etat, a entendu une communication sur les marchés de gré à

gré simples, conclus pour la réalisation de 25 000 logements sociaux locatifs, destinés à la résorption de l'habitat précaire au niveau de la wilaya d'Alger.

- ✓ Dans le Journal officiel n°5, daté du 21 janvier 2009, figure un arrêté interministériel daté du 28 novembre 2008 et signé par les ministres des Finances et de la Culture, autorisant le gré à gré pour les marchés publics propres au Festival culturel panafricain 2009 d'Alger ! Autant dire que pour les entreprises — "heureuses élues" pour se partager un pactole de plusieurs centaines de milliards de centimes —, les longueurs d'avance sont considérables, au détriment d'autres entreprises moins chanceuses et probablement «mieux-disantes » si les règles d'une saine concurrence avaient été respectées pour l'attribution de ces marchés.
  
- ✓ Le 26 décembre 2012, le Conseil des Ministres a examiné et adopté un décret présidentiel modifiant et complétant le décret présidentiel n°10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics. Selon le communiqué officiel de cette réunion, les facilitations procédurales apportées par ce projet de texte permettront aux dirigeants d'entreprises publiques économiques d'évoluer dans un environnement favorable et de mieux assurer les charges qui leur incombent avec un maximum de garanties d'efficacité. Le Conseil des Ministres a entendu une communication et donné son accord pour la conclusion d'un marché de gré à gré simple entre l'agence nationale d'études et de suivi de la réalisation des investissements ferroviaires (ANESRIF) et le groupement constitué d'entreprises et de bureau d'études publics (COSIDER TP/chef de file, INFRARAIL, COSIDER OA, SAPTA et SEROR) pour la réalisation du tronçon ferroviaire de 40 km (Boughezoul/Ksar El Boukhari) de la nouvelle ligne électrifiée reliant Djelfa à la Rocade Nord.

- ✓ Le Conseil des Ministres a entendu, dans sa réunion du 29 septembre 2013, des communications portant sur la conclusion, sous la formule du gré à gré simple, de plusieurs projets de marchés publics relatifs à la réalisation d'infrastructures et d'équipements publics, sans pour autant donner davantage de détails sur ces marchés.
  
- ✓ Le 21 mai 2014, le Conseil des Ministres a examiné et approuvé une série de projets de marchés en gré à gré simple concernant respectivement ce qui suit : La réalisation des études d'exécution et des travaux de voirie et réseaux de la ville nouvelle de Hassi Messaoud ainsi que de sa zone d'activités logistiques ; La réalisation du contournement de la ville de Chercell par une voie rapide de 17 kilomètres ; La réalisation d'un stade de football de 50.000 places à Constantine ; La réalisation d'infrastructures complémentaires au Complexe sportif d'Oran, dont notamment, un complexe nautique, une salle de sports de 6000 places, et un vélodrome ; La réalisation de plus de 10.000 logements publics locatifs répartis, à travers les wilayas de Bejaia, Boumerdès, Blida, Sidi Bel Abbès et Mascara et ; La réalisation de 10.000 logements en location-vente, répartis à travers les wilayas de Blida, Sétif, et Boumerdès.
  
- ✓ Le 26 août 2014, le Conseil des ministres a donné son accord à des projets de marchés publics en procédure de gré à gré simple concernant les secteurs des ressources en eau, les travaux publics, l'habitat, l'enseignement supérieur et les sports, dont un stade couvert de 50 000 places à Sétif.
  
- ✓ Le Conseil des ministres du 24 mai 2015 a examiné et approuvé un projet de contrat en gré à gré simple pour l'étude et la réalisation de 5.000 logements de location-vente, au niveau de la nouvelle ville de Sidi Abdallah, dans la wilaya d'Alger. Ce contrat pour 5.000 logements sera

signé entre l'AADL et une entreprise turque de construction, sans préciser laquelle.

- ✓ Le 31 mai 2016, le Conseil des Ministres a examiné et avalisé un projet de contrat en gré à gré simple, pour le parachèvement des travaux de viabilisation de la nouvelle ville de Sidi Abdallah. D'un montant de 39,1 milliards DA, ce contrat sera conclu entre le ministère chargé de l'Habitat et un groupement de sociétés publiques conduit par l'entreprise COSIDER.
  
- ✓ Dans ses travaux du 26 juillet 2016, le Conseil des ministres a approuvé la conclusion d'un marché en gré à gré entre l'OPGI de la wilaya de Blida et l'entreprise "Atlas Génie Civil Compagny" pour la réalisation de 4.400 logements sociaux dans la commune de Meftah. Ce contrat est d'un montant de 12 milliards de DA environ, alors que la durée de réalisation est fixée à 48 mois. Le Conseil des ministres a également approuvé la conclusion d'un marché en gré à gré pour une première tranche de dédoublement de la voie ferrée minière à l'Est du pays entre l'Agence nationale ANESRIF et un Groupement d'entreprises publiques nationales conduits par la société COSIDER. Le coût en est de 50,6 milliards de DA et la durée de réalisation de 48 mois.
  
- ✓ Le 28 décembre 2016, le Conseil des ministres a également, examiné et approuvé une communication du ministre des Transports et des Travaux publics portant sur une réévaluation de l'autorisation de programme pour la réalisation d'une pénétrante autoroutière vers le port d'Oran. Cet ouvrage désengorgera le trafic autour de la ville d'Oran et, notamment la zone portuaire. Sa réalisation est déjà engagée par un groupement associant l'entreprise publique "ENGOA" et l'entreprise turque "MAKYO", réévaluation chiffrée à 40 milliards DA.

- ✓ Le 6 septembre 2017, le Conseil des ministres a entendu et approuvé une communication du ministre de l'Habitat, de l'Urbanisme et de la Ville, relative à cinq contrats en gré à gré simple portant réalisation de 22.900 logements de type location-vente. Pas de précision officielle sur le montant de ce contrat gré à gré, ni sur les délais de réalisation, ni sur les entreprises étrangères à qui sont confiés ces contrats.

857. Ce recours récurrent et abusif à la procédure du gré à gré n'a pas tardé à livrer tous ses secrets à travers des procès judiciaires retentissants incriminant le comportement despotique de certains acteurs de la vie économique, en connivence avec des acteurs politiques. Ces procès aussi complexes que vertigineux vont au-delà du propos de notre présente thèse, mais il nous semble cependant nécessaire de nous arrêter sur certaines affaires de corruption, liées aux marchés publics, que les spécialistes considèrent comme les plus scandaleuses :

- ✓ **L'affaire Khalifa :**

858. En février 2006, s'est tenu le procès du plus grand scandale financier qu'ait connu l'Algérie, et aura marqué le monde par son ampleur. L'affaire impliquant Abdelmoumen Rafik Khalifa, patron du groupe éponyme, est survenue à la fin des années 2002. Ce dernier avait alors été accusé de corruption, prévarication et de dilapidation de biens publics. Son groupe était parvenu à diversifier ses activités et à une croissance incroyable en quelques années grâce au recours à des manigances financières, rendues possibles à cause d'un manque de vigilance des autorités publiques.

859. En novembre 2002, une mission d'information est lancée par le ministère des finances et la Banque d'Algérie pour mettre fin à l'opacité des comptes du Groupe Khalifa. Mais c'est seulement en février 2003, que l'ampleur de cette affaire de corruption commence alors à être dévoilée par la presse. Le scandale éclabousse

alors Rafik Khalifa, et par la même occasion l'Algérie. Le préjudice du scandale du groupe Khalifa avait alors été évalué par certains à plus de 3 milliards de dollars<sup>400</sup>.

La Cour suprême a par ailleurs ordonné, en juillet 2019, le réexamen de cette affaire

#### ✓ **Autoroute Est-Ouest :**

860. L'affaire de l'autoroute Est-Ouest a également mis à mal l'image de l'Etat algérien. Une enquête menée par les autorités algériennes dévoilera toute une organisation où la corruption est maîtresse. Les soupçons sont portés sur les personnes influentes accusées d'avoir favorisé un consortium chinois, Citic-CRCC, dans l'appel à projets, en échange de commissions tournant autour de 530 millions de dollars. De nombreux hommes d'affaires algériens et étrangers, des hauts cadres de l'Etat, des ministres et des officiers de l'armée, sont alors impliqués dans ce gigantesque scandale. Quinze (15) personnes et 7 entreprises étrangères étaient impliquées dans cette affaire dont le procès a été tenu après deux reports et une tentative de la défense de le requalifier, en 2014, en correctionnelle. Une demande rejetée par la Cour suprême qui a confirmé que cette affaire devait être traitée par le tribunal criminel d'Alger. Une amende de 5 millions de DA a été infligée à chacune des 7 entreprises étrangères impliquées dans cette affaire: Citic Crcc (Chine), Cojaal (Japon), Pizarroti et Caraventa (Suisse), Isolux Corsan (Espagne), SMIN (Canada) et COBA du Portugal.

Plusieurs ministres ont été cités, dans cette affaire, dont l'ancien ministre des transports et des travaux publics, Amar Ghoul. Ce dernier qui était ministre des transports au moment de l'ouverture du procès, a répondu par écrit à des questions transmises par le président du tribunal. Cependant, entre-temps la révolution citoyenne est passée par-là et ce dernier, qui était longtemps intouchable, a fini par être placé sous mandat de dépôt, après avoir été auditionné par le conseiller enquêteur près de la Cour suprême. Le parquet de la Cour suprême a communiqué,

---

<sup>400</sup> Source Algérie Focus du 19 février 2013, <https://www.algerie-focus.com/corruption-ces-scandales-qui-ont-indigne-les-algeriens/>

le même jour, les charges retenues contre lui, à savoir conflit d'intérêts, gaspillage de l'argent public, abus de fonction délibéré par un agent en fonction en violation des lois et réglementations en vigueur et corruption dans le domaine des transactions publiques<sup>401</sup>.

✓ **Algérie Télécom :**

861. L'entreprise publique de télécom a également eu le droit à son affaire de corruption. Entre 2003 et 2006, une enquête avait révélé que des cadres influents avaient perçu des pots-de-vin au Luxembourg en relation avec des transactions douteuses conclues par Algérie Télécom et les deux sociétés chinoises ZTE Algérie et HUAWEI Algérie.

Ces deux entreprises avaient versé en contrepartie de ces transactions avec Algérie Télécom des "commissions" au profit de deux sociétés de consulting appartenant à des individus, condamnés par la justice dans cette affaire, dans des comptes "offshore" ouverts au Luxembourg<sup>402</sup>.

✓ **Sonatrach :**

862. Affaires Sonatrach 1 et Sonatrach 2, l'entreprise nationale d'hydrocarbures n'a cessé de faire parler d'elle, à travers divers épisodes, dans lesquels corruption et malversations ont joué les premiers rôles. En janvier 2010, le premier scandale éclate au sein du groupe pétrolier. Des contrats entre Sonatrach et la société algéro-française d'ingénierie Safir, auraient présenté des irrégularités. L'attribution de plusieurs marchés aurait été biaisée par le versement de certaines commissions, lors

---

<sup>401</sup> Ibid

<sup>402</sup> Ibid

de la signature de contrats entre 2007 et 2008. Ce scandale provoquera surtout le départ de Chakib Khelil, ancien ministre de l'énergie et des mines.

Et voilà que l'histoire se répète, Sonatrach se retrouve mêlée à une sombre histoire de corruption avec les entreprises italiennes ENI et Saipem. Le parquet de Milan a lancé les premières investigations, puis le parquet d'Alger a suivi en ouvrant récemment une instruction judiciaire de son côté. Les premiers éléments de l'enquête indiqueraient qu'une commission occulte de 197 millions d'euros aurait été versée, via un intermédiaire, à de hauts responsables algériens, afin que les entreprises italiennes obtiennent un juteux marché d'une valeur de 11 milliards de dollars. Plusieurs personnes seraient impliquées dont des personnalités publiques. On évoque notamment Chakib Khelil, déjà cité dans la précédente affaire<sup>403</sup>.

863. Plusieurs autres scandales ont défrayé la chronique : SNC Lavalin, BRC, ANBT et de la cession de l'entreprise Batigec. Pendant devant les tribunaux, ces dossiers sont l'illustration parfaite de la rapine et la corruption. Tout porte à le croire, si elles s'avèrent juridiquement fondées, les enquêtes ordonnées par le parquet d'Alger, notamment pour "corruption", les plus puissants d'Algérie et les mieux installés dans l'appareil de l'Etat, ne devraient pas passer sans conséquences judiciaires exemplaires. Car bien des enquêtes sur de non moins retentissants scandales politico-financiers avaient, par le passé récent et lointain, été ouvertes sans jamais aboutir, les personnes mises en cause entretenant souvent des liens étroits avec les cercles rapprochés du pouvoir.

864. Les pratiques coupables d'une certaine gestion sans frontières avérée, posent une question prioritaire sur l'ineffectivité dangereuse des normes juridiques dans notre pays. Ceci est d'autant plus vrai que ni les conventions internationales, ni les recommandations de la loi type de la CNUDCI, ni la réglementation des marchés publics, ni l'arsenal juridique de lutte contre la corruption, ni les organes de lutte

---

<sup>403</sup> Ibid

contre la corruption n'ont pu ne serait-ce tempérer le degré de propagation de cette pratique subversive dont l'écho a dépassé les frontières nationales (B).

***B. Au niveau international : Affaires jugées par des juridictions étrangères.***

865. La grande corruption, nourrie pour la plus grande part par la corruption internationale, se trouve au cœur de la vie économique et politique de l'Algérie, et les scandales à ce propos sont légion. Dépassant les frontières des juridictions nationales, des affaires de corruption impliquant des parties étrangères ont éclaté au grand jour un peu partout dans le monde<sup>404</sup>.

866. Se sentant concernées par les scandales de corruption de par notamment l'implication potentielle de leurs ressortissants, personnes morales ou physiques, des juridictions étrangères se sont saisies de certaines affaires de corruption afférentes aux marchés publics conclus en Algérie. En France, au Canada ou aux États-Unis, les scandales étaient tellement gigantesques que la judiciarisation de ces affaires n'est pas passée inaperçue.

✓ **Affaire Egis Avia, en France :**

867. Le Parquet national financier (PNF) du tribunal de Paris en France a condamné, le mardi 10 décembre 2019, la société française d'ingénierie Egis Avia à verser une amende de 2,6 millions d'euros. Egis Avia est poursuivie pour des faits de "corruption d'agent public étranger" dans le cadre d'un marché de quatre millions d'euros conclu en 2008 pour la modernisation et l'équipement de l'aérogare d'Oran en Algérie.

---

<sup>404</sup> DJILLALI HADJADJ, « L'État néo-patrimonial est une sorte d'État avorté et la corruption lui est consubstantielle | El Watan », publié le 19 mai 2020, [consulté le 19 mai 2020].

L'enquête a été ouverte en 2011 sur la base d'un contrat de près de quatre millions d'euros signé par l'entreprise française avec une société de consulting ayant servi à payer des pots-de-vin à plusieurs intermédiaires algériens. Au cœur des soupçons : un contrat de quelque 390.000 euros signé avec une société de consultant domiciliée dans les Iles vierges britanniques, accusé d'avoir servi à rémunérer frauduleusement plusieurs intermédiaires algériens. Dans le cadre de l'investigation, les enquêteurs ont repéré plusieurs versements en espèce destinés à un fils d'un ancien puissant ministre de l'ère Bouteflika.

Il faut souligner que l'entreprise française, Egis Avia a accepté de payer cette amende de 2,6 millions d'euros pour mettre fin aux poursuites judiciaires engagées à son encontre. Le procureur financier chargé de l'affaire, Jean-Philippe Navarre, a déclaré à l'issue de cette transaction que "le montant de l'amende a été défini en toute transparence et de manière contradictoire, devant le magistrat instructeur", d'autant plus que la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), introduite par la loi Sapin II en 2016, permet à une entreprise poursuivie pour corruption ou blanchiment de fraude fiscale de négocier une amende sans aller en procès ni passer par une procédure de "plaider coupable".

La Convention judiciaire d'intérêt public conclue entre Egis Aviac et le Parquet National Financier ne bénéficie qu'à cette société française qui a plaidé coupable. Les autres parties incriminées, notamment les intermédiaires algériens, n'en bénéficient donc pas et une information judiciaire est toujours en cours sous l'égide d'un juge d'instruction parisien, concernant les personnes impliquées dans cette affaire de corruption en Algérie.

#### ✓ **Affaire SNC Lavalin, Canada :**

868. La firme canadienne SNC Lavalin a été citée dans une affaire de corruption en rapport avec ses projets en Algérie. En effet, SNC Lavalin aurait versé un "paiement douteux de 7,5 millions de dollars à destination de l'Algérie". C'est ce qu'il ressorte a priori des documents présentés lors du procès de l'ancien vice-président de la

SNC, lesquels mentionnent le transfert de 7.5 millions de dollars à destination de l'Algérie.

L'enquête a révélé que cette somme a été transmise au compte d'une compagnie coquille dont l'adresse est au Panama pour servir à "rémunérer secrètement deux cadres de SNC-Lavalin en Algérie. Il faut rappeler que l'un des cadres<sup>405</sup> incriminés a été reconnu coupable, début janvier 2020, de cinq chefs d'inculpation. Entre autres de fraude et de corruption en relation avec le versement de pots-de-vin en Algérie. L'argent qui lui avait été fourni par SNC-Lavalin pour le versement des pots-de-vin en Algérie, précisent les documents sur lesquelles il a été condamné.

✓ **Affaire des ex-cadres de la société de consulting pétrolier Unaoil (basée à Monaco), jugé aux USA :**

869. Les ex-dirigeants de la société de consulting pétrolier basée à Monaco Unaoil ont plaidé coupable d'avoir versé des millions de dollars en pots-de-vin à des responsables politiques dans plusieurs pays d'Afrique et du Moyen-Orient dont l'Algérie entre 1999 et 2016, a annoncé, le mercredi 30 octobre 2019, le département de la Justice américain<sup>406</sup>.

Cyrus et Saman Ahsani, deux citoyens britanniques d'origine iranienne, ont plaidé coupable d'avoir conspiré pour faciliter des pots-de-vin pour garantir l'obtention de contrats pétroliers et gaziers dans plusieurs pays dont l'Algérie. Les deux hommes ont plaidé coupable en mars 2019 mais l'annonce n'a été effectuée quelques mois plus tard par le département de la Justice. Entre 1999 et 2016 environ, les Ahsanis ont conspiré avec d'autres, y compris de nombreuses entreprises et particuliers, pour verser des millions de dollars en pots-de-vin à des

---

<sup>405</sup> Sami Bebawi, ex cadre de SNC LAVALIN, a été condamné à une peine de 8 ans et demi de détention, au début janvier 2020, au palais de justice de Montréal, pour avoir orchestré un stratagème de fraude et de corruption en Libye et en Algérie.

<sup>406</sup> « Oil Executives Plead Guilty for Roles in Bribery Scheme Involving Foreign Officials », publié le 30 octobre 2019, [consulté le 23 mai 2020].

responsables gouvernementaux en Algérie et en d'autres pays, indique le département de la Justice des Etats-Unis dans son communiqué<sup>407</sup>.

La justice américaine indique également que Cyrus et Saman Ahsani ont blanchi le produit de leur stratagème de corruption afin de les promouvoir, de les dissimuler et de provoquer la destruction d'éléments de preuve afin de faire obstruction aux enquêtes aux États-Unis et ailleurs.

Le département de la Justice américaine qui a mis en valeur l'assistance, active et importante, fournie par certains gouvernements (Australie, Canada, France, Guernesey, Italie, Monaco, Pays-Bas, Portugal, Suisse et Royaume-Uni) pour élucider les tenants et aboutissants de cette affaire, n'a pas évoqué la moindre contribution de l'Algérie dans le cadre de l'instruction de cette enquête.

870. Révélée en avril 2016 par le journal australien *The Age* et la version américaine du *HuffPost*, le "scandale Unaoil" avait mis en lumière un vaste réseau de corruption au centre duquel se trouve une compagnie intermédiaire Unaoil, basée à Monaco et dont faisaient partie les responsables de grandes compagnies de l'industrie des hydrocarbures dont Halliburton, Leighton Holdings, Petrofac, FMC Technologies, Eni et Saipem. L'enquête des deux médias avait notamment révélé que des hauts dirigeants non identifiés de la compagnie pétrolière nationale Sonatrach ont perçu des pots-de-vin pour faciliter l'obtention du contrat de 600 millions de dollars pour rénover la raffinerie d'Arzew, accordé à Hyundai en 2008, ainsi que celui de la modernisation de la raffinerie de Skikda, accordé à Samsung en 2009 pour une valeur de 1,2 milliards de dollars<sup>408</sup>.

L'on peut ainsi déduire que la corruption est un phénomène qui n'a pas de frontière dans la mesure où il touche tous les pays, en tachant de saper les institutions démocratiques et ralentir le développement économique. Tout le monde a donc

---

<sup>407</sup> *Ibid.*

<sup>408</sup> BENALI Arezki, « Corruption », sur *Algerie Eco* [en ligne], publié le 31 octobre 2019, [consulté le 23 mai 2020].

intérêt à lutter contre la corruption parce qu'il s'agit de créer une conscience internationale par rapport à cette question. C'est ainsi que la question cruciale de la lutte contre la corruption en Algérie se trouve impulsée par les organisations internationales, la CNUDCI entre autres (Sous-Section 2).

### **3.1.2.2.2      *Sous-Section 2 : La lutte contre la corruption sous l'impulsion des recommandations de la CNUDCI et autres organisations internationales.***

871. La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, a placé la lutte contre la corruption au cœur de ses préoccupations. Ceci est d'autant plus vrai que l'article 15 offre une garantie importante contre la corruption à travers l'obligation de rejet d'une offre, d'une proposition ou d'un prix, si le fournisseur ou l'entrepreneur tente d'exercer abusivement une influence sur l'entité adjudicatrice. De plus, au sens de cette loi, les règlements en matière de passation des marchés devraient aussi prévoir des outils de gestion, des structures et des garanties procédurales pour l'utilisation des méthodes de passation supposant une interaction avec le marché, aux fins notamment d'empêcher les abus ou la corruption. À cet égard, les règlements en matière de passation des marchés doivent se conformer aux obligations internationales de l'État adoptant, notamment celles qui découlent de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Force est de constater d'ailleurs que la loi type de la CNUDCI renvoie régulièrement à cette convention à chaque fois que la corruption ou l'une de ses formes sont évoquées.

872. Les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir la transparence et l'objectivité et, partant, à réduire la corruption, même si l'on ne saurait espérer qu'une loi sur les marchés suffira à éliminer complètement ces pratiques abusives. Toutefois, l'État devrait disposer en général d'un système efficace de sanction contre la corruption de fonctionnaires, y compris les agents des entités adjudicatrices, et de fournisseurs et d'entrepreneurs, système qui s'appliquerait aussi à la procédure de passation des marchés.

**873.** Pour répondre à cette recommandation de la loi type de la CNUDCI, et tenant compte de l'évolution du concept de corruption et la répercussion de sa menace, l'Algérie n'a pas trouvé mieux pour améliorer l'efficacité de son système contre la corruption que d'accélérer son adhésion aux différents efforts de la communauté internationale contre la corruption, notamment :

- ✓ La convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 15 novembre 2000, entrée en vigueur le 29 septembre 2003 et ratifiée par Décret présidentiel n° 02-55 du 05/02/2002 ;
- ✓ La convention des Nations-Unies contre la corruption adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 31 octobre 2003, entrée en vigueur le 04 décembre 2005 et ratifiée par décret présidentiel n° 04-128 du 19/04/2004 ;
- ✓ La convention de l'Union Africaine de prévention et lutte contre la corruption adoptée par la 2ème session ordinaire de la conférence de l'Union Africaine à Maputo le 11 juillet 2003, entrée en vigueur le 5 Août 2006 et ratifiée par Décret présidentiel n° 06-137 du 10/04/2006 ;
- ✓ La convention arabe contre la corruption adoptée au Caire le 21 décembre 2010 et ratifiée par Décret présidentiel n°14-249 du 8 septembre 2014.

Ajouter à cela, l'intensification et participation de l'Algérie aux organes de l'OCDE et son adhésion à ses instruments juridiques qui visent à soutenir le pays dans la mise en œuvre de son programme de réformes dans trois domaines stratégiques : la compétitivité, la gouvernance publique et l'inclusion sociale.

**874.** L'Algérie a donc adhéré à toutes les conventions internationales multilatérales de lutte contre la corruption et a intégré toutes les recommandations de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sur la transparence des

procédures, sans que cela ne puisse endiguer ce phénomène qui, bien au contraire, ne cesse de prendre de gangréner l'économie algérienne.

875. L'ampleur, de plus en plus grandissante, de la corruption n'a pas manqué d'attirer toute l'attention des institutions internationales qui, tantôt à travers des recommandations génériques, tantôt à travers des rapports spécifiques, ont alerté les autorités algériennes sur la gravité des conséquences de ce fléau et les mesures idoines à son éradication. Le propos de notre thèse étant développé sous le prisme de l'influence des standards internationaux et les recommandations des institutions internationales sur la réglementation algérienne des marchés publics, il conviendrait alors de s'atteler plus profondément sur les recommandations de l'OCDE (Examen de l'OCDE sur la gouvernance publique pour une revue du système de passation des marchés publics en Algérie) (A) et la Convention des Nations Unies Contre la Corruption (CNUCC) (B).

***A. Examen de l'OCDE sur la gouvernance publique pour une revue du système de passation des marchés publics en Algérie.***

876. Les actes d'atteinte à l'intégrité ont des coûts directs et indirects non négligeables, en particulier dans le domaine des marchés publics. Ils entraînent un gaspillage des ressources publiques, creusent les inégalités économiques et sociales, alimentent le mécontentement et la polarisation politique et réduisent la confiance à l'égard des institutions. Selon la Commission européenne, le coût de la corruption dans les marchés publics peut atteindre 20 à 25 % de la valeur des contrats<sup>409</sup>. Les coûts directs incluent des prix plus importants des biens, services et travaux, de qualité inférieure, ou encore des marchés non exécutés (prestations ou livraisons non réalisées). Les coûts indirects, quant à eux, sont liés à la distorsion de la concurrence, l'accès limité aux marchés, la réduction de l'appétit des

---

<sup>409</sup> Commission Européenne, 2014[5]

investisseurs étrangers et une perte de confiance des citoyens dans leurs gouvernements, ce qui a des conséquences sur la croissance économique<sup>410</sup>.

877. L'Algérie a adopté en septembre 2015 un nouveau décret portant réglementation des marchés publics et délégations de service public : le décret n°15-247 paru au journal officiel du 20 septembre 2015, et a mandaté l'OCDE, dans le cadre d'un partenariat avec la commission européenne, pour l'accompagner notamment dans la mise en place du dispositif adéquat pour limiter les actes d'atteinte à l'intégrité et la transparence de procédure.

878. Le gouvernement algérien représenté par le ministère des Finances a demandé en 2017 le soutien de l'OCDE afin d'apporter un diagnostic complet du système de passation des marchés publics. Ce diagnostic a pour but d'aider les gouvernements à concevoir et mettre en place des politiques stratégiques basées sur des bonnes pratiques internationales tout en prenant en considération le contexte de chaque pays. Cette « Revue du système de passation des marchés publics en Algérie, Vers un système efficient, ouvert et inclusif » identifie les forces et les faiblesses du système algérien et propose des recommandations sur mesure.

879. Il est attendu principalement de cette mission, l'analyse du système de passation des marchés par rapport à la recommandation de l'OCDE sur les marchés publics et aux bonnes pratiques internationales. Cette évaluation prendra la forme d'une revue du système de passation des marchés publics en Algérie et se focalisera plus particulièrement sur les aspects liés à l'accès, la transparence, l'intégrité, l'efficacité et l'évaluation, la réalisation d'objectifs de politiques publiques grâce aux marchés publics.

---

<sup>410</sup> « OCDE (2019), Revue du système de passation des marchés publics en Algérie : Vers un système efficient, ouvert et inclusif, Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/49802cd0-fr>. », [consulté le 8 février 2020].

880. Le Conseil de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a publié, en date du 26 novembre 2019, son rapport intitulé : "Revue du système de passation des marchés publics en Algérie - vers un système efficient, ouvert et inclusif". Comme il fallait bien s'y attendre, la lutte contre la corruption évoquée et ressassée dans ce rapport tant et si bien qu'il est facile de déduire qu'elle constitue l'une des préoccupations majeures de cette organisation.
881. Dans son rapport, le conseil de l'OCDE évoque d'emblée la nécessité de la révision du système d'exclusion et d'exceptions aux appels d'offres ouverts dans la mesure où les pays où les systèmes de marchés publics sont plus transparents et où les exceptions aux appels d'offres ouverts sont strictement délimitées dans le cadre réglementaire et dûment justifiées, connaissent une participation plus active des opérateurs économiques aux marchés publics<sup>411</sup>.
882. Le conseil de l'OCDE estime ainsi que les procédures concurrentielles devraient constituer la norme, afin que la passation de marchés publics soit au service des gains d'efficience, de la lutte contre la corruption et de la concurrence. Lorsque certaines circonstances justifieraient le recours à des procédures moins concurrentielles que l'appel d'offres ouvert, elles doivent être prévues dans les cadres réglementaires et devraient être limitées, prédéfinies et dûment justifiées, et elles devraient faire l'objet d'une surveillance adaptée qui tiendrait compte du risque accru de corruption, y compris de la part de fournisseurs étrangers<sup>412</sup>.
883. L'on peut également retenir dudit document que l'efficience du système de passation de marchés publics en Algérie passe nécessairement par le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics d'une manière à contribuer à une gestion

---

<sup>411</sup> *Ibid.*

<sup>412</sup> *Ibid.*

efficace et efficiente des ressources publiques et, par là même, de l'argent des contribuables.

884. L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques souligne encore que la passation des marchés publics, qui représentent près de 12 % du produit intérieur brut (PIB) dans les pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et plus de 20 % du PIB en Algérie, est l'une des activités gouvernementales les plus vulnérables aux risques, notamment les risques de corruption et d'atteinte à l'intégrité. Ces risques s'expliquent par les volumes financiers en jeu, la complexité des procédures ainsi que l'interaction et le contact étroit entre les secteurs publics et privés. Ce faisant, préserver l'intégrité et gérer efficacement les différents risques liés aux marchés publics constituent des éléments essentiels pour assurer la bonne gestion des deniers publics, mais également le bon fonctionnement du système dans son ensemble<sup>413</sup>.

885. L'atteinte à l'intégrité dans les marchés publics peut prendre différentes formes, y compris la corruption d'agents de la fonction publique impliqués dans le processus d'attribution des marchés publics, le détournement des fonds, l'influence indue dans l'évaluation des besoins, ou encore la fraude dans l'évaluation des soumissions ou la facturation. La recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics promeut une utilisation stratégique et globale des achats publics en soulignant douze principes intégrés parmi lesquels l'intégrité constitue un élément clé :

*" Le Conseil RECOMMANDE que les Adhérents préservent l'intégrité du système de passation des marchés publics à travers des normes générales et des mesures de protection propres à ces marchés. À cet effet, les Adhérents devraient :*

---

<sup>413</sup> *Ibid.*

- i) *Exiger un niveau élevé d'intégrité de la part de tous les acteurs du cycle de passation des marchés publics.*
- ii) *Mettre en place des outils d'ordre général visant à assurer l'intégrité au sein du secteur public et les adapter, au besoin, aux risques spécifiques du cycle de passation des marchés publics.*
- iii) *Mettre en place des programmes de formation en matière d'intégrité à destination des agents publics et privés chargés de la passation de marchés, [...].*
- iv) *iv) Formuler des exigences en matière de dispositifs de contrôle interne, de mesures de conformité et programmes anti-corruption pour les fournisseurs, en prévoyant un suivi adapté"<sup>414</sup>.*

886. La Recommandation du Conseil de l'OCDE sur l'intégrité publique souligne par ailleurs la nécessité de se focaliser sur des politiques ad hoc mais également d'adopter une approche globale, basée sur l'évaluation des risques et visant à cultiver une culture de l'intégrité dans la société. Tout en menant des actions pour détecter, enquêter et sanctionner les actes de corruption et autres cas d'atteinte à l'intégrité, il est essentiel dans un premier temps d'entreprendre des actions de prévention plus approfondies afin de résoudre les faiblesses systémiques et institutionnelles qui ouvrent la voie à des actes de corruption ou d'autres pratiques contraires à l'éthique<sup>415</sup>.

887. En Algérie, sous l'influence des dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, l'intégrité dans les marchés publics est soulignée

---

<sup>414</sup> *Ibid.*

<sup>415</sup> *Ibid.*

comme un élément essentiel dans le cadre réglementaire, notamment la loi n° 06-01 qui définit les principes d'intégrité et de lutte contre la corruption applicables aux marchés publics et à la gestion des finances publiques et le décret présidentiel n°15-247 de 2015 qui consacre une section entière à la lutte contre la corruption dans les marchés publics et énonce des mécanismes et des outils afin d'y parvenir. Cependant, selon des observateurs internationaux, la corruption continue à être un problème qui affecte l'environnement des affaires en Algérie. L'OCDE a d'ailleurs fait référence, dans son rapport de 2019, aux indices de perception de corruption publiés par Transparency International, nonobstant le fait que cette organisation non-gouvernementale n'est pas reconnue en Algérie. Le conseil de l'OCDE estime à juste titre que le niveau de corruption perçue en Algérie et dans des pays d'Afrique du Nord est supérieur à celui observé dans les pays membres de l'OCDE<sup>416</sup>.

888. Selon le rapport publié 2019, l'OCDE estime que l'Algérie gagnerait mieux à développer une stratégie nationale et clarifier les standards d'intégrité dans les marchés publics. Dans ce cadre, elle recommande de :

*"Développer une approche stratégique :*

*i) en fixant des objectifs et des priorités stratégiques pour le système d'intégrité publique qui reposent sur une approche des violations des normes d'intégrité publique axée sur les risques, et tenant compte des facteurs qui jouent un rôle dans l'efficacité des politiques d'intégrité publique ; et,*

*ii) en élaborant des éléments de référence et des indicateurs, et en recueillant des données fiables et pertinentes sur le niveau de mise en œuvre, de performance et d'efficacité générale du système d'intégrité publique "<sup>417</sup>.*

889. Il est, par ailleurs, primordial, selon la CNUDCI, de développer et mettre en œuvre une stratégie pour préserver l'intégrité dans les marchés publics. Bien que

---

<sup>416</sup> *Ibid.*

<sup>417</sup> *Ibid.*

les politiques de lutte contre la corruption en Algérie reconnaissent les marchés publics comme un domaine à haut risque, elles se focalisent principalement sur les mesures pour détecter et sanctionner les atteintes à l'intégrité, notamment la corruption, sans établir de vision nationale avec des objectifs à atteindre pour la promotion d'une culture d'intégrité fondée sur les valeurs et des normes d'intégrité dans le secteur public – y compris dans les marchés publics. Cette approche fondée sur les sanctions peut empêcher des actes de corruption en créant un environnement de crainte, sauf que les expériences menées dans de nombreux pays ont montré que les approches basées sur les sanctions doivent être accompagnées d'une approche globale de promotion des valeurs d'intégrité, de transparence et de responsabilité afin de permettre d'établir une vision nationale porteuse d'incitations positives à se conformer aux valeurs d'intégrité pour les agents publics et le secteur privé. L'Algérie gagnerait donc à développer une stratégie qui définisse une vision nationale avec des objectifs clairs, basés sur les normes d'intégrité, en prenant en compte les domaines à haut risque tels que les marchés publics. Par ailleurs, ces stratégies devraient refléter les engagements internationaux du pays en la matière.

890. La lutte contre la corruption nécessite une approche globale et concertée, pour cela, L'OCDE recommande au gouvernement algérien d'adopter l'une de ces deux approches :

- i) *Soit, développer une stratégie spécifique pour préserver l'intégrité dans les marchés publics qui découlerait d'une stratégie nationale ; ou,*
- ii) *développer une stratégie nationale qui prend en compte les spécificités des risques inhérents aux marchés publics. Dans les deux cas, la stratégie devrait mettre l'accent sur les défis actuels et les actions spécifiques à mener.*

891. Enfin, le conseil de l'OCDE estime que l'Algérie gagnerait à impliquer l'ensemble des parties prenantes pour le développement de la stratégie

d'amélioration de l'intégrité et de lutte contre la corruption, y compris dans le domaine des marchés publics. Touchant le fond du problème, cette institution juge que les politiques de lutte contre la corruption doivent cibler les groupes d'intérêt qui tentent d'influencer les processus de prise de décision. Les institutions en charge de la lutte contre la corruption doivent donc être protégées de toute influence politique indue, en particulier lors de changements de gouvernement<sup>418</sup>.

892. L'OCDE a conclu son rapport par une série de recommandations dont le lien commun est leur lien direct avec la transparence des procédures, l'intégrité et la lutte contre la corruption. Les principales recommandations se résument à :

- ✓ Revoir les systèmes d'exceptions qui justifient le non-recours aux appels d'offres, et à encadrer davantage les procédures de passation des marchés des entités non soumises au code des marchés publics, telles que les entreprises publiques économiques, et ce afin d'assurer le bon fonctionnement du système et la cohérence de son cadre réglementaire et institutionnel et pour améliorer l'accès aux marchés publics.
- ✓ Déployer progressivement un système électronique de passation des marchés publics qui permettrait d'améliorer la transparence et de collecter les données visant à évaluer la performance du système, d'une manière à ce que les obligations de transparence couvrent tout le cycle de passation des marchés publics.
- ✓ Adopter une stratégie d'intégrité publique avec des objectifs clairs à atteindre, en prenant en compte les spécificités des risques inhérents aux marchés publics.

---

<sup>418</sup> *Ibid.*

- ✓ Adopter un code d'éthique et de déontologie pour les agents publics impliqués dans les marchés publics, et ce afin d'assurer des normes d'intégrité communes en matière de marchés publics.
- ✓ Accroître l'efficacité du système de contrôles appliqués aux marchés publics en établissant un système effectif.

893. D'aucuns ignorent que, en 2017, c'est le gouvernement algérien qui avait sollicité officiellement, par le biais de son Ministre chargé des Finances, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) afin de faire un diagnostic complet du système de passation des marchés publics. De ce fait, il est étonnant de constater que les autorités officielles algériennes n'ont jamais jugé utile de réagir au contenu de ce rapport publié depuis le 26 novembre 2019.

894. Par ailleurs, L'OCDE a tiré bonne impression de l'engagement fort de l'Algérie par la signature et la ratification de plusieurs conventions internationales dans le domaine de la lutte contre la corruption et la protection de l'intégrité, notamment la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) dont elle a été l'un des premiers pays à avoir adopté et ratifié (B).

### ***B. La Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC).***

895. Tel qu'il est souligné à juste titre dans le rapport de l'OCDE, l'Algérie a montré un engagement fort en étant l'un des premiers pays à avoir adopté et ratifié la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC)<sup>419</sup>.

---

<sup>419</sup> Ratifiée par le décret présidentiel n° 04-128 du 19 avril 2004.

896. Le cadre juridique de l'Algérie reconnaît les marchés publics comme un domaine à haut risque. Ceci est au demeurant confirmé que par la CNUCC, laquelle a dédié tout l'article 9 à la passation des marchés publics, qui dispose ce qui suit :

*"Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption. Ces systèmes, pour l'application desquels des valeurs seuils peuvent être prises en compte, prévoient notamment :*

- a) La diffusion publique d'informations concernant les procédures de passation des marchés et les marchés, y compris d'informations sur les appels d'offres et d'informations pertinentes sur l'attribution des marchés, suffisamment de temps étant laissé aux soumissionnaires potentiels pour établir et soumettre leurs offres ;*
- b) L'établissement à l'avance des conditions de participation, y compris les critères de sélection et d'attribution et les règles d'appels d'offres, et leur publication ;*
- c) L'utilisation de critères objectifs et prédéterminés pour la prise des décisions concernant la passation des marchés publics, afin de faciliter la vérification ultérieure de l'application correcte des règles ou procédures ;*
- d) Un système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies conformément au présent paragraphe ;*
- e) S'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation.*

*2. Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des mesures appropriées pour promouvoir la transparence et la responsabilité dans la gestion des finances publiques. Ces mesures comprennent notamment :*

- a) Des procédures d'adoption du budget national ;*
- b) La communication en temps utile des dépenses et des recettes ;*
- c) Un système de normes de comptabilité et d'audit, et de contrôle au second degré ;*

- d) Des systèmes efficaces de gestion des risques et de contrôle interne ; et,*  
*e) S'il y a lieu, des mesures correctives en cas de manquement aux exigences du présent paragraphe.*

*3. Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et recettes publiques et pour en empêcher la falsification".*

897. L'Algérie a ratifié la Convention des Nations unies contre la corruption (CNUCC) par l'ordonnance n° 04-12 du 19 avril 2004. Suite à quoi, elle a accueilli, en mai 2013, une délégation d'experts au titre du mécanisme d'examen par les pairs de l'application de la Convention des Nations unies contre la corruption (UNCAC), en sa qualité d'Etat-partie à cette Convention comptant parmi les premiers pays ayant ratifié cet instrument ». Cet examen ne concerne, dans une première phase, que les incriminations et la coopération internationale. Un mois après cette visite, l'Office des Nations unies contre le crime et la drogue (UNOCD), qui assure le secrétariat permanent du suivi de l'application de cette convention, rendait public le rapport intégral de ces experts, lequel est publié sur le site de l'Organe National de Prévention et de Lutte contre la Corruption (ONPLC).

898. La mise en conformité de la législation nationale avec la CNUCC, notamment par la promulgation de la loi n°06-01 du 26 février 2006 sur la prévention et la lutte contre la corruption (LPLCC), s'inscrit dans cette démarche et vise à lutter efficacement contre un phénomène complexe. Puisque ce phénomène prospère dangereusement dans les marchés publics, ce rapport évoque inévitablement ce volet.

899. Toujours dans le cadre de la Convention des Nations unies contre la corruption (CNUCC), l'Algérie a participé au groupe de travail intergouvernemental, à composition non limitée, sur la prévention de la corruption, durant la sixième réunion intersessions – Vienne du 31 août au 2 septembre 2015. Le rapport

analytique, et non pas le rapport intégral dont la diffusion est a priori interdite<sup>420</sup>, de ce groupe de travail, publié sur le site de l'Organe National de Prévention et de Lutte contre la Corruption (ONPLC) fait apparaître que le travail est formulé suivant la note d'orientation du secrétariat de l'ONUSUDC référencée « CU 2015/58/DTA/CEB du 10/03/2015 » sur les informations que les États Parties, dont l'Algérie, pouvaient fournir en prévision de la tenue de la sixième réunion intersessions du Groupe de travail sur la prévention de la corruption du 31 Août au 2 Septembre 2015 dont l'ordre du jour traite, entre autres, de l'intégrité des processus de passation des marchés publics et transparence et responsabilité dans la gestion des finances publiques.

900. Ce rapport indique que la passation des marchés publics est une partie intégrante du dispositif réglementaire de contrôle interne auquel sont soumises tant les administrations que les entreprises publiques qui bénéficient des aides de l'État. Les procédures inhérentes aux différentes phases du déroulement des opérations de passation de marchés publics et jusqu'à leur conclusion sont prévues par un ensemble de textes réglementaires qui connaissent les révisions nécessaires exigées par les critères de bonne gouvernance et l'adaptation aux normes internationales.

901. Étant donné que ce rapport fut élaboré avant la publication du décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics, ses rédacteurs se sont référés au Décret Présidentiel n°10-236 du 7 octobre 2010, modifié et complété, pour soutenir la consécration de la réglementation algérienne des fameux principes fondamentaux de l'efficacité de la commande publique tels qu'ils sont recommandés par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, notamment :

- ✓ L'égalité et l'équité dans le traitement des soumissionnaires ;

---

<sup>420</sup> L'Algérie s'est opposée à la publication du rapport intégral.

- ✓ La transparence dans la prise de décision ;
- ✓ Le libre accès à l'information sur la commande publique et sa diffusion;
- ✓ Les délais conformes à une concurrence loyale ;
- ✓ Les recours qui confirment l'égalité des chances ;
- ✓ La délimitation précise des responsabilités.

902. En ce qui concerne les mesures relatives aux personnels chargés de la passation des marchés, ce rapport fait référence un code d'éthique et de déontologie en matière de marchés publics ainsi que le projet de la création de l'observatoire national des marchés publics. Néanmoins, nonobstant la présentation idéaliste des textes en théorie, force est de constater que la ratification des Conventions internationales (notamment CNUCC) est une étape nécessaire mais non suffisante pour essayer de définir la stratégie de lutte contre la corruption que l'Algérie cherche désespérément. Faudrait-il d'ailleurs se questionner légitimement si l'Algérie a vraiment réussi la transposition de ces Conventions en droit interne ?

903. La transposition en droit interne de la Convention des Nations Unies contre la corruption doit non seulement être de qualité mais doit aussi trouver son prolongement dans l'effectivité opérationnelle des lois et des réglementations qui découlent de cette transposition. Face à la multiplication des affaires de corruption, de nombreux pays ont adopté des lois spécifiques destinées à la lutte contre le phénomène. Néanmoins, l'élaboration et l'application de ces lois posent des problèmes tant que la question de l'effectivité des lois se pose avec acuité, et ce dans la mesure où il ne suffit pas en effet d'élaborer une loi et de la faire voter,

encore faut-il en assurer une application équitable et effective conformément à la philosophie qui sous-tend la notion d'Etat de droit<sup>421</sup>.

904. Force est de constater que la loi algérienne de prévention et de lutte contre la corruption, la loi 06-01 publiée au Journal officiel du 8 mars 2006, est très en retrait par rapport à la CNUCC, en ce qui concerne notamment l'indépendance de l'organe de prévention et de lutte contre la corruption, prévu par la loi, l'accès à l'information, les restrictions dans la participation de la société civile et les revers d'une nouvelle incrimination intitulée dénonciation abusive. Ainsi, le contenu de la loi du 20 février 2006 traduit l'absence de volonté politique à lutter réellement contre la corruption. Au demeurant, il n'y a aucune visibilité dans la démarche du gouvernement, à un point tel que le processus de transposition apparaît très incohérent, avec une multiplicité de chantiers législatifs et réglementaires n'obéissant à aucun calendrier, lancés en vase clos, dans la précipitation, sans aucune suite logique et excluant les parlementaires. Les lois et les réglementations issues de cette transposition sont souvent en recul par rapport à la CNUCC, même si elles contiennent, parfois, des dispositions plus restrictives.

905. Le dispositif légal pour combattre la corruption dans les marchés publics ne peut pas être considéré uniquement sous l'angle pénal mais doit inclure toutes les thématiques connexes à même de lui assurer une meilleure efficacité : l'accès à l'information ; les conflits d'intérêts ; la liberté d'expression ; la liberté de la presse ; la protection de ceux qui dénoncent la corruption et de ceux qui portent plainte ; les conditions permettant à la société civile de se mobiliser ; les élections démocratiques ; la lutte contre l'enrichissement illicite ; le contrôle de la légalité

---

<sup>421</sup> DJILLALI HADJADJ, « Le rapport sans concession sur la corruption en Algérie », sur *Le Matin d'Algérie* [en ligne], [consulté le 26 mai 2020].

des décisions et des actes de l'administration par le juge ; la séparation des pouvoirs, notamment l'indépendance des juges, etc<sup>422</sup>.

906. Au demeurant, si ses principes intégrés dans le droit positif algérien, associés aux recommandations des institutions internationales de lutte contre la corruption, étaient inopérants pour endiguer ce phénomène, nul ne peut ignorer que l'ouverture de la réglementation algérienne des marchés publics aux sources internationales, la loi de la CNUDCI sur la passation des marchés publics plus particulièrement, a joué le rôle d'un levier d'innovation de la réglementation algérienne des marchés publics (Titre 2).

---

<sup>422</sup> *Ibid.*

### **3.2 TITRE 2 : LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES MARCHES PUBLICS COMME LEVIER D'INNOVATION DE LA REGLEMENTATION ALGERIENNE DES MARCHES PUBLICS**

907. Dans un contexte de mondialisation à la fois économique et juridique, la CNUDCI, investie d'une véritable fonction normative, donne non seulement une véritable impulsion dans la mise en exergue d'un cadre juridique en matière de droit commercial international mais contribue aussi à sa rénovation. En effet, par sa capacité à absorber les diverses sources du droit commercial international et à les faire interagir entre elles, la CNUDCI parvient à élaborer des instruments et des normes répondant pleinement aux besoins et aux intérêts du commerce mondial<sup>423</sup>.

908. Les aspects d'innovation sont palpables à travers la métamorphose des législations de plusieurs pays, dont l'Algérie, qui ont fait le choix de s'inspirer du modèle proposé par la CNUDCI. Cette métamorphose paraît plus évidente en matière de la dématérialisation des marchés publics (Chapitre 1) et les procédés alternatifs de règlements de différends (Chapitre 2).

---

<sup>423</sup> VIEILLARD Guillaume, *La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, thèse pour l'obtention du grade de Docteur, soutenue publiquement, le 14 mars 2012 Université de Bourgogne [en ligne], thèse doctorat, Dijon, 2014. P 247.*

### **3.2.1 Chapitre 1 : La dématérialisation des marchés publics.**

909. Un aspect important du mandat de la CNUDCI consiste à promouvoir l'efficacité, l'uniformité et la cohérence de la modernisation du droit commercial international. Ceci-dit, la modernisation est au cœur des objectifs de la Commission des nations unis et les aspects de modernisation sont palpables dans les lois type adoptées la CNUDI en général et la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics en particulier.

910. Si l'on se réfère à l'exposé des motifs de la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics, on doit se focaliser, parmi les objectifs qui lui sont assignés, sur l'impératif de permettre aux services contractants de satisfaire leurs besoins dans la transparence, avec plus d'efficacité et dans le respect des conditions d'économie et de rationalisation de l'utilisation des deniers publics. Faut-il souligner ici que toutes ces conditions sont suspendues à l'obligation de se conformer aux standards internationaux. C'est justement sous cet angle que les dispositions phares de la Loi type de la CNUDCI sont répercutées sur la réglementation algérienne des marchés publics.

911. Les dispositions inspirées des standards internationaux en général, et la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics en particulier, 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 (Section 1) et l'enchère électronique inversée (Section 2).

### **3.2.1.1 Section 1 : La dématérialisation des marchés publics.**

912. La dématérialisation des marchés publics désigne la mise en œuvre des technologies de l'information et de la communication, permettant, par voie électronique et sans support papier, aux candidats et aux soumissionnaires aux marchés publics de disposer des informations intervenant dans le cadre des procédures des marchés publics et de communiquer au service contractant leurs candidatures ou offres<sup>424</sup>.

913. Selon les termes de l'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247, le dispositif relatif à la passation électronique des marchés publics a été amendé pour améliorer les conditions de sa prise en charge et l'introduction de nouveaux outils utilisés dans l'achat publics, et ce en conformité avec les standards internationaux. Il conviendrait ainsi de mesurer le degré de l'intérêt accordé à la passation électronique des marchés par Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, avant d'étudier l'étendue de son influence sur la réglementation algérienne des marchés publics (Sous-Section I). Ensuite, il est utile de s'intéresser au traitement réservé à la question cruciale de la sécurisation des échanges d'informations par les deux textes (Sous-Section 2)

#### ***3.2.1.1.1 Sous-Section 1 : La passation électronique des marchés dans la loi type de la CNUDCI et son intégration dans la réglementation algérienne des marchés publics***

914. Le processus de dématérialisation des marchés publics s'impose, avec les temps qui courent, comme une étape inévitable dans le chemin vers la modernisation de la procédure de passation des marchés publics, afin d'y asseoir davantage de transparence et de rationalité dans la gestion des deniers publics.

---

<sup>424</sup> BOULIFA Brahim, *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*, Berti Editions, 2016. P 239.

915. La préparation de la transformation numérique de la commande publique, prévue déjà dans le code des marchés publics algérien de 2010 puis reprise tambours battants par les textes postérieurs jusqu'à la nouvelle mouture publiée en 2015. Tout indique que la dématérialisation des marchés publics sera considérée comme le chantier des années futures, et elle en est même le défi le plus important. De ce fait, il est utile de traiter la consistance de la dématérialisation de la passation des marchés publics dans le cadre de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A), avant d'étudier la manière avec laquelle le législateur algérien a pu l'implémenter dans la réglementation algérienne des marchés publics (B).

***A. De la dématérialisation des marchés publics dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.***

916. La dématérialisation désigne la transformation des supports d'informations matériels, de types documents papier, en traitement numérique, sous la forme de fichiers informatiques, permettant la gestion électronique des données et documents qui transitent au sein d'une structure ou dans le cadre d'échange avec des partenaires grâce aux technologies de l'information et de la communication (TIC)<sup>425</sup>. Elle présente un intérêt pour les acheteurs publics locaux et en particulier pour les collectivités territoriales puisqu'elle permet d'harmoniser les procédures, de réaliser des gains de temps ainsi que d'économiser les deniers publics. Ce dernier intérêt de la dématérialisation des marchés publics locaux est un élément très recherché dans le contexte de rationalisation des dépenses de fonctionnement et d'association à l'effort de redressement des comptes publics, auxquels sont confrontés les acheteurs publics locaux.

917. La dématérialisation des marchés publics est donc un garde-fou qui permet de renforcer le respect des principes généraux de la commande publique, tel que le traitement équitable des candidats et la transparence des procédures dans la mesure

---

<sup>425</sup> BERKOVICIUS Christine, « La dématérialisation, prochain cap de la commande publique », sur *La Gazette des Communes* [en ligne], [consulté le 8 février 2020].

où elle assure une traçabilité précise des actions qui ont été menées par les opérateurs économiques sur la plate-forme de dématérialisation<sup>426</sup>.

918. Conscient de l'appréhension que peuvent ressentir les acheteurs publics locaux face à la dématérialisation des marchés publics et dans un souci de respect du principe de sécurité juridique qui a valeur de principe général du droit, le pouvoir réglementaire, dans plusieurs pays tel que l'Algérie, a souhaité dans un premier temps que l'emploi de la dématérialisation par les pouvoirs adjudicateurs et candidats aux marchés publics soit facultatif<sup>427</sup>.

919. Qu'il soit facultatif ou obligatoire, le processus de dématérialisation requiert nécessairement la réunion de plusieurs conditions préalables afin d'assurer le déroulement de la passation électronique des marchés publics dans les conditions optimales d'accessibilité, de fiabilité, de confidentialité et, surtout, la sécurisation des flux d'information par voie électronique.

920. La mise en place d'un outil d'information adéquat est la condition sine-qua-none de tout processus de dématérialisation des marchés publics. Ceci est une vérité constante corroborée aussi bien dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics que dans la réglementation algérienne des marchés publics.

921. La loi type de la CNUDCI accorde un intérêt particulier et très appuyé à la passation des marchés en lignes. Ainsi, elle a prévu des dispositions spécifiques pour faciliter la dématérialisation graduelle des marchés publics, tout en mettant en exergue les avantages qui découlent de la passation des marchés en ligne,

---

<sup>426</sup> JULIEN PARENT, « La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, Mémoire pour l'obtention du diplôme de Master II en droit des interventions publiques, Sous la direction de Monsieur BOUJU Serge, université d'Angers. », 2017. PP 5 et 6.

<sup>427</sup> *Ibid.*

notamment en matière de l'amélioration de la transparence. C'est ce qu'il ressort d'une manière limpide de son préambule qui dispose que :

*« Considérant qu'à sa trente-septième session, en 2004, la Commission a estimé que la Loi type de 1994 gagnerait à être actualisée pour tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles qui découlent de l'utilisation de moyens de communication électronique dans la passation des marchés publics, .... »*

922. Loi type de la CNUDCI étant focalisée essentiellement sur l'enchère électronique inversée, il avait fallu donc analyser les dispositions du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pour mieux cerner le processus de dématérialisation des marchés publics préconisé par la CNUDCI. Selon ce guide, l'annonce des marchés à venir, ainsi que les procédures y afférentes, sur Internet permet une meilleure maîtrise des coûts avec la possibilité d'insérer davantage d'informations pertinentes que dans un environnement papier. La publication en ligne permet aussi à des fournisseurs ou entrepreneurs de demander à participer à la procédure, de fournir et recevoir des informations et de soumissionner en ligne, améliorant l'accès au marché, ainsi ouvert à des concurrents éloignés qui, autrement, pourraient ne pas participer. Toutes ces mesures améliorent donc la participation et la concurrence.

923. Un avantage potentiel à plus long terme, mais tout aussi important, est que l'utilisation des technologies de l'information permet une approche plus stratégique de la passation des marchés, grâce à l'exploitation des données qu'elle génère. La poursuite des objectifs et la recherche de la performance peuvent alors être guidées par des informations et des analyses et non par les seules procédures. Des avantages peuvent être obtenus en termes de transparence interne, d'appui à l'intégrité et de gains d'efficacité. La transparence et la traçabilité internes, améliorant la tenue des dossiers de chaque processus de passation de marchés, favorisent l'évaluation de la performance, en particulier si les systèmes de passation des marchés sont intégrés à ceux de planification, de budgétisation, d'administration des marchés et de paiement, qui eux-mêmes peuvent inclure la facturation et le paiement électroniques. Elles permettent de suivre, d'évaluer et d'améliorer non seulement

les procédures individuelles, mais aussi le fonctionnement et l'évolution de l'ensemble du système<sup>428</sup>.

924. La CNUDCI plaide pour un système de passation des marchés en ligne pleinement intégré et relié à d'autres systèmes de gestion des finances publiques et des biens publics qui nécessite un long programme de réforme. Un système qui englobe la budgétisation et la planification, le processus de sélection ou d'attribution, les systèmes de gestion des marchés et de paiement, différentes considérations intervenant pour chaque phase du processus de passation et pour l'intégration avec d'autres parties de l'ensemble. Dans la pratique, de nombreux systèmes de passation des marchés en ligne mettent des années avant de produire tous les avantages escomptés, et la mise en œuvre la plus efficace se fait souvent de manière progressive, ce qui peut aussi contribuer à amortir les coûts d'investissement. Toutefois, des avantages importants en termes d'amélioration de la transparence et de la concurrence peuvent être obtenus dès les premières phases de l'introduction de la passation des marchés en ligne, qui portent généralement sur la mise à disposition par Internet d'informations meilleures et plus nombreuses<sup>429</sup>.

925. Faciliter et d'encourager la passation des marchés en ligne est donc une préoccupation majeure de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, laquelle préconise l'usage du réseau internet pour la publication des informations ayant trait à la passation de marchés, l'utilisation d'outils informatiques pour la communication et l'échange d'informations tout au long du processus ainsi que la présentation de soumissions par voie électronique. Néanmoins, par soucis de neutralité technologique, la Loi type ne recommande aucune technologie particulière, mais décrit les fonctions des technologies disponibles. Elle n'ignore cependant pas que l'introduction de la passation des

---

<sup>428</sup> « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». P 28.

<sup>429</sup> *Ibid.* P 29.

marchés en ligne requiert la capacité de chaque État à la mettre en œuvre et à l'utiliser efficacement. Ceci implique l'existence d'une infrastructure de commerce électronique et d'autres ressources nécessaires, notamment de mesures concernant la sécurité électronique, et de l'adéquation du droit applicable autorisant et régissant le commerce électronique. C'est l'environnement juridique général d'un État, plutôt que sa législation sur la passation des marchés, qui peut favoriser ou non la passation des marchés en ligne<sup>430</sup>.

926. En sus de la loi type sur la passation des marchés publics, la CNUDCI recommande aux États adoptants d'adopter également les autres textes qu'elle a précédemment publiés et dédiés au commerce électronique : la loi type sur le commerce électronique (1996), la Loi type sur les signatures électroniques (2001) et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005). Ces textes prévoient la reconnaissance générale du commerce électronique et des signatures électroniques : adoptés par un État, ils fournissent les conditions juridiques générales de l'utilisation de la passation des marchés en ligne. Ils reposent sur une "approche de l'équivalent fonctionnel" du commerce électronique, qui consiste à analyser les fonctions et objets des exigences imposées traditionnellement en ce qui concerne les documents et procédures papier et à y satisfaire au moyen des technologies de l'information. Cette approche a également été suivie dans la Loi type pour les applications du commerce électronique propres à la passation des marchés<sup>431</sup>.

927. La Loi type de la CNUDCI précise que cette approche englobe la notion de neutralité technologique et tend à épargner aux marchés en ligne les normes contraignantes traditionnellement connues à la passation des marchés dans un

---

<sup>430</sup> *Ibid.* P 30.

<sup>431</sup> *Ibid.* P 32.

environnement papier, au risque de décourager l'utilisation de la passation des marchés en ligne.

928. L'introduction de la passation des marchés en ligne requiert, en outre, l'élimination des obstacles à son utilisation, qu'ils soient d'ordre logistique ou technologique, afin de cerner les entraves qui risqueraient de freiner l'accès au marché dans certaines circonstances, et d'impacter la mise en œuvre de la passation des marchés en ligne. L'une des contraintes qui peuvent entraver la mise en place d'un système de passation des marchés en ligne est l'aspect financier et la structure de son financement. La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pense lever cette contrainte à travers la mise en place de certains systèmes conçus pour s'autofinancer par la sous-traitance à un organisme tiers qui facture des frais d'utilisation aux fournisseurs ou entrepreneurs, une façon de procéder qui se répand à mesure que des systèmes de passation des marchés en ligne sont mis en place.

929. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a le mérite d'être un propulseur de la dynamique de dématérialisation de la passation des marchés publics, de par notamment les mécanismes qu'elle a mis en place pour vulgariser le recours à la passation électronique des marchés dans les États adoptants. L'Algérie est d'ailleurs l'exemple le plus édifiant parmi ces États qui ont fait le choix de transposer le dispositif de la loi type de la CNUDCI en matière de dématérialisation des marchés, en l'introduisant dans la nouvelle réglementation des marchés publics de 2015 un chapitre dédié à la communication et l'échange des informations par voie électronique (B). Cette introduction salutaire est venue pour concrétiser, un tant soit peu, l'objectif de mettre la réglementation algérienne des marchés publics au diapason des nouvelles tendances technologiques en matière de passation de marchés publics.

***B. La transposition du dispositif de la loi type de la CNUDCI en matière de dématérialisation dans la réglementation algérienne.***

930. L'on peut noter, dans l'exposé des motifs du décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics, que le dispositif relatif à la passation électronique des marchés publics a été amendé pour améliorer les conditions de sa prise en charge et l'introduction de nouveaux outils utilisés dans l'achat publics, en conformité avec les standards internationaux, sauf que ce texte rajoute que la dématérialisation est mise en œuvre selon un échéancier fixé par arrêté du ministre des finances. On peut donc déduire que la dématérialisation devrait se faire d'une manière graduelle selon un processus qui devrait être précisé par des textes d'application. Il est à déduire ainsi que les premières mesures annoncées par la nouvelle réglementation des marchés publics sont annonciatrices d'autres dispositions qui viendraient renforcer *crescendo* le processus de dématérialisation en vue de mettre en place un processus de passation électronique des marchés publics.

931. Si besoin est de le rappeler, la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics recommande deux mesures majeures pour l'intégration de la passation électronique des marchés, à savoir :

- ✓ La mise en place d'un système pleinement intégré sous l'égide d'un organisme, neutre de surcroît, doté des infrastructures nécessaires à la bonne marche du processus de la dématérialisation ; et,
- ✓ Faciliter et encourager la passation des marchés en ligne à travers la mise en place d'un système de passation des marchés en ligne pleinement intégré et relié à d'autres systèmes de gestion des finances publiques, en vue de garantir une meilleure efficacité en termes de transparence interne, d'appui à l'intégrité et de gains d'efficacité.

932. Pour s'y conformer scrupuleusement, le législateur algérien a entamé le processus de dématérialisation des marchés publics par la mise en place de deux mesures phares, à savoir ; les mécanismes de i) la communication par voie

électronique (portail électronique des marchés publics) et de ii) l'échange des informations par voie électronique.

✓ **Le portail électronique des marchés publics :**

933. Si l'on se réfère à la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, il est primordial de mettre en place un système intégré de passation de marchés, sous l'égide d'un organisme neutre qui doit garantir l'efficacité des marchés passés électroniquement. Sauf en ce qui concerne la neutralité, cette recommandation de la CNUDCI a visiblement guidé le processus de la dématérialisation engagé par le législateur algérien, laquelle consiste à remplacer le support papier par un support informatique (support physique électronique) incarné par le portail électronique<sup>432</sup>. Faudrait-il préciser que ce portail est institué par l'article 2013 du décret présidentiel du 16 septembre 2015, qui dispose que :

*" Il est institué un portail électronique des marchés publics, dont la gestion est assurée, par le ministère chargé des finances et le ministère chargé des technologies de l'information et de la communication, chacun en ce qui le concerne. Les attributions en la matière, de chaque département ministériel, sont fixées par un arrêté conjoint du ministre chargé des finances et du ministre chargé des technologies de l'information et de la communication.*

*Le contenu et les modalités de gestion du portail sont fixés par arrêté du ministre chargé des finances "*

934. Ça paraît surprenant, de première vue, de constater que l'arrêté du ministre chargé des finances qui devrait fixer le contenu et les modalités de gestion du portail électronique est publié avant la parution du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics. En effet, le journal officiel n° 21 du 9 avril 2014 a porté en son sein l'arrêté du ministre des finances du 17 novembre 2013 fixant le contenu du portail électronique des marchés

---

<sup>432</sup> BOULIFA Brahim, *Marchés Publics « Manuel méthodologique »*, Berti Editions, 2016. P 239

publics, les modalités de sa gestion ainsi que les modalités d'échange des informations par voie électronique.

A vrai dire, cette situation qui paraît surprenante de prime abord trouve toute son explication dans le fait que le portail électronique soit institué pour la première fois par l'article 137 du décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics<sup>433</sup>, ce qui justifie que l'arrêté du ministre chargé des finances soit publié avant le décret présidentiel n° 15-247. Faudrait-il souligner d'ailleurs que ledit arrêté a renvoyé, dans ses visas, au décret présidentiel n° 10-236.

935. Au sens de l'article 2, l'arrêté du ministre des finances du 17 novembre 2013 fixant le contenu du portail électronique des marchés publics, les modalités de sa gestion ainsi que les modalités d'échange des informations par voie électronique, le portail électronique des marchés publics a pour objet de permettre la diffusion et l'échange des documents et des informations relatifs aux marchés publics ainsi que la passation des marchés publics par voie électronique.

936. Le portail assure, en vertu de l'article 3 de l'arrêté sus-indiqué, la publication des informations et des documents suivants :

- ✓ les textes législatifs et réglementaires relatifs aux marchés publics ;
- ✓ les avis juridiques relatifs aux marchés publics ;
- ✓ la liste des opérateurs économiques interdits de participer aux marchés publics ;

---

<sup>433</sup> JO n° 58 du 7 octobre 2010.

- ✓ la liste des opérateurs économiques exclus de la participation aux marchés publics ;
- ✓ les programmes prévisionnels des projets des services contractants, les listes des marchés conclus au cours de l'exercice budgétaire précédent ainsi que les noms des entreprises ou groupements d'entreprises attributaires ;
- ✓ les rapports des services contractants relatifs à l'exécution des marchés publics ;
- ✓ la liste des entreprises dont le certificat de classification et de qualification a été retiré ;
- ✓ les indices des prix ;
- ✓ tout autre document ou information ayant un rapport avec l'objet du portail.

937. Quant aux fonctionnalités dédiées au portail électronique des marchés publics, elles sont détaillées dans l'article 4 de l'arrêté du ministre chargé des finances, comme suit :

- ✓ l'inscription en ligne des services contractants ;
- ✓ l'inscription en ligne des opérateurs économiques ;
- ✓ la recherche multicritère ;
- ✓ les alertes des nouveautés ;

- ✓ le téléchargement des documents ;
- ✓ la soumission en ligne ;
- ✓ la gestion des échanges d'informations entre les services contractants et les opérateurs économiques ;
- ✓ l'encryption des documents ;
- ✓ l'horodatage des documents ;
- ✓ l'apprentissage à la soumission électronique ;
- ✓ la signature électronique des documents ;
- ✓ le journal des événements ;
- ✓ des guides interactifs pour les utilisateurs du portail ;
- ✓ toute autre fonctionnalité nécessaire au bon fonctionnement du portail.

938. Le portail électronique des marchés publics, sur la base des informations collectées, aiderait mieux à constituer une base de données relative aux<sup>434</sup> :

- ✓ Services contractants ;

---

<sup>434</sup> « Arrêté du ministre chargé des finances du 17 novembre 2013 fixant le contenu du portail électronique des marchés publics, les modalités de sa gestion ainsi que les modalités d'échange des informations par voie électronique. JORADP n° 21 du 9 avril 2014 ». Article 4.

- ✓ Opérateurs économiques et leurs dossiers administratifs ;
  
- ✓ Marchés publics ;
  
- ✓ Fiches de recensement économique de la commande publique ;
  
- ✓ Documents et informations échangés entre les services contractants et les opérateurs économiques, et ;
  
- ✓ Publications du portail.

939. Il importe néanmoins de souligner que, depuis sa création en 2013, le portail électronique des marchés publics n'a jamais fonctionné avant son lancement officiel en date du 23 décembre 2021, par le Premier Ministre Aïmene Benabderrahmane, lequel a indiqué lors de cette cérémonie de lancement que *« le portail électronique des marchés publics constitue une avancée majeure en matière de gestion de la commande publique en Algérie, ainsi que dans la numérisation des procédures administratives, permettant, ainsi, d'asseoir une transparence totale dans les transactions publiques »*<sup>435</sup>.

Quelques jours après, ledit Premier ministre annonce que le projet de révision du code des marchés publics est soumis au Secrétariat général du Gouvernement, avant de souligner que cette révision *"constitue un pas important susceptible de conférer davantage de transparence et d'efficacité à la gestion des finances publiques"*<sup>436</sup>.

Cet objectif est semble-t-il suspendu au fonctionnement effectif et efficace du Portail électronique des marchés publics. Ceci est corroboré d'ailleurs par le chef

---

<sup>435</sup> Voir article APS du 23 décembre 2021/ <https://www.mf.gov.dz/index.php/fr/activites-2/808-lancement-officiel-du-portail-electronique-dedie-aux-marches-publics>. Consulté le 1er mai 2022.

<sup>436</sup> Voir article APS du 06 janvier 2022/ <https://www.aps.dz/economie/133869-le-nouveau-projet-de-code-des-marches-publics-soumis-au-secretariat-general-du-gouvernement>. Consulté le 1er mai 2022.

de file du Gouvernement algérien qui a déclaré, à juste titre, que *"à l'ère du développement des technologies de la communication, le Gouvernement s'est orienté vers la numérisation des procédures de conclusion des marchés publics, à travers le lancement le 23 décembre dernier, d'un portail électronique dédié aux marchés publics pour garantir le libre accès à la commande publique, l'égalité des chances entre candidats et la transparence des procédures"*.

Compte tenu de son lancement très récent, le portail électronique des marchés publics demeure dans son état embryonnaire et sa sollicitation par les services contractants et les opérateurs économiques reste très timide.

940. Au demeurant, la principale vocation du portail électronique des marchés publics reste l'encadrement des échanges d'informations par voie électronique entre les services contractants et les opérateurs économiques et il va sans dire que cette dernière s'inscrit au diapason de l'un des objectifs phares de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, à savoir : faciliter et encourager la passation des marchés en ligne en vue de garantir une meilleure efficacité en termes de transparence interne, d'appui à l'intégrité et de gains d'efficacité.

✓ **Les échanges d'informations par voie électronique :**

941. A la lumière de l'analyse des fonctionnalités du portail électronique des marchés publics, il est facile de déduire que le législateur algérien compte en faire le canal exclusif à travers lequel s'effectuent les échanges des informations par voie électronique entre les services contractants et les opérateurs économiques<sup>437</sup>.

---

<sup>437</sup> « Arrêté du ministre chargé des finances du 17 novembre 2013 fixant le contenu du portail électronique des marchés publics, les modalités de sa gestion ainsi que les modalités d'échange des informations par voie électronique. JORADP n° 21 du 9 avril 2014 ». Article 8.

942. Pour les services contractant, lesdits échanges peuvent concerner notamment<sup>438</sup> :

- ✓ les cahiers des charges ;
- ✓ les modèles de déclaration à souscrire, de lettre de soumission, de déclaration de probité et de l'engagement d'investir, le cas échéant ;
- ✓ les documents et renseignements complémentaires, le cas échéant ;
- ✓ les avis d'appels d'offres et d'appels à présélection, et lettres de consultations ;
- ✓ les offres en retour, le cas échéant ;
- ✓ les demandes de complément ou de précision des offres, le cas échéant ;
- ✓ les attributions provisoires de marchés publics ;
- ✓ les infructuosités des procédures ;
- ✓ les annulations de procédures ou annulations d'attributions provisoires de marchés publics ;
- ✓ les réponses aux demandes de clarification des dispositions des cahiers des charges ;

---

<sup>438</sup> *Ibid.* Article 9.

- ✓ les réponses aux demandes des résultats des évaluations des offres et aux recours.

943. En ce qui concerne, les opérateurs économiques ces déclarations peuvent s'atteler notamment aux échanges de : déclaration à souscrire, lettre de soumission, déclaration de probité, l'engagement d'investir (le cas échéant), les demandes de renseignements complémentaires ainsi que les demandes de clarification des dispositions du cahier des charges (le cas échéant), les retraits des cahiers des charges et des documents complémentaires (le cas échéant), les candidatures, dans les procédures comportant une phase de présélection, les offres techniques et financières, les offres modifiées (le cas échéant) et les demandes de résultats des évaluations des offres et les recours<sup>439</sup>.

944. Force est de constater que l'accès des services contractants et des opérateurs économiques aux fonctionnalités qui leur sont réservées est conditionnée par leur inscription au portail électronique des marchés publics, après le renseignement, la signature et la transmission du formulaire dont le modèle est annexé à l'arrêté du ministre chargé des finances, par messagerie électronique, au gestionnaire du portail<sup>440</sup>. Lorsque les services contractants mettent les documents de l'appel à la concurrence à disposition des soumissionnaires ou candidats aux marchés publics par voie électronique, ils sont tenus de préciser dans l'avis de presse, l'adresse de téléchargement des documents<sup>441</sup>.

945. Quant à la publication des avis d'appel d'offres, appel à présélection ou lettres de consultation sur le portail, il y a lieu de préciser qu'elle intervient simultanément

---

<sup>439</sup> *Ibid.* Article 9.

<sup>440</sup> *Ibid.* Article 11.

<sup>441</sup> *Ibid.* Article 10.

avec la transmission des avis pour publication dans les journaux, le bulletin officiel des marchés de l'opérateur public (Bomop) ou l'envoi des lettres de consultation aux opérateurs économiques concernés<sup>442</sup>. La date à prendre en considération pour la détermination de la durée de préparation des offres, étant celle applicable pour les procédures sur support en papier<sup>443</sup>.

946. De par le dispositif qu'il a mis en place, le législateur algérien a essayé tant bien que mal de cerner toutes les questions qui permettraient, ne serait-ce un tant soit peu, l'effectivité d'une passation électronique des marchés publics, dans un processus entièrement dématérialisé. Néanmoins, il ne faudrait en aucun cas ignorer que la réussite et la généralisation future de la passation électronique des marchés dépend essentiellement de la résolution de la question cruciale liée à la sécurisation des échanges d'informations par la voie électronique (Sous-Section 2).

### **3.2.1.1.2      *Sous-Section 2 : La sécurisation des échanges d'informations par voie électronique.***

947. Les développements technologiques récents ont fait que la passation des marchés par voie électronique se présente aujourd'hui comme un élément clé qui, par ces systèmes et processus dématérialisés, permet d'améliorer l'efficacité, l'efficacité, la transparence et la concurrence dans l'exécution des opérations de passation des marchés publics.

948. Cependant, force est d'admettre que les initiatives en matière de dématérialisation de la commande publique se heurtent souvent à la contrainte liée à la sécurisation des échanges d'informations par voie électronique. Il conviendrait alors d'étudier d'abord l'étendue de cette contrainte (A), avant d'analyser comment

---

<sup>442</sup> *Ibid.* Article 15.

<sup>443</sup> *Ibid.* Article 16.

elle a été traitée par la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et la réglementation algérienne des marchés publics (B).

***A. La contrainte de sécurisation des échanges d'information par la voie électronique.***

949. La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics engage un processus de modernisation de la commande publique et d'amélioration de son efficacité. Si la dématérialisation est, à terme, bénéfiques pour les acheteurs publics et les entreprises, le développement de cette démarche semble s'accroître tardivement.

Il est vrai que la dématérialisation est synonyme de gains de temps et d'une diminution des coûts mais elle implique également aux acheteurs publics et aux entreprises de s'approprier ces nouveaux modes de communication via une réorganisation du mode de fonctionnement du département marchés publics mais également d'autres départements ainsi que via un investissement matériel. Mieux encore, il est primordial d'observer un minimum de précautions, techniques, d'organisation, de formation et sensibilisation des personnels, doivent être prises, par les personnes publiques aussi bien que par les entreprises, pour que la sécurité des procédures dématérialisées ne soit pas inférieure à celle des procédures existantes auparavant.

950. D'aucun parmi les spécialistes ne peut prétendre avoir une solution capable d'assurer une sécurité absolue. Il est donc demandé au législateur de cerner les problèmes techniques liés à la passation des marchés publics afin d'y proposer les mesures de sécurités les plus appropriées à même d'assurer un niveau de sécurité globalement du même ordre que celui requis pour les procédures manuelles.

951. La mission interministérielle française pour l'économie numérique a estimé, dans son rapport du 20 avril 2005, que les besoins de sécurité doivent s'étendre à plusieurs aspects de la passation électronique des marchés notamment<sup>444</sup>:

- ✓ **La confidentialité** : qualité d'une information ou d'un processus de n'être connue que par les personnes ayant besoin de la connaître ;
- ✓ **L'intégrité** : qualité d'une information ou d'un processus de ne pas être altérée, détruite ou perdue par accident ou malveillance ;
- ✓ **La disponibilité** : qualité d'une information ou d'un processus d'être, à la demande, utilisable par une personne ou un système ;
- ✓ **L'opposabilité** : qualité d'une information ou d'un processus d'être produit comme preuve de la réalité d'une action (non-répudiabilité d'une action) ;
- ✓ **La traçabilité** : qualité d'une information ou d'un processus d'être reconnu comme inséré dans une chaîne séquentielle d'événements.

Dans ce rapport, les membres de la commission soutiennent que la sévérité des attaques dont il faut se protéger est très variable. Tout au plus peut-on penser que les précautions doivent être d'autant plus soignées que les enjeux du système à protéger sont plus importants. Ce faisant, ils ont préconisé certaines mesures, réparties par leur nature, qui aideraient à optimiser la sécurisation du processus de dématérialisation :

- ✓ **Techniques** : mise en place de dispositifs informatiques de protection (antivirus, pare-feu etc.) ;

---

<sup>444</sup> « Guide-technique-securite-dematerialisation-mp.pdf », [consulté le 8 février 2020]. P 5.

- ✓ **Physiques** : accès contrôlés aux locaux sensibles, protection contre les accidents, etc. ;
- ✓ **Relatives à l'organisation du système** : procédures, consignes claires aux personnels, attribution des responsabilités ;
- ✓ **Juridiques** : dispositions contractuelles spécifiques avec les prestataires et fournisseurs de progiciels ;
- ✓ **Relatives aux personnels** : sensibilisation à la sécurité, formation aux procédures et à la mise en œuvre des outils informatiques, mais aussi engagements de confidentialité, en particulier de la part de prestataires extérieurs.

952. Les services contractants ont, au demeurant, le choix d'internaliser ou externaliser la solution de dématérialisation. La dématérialisation est un vecteur de mutualisation des coûts. Si les administrations centrales et les grandes collectivités locales peuvent décider de mettre en œuvre leur processus de dématérialisation à leur seul niveau – dans la mesure où elles ont elles-mêmes matière à en absorber les coûts (des marchés d'un montant significatif) – tel n'est pas le cas des collectivités de taille plus petite<sup>445</sup>.

953. En fait, la dématérialisation des marchés publics est l'une des déclinaisons de l'e-administration et elle induit nécessairement à une certaine réorganisation des structures et des modes de fonctionnement de l'administration. Elle organise de façon pratique et logique les échanges d'information et pose quelques règles normatives de première importance qu'il convient de relever à titre non exhaustif :

---

<sup>445</sup> DELELIS Philippe, « La dématérialisation des marchés publics : principaux aspects juridiques et organisationnels », *LEGICOM*, 31, 2004. P 53 .

- ✓ L'exigibilité d'une signature électronique pour les offres remises sous forme électronique ;
- ✓ Donner aux candidats la faculté de pouvoir choisir entre la transmission électronique ou papier de leurs offres ;
- ✓ La responsabilité du service contractant d'assurer la sécurité du réseau informatique qu'elle met à disposition des candidats (pare-feu, système de détection d'intrusion, exploitation des fichiers journaux de ces dispositifs, anti-virus...) ainsi que la confidentialité des documents qui y sont déposés ;
- ✓ Prévoir des mesures préventives afin de traiter les fichiers infectés par un virus ;
- ✓ Le service contractant doit assurer une disponibilité de niveau « fort », au moins aux périodes de remise des candidatures et des offres ;
- ✓ Le service contractant doit disposer de raccordements à internet de débit suffisant face au volume des fichiers qu'elle recevra et émettra.

**954.** Les perspectives qu'offre la dématérialisation sont nombreuses tant pour la commande publique que pour toute gestion digitalisée. Il reste néanmoins évident que le gage de sa réussite est suspendu au degré de sécurisation de toutes les étapes de la passation électronique des marchés publics, notamment les échanges électroniques d'information.

955. La sécurisation de la passation électronique des marchés publics est donc la clé de voûte de la réussite de la dématérialisation des marchés. Il est nécessaire d'étudier ainsi de quelle manière cette question cruciale a été traitée par la loi type

de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, et comment elle est transposée sur la réglementation algérienne des marchés publics (B).

***B. La sécurisation des échanges électroniques d'informations dans le cadre de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et la réglementation algérienne des marchés publics :***

956. La CNUDCI a bien mesuré l'étendue de cette problématique et le degré de son influence sur l'adoption par les Etats de processus de dématérialisation des marchés publics. C'est ainsi que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a prévu des mesures pour mettre en exergue la sécurisation des flux d'informations par la voie électronique entre les services contractants et les opérateurs économique.

957. Par le truchement de son guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, la Commission des Nations unies estime que la confiance du public dans la sécurité du système de communication est nécessaire dans fonctionnement des systèmes de passation des marchés en ligne, si les fournisseurs et entrepreneurs sont disposés à l'utiliser. Cette confiance nécessite néanmoins la réunion de certains préalables :

- ✓ une authentification adéquate des fournisseurs ou entrepreneurs ;
- ✓ une technologie suffisamment fiable des systèmes préservant les offres ou autres soumissions, et ;
- ✓ un niveau de sécurité suffisant pour que les informations confidentielles provenant des fournisseurs ou entrepreneurs le restent, notamment vis-à-vis de leurs concurrents, et ne puissent être utilisées de manière inappropriée.

958. Dans le mécanisme préconisé par la CNUDCI, il est particulièrement important que ces caractéristiques soient visibles lorsque des tiers exploitent le système concerné. De ce fait, il est recommandé de contrôler si les informations sont transmises ou rendues disponibles ainsi que les auteurs et les dates de leurs publications.

959. Le système mis en place doit fournir une protection adaptée contre les actions non autorisées visant à perturber le fonctionnement normal du processus de passation des marchés publics. La première garantie consiste à assurer l'authentification des communications, c'est-à-dire à faire en sorte que l'on puisse remonter au fournisseur ou à l'entrepreneur qui les a soumises, ce qui se fait généralement au moyen d'une signature électronique et de systèmes de gestion des obligations et responsabilités en matière d'authentification.

De plus, le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, préconise d'appliquer les principes d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique mentionnés plus haut aux exigences de la passation des marchés en ligne. Le concept de neutralité technologique signifie en pratique que les systèmes de passation des marchés ne devraient pas se limiter automatiquement à une seule technique d'authentification. Certains systèmes de ce type se fondent sur une obligation de certification locale. Par conséquent, pour que le système de passation des marchés en ligne ne puisse être utilisé pour restreindre l'accès à la passation, il doit garantir la reconnaissance des certificats étrangers et des exigences d'authentification et de sécurité qui y sont liées, indépendamment de leur lieu d'origine. À cet égard, les États adoptants devront déterminer quelles communications, telles qu'offres ou autres soumissions, nécessitent une authentification intégrale, et quelles communications pourraient se prêter à d'autres mécanismes destinés à instaurer la confiance entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs.

960. La loi type de la CNUDCI mis en exergue une autre exigence qui concerne l'intégrité. Elle consiste à protéger les informations de toute modification, ajout ou manipulation, ou au moins de pouvoir déceler toute modification, ajout ou

manipulation et en déterminer l'origine. Cette exigence va de pair avec celle de sécurité, en ce sens que les documents pour lesquels les délais sont importants, tels que les offres, ne doivent pas être accessibles avant la date d'ouverture prévue.

961. Le dispositif de sécurisation mis en place par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a visiblement enthousiasmé le législateur algérien pour s'y inspirer et, passant, prévoir un mécanisme qui prend en charge cette problématique. Cependant, quand bien même la réglementation algérienne serait inspirée, dans une large mesure, des dispositions de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pour sécuriser les échanges dans les cadres des marchés électroniques, il faut bien admettre que le dispositif prévu par le législateur algérien n'est pas aussi complet que celui qui est préconisé par la CNUDCI !

962. De prime abord, il faudrait préciser que le décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics, n'a pas prévu un dispositif spécial permettant de prendre en charge l'aspect de sécurisation des échanges d'informations par voie électronique entre les services contractants et les opérateurs économique. Fort heureusement, cette lacune est palliée par l'arrêté du ministre chargé des finances du 17 novembre 2013 fixant le contenu du portail électronique des marchés publics, les modalités de sa gestion ainsi que les modalités d'échange des informations par voie électronique, lequel prévoit quelques dispositions qui prennent en charge certains aspects de la sécurisation des flux d'informations par voie électronique. Cependant, ces dispositions mériteraient d'être renforcées afin de prendre en charge tous les aspects de la sécurisation des données, tel qu'il est préconisé par la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

963. Conscient de l'enjeu déterminant de la sécurisation des données pour s'orienter *crescendo* vers la dématérialisation des marchés publics, le législateur algérien n'a pas manqué de mettre en exergue la garantie de la sécurisation et protection des données qui transitent par le portail électronique des marchés publics. C'est ce qu'il ressort d'ailleurs de l'article 8, du fameux arrêté du ministre chargé des finances du 17 novembre 2013, qui dispose que :

*"L'échange des informations par voie électronique s'effectue via le portail électronique des marchés publics, lequel est doté d'un système adéquat pour assurer la sécurité et la protection des données".*

964. Cette mesure aiderait à se conformer, peu ou prou, aux dispositions de la loi type de la CNUDCI qui, si c'est nécessaire de le rappeler, recommande à ce que le système mis en place fournisse une protection adaptée contre les actions non autorisées visant à perturber le fonctionnement normal du processus de passation des marchés publics. Pour s'y conformer davantage, le législateur algérien a fait le choix de centraliser tous les aspects de cette tâche ardue de sécurisation des échanges des données au niveau du portail électronique des marchés publics. Ceci aiderait mieux à répondre aux exigences de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de contrôler si les informations sont transmises ou rendues disponibles ainsi que les auteurs et les dates de leurs publications.

Dans ce cadre, l'article 6 de l'arrêté du ministre chargé des finances du 17 novembre 2013, dispose clairement que :

*"La gestion du portail comporte, outre l'hébergement de l'infrastructure informatique :*

*La gestion des systèmes, réseaux et base de données ;*

*La gestion de l'accès au portail ;*

*Le maintien en condition du portail avec notamment un niveau de sécurité approprié contre la cyber-menace ;*

*La disponibilité, continuité et l'accessibilité des services offerts par le portail ;*

*La gestion des évolutions techniques par la mise en œuvre de nouvelles fonctions".*

965. Bien évidemment, tous les aspects de gestion confiés au portail électronique convergent vers l'impératif d'assurer la sécurisation des données, notamment en matière d'accessibilité, d'évolutions techniques et la prémunition contre la cybercriminalité. De plus, le ministre chargé des finances a fixé les exigences qui doivent être scrupuleusement respectées dans la conception du système d'information des marchés publics prévu dans la réglementation des marchés publics, lesquelles se déclinent comme suit :

- ✓ **L'intégrité des documents échangés par voie électronique** : Cette exigence consiste à ce que :
  - Les formats de numérisation des documents écrits doivent garantir leur intangibilité ;
  - Les documents sont signés avec une signature électronique sécurisée, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;
  - Les opérateurs économiques sont identifiés et authentifiés;
  
- ✓ **La confidentialité des documents échangés par voie électronique** : Les documents échangés par voie électronique sont protégés par un système d'encryptions ;
  
- ✓ **La traçabilité des événements** : Elle consiste à :
  - La création d'un journal des événements retraçant l'échange des informations par voie électronique ;
  - L'horodatage des documents échangés par voie électronique : délivrance, pour toute offre transmise par voie électronique ou sur support physique électronique, d'un accusé de réception indiquant la date et l'heure de réception de l'offre ;
  
- ✓ **L'interopérabilité des systèmes d'information** : Adoption de standards et référentiels permettant à des systèmes informatiques différents de communiquer pour échanger des données ;

✓ L'archivage électronique sécurisé des documents numérisés.

966. Ces exigences ne sont, en réalité, qu'une réplique intégrale des fameux préalables de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui exigent notamment : une technologie suffisamment fiable des systèmes préservant les offres ou autres soumissions, et ; un niveau de sécurité suffisant pour que les informations confidentielles provenant des fournisseurs ou entrepreneurs le restent, notamment vis-à-vis de leurs concurrents, et ne puissent être utilisées de manière inappropriée. De plus, elles ne manquent pas de répondre, dans une large mesure, aux exigences de la loi type de la CNUDCI de : fournir une protection adaptée contre les actions non autorisées visant à perturber le fonctionnement normal du processus de passation des marchés publics, assurer l'authentification des communications, à appliquer des principes d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique ainsi que d'assurer l'intégrité tant espérée.

967. Il importe par ailleurs de souligner que le système d'information annoncé tambours battants par le Décret présidentiel portant réglementation des marchés publics et l'arrêté du ministre chargé des finances, est resté lettre morte et n'a jamais été publié à ce jour. Une source de satisfaction mérite néanmoins d'être signalée lorsqu'on constate que les textes annonciateurs ont paré à cette carence en traçant, d'ores et déjà, les contours d'une dématérialisation imminente des marchés publics.

968. En outre, sous l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, le processus de la dématérialisation des marchés publics a le mérite d'être à l'origine de l'intégration, dans la réglementation algérienne des marchés publics, d'un mode de passation inouïe : "l'enchère électronique inversée " (Section 2).

### 3.2.1.2 Section 2 : L'enchère électronique inversée.

969. Une enchère électronique est une procédure de sélection des offres réalisée par voie électronique donnant la possibilité aux candidats participants de remettre leur offre en ligne sur une plate-forme électronique et de visualiser leur classement par rapport aux autres fournisseurs participants et réajuster leur offre en temps réel pour améliorer leur positionnement.
970. Les enchères électroniques ont pris une place importante dans les relations commerciales. Ainsi a-t-on vu apparaître, dès la fin des années 90, des outils très diversifiés d'approvisionnement et de sous-traitance électroniques. Mais très rapidement également, des services d'enchère électronique ont vu le jour. Il existe désormais une très grande diversité des produits "enchère" disponibles. Néanmoins, le format de l'enchère inversée apparaît comme le plus largement utilisé, même si elle se présente sous de multiples variantes.
971. L'enchère inversée n'est en fait tout simplement que la transposition à l'achat au moins offrant de la procédure traditionnelle de vente au plus offrant sous forme d'enchère orale ascendante (ou enchère anglaise). Ici, les prix sont donc revus à la baisse, jusqu'à épuisement de la concurrence. Si les marchés privés ont les premiers expérimenté l'enchère électronique inversée, ces nouveaux outils de transaction sont également apparus dans la commande publique. Ainsi, dès 1994, une loi américaine oblige les administrations à profiter des opportunités offertes par le commerce électronique. Plus récemment, des plateformes d'achat centralisées au niveau fédéral ont vu le jour. Le Département de la Défense et certains états tels la

Pennsylvanie se sont dotés, quant à eux, de leurs propres serveurs d'enchère électronique inversée<sup>446</sup>.

972. Très développée dans les pays anglo-saxons, la pratique des enchères électroniques inversées peine à faire son nid dans plusieurs pays. Cette pratique novatrice commence néanmoins à prendre de plus en plus d'ampleur et, à l'instar de beaucoup d'autres nations, l'Algérie a décidé d'adopter cette nouvelle technique d'achat permettant de sélectionner des offres par voie électronique (Sous-Section 1), sous l'influence évidente de plusieurs institutions internationales dont la CNUDCI (Sous-Section 2).

### **3.2.1.2.1      *Sous-Section 1: L'incorporation de l'enchère électronique inversée dans la législation algérienne.***

973. Soucieuse d'être au diapason des nouvelles pratiques admises en matière de passation des marchés publics, l'Algérie a adopté la procédure de l'enchère électronique inversée par le truchement du décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et délégation de services, lequel dispose, dans son article 2016, que :

*"Le service contractant peut recourir, dans le cas de l'acquisition de fournitures et des prestations de services courants, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse :*

*À la procédure des enchères électroniques inversées, en permettant aux soumissionnaires de réviser leur prix à la baisse ou d'autres éléments quantifiables de leur offre,*

*Aux catalogues électroniques des soumissionnaires, dans le cadre d'un système d'acquisition permanent, en exécution d'un contrat programme ou d'un marché à commandes.*

---

<sup>446</sup> BRISSET Karine, MARECHAL François et MORAND Pierre-Henri, « La commande publique par enchère électronique inversée », *Économie Publique Public Econ.*, 2003. P 102.

*Les modalités d'application des dispositions du présent article sont précisées par arrêté du ministre chargé des finances".*

974. À la défaveur du développement et la vulgarisation de cette technique révolutionnaire, l'arrêté du ministre chargé des finances qui devrait prévoir les modalités d'application des dispositions citées en dessus tarde malheureusement à voir le jour. Ainsi, l'enchère électronique inversé se trouve actuellement (mal) encadrée par une évocation furtive dans un article de la nouvelle réglementation des marchés publics.

975. Par ailleurs, force est d'admettre que l'introduction de l'enchère électronique inversée est dictée par, outre la nécessité de suivre les développements en la matière, l'influence de certaines institutions internationales, à l'instar de l'Union Européenne (A) et l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) (B).

#### *A. L'influence de l'Union Européenne.*

976. Dans la mesure où l'exposé des motifs de la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics déclare sans la moindre ambiguïté que ce nouveau texte s'inspire principalement des standards internationaux et des recommandations institutions internationales, notamment l'Union Européenne et la Banque Mondiale, il est évident de croire que l'adoption de l'enchère électronique inversée est dictée par l'influence par de ces institutions. L'Union-européenne plus particulièrement !

977. Au niveau européen, la volonté de dématérialiser la commande publique et de recourir à des procédures électroniques a été précisée à de nombreuses reprises (dans le livre vert "Avenir des marchés publics" notamment) et les États membres sont tenus à l'horizon 2005 d'avoir transposé ces directives dans leur propre droit national<sup>447</sup>. L'on peut retenir du livre vert de la commission européenne sur les

---

<sup>447</sup> *Ibid.* P 102.

marchés publics dans l'union Européenne préconisant des pistes et des réflexions sur l'avenir que les procédures actuelles de passation des marchés publics sont fondées sur le recours à des pratiques administratives et à des moyens de communication traditionnels : il s'agit essentiellement d'un système de notification/diffusion des avis et de présentation des offres sur support papier. Or, grâce aux progrès de l'informatique et des télécommunications, il n'est plus nécessaire de procéder comme par le passé : il est temps d'orienter la politique communautaire des marchés publics vers le futur et de la faire bénéficier de toutes les possibilités offertes par les progrès des technologies de l'information.

978. Ces nouvelles technologies vont permettre d'introduire, à court terme, des procédures électroniques pour la notification des avis de marché et la diffusion de l'information aux fournisseurs. À plus long terme, les télécommunications et les systèmes informatisés devraient permettre de révolutionner la manière dont les marchés publics sont attribués. Ainsi, l'on envisage de développer un "marché électronique" sur lequel les fournisseurs pourraient afficher la gamme et les prix des produits qu'ils proposent dans des catalogues électroniques, ce qui permettrait aux organismes acheteurs de comparer les prix et les conditions avant de commander les articles recherchés aux prix les plus intéressants. En fin de compte, tout le monde bénéficiera de cette diffusion de l'électronique dans le secteur des marchés publics : par rapport au système actuel sur support papier, les procédures seront plus transparentes, plus ouvertes au dialogue avec les fournisseurs et beaucoup plus efficaces.

979. Afin de rattraper son retard dans ce domaine, notamment vis-à-vis, des pays anglo-saxons, la commission européenne a émis, dans le rapport du groupe présidé par M. Bangemann<sup>448</sup>, des recommandations au Conseil européen, les marchés publics figuraient au nombre des applications prioritaires des technologies de

---

<sup>448</sup> COMMISSION ÉCONOMIQUE, MONÉTAIRE ET DE LA POLITIQUE INDUSTRIELLE - A4-0244/1996, « Rapport sur L' Europe et la société de l'information planétaire - Vers la société de l'information en Europe : un plan d'action" », [consulté le 8 février 2020].

l'information dans le secteur public. Le rapport proposait comme objectif qu'au moins 10% de tous les pouvoirs adjudicateurs se dotent de procédures électroniques de passation des marchés dans un délai de deux à trois années. Deux ans plus tard, il apparaît clairement que des efforts soutenus sont nécessaires à tous les niveaux pour atteindre cet objectif.

980. En 1995, lors de la conférence du "G7" sur la société de l'information, les participants ont appelé le secteur privé à prendre des initiatives dans ce domaine et se sont engagés à soutenir ses efforts pour développer des réseaux d'information et pour fournir de nouveaux services liés à l'information. Tous ces efforts ont abouti finalement à la mise en place de "l'enchère électronique inversée", suivie d'un grand accompagnement en vue de la vulgarisation de cette pratique aussi bien dans l'espace communautaire que dans les pays qui ont signé des accords de partenariat avec l'union européenne.

981. L'orientation vers l'enchère électronique inversée est mise en évidence, notamment dans la Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, relative aux procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, laquelle a tout d'abord souligné, à juste titre, dans les considérants, que certaines nouvelles techniques d'achat électroniques sont en développement constant. Ces techniques permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique, notamment par les gains de temps et les économies que l'utilisation de telles techniques comporte. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser des techniques d'achat électroniques, pour autant que leur utilisation soit faite dans le respect des règles établies par la présente directive et des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence<sup>449</sup>.

982. Compte tenu de l'expansion rapide des systèmes d'achat électroniques, cette directive recommande de prévoir, d'ores et déjà, des règles adéquates pour

---

<sup>449</sup> Voir paragraphe 12 des considérants.

permettre aux pouvoirs adjudicateurs de tirer pleinement profit des possibilités offertes par lesdits systèmes. Dans cette perspective, il convient de définir un système d'acquisition dynamique entièrement électronique pour des achats d'usage courant, et de fixer des règles spécifiques pour la mise en place et le fonctionnement d'un tel système afin de garantir le traitement équitable de tout opérateur économique qui souhaite en faire partie<sup>450</sup>.

983. Prenant la mesure du développement potentiel de la technique de l'enchère électronique inversée, ladite directive affiche une nette volonté de lui donner une définition communautaire pour l'encadrer notamment par des règles spécifiques, et ce afin d'assurer qu'elle se déroule dans le plein respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence<sup>451</sup>.

984. Il semblerait, par ailleurs, que ces recommandations contenues dans les considérants de cette directive étaient l'élément déclencheur des autres recommandations qui traitent de la technique de l'enchère publique dans le cadre de cette directive qui invite les États membres de prévoir la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, d'appliquer des enchères électroniques inversées<sup>452</sup>.

985. L'Algérie étant un partenaire stratégique et privilégié de l'Union Européenne, lequel partenariat qui a abouti à la signature de l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre la République algérienne démocratique et populaire et la Communauté européenne et ses Etats membres. Cette relation stratégiquement privilégiée, permet de croire que l'intégration de la technique de

---

<sup>450</sup> Voir paragraphe 13 des considérants.

<sup>451</sup> Voir paragraphe 14 des considérants.

<sup>452</sup> Voir l'article 54 - 1

"l'enchère électronique inversée" dans le bloc réglementaire de l'Algérie est aussi l'apanage de l'influence exercée par l'Union européenne.

986. Même s'il est peu probable que le principe consacré l'arrêt Costa du 5 juillet 1964 actant la primauté du droit communautaire sur l'ordre juridique national, soit élargi aux États signataires d'accords d'association avec l'Union européenne, il n'est pas à écarter que cette dernière ait exigé d'intégrer l'enchère électronique inversée dans les pratiques commerciales algériennes, et ce en vue d'y assurer une meilleure maîtrise en attendant la mise en œuvre effective et complète de l'accord d'association Algérie-Union européenne, signé en 2002.

987. Dans le cadre de cet Accord d'association, la délégation de l'Union européenne en Algérie a mis en place, en 2015, une mission d'identification et de formulation du programme d'appui de l'UE à la réforme de la gestion des finances publiques en Algérie. Cette dernière a estimé, dans son premier rapport, que la gestion des finances publiques a besoin de se moderniser. Sur cette base, l'Algérie a sollicité l'aide de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en vue de mettre en place un système efficient, ouvert et inclusif, ce rapport n'a, à juste titre, aucunement ignoré la question de l'enchère électronique inversée (B).

### ***B. L'influence de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE).***

988. L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) aide les pays à améliorer leurs systèmes de passation des marchés publics en se basant sur la recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics de 2015 et d'autres standards internationaux.

989. Les recommandations de l'OCDE, ayant trait aux marchés publics, méritent un intérêt particulier dans la mesure où elles ne cessent de mettre en exergue la nécessité de la dématérialisation des marchés publics et, passant, y intégrer l'enchère électronique inversée. La recommandation de 2012, sur la lutte contre les

soumissions concertées dans les marchés publics<sup>453</sup> mérite un grand intérêt du moment où elle renvoie l'efficacité de la passation des marchés, non seulement du type d'appel à la concurrence qui aura été choisi, mais aussi de sa conception et de son exécution. Cette recommandation plaide que la transparence est, à juste titre, la condition indispensable d'une saine procédure de passation des marchés. C'est ainsi qu'elle recommande certaines mesures dont les principales sont les suivantes :

- ✓ L'obligation de soumettre les offres en personne offre la possibilité aux entreprises de communiquer et de traiter entre elles à la dernière minute, ce qu'on peut empêcher, par exemple, en recourant à une procédure électronique".
- ✓ Lorsqu'on peut craindre une collusion en raison des caractéristiques du marché ou du produit, utiliser si possible des enchères au premier prix sous pli scellé plutôt que des enchères inversées.

990. Le recours aux enchères inversées est donc une règle constante qu'il n'est pas permis d'ignorer, sauf en cas où l'on craint une collusion en raison des caractéristiques du marché ou du produit, dans lequel cas il est conseillé de recourir plutôt aux enchères sous pli scellé. Les enchères sont ainsi recommandées en tout état de cause.

991. Dans sa recommandation de 2015<sup>454</sup>, l'OCDE estime que les marchés publics constituent un pilier fondamental de la gouvernance stratégique et des prestations de services pour les pouvoirs publics. Compte tenu du volume important que représente les dépenses liées aux marchés publics, la bonne gestion de ces derniers peut et doit contribuer de manière essentielle au renforcement de l'efficacité du

---

<sup>453</sup> Adoptée par le Conseil le 17 juillet 2012 [C(2012)115 - C(2012)115/CORR1 - C/M(2012)9]

<sup>454</sup> « Recommandation-OCDE-sur-les-marchés-publics.pdf », [consulté le 8 février 2020].

secteur public et à l'établissement de la confiance des citoyens. Ainsi, elle recommande de :

*"Concevoir et utiliser des outils visant à améliorer les procédures de passation de marchés, à réduire les doublons et à optimiser les ressources, y compris la centralisation des achats, les accords-cadres, les catalogues électroniques, les dispositifs d'achat dynamiques, les enchères électroniques, les achats groupés et les contrats assortis d'options. L'application de tels outils à l'échelon infranational, le cas échéant et dans la mesure du possible, pourrait être une source de nouveaux gains d'efficacité".*

992. Cette recommandation implique l'obligation faite aux adhérents d'améliorer leur système de passation de marchés publics en s'appuyant sur les technologies numériques pour, dans la mesure où c'est pertinent, innover en matière de passation électronique de marchés publics à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics. À cet effet, les Adhérents devraient recourir à des technologies numériques récentes qui permettent d'appliquer des solutions intégrées de passation électronique de marchés publics couvrant tout le cycle de passation de ces marchés.

993. L'influence des recommandations de l'OCDE dans l'intégration de la procédure de "l'enchère électronique inversée" dans le bloc réglementaire algérien est d'autant plus évidente que le gouvernement algérien représenté par le ministère des Finances a demandé en 2017 le soutien de l'OCDE afin d'apporter un diagnostic complet du système de passation des marchés publics.

994. Ce diagnostic a pour but d'aider les autorités algériennes à concevoir et mettre en place des politiques stratégiques basées sur des bonnes pratiques internationales tout en prenant en considération le contexte du pays. Ce rapport, intitulé : "Revue du système de passation des marchés publics en Algérie- Vers un système efficient, ouvert et inclusif, identifie les forces et les faiblesses du système algérien et propose

des recommandations sur mesure<sup>455</sup>. En toute évidence, en vue de mettre en place un système efficient, ouvert et inclusif, ce rapport de L'OCDE recommande, de prime abord, l'instauration d'un système électronique de passation des marchés publics.

995. Sans omettre de se référer explicitement à la recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics de 2015 (OCDE, 2015), évoquée précédemment, ce rapport consacre un chapitre entier à la nécessité de promouvoir l'utilisation des enchères électroniques inversées.

996. Selon le rapport de l'OCDE, publié en novembre 2019, la recommandation de promouvoir l'enchère électronique inversée en Algérie est principalement justifiée par la nécessité de se mettre au diapason de la majorité des pays de l'OCDE, lesquels ont mis en place des systèmes électroniques des marchés publics avec des fonctionnalités couvrant les phases de préparation des procédures (plans d'achat, avis de pré-information, avis et documents d'appels d'offres, de soumission [soumission électronique et enchères électroniques], etc.) et de gestion contractuelle (catalogues électronique, commandes en ligne et communication avec les fournisseurs, etc.) allant jusqu'à la fin du contrat.

997. L'OCDE souligne, par ailleurs, dans ledit rapport que les outils électroniques peuvent jouer un rôle clé dans l'amélioration de l'efficience du système, que ce soit au niveau de gain achat (en termes de prix payé) ou en termes administratifs et les catalogues électroniques et les enchères inversées font partie de ces outils. Ces derniers présentent de nombreux avantages, notamment en matière de renforcement de l'accessibilité et la transparence du marché, la réduction des coûts administratifs, ou encore, la rationalisation et la révision des procédures d'achat. L'OCDE soutient d'ailleurs, avec une ferme conviction, que les enchères électroniques inversées sont

---

<sup>455</sup> « OCDE (2019), Revue du système de passation des marchés publics en Algérie : Vers un système efficient, ouvert et inclusif, Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/49802cd0-fr>. », [consulté le 8 février 2020].

un instrument pertinent pour les procédures portant sur la fourniture de biens standardisés.

998. Dans son fameux rapport pour la revue du système de passation des marchés publics algérien, l'OCDE estime que, de par leur contribution à l'amélioration de l'efficacité du système de passation des marchés publics, les catalogues électroniques et les enchères électroniques inversées sont utilisés dans un grand nombre de pays. Par exemple, dans plus de la moitié (53 %) des pays de l'OCDE, certains pouvoirs adjudicateurs ont intégré ces instruments à leur portail électronique de marchés publics. Dans plus d'un tiers des pays de l'OCDE (36 %), le portail électronique des marchés publics du gouvernement central comprend un module dédié aux enchères électroniques inversées, et 33 % des pays de l'OCDE ont également la possibilité d'intégrer des catalogues électroniques à leur portail.

999. Pour conclure le chapitre dédié à la promotion de l'enchère électronique inversée, l'OCDE recommande, d'une manière aussi explicite que solennelle, mieux que de promouvoir l'utilisation de l'enchère électronique inversée, de s'assurer que le module d'enchères électroniques inversées soit prévu lors du développement du portail électronique institué par la nouvelle réglementation des marchés publics. En toute évidence, cette recommandation corrobore au plus haut degré l'influence de l'OCDE dans l'intégration de l'enchère électronique inversée dans la réglementation algérienne des marchés publics.

1000. Le développement d'un système de passation électronique des marchés publics incluant l'enchère électronique inversée, comme élément clé pour améliorer l'efficacité du système, est une recommandation qui nettement mise en exergue dans le rapport de l'OCDE dans la mesure où il représente un changement majeur pour les entités publiques et le secteur privé. Cependant, le défi principal n'est pas d'introduire des technologies numériques dans l'administration publique, mais plutôt de s'assurer de l'intégration de leur utilisation dans les efforts de

modernisation du secteur public, tel qu'il est souligné dans la recommandation de l'OCDE sur les stratégies numériques gouvernementales<sup>456</sup>.

1001. Les sources qui ont potentiellement influencé le législateur algérien pour l'introduction de cette technique inédite et révolutionnaire de passation de marchés publics, dite "enchère électronique inversée" peuvent être multiples. Mais, la source dont l'empreinte semble plus évidente et potentiellement plus influente trouve son origine dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Sous-Section 2).

### **3.2.1.2.2      *Sous-Section 2 : L'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés publics.***

1002. La CNUDCI œuvre, sans relâche et sans répit, pour démocratiser l'acte de passation de marchés publics à travers notamment la vulgarisation de leur dématérialisation. Nombreuses d'ailleurs sont les recommandations de cette commission visant à favoriser le recours à l'enchère électronique inversée en tant que procédure autonome qui permet que les qualifications du fournisseur retenu soient dûment vérifiées par rapport aux critères applicables après l'enchère. Nul ne peut donc contester que la technique de l'enchère électronique inversée n'ait jamais été mieux mise en évidence, ni mieux expliquée et détaillée, que dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

1003. La CNUDCI plaide en outre à ce que les règlements en matière de passation des marchés puissent expliquer les principales caractéristiques des enchères électroniques inversées et souligner en quoi elles diffèrent des enchères traditionnelles, notamment qu'elles se déroulent en ligne, avec une évaluation automatique permettant de protéger l'anonymat des enchérisseurs et d'assurer la confidentialité et la traçabilité de la procédure, et qu'elles doivent toujours

---

<sup>456</sup> « Recommendation-digital-government-strategies.pdf », [consulté le 8 février 2020].

intervenir en phase finale de la procédure de passation, avant l'attribution du marché. De plus, les questions d'authenticité, d'intégrité des données, de sécurité et autres questions touchant la passation de marchés en ligne sont, selon la CNUDCI, particulièrement pertinentes dans le contexte des enchères électroniques inversées, qui se déroulent par défaut en ligne en vertu de la Loi type. Les règlements en matière de passation des marchés devraient donc traiter de questions techniques telles que l'existence d'une infrastructure adéquate, l'accès aux sites Internet pertinents avec une bande passante suffisante, et les mesures de sécurité propres à éviter le risque accru d'accès non autorisé d'enchérisseurs à des informations commercialement sensibles de leurs concurrents.

1004. Toute mesure faite de ses avantages innombrables, la CNUDCI n'a pas hésité à faire la promotion de l'enchère électronique inversée auprès des États membres et des États adoptants. L'Algérie étant un État membre de la CNUDCI durant trois mandats distincts, et aussi État adoptant par excellence, il est potentiellement admis de croire que l'intégration de l'enchère électronique inversée dans la réglementation est substantiellement une pure inspiration de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, d'autant plus que, tel qu'il a été démontré dans la deuxième partie de cette thèse, l'Algérie a largement contribué à l'élaboration et la modernisation de la nouvelle mouture de ladite loi type, en vigueur depuis 2011.

1005. Si l'on se réfère aux dispositions de l'article 206 du décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégation de services publics, les modalités d'application de l'enchère électronique inversée ainsi que le catalogue électronique des soumissionnaires devraient précises par arrêtee du ministre chargé des finances. Compte tenu du fait que cet arrêté n'a pas encore vu le jour, il est fort probable, voire attendu, que les mécanismes et les modalités d'application de cette technique inédite soient une réplique intégrale des dispositions préconisées par ladite Loi type. De ce fait, il est nécessaire de s'intéresser au traitement réservé à l'enchère électronique inversée au cœur de la loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés publics (A), et les mécanismes préconisés par cette dernière pour l'incorporer dans les droits internes des États adoptants (B).

***A. L'enchère électronique inversée dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.***

1006. Si on doit analyser tous les textes et les institutions qui ont traité de la thématique de "l'enchère électronique inversée", on se rend compte d'emblée qu'il n'y a que la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui est parvenue à lui réserver un traitement approfondi, en s'attelant à toutes les étapes de cette procédure ainsi que les conditions d'y recourir.

1007. Dans le cadre de l'analyse du traitement réservé par la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, il est nécessaire de s'intéresser tout d'abord à l'acceptation de cette technique avant de découvrir ses mécanismes à la lumière des dispositions prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

**✓ L'acceptation de l'enchère électronique inversée.**

1008. Les moyens de passation de contrats entre les services publics et les opérateurs économiques ont connu de profondes métamorphoses avec l'avènement des nouvelles technologies de communication, plus particulièrement l'Internet. Parmi les plus percutantes se trouvent les enchères électroniques inversées.

1009. Il n'est pas d'une vaine utilité de rappeler que le décret présidentiel n° 15-247, qui a introduit l'enchère électronique inversée comme l'un des modes de passation de marchés publics en Algérie, s'est limité à une évocation furtive de cette technique importée sans pour autant prendre le soin d'y prévoir la moindre définition, aussi brève soit-elle. Il faudrait donc chercher cette acceptation dans les textes de la CNUDCI.

1010. La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a défini "l'enchère électronique inversée" comme étant un vocable qui recouvre toutes les

caractéristiques principales d'une enchère inversée, en particulier le fait qu'elle se déroule en ligne. Cette définition large vise à souligner que la Loi type ne régit pas d'autres types d'enchères pouvant être utilisés pour la passation de marchés publics dans certains pays.

1011. Le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, a appuyé cette définition en qualifiant l'enchère électronique inversée de technique d'achat en ligne et en temps réel utilisée par une entité adjudicatrice pour sélectionner la soumission à retenir. Ainsi, les fournisseurs ou entrepreneurs ("enchérisseurs") présentent au cours d'une période déterminée des offres de plus en plus basses, qui sont évaluées automatiquement par des systèmes informatiques jusqu'à ce que l'adjudicataire soit trouvé. La formule "offres de plus en plus basses", utilisée dans la définition, renvoie aux réductions successives du prix ou aux améliorations successives des offres générales faites à l'entité adjudicatrice. Il s'agit donc d'une exception à la règle générale de la Loi type, selon laquelle un fournisseur ou un entrepreneur dispose d'une seule occasion de soumettre son prix en réponse à une invitation à soumissionner.

1012. Quant au glossaire des termes liés à la passation des marchés utilisés dans la loi type de la CNUDCI de 2011 sur passation des marchés publics, il a synthétisé la définition de l'enchère électronique inversée dans l'acception suivante :

*"L'enchère électronique inversée est une technique d'achat en ligne et en temps réel que l'entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir et dans laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs présentent au cours d'une période déterminée des offres de plus en plus basses faisant l'objet d'une évaluation automatique".*

1013. Sur le plan pratique, le procédé des enchères électroniques inversées permet aux acheteurs de biens ou de services de mettre en concurrence directe plusieurs offreurs dans le cadre d'une place de marché virtuel, soit à travers d'un site Internet qui sert d'interface entre les protagonistes. Concrètement, l'acheteur présente ses besoins

par le biais d'un cahier des charges et convie ses potentiels clients à une séance d'enchères en lignes. La date et l'heure étant préalablement communiquées et un prix maximum devrait être fixé par l'acheteur<sup>457</sup>.

1014. Contrairement aux enchères traditionnelles, les offreurs vont, à partir de ce prix de départ, enchérir à la baisse. L'opération prend fin soit parce que les acheteurs refusent de descendre en dessous d'un certain prix, soit parce que les enchères ont atteint le prix minimum qu'ils avaient fixé au tout début de l'enchère, et en dessous duquel ils n'ont pas le droit d'enchérir. Si l'acheteur ne fixe pas de prix de départ, les enchères commencent au prix que souhaite le premier enchérisseur.

1015. Les progrès récents du commerce électronique justifient donc ce passage innovant d'une procédure fermée à une procédure ouverte dans la commande publique. La Commission des Nations Unis pour le Développement du Commerce International (CNUDCI) a bien mesuré l'importance de ce nouveau procédé en préconisant les mécanismes de ce procédé.

- ✓ **Les mécanismes de l'enchère électronique inversée à la lumière des dispositions prévues dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.**

1016. La loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a, de prime abord, qualifié l'enchère électronique inversée de mode de passation de marché autonome qui permet à l'entité adjudicatrice de solliciter des offres en faisant publier une invitation à participer à l'enchère électronique inversée. L'invitation doit comporter les renseignements suivants :

- ✓ Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice ;

---

<sup>457</sup> « Découvrez les enchères électroniques inversées en pratique », [consulté le 8 février 2020].

- ✓ Une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question ;
- ✓ Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties ;
- ✓ La déclaration visée à l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI ;
- ✓ Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information qu'ils doivent produire pour justifier de leurs qualifications ;
- ✓ Les critères et la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché ;
- ✓ Les critères et la procédure d'évaluation des offres, ainsi que toute formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation pendant l'enchère ;
- ✓ La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, ainsi qu'une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables ;
- ✓ La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé ;

- ✓ Le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère afin que celle-ci puisse avoir lieu, ce nombre devant être suffisant pour assurer une concurrence effective ;
- ✓ Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère est limité, le nombre maximum fixé, ainsi que les critères et la procédure qui seront appliqués conformément au paragraphe 2 du présent article pour les sélectionner ;
- ✓ Les modalités d'accès à l'enchère, ainsi que les informations nécessaires pour s'y connecter ;
- ✓ Les délais et les formalités d'inscription à l'enchère ;
- ✓ La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère et les formalités d'identification des enchérisseurs lors de l'ouverture de l'enchère ;
- ✓ Les critères de clôture de l'enchère ;
- ✓ D'autres règles pour la conduite de l'enchère, notamment les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère, la langue dans laquelle elles seront disponibles et les conditions dans lesquelles ils pourront enchérir ;
- ✓ Des références aux règlements en matière de passation des marchés et aux autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et le lieu où ces lois et règlements peuvent être consultés ;

- ✓ Les modalités selon lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur les informations concernant la procédure de passation de marché ;
- ✓ Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation de marché avant et après l'enchère, sans l'intervention d'un intermédiaire ;
- ✓ Une mention indiquant qu'il est conféré aux fournisseurs ou entrepreneurs un droit de contestation ou d'appel contre les décisions ou actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes aux dispositions de la Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application ;
- ✓ Les formalités qui devront être accomplies après l'enchère pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la vérification des qualifications ou de la conformité et la signature d'un contrat écrit ;
- ✓ Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant la procédure de passation de marché.

1017. En vertu de l'article 53, alinéa 2, de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, l'entité adjudicatrice ne peut limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs autorisés à s'inscrire à l'enchère électronique inversée que dans la mesure où des limites de capacité de son système de communication l'exigent et elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs pouvant s'inscrire de manière non discriminatoire. En outre, l'entité adjudicatrice peut décider, au regard des

circonstances de la passation concernée, de faire précéder l'enchère électronique inversée d'un examen ou d'une évaluation des offres initiales.

1018. La Loi type de la CNUDCI prévoit également la possibilité d'une enchère électronique inversée en tant qu'étape précédant l'attribution du marché ; dans lequel cas, l'entité adjudicatrice doit informer les fournisseurs et entrepreneurs de la tenue d'une enchère lorsqu'elle sollicite pour la première fois leur participation à la procédure de passation de marché, et leur communiquer les renseignements y afférents, notamment la formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation au cours de l'enchère, ainsi que les modalités d'accès à l'enchère, ainsi que les informations nécessaires pour s'y connecter. Il va sans dire que, préalablement à l'étape où l'enchère électronique inversée devrait avoir lieu, l'entité adjudicatrice doit adresser à tous les fournisseurs ou entrepreneurs restant en compétition une invitation à participer à l'enchère.

1019. L'inscription à l'enchère électronique inversée est l'élément déclencheur de cette procédure dans laquelle il est exigé, ce qui suit :

- ✓ Une confirmation de l'inscription doit être donnée promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur qui s'inscrit à l'enchère ;
- ✓ Le délai entre l'envoi de l'invitation à l'enchère électronique inversée et l'enchère elle-même doit être suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à cette dernière, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.

1020. En ce qui concerne le choix des offres à retenir, le principe est identique entre l'enchère électronique inversée et la procédure classique de passation de marchés publics dans la mesure où c'est l'offre la plus basse ou, le cas échéant, la plus avantageuses qui doit être retenue.

1021. Il y a lieu de souligner par ailleurs que la Loi type de la CNUDCI ne s'est pas limitée à décrire le contexte et le mécanisme de l'enchère électronique inversée mais elle a également les méthodes de son incorporation dans la législation interne des Etats adoptants (B).

***B. L'incorporation de l'enchère électronique inversée dans la législation interne des États adoptants.***

1022. Le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics n'a pas manqué de mettre en évidence les nombreux avantages qui peuvent découler du recours aux enchères électroniques inversées :

- ✓ Premièrement, elles peuvent améliorer le rapport qualité/prix par une mise en concurrence successive des enchérisseurs dans un processus dynamique se déroulant en temps réel. L'utilisation d'Internet pour tenir l'enchère peut aussi favoriser une plus large participation et donc accroître la concurrence.
- ✓ Deuxièmement, les enchères électroniques inversées peuvent réduire le temps et les frais administratifs nécessaires à la passation de marchés portant sur des biens simples et disponibles dans le commerce ou des services normalisés.
- ✓ Troisièmement, elles peuvent améliorer la traçabilité interne du processus de passation des marchés, puisque les informations concernant les résultats successifs de l'évaluation des offres à chaque étape et le résultat final sont consignées ; toutes ces informations sont instantanément accessibles à l'entité adjudicatrice. En outre, elles peuvent renforcer la transparence puisque chaque enchérisseur connaît instantanément sa position relative ; l'évolution et le résultat de

l'enchère sont communiqués instantanément et simultanément à tous les enchérisseurs.

- ✓ Quatrièmement, la transparence accrue et le processus d'évaluation entièrement automatisé limitant l'intervention humaine peuvent contribuer à prévenir les abus et la corruption.

1023. Toute mesure faite de tous ces avantages potentiels, et conformément à sa façon d'envisager toutes les méthodes de passation de marchés prévues dans la Loi type, la CNUDCI considère que ces enchères peuvent être utilisées pour tous les marchés, qu'il s'agisse de biens, de travaux ou de services. En plus d'être couramment utilisées pour l'acquisition de biens tels que des fournitures de bureau, les enchères électroniques inversées peuvent être utilisée également dans la pratique pour des services simples, tels que des prestations horaires de techniciens agréés dans un domaine donné.

1024. L'approche de la CNUDCI est de prévoir des enchères électroniques inversées pour la sélection de l'adjudicataire en exigeant qu'elle soit la phase finale de la procédure de passation de marché, soit celle qui aboutit à la sélection de l'adjudicataire. Cette approche tient compte de l'interdiction générale, dans l'ensemble de la Loi type, de négocier après la sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur, et ce, par souci d'asseoir le plus grand degré de transparence et le moins de risque d'abus.

1025. Dans le cadre de l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI, les États adoptants doivent mesurer tout d'abord le contexte de politique générale, avant de traiter quelques aspects techniques. La Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International, juge d'ailleurs que les considérations de politique générale sont particulièrement importantes pour la bonne introduction et la bonne utilisation des enchères électroniques inversées dans la mesure où elles peuvent inspirer les règlements en matière de passation des marchés ou les règles

ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité.

1026. Le guide de l'incorporation des dispositions de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, recommande une utilisation appropriée des enchères électroniques inversées. Pour ce faire, elle recommande de prendre en considération les points suivants :

- Les enchères électroniques inversées autonomes conviennent le mieux à des biens et services d'usage courant, supposant généralement un marché large et très concurrentiel, si l'entité adjudicatrice peut donner une description détaillée ou renvoyant à des normes sectorielles, et si les offres des enchérisseurs présentent les mêmes caractéristiques qualitatives et techniques ;
- Il est probable que ce type de passation se fasse sur un marché où les participants sont nombreux, ce qui garantit l'anonymat et favorise la concurrence ;
- Les types de passation de marchés où les facteurs non quantifiables l'emportent sur les considérations de prix et de quantité ;
- Pour qu'une enchère électronique inversée fonctionne correctement et donne lieu à des prix bas mais réalistes, il importe que les enchérisseurs connaissent bien leurs structures de coûts ;
- Plus il y a de critères à évaluer lors de l'enchère électronique inversée, plus il est difficile pour l'entité adjudicatrice et pour les fournisseurs ou entrepreneurs de comprendre comment la modification d'un élément influera sur le classement d'ensemble. Les enchères électroniques inversées conviendront donc moins s'il y a de nombreuses variables. Il

n'y aura pas non plus de concurrence réelle si l'enchère n'est plus effectivement fondée sur une description commune de l'objet du marché. Ce risque est plus élevé si de nombreuses variables interviennent dans les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de l'objet du marché ;

- Les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations émanant de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité devraient donc guider l'entité adjudicatrice étudiant le marché concerné avant d'engager une procédure de passation de marché, de sorte qu'elle puisse déterminer les avantages et inconvénients relatifs d'une enchère électronique inversée. Il convient de déterminer s'il y a davantage de risques que la collusion l'emporte sur la concurrence avec une enchère électronique inversée qu'avec une autre méthode de passation de marchés avant de décider quelle méthode et quelle technique utiliser. Les autorités chargées de la concurrence dans l'État adoptant pourront peut-être fournir des informations sur les risques relatifs, tels que le risque de dumping sur le marché concerné ;

1027. La CNUDCI recommande également aux États adoptants sans expérience, d'introduire d'une manière progressive l'utilisation des enchères électroniques inversées, et ce à mesure qu'ils se familiarisent avec cette technique. Ainsi, elle suggère de commencer d'abord par les enchères fondées uniquement sur le prix, et ensuite, le cas échéant, appliquer des enchères plus complexes, où des critères d'attribution, autres que le prix, interviennent également.

1028. L'incorporation de l'enchère électronique inversée requiert, en outre, le renforcement des capacités des États adoptants. Ainsi, pour tirer le meilleur parti des enchères électroniques inversées et encourager la participation, les entités adjudicatrices et les fournisseurs et entrepreneurs doivent avoir confiance en ce processus et en ses résultats, et pouvoir les utiliser efficacement. À cette fin, les États devraient être prêts à investir d'emblée suffisamment de ressources dans des

programmes de sensibilisation et de formation et à prévoir les fonds nécessaires pour former les fournisseurs ou entrepreneurs en vue de leur participation aux enchères électroniques inversées. Pour l'entité adjudicatrice, la formation devrait porter sur des questions techniques telles que la manière de quantifier objectivement des critères autres que les prix et de les exprimer de manière à pouvoir les intégrer dans la formule mathématique ou l'algorithme automatisé, et sur les informations à donner aux fournisseurs et entrepreneurs, en particulier aux petites et moyennes entreprises.

1029. Pour les fournisseurs et entrepreneurs, la formation devrait porter sur le système et son fonctionnement, les changements que cela suppose de traiter avec le gouvernement au moyen d'enchères électroniques inversées et l'incidence de ces changements sur leurs opportunités commerciales. Faute d'une telle formation, un marché où les achats publics se déroulaient bien risque d'être délaissé, les prix risquent d'être plus élevés qu'avant l'introduction des enchères électroniques inversées et l'investissement des pouvoirs publics dans le système risque de ne pas porter ses fruits. Ce renforcement des capacités suppose également pour chaque passation de marché un surcoût par rapport aux méthodes traditionnelles, tout au moins au début de l'utilisation des enchères électroniques inversées.

1030. La transparence des procédures et de la planification fait également partie des prérequis recommandés par la loi type de la CNUDCI pour espérer incorporer l'enchère électronique inversée dans la réglementation nationale des marchés publics. Une description claire de l'objet du marché et des autres conditions de la passation de marché doit être rédigée et portée à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs au début de la passation de marché, de même que la formule servant à sélectionner l'adjudicataire et toutes les informations concernant les modalités de l'enchère électronique inversée, en particulier le moment de son ouverture et les critères régissant sa clôture. Cela peut nécessiter une planification plus détaillée que dans d'autres méthodes de passation des marchés, et il faudrait en faire prendre conscience aux entités adjudicatrices ;

1031. De plus, la CNUDCI recommande bien évidemment la rédaction des critères d'évaluation pour s'assurer d'une meilleure incorporation de l'enchère électronique inversée. Les dispositions permettent en théorie d'appliquer à l'enchère électronique inversée tout critère d'évaluation, pour autant qu'il puisse être intégré dans une formule ou un algorithme permettant d'évaluer et de réévaluer automatiquement les offres au cours de l'enchère et d'identifier à chaque étape successive l'offre la mieux classée. Pendant l'enchère, chaque offre révisée donne lieu à un classement ou à un reclassement des offres au moyen de ces techniques automatisées. Puisque l'exigence d'une évaluation automatique impose que les critères d'évaluation puissent être exprimés en termes monétaires, plus ces critères s'éloignent du prix et d'autres critères similaires (tels que les délais de livraison et garanties exprimées en pourcentage de prix), moins leur expression en termes monétaires sera objective. Les enchérisseurs peuvent alors être moins enclins à participer et le résultat risque d'être moins concluant. Les critères, autres que le prix, peuvent être des critères simples, tels que les conditions de livraison et de garantie, ou plus complexes, tels que les niveaux d'émissions d'automobiles.

1032. La CNUDCI recommande par ailleurs à ce que l'organisme chargé de la passation des marchés publics, ou autre autorité, et les autorités chargées du droit de la concurrence dans l'État adoptant contrôlent la concurrence sur les marchés où sont utilisées des techniques telles que les enchères électroniques inversées. Le système de passation des marchés publics devrait exiger que l'entité adjudicatrice soit bien renseignée sur les opérations similaires antérieures, le marché concerné et la structure de celui-ci.

1033. Les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées reposent sur l'idée que ces enchères visent principalement à satisfaire les besoins d'une entité adjudicatrice en objets normalisés, simples et généralement disponibles. Ainsi, l'exigence d'une description précise de l'objet du marché empêchera l'utilisation de cette technique de passation de marchés pour la plupart des marchés de services et de travaux, sauf s'ils sont très simples et véritablement quantifiables. En formulant ces conditions et les autres conditions de la passation de marché, les

entités adjudicatrices devront énoncer clairement les caractéristiques techniques et qualitatives précises de l'objet de marché afin que les enchérisseurs fassent leurs offres sur une base commune. À cet égard, la comparaison automatique des offres fait que des spécifications techniques sont généralement plus efficaces que des spécifications fonctionnelles. Il est donc souhaitable d'utiliser un vocabulaire commun des marchés publics pour désigner l'objet du marché par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché.

1034. En somme, le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, adopté par la Commission des Nations Unies, a remarquablement encadré toutes les étapes de l'enchère électronique inversée, et ce, en déterminant notamment les exigences à respecter durant et après l'enclenchement de cette procédure<sup>458</sup>. Il ne reste aux États adoptant, tel que l'Algérie, que de les incorporer et les adapter à leurs législations internes.

1035. Si la dématérialisation des marchés publics et l'enchère électronique sont les mesures innovatrices les plus remarquables que le législateur ait emprunté de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, elles ne sont cependant pas les plus importantes. En effet, l'introduction de procédés alternatifs de règlement de différends porte la marque indélébile de l'influence inévitable de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (Chapitre 2).

---

<sup>458</sup> « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». PP 56 et 57.

### **3.2.2 Chapitre 2 : Le rôle de la CNUDCI dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics.**

1036. 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. Ça 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.

1037. 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 (Section 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 (Section 2).

### 3.2.2.1 Section 1 : Le rôle de la CNUDCI dans le développement d'autres formes de règlement amiable des litiges

1038. L'exposé des motifs du Décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public, 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 210<sup>459</sup> 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 (Sous-Section 1), en instituant de nouveaux organismes dont la vocation principale est de trancher des litiges (Sous-Section 2).

---

<sup>459</sup> 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.

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

1039. 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.

1040. 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 (A) et la commission des marchés publics du service contractant (B).

#### ***A. Le recours :***

1041. 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, lequel 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 préqualification ou de présélection ou des demandes de réexamen des décisions ou actes pris par l'entité lors de la procédure de préqualification 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 ;*

*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".*

1042. Il y a lieu de déduire, de prime abord, que cet article prévoit 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 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.

1043. 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.

1044. 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 tâché d'introduire, dans le Décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public, une nouvelle section intitulée : " Des recours".

1045. L'influence de la loi type de la CNUDCI est factuellement prouvée 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.

1046. 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.

1047. 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.

1048. 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 a priori exercé par la commission des marchés publics du service contractant (B).

### ***B. De la commission des marchés publics du service contractant.***

1049. 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 concernerait "l'exécution des marchés", qui reste 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 trop s'écarter 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 a priori exercé par la commission des marchés institué auprès du service contractant. Faudrait-il d'ailleurs préciser que ce mécanisme est introduit, en premier lieu, par le Décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics, et ce sous l'influence factuelle de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, publié en 1994.

1050. Au sens de l'article 169 du Décret n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégations de service public, 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 différends. Cette nécessité justifie a 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 (Sous-Section 2).

### **3.2.2.1.2      *Sous-Section 2 : Les instruments de règlement amiable de différends.***

1051. 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 (A) et l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de services publics (B).

#### ***A. Le comité de règlement amiable des litiges.***

1052. 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".

1053. 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.

1054. Le 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.
1055. 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 un accusé de réception.
1056. 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.
1057. 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.
1058. 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.

1059. 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.

✓ Ce nouveau dispositif de règlement amiable des litiges est-il facultatif ?

1060. 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.

1061. 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 annuelle ou sur son site internet.

1062. 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.

1063. 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.

1064. 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).

### ***B. L'Autorité de régulation des marchés publics.***

1065. 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<sup>460</sup>.

1066. 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 ».

---

<sup>460</sup> « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ».

1067. 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 concernent 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 service public.
1068. 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.
1069. 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, a priori, d'une vocation très semblable à celle que la loi type de la CNUDCI attribue à l'autorité qu'elle prône, laquelle consiste, notamment, à rationaliser et normaliser la passation des marchés et les pratiques en la matière à travers l'élaboration des documents et procédures.
1070. 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 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.
1071. En ce qui concerne la prérogative inhérente à l'autorité de régulation des marchés publics consistant à 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. Ceci est d'autant plus vrai que 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.

1072. 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.

1073. 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.

1074. 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.

1075. Faudrait-il souligner, en outre, 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 mécanisme de révision par une instance indépendante. Ce mécanisme peut également être considéré comme la source principale d'une autre nouveauté majeure portée par le décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégations de service public : La consécration du droit de compromettre dans la réglementation des marchés publics (Section 2).

### **3.2.2.2 Section 2 : La consécration du droit de compromettre dans la réglementation algérienne des marchés publics.**

1076. 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 marchés<sup>461</sup>. 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.

1077. 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

---

<sup>461</sup> *Ibid.*

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.

1078. 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 étrangères, 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.

1079. Certes, 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, mais 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 préalable du gouvernement (Sous-Section 1). Il conviendrait, ensuite, d'évoquer la question cruciale de l'arbitrabilité des litiges dans le cadre des marchés publics (Sous-Section 2).

**3.2.2.2.1      *Sous-Section 1 : Le droit de compromettre est-il consacré pour confirmer, ou tempérer, un principe prévu auparavant par le code des procédures civiles et administratives ?***

1080. Quand bien même l'exposé de motif du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public, aurait 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 soit alimenté de motivations qui vont aux antipodes des objectifs desdits standards, notamment la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics !

1081. 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.

1082. 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 ? (B). Cependant, pour une meilleure analyse, il est nécessaire d'aborder au préalable l'évolution de l'arbitrage commercial international en Algérie (A).

#### *A. L'évolution de l'arbitrage commercial international en Algérie.*

1083. 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.

1084. 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.

1085. 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 juridictions<sup>462</sup>. Cette hostilité déclarée et affichée à l'égard de l'arbitrage international est illustrée, à juste titre, par les propos du Doyen Ahmed MAHIOU<sup>463</sup> :

*"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 côté"*

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".*

Cette disposition suscitait deux interprétations. Une interprétation extensive qui était justifiée par le caractère très large de cette disposition légale qui permettait d'inclure dans le champ de l'interdiction de recourir à l'arbitrage, l'État et personnes morales publiques, mais également tous les établissements publics à caractère administratif et les entreprises publiques à caractère industriel et commercial. Cependant, force est de constater que, en réalité, c'est l'interprétation restrictive qui a prévalu sous l'influence des relations commerciales internationales.

1086. Dans le domaine des hydrocarbures, la loi du 19 août 1986 encourageait les investisseurs étrangers à s'associer avec l'entreprise pétrolière "Sonatrach". En cas de survenance d'un conflit, cette loi donnait la possibilité aux parties de solliciter

---

<sup>462</sup> NOUR-EDDINE TERKI, L'arbitrage commercial international en Algérie, Editions AJED, 2014. P 13.

<sup>463</sup> 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.

une conciliation préalable dans les conditions convenues par les parties au contrat d'association pour régler le conflit à l'amiable, mais en cas d'échec de la procédure de conciliation, les parties peuvent soumettre le litige à l'arbitrage international. C'est seulement lorsque les parties ne s'accordaient pas pour réunir cette commission ou que cette procédure se soldait par un échec que la juridiction du droit commun se voyait alors investie d'une compétence pour résoudre le litige, conformément à l'article 63 de la loi de 1986<sup>464</sup>.

1087. En dépit de toutes les interdictions légales, l'expérience nous a montré que la plupart des entreprises publiques, sous la contrainte des enjeux économiques et commerciaux, ne pouvaient pas s'empêcher d'inclure une clause compromissoire dans les contrats commerciaux internationaux. Cette situation d'interdiction de l'arbitrage commercial international devenait de plus en plus intenable, par rapport aux partenaires étrangers, c'est pourquoi le législateur a fini par accepter ce procédé alternatif de règlement de différends. Ainsi, est venue l'ère de la légalisation de l'arbitrage commercial international.

Un tel changement du cap s'explique par plusieurs raisons, notamment l'extension des effets de la mondialisation, la modification de la conjoncture économique du pays, l'économie de marché et également la mise en œuvre d'une politique de privatisation des entreprises publiques. Par ailleurs, en dehors de toute pression de ses partenaires étrangers, l'Algérie a pris conscience qu'il lui était difficile de prétendre à un rôle d'acteur du commerce international tout en continuant d'ignorer ce procédé traditionnel de règlement de litiges.

Cette légalisation de l'arbitrage commercial international marque ainsi un retour au réalisme des affaires qui s'est effectuée aussi bien par le canal du droit conventionnel que dans le droit interne.

1088. La légalisation de l'arbitrage commercial international dans le droit conventionnel trouve son fondement dans les conventions bilatérales et les

---

<sup>464</sup> NOUR-EDDINE TERKI, *op. cit.* P 17.

conventions multilatérales. Quant à sa légalisation dans le droit interne, il s'est manifesté en premier lieu à travers la loi du 04 décembre 1991 qui a introduit, pour la première fois dans le domaine des hydrocarbures, le recours à l'arbitrage commercial international. Cependant, cette loi étant réservée au domaine spécifique des hydrocarbures, ce procédé privé ne pouvait donc être utilisé que dans les contrats signés par la Sonatrach et son partenaire étranger. Ce faisant, l'État ne peut toujours pas 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 septembre 1975 portant code de commerce<sup>465</sup>, qui a introduit, d'une manière générale, le recours à l'arbitrage commercial international en Algérie.

1089. 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 sur le droit international privé,

---

<sup>465</sup> JORADP n° 27 du 27 avril 1993.

1090. Pour définir l'arbitrage commercial international le décret législatif de 1993 associait au critère juridique qui est fortement contesté<sup>466</sup>, 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.

1091. 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<sup>467</sup>.

1092. 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.

---

<sup>466</sup> 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, aux dites sociétés étrangères, le droit de recourir à l'arbitrage commercial international, sur la base de ce critère.

<sup>467</sup> 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".

1093. 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 (B).

***B. Recours à l'arbitrage international dans les marchés publics soumis au pouvoir discrétionnaire du pouvoir l'exécutif.***

1094. Tous les litiges ne peuvent pas être soumis à arbitrage, tous ne sont donc pas arbitrales. Même si le champ de l'inarbitrabilité 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<sup>468</sup>.

1095. 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 compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics".*

1096. 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.

---

<sup>468</sup> ALI BENCHENEB, *Règlement des litiges et arbitrage commercial international*, GAÏA Editions, 2018. P 85.

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<sup>469</sup>.

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 a priori subordonnante mais en vérité destinée à fermer toute discussion, que les marchés publics peuvent avoir à conclure<sup>470</sup>.

1097. 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

---

<sup>469</sup> NOUR-EDDINE TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, Editions AJED, 2014. PP 60-61.

<sup>470</sup> ALI BENCHENEB, *op. cit.* P 89.

étrangers. Les affaires de : Cojaal contre le Ministère des travaux publics<sup>471</sup> ; Groupe canadien SM contre Air Algérie<sup>472</sup> ; Sonatrach contre Medex<sup>473</sup> et Sonatrach contre les deux entreprises espagnoles Repsol et Gas Natural<sup>474</sup>, 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.

1098. 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

---

<sup>471</sup> Après les soupçons de corruption, la mauvaise qualité de certains tronçons, les surcoûts et les retards de livraison, c'est la décision du le ministre des Travaux publics de la résiliation du contrat avec la compagnie japonaise Cojaal chargée de réaliser un tronçon de 359 km pour un montant de 5 milliards de dollars, en raison du retard considérable enregistré dans la réception d'un tronçon de 81 km à l'est du pays, qui a emmené la société japonaise à soumettre ce différend pour être tranché dans le cadre d'une procédure d'arbitrage international. Les indemnités réclamées par Cojaal dans le cadre de cette procédure s'élèvent à près d'un milliard de dollars.

<sup>472</sup> La compagnie aérienne, Air Algérie est sommée de verser 1,5 milliards DA au profit du groupe canadien spécialisé dans les travaux publics, suit à un verdict qui a été rendu par la chambre du commerce du tribunal international d'arbitrage basée en Suisse, saisi par le groupe canadien, au sujet d'un contentieux autour du projet de réalisation du nouveau siège d'Air Algérie au niveau du centre d'affaires de Bab Ezzouar (Alger).

<sup>473</sup> La compagnie nationale des hydrocarbures a remporté une victoire, dans l'arbitrage international qui l'a opposé à la société «Medex petroleum North Africa». Le conflit portait sur des contrats de recherche et d'exploitation des hydrocarbures sur les périmètres Bourarhat Nord et Erg Issaouane. La procédure avait été introduite par Sonatrach contre Medex en 2015, devant un tribunal arbitral pour réclamer la résiliation des contrats, signés en application du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit international commercial (CNUDCI). Sonatrach reproche à la société contractuelle «des défaillances dans l'exécution de ses obligations», suite à quoi le tribunal arbitral a rendu son verdict, prononçant la résiliation des contrats sur les périmètres suscités, aux torts exclusifs de Medex.

<sup>474</sup> Le Tribunal international d'arbitrage a statué en novembre 2009 dans le différend qui a opposé la compagnie pétrolière Sonatrach et les deux entreprises espagnoles Repsol et Gas Natural. Cette instance a choisi un dénouement où il n'y a ni vainqueur ni vaincu, sans obliger aucune des parties à indemniser l'autre comme conséquence de la fin de ce contrat.

réglementation des marchés publics et délégations de service public, qui dispose que :

*"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".*

Même si cette disposition a le mérite de consacrer solennellement le droit de compromettre dans le cadre des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants étrangers, alors que le code des procédures civiles et administrative de 2008, ne fait pas de distinction entre les marchés publics internes et les marchés publics internationaux, il n'en demeure pas moins qu'elle augure d'une nouvelle orientation visant à laisser croire qu'à l'avenir, le recours à l'arbitrage international sera de moins en moins préconisé, nonobstant le fait qu'il soit prévu au cas d'espèce dans le code de procédures civiles et administratives en vigueur.

1099. Désormais, le recours à une instance arbitrale internationale pour trancher d'un litige né de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants étrangers, doit tout d'abord être inséré, si les parties en font le choix, dans le cahier des charges, sauf que cette insertion ne peut être possible sans l'accord préalable du Gouvernement. De ce fait, le recours à l'arbitrage commercial international dans le cadre des marchés publics conclus avec des étrangers est soumis au pouvoir discrétionnaire du pouvoir exécutif ; ce qui est d'autant plus incohérent qu'incompréhensible, eu égard notamment au fait que cette innovation est introduite, selon l'exposé des motifs de la nouvelle réglementation des marchés publics, est justifiée par le souci de se conformer aux standards internationaux.

1100. Force est de constater que cette tendance va plutôt aux antipodes des orientations des standards internationaux, en général, et de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, en particulier, surtout lorsque l'on sait que cette dernière recommande, dans plusieurs de ses dispositions, d'éviter tout abus du pouvoir discrétionnaire de l'entité adjudicatrice. La loi type de la CNUDCI recommande d'ailleurs de traiter le système de passation des marchés dans sa

globalité afin de contribuer à développer les capacités de le faire fonctionner, loin des influences du pouvoir discrétionnaire de l'entité adjudicatrice qui devrait être limité tout au long du processus<sup>475</sup>.

1101. Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés, le pouvoir discrétionnaire prévu par la Loi type consiste en un équilibre permettant à l'entité adjudicatrice de déterminer l'objet du marché et la meilleure manière de conduire la passation de marché. La transparence est un outil qui permet de contrôler et, si nécessaire, de contester l'exercice du pouvoir discrétionnaire ; elle est considérée comme un élément essentiel d'un système de passation des marchés conçu notamment pour limiter le pouvoir discrétionnaire des responsables de la passation et promouvoir la responsabilité pour les mesures et décisions prises. Elle constitue donc un appui crucial au système de passation des marchés et à la confiance du public dans celui-ci, ainsi qu'un outil facilitant son évaluation et celle de chaque procédure de passation par rapport à leurs objectifs<sup>476</sup>.

1102. Allant au contresens des recommandations de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics a consacré le droit discrétionnaire sur une question aussi cruciale que le règlement des litiges de différends dans le cadre des marchés publics conclues avec des partenaires étrangers. Cette consécration, somme toute étrange, est loin de rassurer les partenaires étrangers engagés dans des marchés publics en Algérie.

1103. Pis encore, au sens de l'article 157 du décret présidentiel, portant réglementation des marchés publics et délégation de service public, le droit de compromettre est soumis à l'accord préalable pris en réunion du Gouvernement, sur proposition du ministre concerné. Par conséquent, l'accord d'intégrer une clause

---

<sup>475</sup> « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ». P 18.

<sup>476</sup> *Ibid.* 49.

compromissoire dans le cahier des charges relatifs aux marchés publics engageant des partenaires étrangers, dépasse les prérogatives du Ministre sectoriellement compétent pour relever du ressort exclusif du conseil du gouvernement. Il est clair ainsi que le législateur algérien est enclin, à restreindre autant que possible le recours à l'arbitrage commercial international, sinon à en faire un procédé de moins en moins préconisé.

1104. 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 étendue !

1105. 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 justifiée, tantôt par les échecs cuisant que l'Algérie a subi dans les différentes procédures d'arbitrage dans lesquelles elle est engagée<sup>477</sup>, et tantôt par les contraintes liées à l'arbitrabilité des marchés publics, étant un contrat administratif (Sous-Section 2).

#### **3.2.2.2      *Sous-Section 2 : L'arbitrabilité des litiges en matière des marchés publics.***

1106. La mondialisation est la consolidation de l'intégration des économies nationales résultant de l'intensification des échanges, de mouvements de capitaux et des flux d'investissements, qui mène à la mise en place d'un marché planétaire où toutes les

---

<sup>477</sup> 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 économique.

frontières sont diluées subséquentement à la contraction spatio-temporelle qui découle des avancées technologiques qui transforme le monde à un village planétaire. C'est évidemment cet aspect de la mondialisation qui interpelle le plus le juriste dans la mesure où il serait porteur de bouleversements profonds, tant le droit et ses normes sont en règle générale perçus, au moins depuis l'avènement de la modernité, comme inséparable d'un territoire qui constitue le cadre d'exercice des compétences normatives de l'Etat qui l'édicte<sup>478</sup>. Cependant, l'internationalisation des échanges qui, introduisant un déphasage spatio-temporel imposé par le droit étatique et les besoins du monde du commerce, a rendu pressante la nécessité d'un droit adapté aux opérations économiques transfrontalières, laquelle a abouti au procédé de l'arbitrage commercial international.

1107. Le professeur émérite Emmanuel Gaillard estime que l'arbitrage peut être compris de trois façons différentes qui, toutes, à partir de postulats opposés, sont susceptibles de rendre compte de manière cohérente de l'intégralité du phénomène<sup>479</sup>.

La première, la plus traditionnelle, est la représentation mono-locale, laquelle ne reconnaît à l'arbitrage autonomie par rapport aux ordres juridiques étatiques. Elle repose sur le postulat que la source exclusive des pouvoirs de l'arbitre réside dans la loi d'un seul ordre juridique<sup>480</sup>.

La deuxième, est la représentation positive multinationale qui reconnaît à l'arbitrage une autonomie à l'égard de l'ordre juridique du siège, mais le maintien dans la

---

<sup>478</sup> Mohamed Mahmoud Mohamed Salah, le droit à l'épreuve des nouvelles régulations de l'économie globale, journal du droit international (Clunet) n°4, octobre 2019, doct. 9, in le portail juridique des étudiants « Lexis 360 », consulté sur <https://www.lexis360.fr>, P 3.

<sup>479</sup> BENCHENEBA Ali, OSMAN Filali, YILDIRIM Ahmet Cemil *et al.* (dir.), *Où va l'arbitrage international?*, LexisNexis, 2017. P 4.

<sup>480</sup> *Ibid.* P 4.

dépendance des ordres juridiques étatiques qui reconnaissent individuellement le produit de l'arbitrage, la sentence. Cette représentation appréhende la juridicité de l'arbitrage à travers son résultat final, la reconnaissance de la sentence dans un certain nombre d'Etats, dès-lors que les conditions de cette reconnaissance sont remplies<sup>481</sup>.

La troisième, est la représentation transnationale, laquelle reconnaît son autonomie par rapport aux ordres juridiques étatiques, appréhendés individuellement. Selon la représentation transnationale de l'arbitrage international, l'annulation d'une sentence dans l'état du siège n'a pas d'incidence sur son existence légale ; le fait de ne pas agir en annulation devant les juridictions du siège ne vaut pas acceptation de la sentence ; l'exception de litispendance ne peut pas jouer à l'égard de l'arbitre. Cette représentation transnationale s'est modernisée, subséquentement à l'activité normative des États, pour donner naissance à la représentation positive transnationale, laquelle se repose sur le postulat que la source du pouvoir des arbitres n'est ni à rechercher dans un ordre juridique étatique unique, ni dans une pluralité d'ordres juridiques, ni encore dans un ordre spontané ou "naturel", mais dans un corps de règles faisant l'objet d'un large consensus de la part de la collectivité des États<sup>482</sup>.

1108. De l'international, au multinational puis au transnational, l'arbitrage a franchi toutes les frontières sauf celle qui l'éloigne, peu ou prou, du droit public, et plus particulièrement des marchés publics. En effet, il est peu de domaines que l'arbitrage n'a pas pu pénétrer. C'est principalement le cas de l'état et la capacité des personnes, du droit pénal et du droit fiscal mais même dans ces domaines, le mur

---

<sup>481</sup> *Ibid.* P 5.

<sup>482</sup> *Ibid.* PP 5 et 6.

soi-disant infranchissable de l'inarbitrabilité est parsemé de brèches. Pourquoi donc le droit public échapperait-il à ce mouvement ?<sup>483</sup>.

1109. A la suite de rapports anciens et feutrés entretenus durant de nombreuses années par l'arbitrage et par le droit administratif, ces deux matières se sont récemment entrechoquées avec fracas. Cette collision est intervenue dans le domaine de l'arbitrage international dont l'absence consubstantielle de tout rattachement à un ordre juridique donné devait logiquement favoriser un assouplissement de la réticence traditionnelle à l'égard de l'arbitrabilité des litiges des personnes publiques<sup>484</sup>.

1110. Cependant, l'interdiction faite aux personnes publiques de recourir à ce mode singulier de règlements des litiges est confrontée à la multiplication des exceptions en la matière. Il en résulte une vision kaléidoscopique du droit de l'arbitrage des personnes publiques qui rend nécessaire de se pencher sur la question cruciale de son arbitralité et son opposition avec la souveraineté de l'État (A), avant d'aborder la problématique de sa mise en œuvre dans la réglementation algérienne des marchés publics (B).

#### ***A. L'arbitrabilité des litiges en matière de marchés publics et la question cruciale de la souveraineté de l'État.***

1111. L'arbitrabilité des marchés publics a toujours été un sujet de discordance entre une partie de la doctrine qui la récuse sous prétexte de l'atteinte à la souveraineté de l'État et une partie de la doctrine qui la soutient en faisant valoir l'exemplarité de l'État.

---

<sup>483</sup> RENDERS David, DEVOLVÉ Pierre, TANQUEREL Thierry *et al.* (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, 2010. Préface de Bernard HAOTLAU.

<sup>484</sup> CHAMBON Maxence, « L'arbitrage international en Droit Administratif, où l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes », *Civ. Eur.*, 31, 2013. P 261.

1112. Une partie de la doctrine considère que l'arbitrabilité des contrats administratifs est une atteinte flagrante à la souveraineté de l'État à partir du moment où elle remet en cause le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, et ce pour paraphraser le Professeur Edouard Laferriere dans sa célèbre interrogation sur la possibilité inconcevable de voir l'État accepter de soumettre ses litiges à des arbitres alors qu'il dénie cette faculté au juge civil. Ceci va d'ailleurs dans le sens de la pensée du Professeur René Chapus qui considère que l'interdiction de compromettre des personnes morales du droit public en droit français fait partie des principes généraux de droit.

Par contre, les défenseurs du principe de l'arbitrabilité des marchés publics, soutiennent que la souveraineté de l'État ne peut être impactée dans la mesure où cette arbitrabilité, en dehors du fait qu'elle trouve son origine dans des textes de loi autorisant l'État et ses démembrements à compromettre, elle répond à l'exigence de se mettre au diapason de la nouvelle tendance de l'internationalisation des contrats administratifs qui implique nécessairement l'adoption de l'arbitrage international comme solution alternative de règlement de litiges.

1113. Les différends qui naissent des contrats trouvent un terrain propice dans le domaine des marchés publics. Pourtant la jurisprudence n'est pas aussi riche qu'on l'imagine, car les titulaires des marchés préfèrent trouver des compromis à l'extérieur des palais de justice que de s'engager dans une démarche de contestation longue et coûteuse<sup>485</sup>.

1114. Pour le règlement des litiges internationaux mettant aux prises une personne publique, sujet de droit international (État ou organisation internationale) à une personne privée interne (personne physique ou morale), l'approche contractuelle du consentement à l'arbitrage ne saurait être totalement satisfaisante. En effet, la personne publique, qui dispose en principe d'une justice qui lui est propre,

---

<sup>485</sup> MOHAMED NABIH, *Droit des marchés publics Aspects juridiques, financiers et contentieux*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014. P 307.

manifeste habituellement une forte réticence à soustraire à la compétence de ses tribunaux les litiges qui l'opposent à des personnes privées étrangères pour les soumettre à l'arbitrage.

1115. Le principe de base est que l'État est une autorité souveraine qui dispense la justice plus qu'il n'est lui-même justiciable d'un organe qui lui est extérieur. C'est pourquoi sa participation à une procédure internationale de règlement des différends se conçoit de manière exceptionnelle et ne se concrétise traditionnellement que dans les seuls cas qui l'opposent à l'un de ses pairs ou, tout au moins, à une organisation internationale. Ces conditions fussent-elles réunies, la comparution de l'État devant un organe juridictionnel demeure caractérisée par une grande réticence. C'est un fait que l'on ne peut que constater, même si le règlement juridictionnel demeure incontestablement préférable pour les États au recours à la force que, de nos jours, le droit international tient d'ailleurs hors de leur discrétion. Si la méfiance de l'État est si vive s'agissant du recours à des procédures interétatiques, que dire de sa participation à un arbitrage avec une personne privée étrangère<sup>486</sup>?

1116. Dans ce domaine, le réflexe de l'État est naturellement de soumettre le particulier, nonobstant sa nationalité étrangère, à sa propre juridiction. L'expérience a toutefois montré que l'État national de la partie privée n'est jamais indifférent au traitement réservé à celle-ci à l'étranger. De manière assez naturelle, on en est venu à songer à l'arbitrage, mode privé de règlement des litiges qui a déjà fait ses preuves tant dans les relations interétatiques que dans les rapports internationaux de droit privé.

1117. Le recours à l'arbitrage dans les relations transnationales a tout d'abord été considéré comme l'affaire des parties et devait donc se concrétiser par la négociation d'une clause arbitrale liant l'État à son partenaire privé. On peut

---

<sup>486</sup> DIALLO Ousmane, « Le consentement à l'arbitrage par voie non contractuelle », in *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publications, 2015, [consulté le 5 juillet 2020].

facilement deviner le caractère tendu de ces négociations car, en face d'une personne privée, l'État agit volontiers et plus fréquemment par acte d'autorité que par la voie contractuelle. Cette observation vaut *a fortiori* lorsqu'il s'agit, pour la personne privée, de négocier la soustraction des litiges susceptibles de l'opposer à l'État à la juridiction de ce dernier (souscription de clauses arbitrale et de droit applicable). En plus d'être très élitiste (seuls les grands groupes parvenaient à conclure une convention d'arbitrage avec l'État), la technique contractuelle n'allait pas manquer de se heurter à la souveraineté de l'État<sup>487</sup>.

1118. Si la clause arbitrale conserve une importance indéniable dans l'arbitrage de façon générale, elle perd son monopole dans l'arbitrage qui devrait mettre aux prises l'État ou l'un de ses démembrements avec un partenaire étranger. Dans ce domaine, le rôle de la convention d'arbitrage ira d'ailleurs *decrecendo* car sa négociation heurte trop souvent la susceptibilité de l'État. Durant les décennies passées, l'État n'a eu de cesse d'insister sur l'atteinte à sa souveraineté résultant de la concession faite à une entreprise privée étrangère de disposer d'un droit contractuel à le poursuivre ailleurs que devant ses propres tribunaux<sup>488</sup>.

1119. Les États ne semblent pas céder le pas en acceptant de devenir de simples cocontractants. Ils insistent sur la "renationalisation procédurale" ou sur le "nationalisme contractuel" des marchés de développement.

1120. La tendance de localisation des marchés publics internationaux est répandue depuis des décennies et ses défenseurs s'intéressent plutôt à la publicisation des accords conclus entre États et opérateurs étrangers. Cette qualification touche l'ensemble de ces contrats même si elle est souvent évoquée à l'occasion des marchés de travaux publics ou des contrats pétroliers. Elle appelle à leur soumission

---

<sup>487</sup> *Ibid.*

<sup>488</sup> *Ibid.*

au droit administratif en raison de la qualité des partenaires et de leurs objectifs et objets. Cependant, l'idée même de publicisation et ses arguments sont controversés : de nombreux auteurs et arbitres rejettent sa transposition aux accords visés<sup>489</sup>.

Tout comme pour les autres contrats, certains marchés publics internationaux peuvent relever du droit public comme du droit privé. L'aspect prépondérant de chaque accord est susceptible de lui conférer l'une ou l'autre de ces qualifications. Le concept est défendu par un bon nombre d'administrativistes et d'internationalistes considérant que la nature de l'un des contractants, le service public, et/ou les clauses exorbitantes assurent la publicisation<sup>490</sup>.

1121. Par ailleurs, il faut se demander si, dans les marchés publics internationaux, le caractère administratif ou ordinaire est opérant. Plusieurs normes internationales intéressées aux marchés publics internationaux n'utilisent pas ce classement. L'épithète "publics" est encourue rarement.

1122. Les intéressés par les marchés publics internationaux encouragent donc une poussée lente mais incessante vers une réglementation élargie, qui internationalise les marchés d'investissements. Pour empêcher le retour des protectionnismes nationaux, divers auteurs et organes insistent sur l'internationalisation de ces opérations. Les expressions "appel d'offre international" et "marché transnational" se trouvent dans les travaux de la Banque mondiale et des Fonds Européens de développement.

1123. Le problème est posé depuis plusieurs décennies par l'entrepreneur étranger qui soumissionne dans d'autres pays : il doit rechercher la sécurité de son investissement, une crainte qui découle du caractère étatique de son contractant, et

---

<sup>489</sup> ELBEHERRY Ibrahim, *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*, thèse pour l'obtention de diplôme de Doctorat en droit [en ligne], thèse de doctorat, Université Nice Sophia Antipolis, 2004, [consulté le 5 juillet 2020].

<sup>490</sup> *Ibid.*

rechercher par ailleurs des formules juridiques permettant ainsi de minimiser les risques. C'est pourquoi on trouve dans les contrats de marchés publics dont le financement est assuré par des bailleurs de fonds étrangers ou par des entreprises dont les sièges sont à l'étranger, des clauses qui ont pour but de neutraliser le pouvoir normatif de l'État contractant à travers le recours à l'arbitrage international ou à la médiation. L'arbitrage international n'est rattaché à aucun droit étatique. Cela signifie qu'il n'existe pas de *for* pour un arbitre international. A partir de ce constat, les praticiens peuvent affirmer que l'arbitrage international est autonome par rapport à l'ordonnement juridique du pays<sup>491</sup>.

1124. Une fois la possibilité de recourir à l'arbitrage dans le contentieux contractuel afférent aux marchés publics est admise, la logique impose de reconnaître aux arbitres la plénitude des compétences pour vider l'intégralité de contentieux opposant les parties. Mais il arrive souvent que l'État ou ses démembrements, engagés dans le marché, contestent la compétence du tribunal arbitral pour plaider la compétence des instances judiciaires locales, tel qu'il a été le cas dans le conflit qui a opposé les Wilayas de Constantine et d'Oran engagées dans des marchés de travaux des sociétés françaises dans le cadre de l'accord bilatéral Algéro-Français.

Subséquentement aux sentences arbitrales rendues respectivement en 07 août 1989 et 07 août 1991, lesdites wilayas, parties prenantes dans les conflits, ont refusé de se soumettre auxdites sentences, en arguant que l'ancien article 442 alinéa 3 du code des procédures civiles de 1966 prévoyait que L'État et les personnes morales publiques ne peuvent pas compromettre. Les cours de justice de Constantine et d'Oran ont tranché ce conflit en statuant sur leurs incompétences à partir du moment où, d'un côté, les marchés publics en question comportent une clause compromissoire.

---

<sup>491</sup> MOHAMED NABIH, *Droit des marchés publics Aspects juridiques, financiers et contentieux*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014. P 310.

1125. Par ailleurs, au-delà de l'antagonisme sous lequel elle se matérialise, l'idée d'arbitrabilité est l'élément constitutif du mécanisme compromissaire. Elle exprime en effet la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres. Comme le relèvent Kaufmann-Kohler et Rigozzi, qui se placent dans un cadre de droit privé, il n'existe pas de définition communément admise de l'arbitrage. Il n'en va pas différemment en ce qui concerne l'arbitrage relatif à des affaires administratives.

1126. Compte tenu de l'origine incontestablement privatiste de l'arbitrage, il est judicieux de partir d'une définition usuelle en droit privé. Pour les auteurs précités, "l'arbitrage est un mode conventionnel de résolution des litiges par des particuliers (les arbitres) choisis par les parties et investis de la mission de juger à la place des juridictions étatiques". Ces éléments (convention, arbitre et sentence) méritent d'être repris plus en détail notamment quant à leur portée sur la question de l'arbitrage<sup>492</sup> dans le cadre des marchés publics la réglementation algérienne des marchés publics.

### ***B. La problématique de la mise en œuvre de l'arbitrage dans les marchés publics.***

1127. L'Algérie est signataire des conventions de New York du 10 juin 1958 et de Genève du 21 avril 1961 relatives à la reconnaissance des sentences arbitrales internationales, comme elle a ratifié la Convention de Washington du 18 mars 1965, qui porte sur la création du CIRDI (Centre International du Règlement des Différents en Matière d'Investissement). Elle a également conclu un accord important avec la France, en 23 juin 1963 qui a institué l'arbitrage international ad-hoc, lequel est révisé en date du 19 mars 1998. L'Algérie reconnaît donc officiellement les sentences arbitrales rendues à l'étranger.

---

<sup>492</sup> RENDERS David, DEVOLVÉ Pierre, TANQUEREL Thierry *et al.* (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, 2010. P 230.

1128. Le développement économique, dans les États modernes, passe nécessairement par l'engagement des autorités publiques dans des grands projets structurants, impliquant un haut degré d'expertise se reposant sur des procédés technologiques modernes que l'État cherche souvent en dehors de ses frontières. L'État est contraint ainsi à s'engager dans des marchés publics internationaux.

1129. La prolifération des marchés publics internationaux avait le mérite d'étendre les frontières, jadis très restreintes, des contrats administratifs pour tolérer enfin de nouvelles pratiques jusqu'ici proscrites dans ce domaine, notamment le recours à l'arbitrage commercial international. A vrai dire, ce nouveau procédé alternatif de règlement de différends s'est avéré incontournable pour rassurer les partenaires étrangers qui voient dans l'arbitrage international le seul moyen pour équilibrer ses rapports contractuels avec l'État ou ses démembrements, lequel équilibre qui relèverait de l'impossible si leur litige est tranché par une juridiction locale.

1130. Avec la publication du code des procédures civiles et administratives de 2008, le législateur algérien s'est officiellement inscrit dans une nouvelle ère qui consacre les procédés alternatifs de règlement des litiges dans le cadre du "Livre 5", intitulé *"Des modes alternatifs de règlement des litiges"*.

Ce nouveau code consacre par ailleurs le droit de compromettre dans le cadre des marchés publics dans une autre disposition qui, au lieu de corroborer le principe du droit de compromettre dans les marchés publics, sème plutôt une ambiguïté, de par son positionnement dans la configuration dudit code. Il s'agit de l'article 975 qui dispose que :

*"Les personnes visées à l'article 800 ci-dessus ne peuvent compromettre, sauf dans les cas prévus par les conventions internationales que l'Algérie a ratifié ainsi qu'en matière des marchés publics"*

1131. L'ambiguïté provient du positionnement de cet article au sein du titre 5 dédié à la conciliation et l'arbitrage, mais qui est étrangement rattaché au "Livre 4", intitulé *"La procédure devant les juridictions administratives"*. Dans la mesure où toutes

les dispositions inscrites dans le cadre "Titre 5" traitent de la conciliation qui se déroule sous l'auspice des juridictions administratives locales, il est permis de croire que, à travers cette disposition, le législateur consacre "l'arbitrage interne", plutôt que "l'arbitrage international" !

1132. Publié pour se conformer aux recommandations des institutions internationales et aux standards internationaux, principalement la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, le décret présidentiel n° 15-247, portant réglementation des marchés publics et délégations de service public a le mérite de lever tout équivoque sur la velléité du législateur algérien de consacrer manifestement, et solennellement, le droit de compromettre dans le cadre des marchés publics, en intégrant une section dédiée au " règlement amiable des litiges". Dans le cadre de ses dispositions, il est fait une distinction entre les marchés publics nationaux qui sont soumis au mécanisme de conciliation et d'arbitrage interne, et les marchés publics internationaux qui devraient être soumis à l'arbitrage commercial international.

1133. L'on peut considérer que l'introduction du droit de compromettre dans le cadre des marchés publics est un gage d'intégration dans le système économique mondiale, lequel considère la reconnaissance de l'arbitrage commercial international comme une condition *sine-qua-none* pour intégrer l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Cette consécration peut également être l'apanage de l'obligation de libéralisation graduelle des marchés publics, telle qu'elle résulte de l'accord d'association Algérie-Union européenne.

Néanmoins, il ne faut pas ignorer que la consécration de l'arbitrage commercial international dans la réglementation des marchés publics est loin d'être absolue, dans la mesure où elle est soumise à l'accord préalable du conseil des ministres, et ce pour répondre aux exigences de l'article 153 du décret présidentiel portant réglementation des marchés publics qui dispose ce qui suit :

*"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".*

1134. Les velléités du législateur algérien d'inciter les parties engagées dans le cadre d'un marché public international à recourir de moins en moins à l'arbitrage international pour trancher leurs litiges, est manifeste à partir du moment où cette possibilité est suspendue à l'accord du Conseil des Ministres. Il est limpide qu'il y a une réelle volonté de rendre complexe le processus de validation de l'intégration de la clause compromissoire dans le cahier des charges des marchés publics conclus avec des partenaires étrangers, certainement pour dissuader les parties, sinon l'accord du Ministre de la tutelle de l'organisme concerné par le marché aurait suffi pour encadrer l'épineuse question de l'arbitrage dans les marchés publics, tel qu'il est le cas, par exemple, dans le code des marchés publics français<sup>493</sup> qui dispose que :

*"Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage dans les cas mentionnés à l'article L. 2197-6 est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie"*

1135. Le droit de l'arbitrage algérien compte, par ailleurs, un nombre significatif de dispositions destinées à régler la manière dont l'arbitrage peut ou doit être mis en œuvre en droit processuel commun. La question de savoir si les règles de mise en œuvre de droit commun sont compatibles avec les prescriptions ressortissant au droit public ne pose guère de difficultés. L'on n'aperçoit pas ce qui, de prime abord, constituerait le droit commun de l'arbitrage et se fracasserait sur le récif du droit public. Une question avoisinante se pose, en revanche. Elle consiste à se demander si le droit commun de l'arbitrage, ne prend pas un relief particulier, dès lors que

---

<sup>493</sup> Article R2197-25 de l'Ordonnance 2015-899 du 23 Juillet 2015 relative aux marchés publics.

l'une des parties concernées au moins serait une personne morale du droit public<sup>494</sup>. C'est à cette question qu'il s'impose de répondre sous l'angle de la convention d'arbitrage, de la substance contractuelle et de la sentence arbitrale.

✓ **La convention d'arbitrage :**

1136. Si l'on se réfère au droit processuel commun, la convention d'arbitrage est visée par l'article 1040 alinéa 1 du code des procédures civiles et administratives de 2008, qui prévoit que :

*« La convention d'arbitrage régit autant les litiges déjà nés que ceux futurs ».*

1137. Cette formulation large vise à la fois "le compromis" qui concerne la résolution des litiges qui sont déjà nés, mais également la clause compromissoire négociée avant la naissance de litige.

1138. Le compromis est traditionnellement considéré comme une convention d'arbitrage par excellence, il est conclu, par définition, par les parties contractantes après la naissance du différend. Il faut signaler, toutefois, qu'il peut y avoir un inconvénient majeur pour la conclusion de ce compromis puisqu'il intervient à un moment où la relation entre les parties est difficile et conflictuelle. C'est précisément pour cette raison que la clause compromissoire connaît un essor très important dans le commerce international, sans toutefois connaître le même enthousiasme lorsqu'il s'agit de marchés publics internationaux, aussi bien en ce qui concerne sa validité que ses effets.

1139. Si l'on doit aborder la validité de la convention d'arbitrage, il y a lieu de souligner qu'elle se distingue des autres contrats par un trait essentiel, celui de constituer une convention juridictionnelle et de servir de fondement juridique à la mise en place d'une instance arbitrale, soit une juridiction privée, qui aura pour

---

<sup>494</sup> RENDERS David, DEVOLVÉ Pierre, TANQUEREL Thierry *et al.* (dir.), *op. cit.* P 117.

mission de régler les différends. Par ailleurs, il convient de souligner que la convention d'arbitrage a un caractère accessoire parce qu'elle est mise au service d'un contrat principal à l'exécution duquel elle sera révolue.

1140. Lorsqu'il s'agit d'un marché public, la réglementation algérienne exige à ce que la clause compromissoire soit insérée dans le cahier des charges, après accord du gouvernement. Ainsi-donc, la convention d'arbitrage doit obligatoirement précéder la signature du marché.

1141. L'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage dans le cadre des marchés publics suppose qu'une question préalable soit résolue :

***Quelle est la loi applicable à la convention ?***

1142. Si le contrat est international, on en déduit d'abord qu'il est possible qu'il soit régi par une loi autre que celle du lieu dans lequel il produira ses effets. Il s'agit là d'une des caractéristiques majeures du contrat international. La réalisation d'un marché en Algérie par des entreprises étrangères donne lieu à un contrat qui peut être régi par une loi autre que la loi algérienne, comme le suggère d'ailleurs l'article 18 du Code civil lequel, si l'on veut bien en faire seulement une lecture fonctionnelle, incite fortement les parties à choisir la loi applicable à leur relation contractuelle. Si le contrat est international et qu'il est régi par une loi étrangère alors même qu'il produira ses effets en Algérie, il faut cependant éviter de considérer que la loi étrangère a plénitude de compétence. Des dispositions impératives de droit algérien, tirées du droit des marchés publics, peuvent en effet s'appliquer en raison de la qualité d'une des parties, tel étant le cas lorsque le maître de l'ouvrage est une personne morale de droit public algérien. De même, le choix d'une loi étrangère dans le contrat ne peut avoir pour effet d'évincer un ensemble

de réglementations d'application obligatoire en Algérie – les lois de police – comme le sont les législations sociales et fiscales<sup>495</sup>.

1143. Cette question ayant trait au droit applicable est résolue par l'article 1040, alinéa 3, qui dispose :

*"Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que posent, soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige, soit le droit que l'arbitre estime approprié".*

1144. La disposition précitée pose le principe selon lequel la validité de la convention d'arbitrage s'applique conformément au droit choisi par les parties. Le législateur donne ainsi aux parties la possibilité de choisir la loi qui régit ce contrat, sans toutefois les obliger à recourir à la loi nationale. Cependant, dans les marchés publics internationaux c'est très souvent la loi algérienne qui est souvent mise en avant en dépit qu'elle n'est pas revêtue d'un caractère impératif.

En effet, les cahiers des charges des marchés publics, même lorsque l'appel d'offres est international, veillent souvent à déterminer la législation algérienne comme étant la seule loi de référence, quand bien même c'est une instance arbitrale qui serait désignée pour trancher le litige. Cette intransigeance dans le choix de loi applicable est justifiée par la volonté d'éviter la complexité qui pourrait surgir de l'application d'une loi étrangère sur un marché public qui est conçu du fond en comble selon les exigences de la réglementation algérienne et a produit ses effets en Algérie.

---

<sup>495</sup> BENCHENEB Ali, « Le contrat international de construction », *Rev. Int. Droit Économique*, t. XXXII, De Boeck Supérieur, 2018.

1145. Quant aux conditions de forme, le nouveau code des procédures civiles et administratives, n'a pas innové en la matière dans la mesure où il se contente d'exiger que la convention d'arbitrage soit écrite<sup>496</sup>.

1146. Par ailleurs, s'agissant des effets de la convention d'arbitrage, il importe de distinguer ceux liés à la compétence du tribunal arbitral de ceux liés aux justiciables. L'effet essentiel lié à la compétence du tribunal arbitral, elle consiste à attribuer à un tribunal la compétence de trancher un différend et la conséquence immédiate est l'incompétence du tribunal étatique normalement compétent. S'agissant de ses effets quant aux justiciables, il y a lieu de préciser que, tout comme n'importe quel contrat, la convention d'arbitrage engendre essentiellement ses effets à l'égard des parties qui l'ont conclu, ce qu'on appelle le principe de "l'effet relatif du contrat". Mais exceptionnellement, il peut introduire des conséquences sur les tiers<sup>497</sup>.

1147. Au-delà de la convention de l'arbitrage, le droit de compromettre dans le cadre des marchés publics pose également le problème en matière de procédure de règlement des litiges, notamment en ce qui concerne la sentence arbitrale.

---

<sup>496</sup> L'article 1040, alinéa 2, du CPCA prévoit que la convention d'arbitrage doit, à peine de nullité, être passée par écrit, ou par tout autre moyen de communication qui permet la preuve par écrit de son existence.

<sup>497</sup> Notamment quand il s'agit des contrats internationaux de longue durée, particulièrement dans le domaine public. Dans ce genre de transaction, c'est souvent une société appartenant à un groupe ou une filiale spécialement créée à cet effet qui est chargée de signer cet accord et de prendre en charge son suivi et exécution. Lorsque cette société n'exécute pas ses obligations ou abandonne complètement le chantier, la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle sur le fondement de la convention d'arbitrage peut s'avérer dérisoire, soit parce qu'il n'y a pas de comparaison entre le préjudice de l'entreprise publique et la surface financière de cette société, soit parce que la filiale n'est qu'une « coquille vide » totalement insolvable. C'est dans ce type de situation que l'extension de la convention d'arbitrage conclue par une filiale aux autres membres de son groupe présente un intérêt capital, puisque la réparation du dommage peut parfois en dépendre.

✓ **De la sentence arbitrale :**

1148. La sentence arbitrale constitue, bien évidemment l'étape ultime, la finalité, de l'instance arbitrale. Si en matière du prononcé de la sentence arbitrale, le procédé ne diffère pas trop de la procédure de l'arbitrage ordinaire, il n'est nullement le cas de l'exécution de la sentence arbitrale et les voies de recours susceptibles d'être exercées à l'encontre de la sentence arbitrale qui s'avèrent plus complexes quand il s'agit des marchés publics.

1149. En ce qui concerne le prononcé de la sentence, il est nécessaire tout de même de souligner une difficulté qui peut émaner du fait que la sentence, dans les litiges liés au commerce international, se résume généralement à des réparations pécuniaires, alors que dans le cadre des marchés publics elle peut être liée à la réalisation, l'achèvement ou la qualité des travaux. Dans de tel cas, le tribunal serait-il en mesure de rendre une sentence imposant à l'une des parties contractantes d'achever les travaux du marché publics ? Si cette sentence n'est pas exécutée de bonne foi par la partie déboutée, la plaignante doit-elle lancer la procédure de l'exéquatur ?

1150. En ce qui concerne l'exécution de la sentence arbitrale, il faudrait se référer à l'article 1031 du Code des Procédures Civiles et Administratives qui dispose que :

*"La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche".*

1151. A la lumière de ce texte, on comprend que l'effectivité de cette décision est enfermée en deux limites ; d'une part que cette conséquence ne concerne que les faits liés au différend et, d'autre part, l'autorité de la chose jugée n'est susceptible de toucher que les parties qui étaient en conflit. C'est dire que la sentence arbitrale n'est pas, en principe, opposable aux tiers<sup>498</sup>. Il va sans dire que ce principe est difficile d'être appliqué aux marchés publics engageant les personnes morales du

---

<sup>498</sup> Article 1038 du Code des Procédures Civiles et Administratives.

droit public qui impliquent parfois l'État quand bien même elle ne serait pas partie prenante du différend.

1152. Par ailleurs, l'effet essentiel de la sentence consiste à engendrer, par le biais de son dispositif, des obligations exécutoires soit à la charge des deux parties au différend, soit à la charge de l'une d'entre elles, mais l'exécution de la sentence peut s'effectuer de deux manières différentes, soit d'une manière volontaire soit par la voie de l'exequatur. Il est évident que, dans le deuxième cas, l'exécution est beaucoup plus complexe quand il s'agit des marchés publics

1153. C'est seulement lorsque l'exécution d'une sentence arbitrale internationale ne se fait pas d'une manière volontaire que le recours à une exécution forcée est alors mis en œuvre et cela par le biais de la procédure de l'exequatur. Deux questions méritent d'être posées : la première est relative à la saisine du juge de l'exequatur et la deuxième concerne les conditions de la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale.

1154. Le juge de l'exequatur est bien évidemment par la partie la plus diligente (celle qui a gagné le procès) et cette saisine du juge suscite une première question qui est relative à la détermination du juge compétent. Cette question est tranchée par l'article 1051 alinéa 2 du code de procédures civiles qui distingue deux alternatives selon qu'il s'agisse qu'une sentence arbitrale algérienne ou étrangère. Lorsque la sentence arbitrale à exécuter est algérienne, c'est-à-dire que le siège du tribunal arbitral est localisé en Algérie, la sentence est alors déclarée exécutoire par le président du tribunal dans le ressort du quel elle a été rendue. Comme on peut l'observer, la détermination du juge compétent s'effectue uniquement en fonction de la localisation du siège du tribunal arbitral, ce qui signifie que ce texte ne tient donc aucun compte de la règle traditionnelle, en l'occurrence la situation géographique du domicile de la partie à l'encontre de laquelle l'exécution de la sentence a été demandée. Par contre, si le siège du tribunal se trouve en dehors du territoire national, c'est alors le président du tribunal du lieu où l'exécution est

demandée qui a la compétence pour ordonner cette exécution forcée de la sentence arbitrale<sup>499</sup>.

1155. S'agissant des voies de recours exercés à l'encontre de la sentence arbitrale. A priori, l'esprit de l'arbitrage international peut sembler antinomique à l'institution de voies de recours qui, par définition, justifie l'intervention de juridictions étatiques dans ce procédé privé de règlement de différends, d'autant que ces voies de recours peuvent être utilisées d'une manière abusive et contribuer ainsi à remettre en cause sa célérité qui est l'un des intérêts de l'arbitrage commercial international. Mais la portée de cet inconvénient paraît limitée, car si le décret exécutif du 25 avril 1993 avait en apparence augmenté le nombre de cas de ces voies de recours par rapport à la convention d'arbitrage, le nouveau code de procédures civiles est revenu à l'orthodoxie en ne consacrant que six cas d'ouvertures. Ces cas sont valables aussi bien pour l'arbitrage commercial international que pour l'arbitrage dans les contrats administratifs<sup>500</sup>.

1156. Si la tragédie repose sur la confrontation, fatalement inextricable, de deux positions également valables et légitimes, alors la rencontre de l'arbitrage international et du droit administratif se déroule incontestablement sous ce mode. La dimension "tragique" de cette situation est en outre confirmée et renforcée par le constat selon lequel le juge administratif est contraint à la dénaturation de l'arbitrage international dès lors qu'il souhaite préserver la matière administrative laquelle fonde sa raison d'être. Mais de la même manière le juge judiciaire est contraint de laisser la matière administrative se dissiper s'il veut garantir la singularité et l'intégrité de l'arbitrage international. Enfin toute tentative de conciliation semble vouée à l'échec puisque, même lorsque la consécration par le législateur d'un bloc de compétence en faveur du juge judiciaire semble réconcilier

---

<sup>499</sup> NOUR-EDDINE TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, Editions AJED, 2014.

<sup>500</sup> Voir l'article 1056 du code des procédures civiles et administratives.

la doctrine le juge administratif, par le biais de son représentant, ne peut qu'avertir<sup>501</sup>.

1157. Bien que l'heure du dénouement semble être encore très loin compte-tenu notamment du caractère encore embryonnaire de la jurisprudence administrative et de l'intervention toujours envisageable du législateur, celui qui se dessine pour le moment s'écarte d'Antigone et se rapproche davantage de Bérénice. Aucun de ces phénomènes n'a en effet triomphé et n'est parvenu à éliminer son adversaire. En revanche, l'équivalente nécessité de protéger leur intégrité dicte à l'arbitrage international et à la matière administrative le choix de se séparer et d'emprunter des chemins qui ne sont pas destinés à converger<sup>502</sup>.

---

<sup>501</sup> CHAMBON Maxence, « L'arbitrage international en Droit Administratif, où l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes », *Civ. Eur.*, 31, 2013.

<sup>502</sup> *Ibid.*

### 3.3 CONCLUSION DE LA PARTIE 3 :

1158. Dans sa quête de la modernité, le droit algérien avait le choix de se reposer sur les recommandations des institutions internationales et des standards internationaux qui sont devenus, de manière assez inattendue, de nouvelles sources de la réglementation algérienne des marchés publics. La loi type de la CNUDCI s'est ainsi placée comme référence absolue en matière de modernisation de cette dernière
1159. Sous l'emprise de l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, le législateur algérien est allé dans le sens de mettre en conformité la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics pour qu'elle puisse répondre *in fine* aux exigences des standards internationaux, tantôt en ce qui concerne les principes fondamentaux de la commande publique, et tantôt sur les autres aspects de la passation des marchés publics.
1160. Nous avons donc pu vérifier, dans le cadre de cette partie, que législateur algérien s'est principalement appuyé sur la loi type de la CNUDCI pour la passation de marché public pour consacrer les principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures), avant de s'en servir comme moyen d'actualisation des critères d'identification des marchés publics (le critère juridique, le critère financier, le critère organique et le critère matériel).
1161. Le rôle joué par la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés public dans la modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics est plus patent en matière de passation des marchés publics, aussi bien en matière des conditions préalables à la passation des marchés publics (Obligation de publicité et de mise en concurrence et la notion de l'offre économique la plus avantageuse) qu'aux termes des modes de passation des marchés proprement-dits. L'enchère électronique inversée est d'ailleurs l'exemple le plus illustratif du degré de

l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pour l'introduction de nouveaux modes de passation des marchés publics dans la nouvelle réglementation des marchés publics.

1162. Au demeurant, tel qu'il a été précédemment démontré, cette mise à niveau de la réglementation algérienne des marchés publics, sous l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, a conduit à l'apparition des principes contemporains de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, que la réglementation algérienne des marchés publics ne connaissait pas, ou du moins n'évoquait pas, avant de se frotter aux standards internationaux et s'ouvrir à l'influence de ces derniers. L'introduction de ces nouveaux principes régissant la commande publique dans la réglementation algérienne des marchés publics est un gage d'adoption de l'objectif suprême assigné à ce texte, lequel consiste à assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics.

1163. Cependant, la consécration de ces principes, qui visent intrinsèquement à instaurer les bonnes pratiques dans les marchés, est aussitôt confrontée à la réalité du terrain qui fait fi de ces principes tant et si bien que les affaires de corruption, de malversation et de mauvaise gestion des marchés publics sont devenues courantes dans les dernières décennies. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la corruption continue de prospérer au moment même où les valeurs de la CNUDCI sur La promotion de la concurrence, la garantie du traitement juste, égal et équitable ; la promotion de l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus et, mieux encore, d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés, semblent être totalement adoptées par le législateur algérien.

1164. 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.

1165. 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.

1166. 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.

1167. 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.

---

## 4. Conclusion

---

1168. Sous le prisme de la fameuse problématique macro-juridique, justement défendue par le professeur émérite Chérif BENNADJI, se rapportant au degré d'adéquation de la réglementation algérienne aux standards internationaux, nous avons consacré notre présente thèse à l'étude de la question cruciale du degré de l'impact de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

1169. Même si l'exposé des motifs du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public, lequel assume désormais l'ouverture de la réglementation algérienne des marchés publics aux sources internationales, dispose explicitement que les nouvelles mesures insérées dans la nouvelles réglementation des marchés publics s'inspirent des standards internationaux et des recommandations des institutions internationales, en citant nommément la Banque mondiale et l'Union européenne, c'est incontestablement la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui semble avoir contribué, dans une large mesure, à la modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics.

En effet, à la lumière de ce que nous avons pu développer au cours de ce travail de recherche, il est indubitablement établi que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics est le véritable, mais non pas l'exclusif, vecteur de modernisation de la nouvelle réglementation algérienne des marchés publics de 2015. Ceci est d'autant plus vrai que plusieurs dispositions de la nouvelle réglementation des marchés publics sont directement importées de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

1170. Loin de toute approche comparatiste, nous avons pu vérifier que c'est sous l'impulsion de ce standard international, que le code des marchés publics algérien

a connu plusieurs modifications ces dernières années, lesquelles sont inspirées, dans une large mesure, de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, aussi bien en matière des principes fondamentaux de la commande publique qu'en matière des critères d'identification de marchés publics. Tel est le cas également en ce qui concerne le volet des étapes préalables à la passation des marchés publics (modes de réalisation et mode de dévolution), ainsi que sur les modes de passation des marchés publics.

1171. Nous avons par ailleurs pu remarquer que rôle de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics est tellement imposant qu'il a abouti à l'introduction dans la réglementation algérienne de concepts aussi nouveaux que révolutionnaires. En effet, la passation électronique des marchés publics, le portail de passation électronique des marchés, l'enchère électronique inversée et, encore, l'offre anormalement basse sont, toutes, des procédures méconnues jadis des différents codes des marchés publics que l'Algérie ait connu, et ce depuis l'indépendance jusqu'à l'adoption du décret présidentiel n° 15-247 portant réglementation des marchés publics et délégations de service public.

Mais cette influence est, a priori, justifiée par une donnée, somme toute importante et absolument non négligeable, qui semble être la cause principale de l'entrain du législateur algérien à faire de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics la principale source de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics. En effet, le fait que l'Algérie ait participé à l'élaboration de cette loi type et le Guide de de son incorporation dans le droit interne des Etats adoptants semble avoir considérablement pesé en faveur du choix de s'inspirer du standard élaboré et promu par la Commission des Nations Unies.

1172. Si besoin est de le rappeler, cette participation est effective et incontestable dans la mesure où le représentant de l'Algérie a participé à douze (12) sessions, sur les seize (16) tenues par le Groupe de travail 1 (marchés publics) chargé par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International pour actualiser et moderniser la loi type de 1994 pour qu'elle tienne compte des nouvelles pratiques, en particulier celles qui découlent de l'utilisation de moyens de

communication électronique dans la passation des marchés publics. Ce qui fait de l'Algérie l'un des acteurs actifs ayant contribué à l'élaboration de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, adoptée en 2011.

1173. Même si les valeurs importées de la CNUDCI, notamment celles afférentes à la transparence des procédures, se trouvent parfois confrontées à des difficultés qui rendent inopérante leur application dans un pays miné par une corruption aussi généralisée que systémique, nul ne peut nier que l'apport de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics est très bénéfique dans la mesure où elle a pu hisser la réglementation algérienne des marchés publics à un niveau qui lui permet de répondre aussi bien aux exigences des standards internationaux que les recommandations des institutions internationales afférentes aux marchés publics.

1174. Cependant, force est d'admettre que cette mise en conformité ne dépasse pas l'aspect théorique des textes dans la mesure où les dispositions révolutionnaires que le législateur s'est empressé d'intégrer, sous l'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, dans le texte portant la nouvelle réglementation des marchés publics, à l'instar de la passation électronique des marchés publics et l'enchère électronique inversée, demeurent inapplicables en l'espèce, et restent chimériques tant que le développement technologique est loin d'être au diapason des dispositions juridiques importées.

1175. Même s'il reste beaucoup de chemin à parcourir pour que la réglementation algérienne des marchés publics atteigne un degré de maturité qui lui permettra de joindre la modernisation des actes à celle des textes, il reste tout de même clair, voire incontestable, que les textes réglementaires régissant la passation des marchés publics en Algérie ont gagné considérablement en maturité et ont évolué énormément en modernité en se mesurant à la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, même s'il est factuellement admis que l'efficacité d'une norme juridique élaborée au plan international est conditionnée par le degré

d'imprégnation de ses notions, sur le plan interne, en conciliant diversité juridique et nécessité économique.

1176. Le législateur algérien a fait le premier pas en important les dispositions de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et il lui faudra désormais de franchir un autre pas vers l'amélioration de l'aspect pratique de la passation des marchés publics pour que cette imprégnation soit plus complète que mieux opérante.

1177. A la lumière de ce qui précède, nous pouvons plaider en faveur d'une presque parfaite adéquation de la réglementation algérienne des marchés publics à la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, en tant que l'un des standards internationaux les plus sollicités dans le cadre du droit commercial international. Ceci ne manque pas de corroborer notre thèse faisant de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics la principale source internationale de la réglementation algérienne des marchés publics.

## Table des matières :

Thèse de Doctorat / Décembre 2022	1
<b>Introduction</b>	<b>11</b>
<b>1. Partie 1 : La réglementation algérienne des marchés publics à l'ère de l'ouverture aux sources internationales</b>	<b>37</b>
<b>1.1 Titre 1 : Les sources internationales de la réglementation algérienne des marchés publics.</b>	<b>42</b>
1.1.1 Chapitre 1 : Les standards internationaux.	44
1.1.1.1 Section 1 : Acception, typologie et valeur juridique du "standard international".	46
1.1.1.1.1 Sous-section 1 : Acception, typologie et valeur juridique du standard international.	46
1.1.1.1.2 Sous-section 2 : Les travaux de standardisation élaborés sous l'égide de l'ONU.	55
1.1.1.2 Section 2 : La loi type de la CNUDCI comme référence absolue en matière de standardisation des réglementations de marchés publics.	64
1.1.1.2.1 Sous-section 1 : Contexte de l'adoption de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.	65
1.1.1.3 Sous-section 2 : Principales caractéristiques de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 2011.	75
1.1.2 Chapitre 2 : Les recommandations des institutions internationales.	81
1.1.2.1 Section 1 : La réglementation algérienne des marchés publics et son ouverture ciblée aux institutions internationales.	84
2.2.1.1.1 Sous-section 1 : Les recommandations de l'Union européenne.	92
2.2.1.1.2. Sous-section 2 : Les recommandations de la Banque Mondiale.	100
2.2.1.2. Section 2 : Les sources potentielles ignorées.	108
2.2.1.2.1. Sous-section 1 : Le Fonds Monétaire International (F.M.I.) :	108
2.2.1.2.2. Sous-section 1 : L'Organisation Mondiale de Commerce (O.M.C.).	111
<b>1.2 Titre 2 : L'Algérie et les organisations internationales</b>	<b>114</b>
1.2.1 Chapitre 1 : L'Algérie et les organisations internationales ; une confrontation au parfum historique.	117

1.2.1.1	Section 1 : Syndrome du colonisé qui renforce l'attachement au principe de non-ingérence.	118
1.2.1.1.1	Sous-section 1 : Défiance accentuée par le syndrome du colonisé.	119
1.2.1.1.2	Sous-section 2 : Le sacro-saint principe de « non-ingérence ».	122
1.2.1.2	Section 2 : Réclamation d'un nouvel ordre économique international plus juste.	128
1.2.1.2.1	Sous-section 1 : L'Algérie plaide pour un nouvel ordre juridique économique international plus juste.	129
1.2.1.2.2	L'Algérie préconise la démocratisation des organisations internationales, dominés par les pays occidentaux.	133
1.2.2	Chapitre 2 : L'Algérie et les organisations internationales : incontournable coopération.	139
1.2.2.1	Section 1 : Coopération sous le signe de la vigilance	141
1.2.2.1.1	Sous-section 1 : Adhésion massive aux organisations internationales.	141
1.2.2.1.2	Sous-section 2 : Une participation vigilante	145
1.2.2.2	Section 2 : Coopération reflétée sur les textes politiques et juridiques.	151
1.2.2.2.1	Sous-section 1 : Ouverture économique comme prélude à l'ouverture juridique.	153
1.2.2.2.2	Sous-section 2 : Ouverture du droit algérien aux standards internationaux sous la pression des organisations internationales.	157
<b>1.3</b>	<b>Conclusion de la partie 1 :</b>	<b>163</b>
<b>2.</b>	<b><i>Partie 2 : La participation de l'Algérie aux travaux de la CNUDCI pour l'actualisation et la modernisation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics</i></b>	<b>166</b>
<b>2.1</b>	<b>Titre 1 : Participation de l'Algérie aux travaux de l'élaboration de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics</b>	<b>169</b>
2.1.1	Chapitre 1 : La participation de l'Algérie à l'actualisation de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics en vue de tenir compte des nouvelles pratiques.	170
2.1.1.1	Section 1 : La participation de l'Algérie aux travaux d'actualisation de la loi type de la CNUDCI en vue d'introduire la passation électronique des marchés.	173
2.1.1.1.1	Sous-section 1 : Participation de l'Algérie aux travaux afférents à la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés.	173
2.1.1.1.2	Sous-section 2 : Participation de l'Algérie aux travaux liés à l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés.	191
2.1.1.2	Section 2 : La participation de l'Algérie aux travaux ayant conduit à l'introduction de la procédure de l'"enchère électronique inversée" dans la loi type de la CNUDCI.	220

2.1.1.2.1	Sous-section : La participation de l'Algérie aux travaux ayant abouti à l'introduction de l'enchère électronique inversée dans la loi type de la CNUDCI. _____	220
2.1.1.2.2	Sous-section 2 : La participation de l'Algérie aux travaux ayant abouti à l'introduction des procédures préalables aux enchères proprement dites. _____	238
2.1.2	Chapitre 2 : La participation de l'Algérie aux travaux de l'actualisation de la loi type de la CNUDCI en capitalisant sur l'expérience acquise de l'utilisation de l'ancienne version comme base de la réforme du droit. _____	252
2.1.2.1	Section 1 : Mesures visant à améliorer des dispositions existantes : _____	253
2.1.2.1.1	Sous-section 1 : Travaux du Groupe de travail dont fait partie l'Algérie pour réviser les aspects liés à la passation des marchés de la Loi type de la CNUDCI. _____	253
2.1.2.1.2	Sous-section 2 : L'utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales _____	274
2.1.2.2	Section 2 : Mesures visant à introduire des dispositions nouvelles _____	279
2.1.2.2.1	Sous-section 1 : l'Accord-cadre. _____	280
2.1.2.2.2	Sous-section 2 : L'offre anormalement basse. _____	290
<b>2.2</b>	<b>Titre 2 : Participation de l'Algérie à l'élaboration du guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI dans le droit interne des Etats adoptants. _____</b>	<b>298</b>
2.2.1	Chapitre 1 : Participation de l'Algérie aux travaux de vingtième session du Groupe de travail de la CNDCI : New York, 14-18 mars 2011. _____	300
2.2.1.1	Section 1 : Orientations générales du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. _____	302
2.2.1.1.1	Sous-section 1 : les lignes directrices de la révision du Guide d'incorporation de la loi type dans le droit interne des Etats adoptants. _____	303
2.2.1.1.2	Sous-section 2 : De la partie générale du guide. _____	304
2.2.1.2	Section 2 : Des commentaires sur les dispositions de la loi type et du Guide. _	307
2.2.1.2.1	Sous-section 1 : Commentaires concernant les modes traditionnels de passation de marchés publics. _____	307
2.2.1.2.2	Sous-section 2 : Commentaire sur les modes exceptionnels de passation de marchés publics. _____	310
2.2.2	Chapitre 2 : Participation de l'Algérie dans les travaux du Groupe de travail I (Passation de marchés) dans sa vingt et unième session (New York, 16-20 avril 2012). _____	321
2.2.2.1	Section 1 : Approche générale de la rédaction de la Loi type révisée. _____	322
2.2.2.1.1	Sous-section 1 : De l'introduction à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ; _____	322
2.2.2.1.2	Sous-section 2 : De la publication des textes juridiques. _____	325
2.2.2.2	Section 2 : Des commentaires sur les dispositions de la loi type et du Guide. _	330

2.2.2.2.1	Sous-section 1 : Contribution du Groupe de travail à l'enrichissement des dispositions relatives à l'Accord-cadre dans le Guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI dans le droit interne des Etats membres. _____	333
2.2.2.2.2	Sous-section 2 : Contribution du Groupe de travail dans l'enrichissement des dispositions relatives à la contestation dans le Guide d'incorporation de la loi type de la CNUDCI dans le droit interne des Etats membres. _____	337
<b>2.3</b>	<b>Conclusion de la deuxième partie : _____</b>	<b>340</b>
<b>3.</b>	<b><i>Partie 3 : La loi type de la CNUDCI comme levier de modernisation de la réglementation algérienne des marchés publics _____</i></b>	<b>342</b>
<b>3.1</b>	<b>Titre 1 : La métamorphose de la réglementation algérienne des marchés publics sous l'influence de la loi type de la CNUDCI _____</b>	<b>346</b>
3.1.1	Chapitre 1 : Adaptation de la réglementation algérienne à la loi type de la CNUDCI. _____	348
3.1.1.1	Section 1 : En matière des principes fondamentaux de la passation des marchés publics. _____	349
3.1.1.1.1	Sous-Section 1 : Les principes fondamentaux de la commande publique. ____	351
	A. La liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats. _____	354
	B. La transparence des procédures ; _____	362
3.1.1.1.2	Sous-Section 2 : Critères d'indentification des marchés publics. _____	368
	A. Les critères ; juridique et financier. _____	370
	B. Les critères ; organique et le critère matériel. _____	375
3.1.1.2	Section 2 : En matière de passation des marchés publics. _____	386
3.1.1.2.1	Sous-Section 1 : Les étapes préalables à la passation des marchés publics. _	387
	A. Les modes de réalisation des marchés publics. _____	387
	B. Les modes de dévolution des marchés publics. _____	395
3.1.1.2.2	Sous-Section 2 : De la passation des marchés publics. _____	400
	A. Les règles générales de passation des marchés publics. _____	401
	B. Des modes de passation de marchés publics. _____	408

3.1.2	Chapitre 2 : Les valeurs héritées de la CNUDCI et le paradoxe de leur remise en cause dans la pratique. _____	424
3.1.2.1	Section 1 : L'impossible cohabitation des valeurs de la CNUDCI avec la corruption systémique. _____	425
3.1.2.1.1	Sous-Section 1 : Un arsenal juridique de lutte contre la corruption qui a besoin d'une grande rigueur dans son application. _____	427
	A. Les valeurs de la CNUDCI au cœur du droit positif Algérien. _____	428
	B. Les organes de lutte contre la corruption : L'Office Central de Répression de la Corruption et l'Organe National de Prévention et de Lutte Contre la Corruption (ONPLC). _____	435
3.1.2.1.2	Sous-Section 2 : Les principes fondamentaux de la commande publique consacrés par la loi et contournés par la pratique. _____	442
	A. Accès discrétionnaire aux biens publics qui limite la liberté d'accès à la commande publique. _____	443
	B. Marchés administrés et néo-patrimonialisme qui entache la transparence des procédures. _____	450
3.1.2.2	Section 2 : La corruption un mal interne qui prend une dimension internationale. _____	455
3.1.2.2.1	Sous-Section 1 : Des contrats couteux et affaires de corruption d'une dimension nationale et internationale. _____	456
	A. Au niveau national. _____	458
	B. Au niveau international : Affaires jugées par des juridictions étrangères. _____	468
3.1.2.2.2	Sous-Section 2 : La lutte contre la corruption sous l'impulsion des recommandations de la CNUDCI et autres organisations internationales. _____	472
	A. Examen de l'OCDE sur la gouvernance publique pour une revue du système de passation des marchés publics en Algérie. _____	474
	B. La Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC). _____	482
<b>3.2</b>	<b>Titre 2 : la loi type de la CNUDCI sur les marchés publics comme levier d'innovation de la réglementation algérienne des marchés publics _____</b>	<b>489</b>
3.2.1	Chapitre 1 : La dématérialisation des marchés publics. _____	490
3.2.1.1	Section 1 : La dématérialisation des marchés publics. _____	491

3.2.1.1.1	Sous-Section 1 : La passation électronique des marchés dans la loi type de la CNUDCI et son intégration dans la réglementation algérienne des marchés publics ____	491
	A. De la dématérialisation des marchés publics dans la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. _____	492
	B. La transposition du dispositif de la loi type de la CNUDCI en matière de dématérialisation dans la réglementation algérienne. _____	497
3.2.1.1.2	Sous-Section 2 : La sécurisation des échanges d'informations par voie électronique. _____	507
	A. La contrainte de sécurisation des échanges d'information par la voie électronique. _____	508
	B. La sécurisation des échanges électroniques d'informations dans le cadre de la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et la réglementation algérienne des marchés publics : _____	512
3.2.1.2	Section 2 : L'enchère électronique inversée. _____	518
3.2.1.2.1	Sous-Section 1: L'incorporation de l'enchère électronique inversée dans la législation algérienne. _____	519
	A. L'influence de l'Union Européenne. _____	520
	B. L'influence de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE). _____	524
3.2.1.2.2	Sous-Section 2 : L'influence de la loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés publics. _____	529
	A. L'enchère électronique inversée dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. _____	531
	B. L'incorporation de l'enchère électronique inversée dans la législation interne des États adoptants. _____	538
3.2.2	Chapitre 2 : Le rôle de la CNUDCI dans l'intégration des procédés alternatifs de règlement de différends dans la réglementation algérienne des marchés publics. _____	545
3.2.2.1	Section 1 : Le rôle de la CNUDCI dans le développement d'autres formes de règlement amiable des litiges _____	547
3.2.2.1.1	Sous-Section 1 : Les procédés de règlement amiable de différends promus par la CNUDCI et transposés dans la réglementation algérienne. _____	548
	A. Le recours : _____	548

B.	De la commission des marchés publics du service contractant. _____	552
3.2.2.1.2	Sous-Section 2 : Les instruments de règlement amiable de différends. ____	554
A.	Le comité de règlement amiable des litiges. _____	554
B.	L'Autorité de régulation des marchés publics. _____	557
3.2.2.2	Section 2 : La consécration du droit de compromettre dans la réglementation algérienne des marchés publics. _____	561
3.2.2.2.1	Sous-Section 1 : Le droit de compromettre est-il consacré pour confirmer, ou tempérer, un principe prévu auparavant par le code des procédures civiles et administratives ? _____	562
A.	L'évolution de l'arbitrage commercial international en Algérie. _____	563
B.	Recours à l'arbitrage international dans les marchés publics soumis au pouvoir discrétionnaire du pouvoir l'exécutif. _____	568
3.2.2.2.2	Sous-Section 2 : L'arbitrabilité des litiges en matière des marchés publics. _____	573
A.	L'arbitrabilité des litiges en matière de marchés publics et la question cruciale de la souveraineté de l'État. _____	576
B.	La problématique de la mise en œuvre de l'arbitrage dans les marchés publics. _____	582
<b>3.3</b>	<b>Conclusion de la partie 3 : _____</b>	<b>594</b>
<b>4.</b>	<b>Conclusion _____</b>	<b>597</b>
	<b>Table des matières : _____</b>	<b>601</b>
	<b>Bibliographie _____</b>	<b>608</b>
	<b>Sources _____</b>	<b>608</b>
	<b>Index _____</b>	<b>619</b>

## Bibliographie

---

### I. OUVRAGES :

- 1) ALI BENCHENEB, Règlement des litiges et arbitrage commercial international, [s. l.], GAÏA Editions, 2018.
- 2) ALLAIRE Frédéric, L'essentiel du droit des marchés publics, Issy-les-Moulineaux, Gualino-Lextenso éditions, 2016.
- 3) BERNARD Elsa et SIMON Denys préf., La spécificité du standard juridique en droit communautaire, [s. l.], Bruylant, 2010.
- 4) BOULIFA Brahim, Marchés Publics « Manuel méthodologique », vol. 1, Deuxième édition., Alger, Berti Editions, 2016, 428 p.
- 5) BRACONNIER Stéphane, Précis du droit de la commande publique: marchés publics - concessions, Antony, France, Éditions Le Moniteur, 2017, 647 p.
- 6) BUREAU Dominique et MUIR-WATT Horatia, Le droit international privé, Paris, Presses universitaires de France, 2009, 128 p.
- 7) CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, 3. éd., Paris, Dalloz, 2007, 744 p.
- 8) CLING Jean-Pierre et ROUBAUD François, La Banque mondiale [en ligne], Paris, La Découverte, 2008, 128 p.
- 9) GRIMAUD Nicole, La politique extérieure de l'Algérie (1962-1978), [s. l.], KARTHALA Editions, 1984, 380 p.

- 10) HENRY Jean-Robert et VATIN Jean-Claude (dir.), *Le temps de la coopération: sciences sociales et décolonisation au Maghreb*, Aix-en-Provence : Paris, IREMAM ; Karthala, 2012, 405 p.
- 11) LAÏDI Zaki, *La norme sans la force : l'énigme de la puissance européenne*, 2e édition entièrement refondue., [s. l.], Sciences Po, les presses, 2008.
- 12) LAJOYE Christophe, *Droit des marchés publics*, 5ème Edition., Paris, Gualino-Lextenso éditions, 2012, 480 p.
- 13) LINDITCH Florian, *Le droit des marchés publics*, Paris, Dalloz, 2015.
- 14) LYAZID KHABER, *ALGÉRIE UNE ÉCONOMIE QUI SE CHERCHE*, 2019e éd., Paris, Spinnelle, 2019, 102 p.
- 15) MADJID BENCHIKH, *Droit International Public*, Alger, Casbah Editions, 2016, 747 p.
- 16) MOHAMED NABIH, *Droit des marchés publics Aspects juridiques, financiers et contentieux*, 2014e éd., Maroc, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, 368 p.
- 17) NGUYÊN Quôc Dinh, DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias et al., *Droit international public : formation du droit, sujets, relations diplomatiques et consulaires, responsabilité, règlement des différends, maintien de la paix, espaces internationaux, relations économiques, environnement*, 8e édition [à jour au 1er semestre 2009]., [s. l.], LGDJ, 2009.
- 18) NOUR-EDDINE TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, 2014e éd., Algérie, Editions AJED, 2014, 182 p.
- 19) RADI Yannick et DUPUY Pierre-Marie, *La standardisation et le droit international: contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Buxelles, Bruylant, 2013, 371 p.
- 20) RENDERS David, DEVOLVÉ Pierre, TANQUEREL Thierry et al. (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 420 p.

- 21) RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard: <Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité>*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, 564 p.
- 22) RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics: marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2009, 393 p.
- 23) RICHER Laurent et LICHÈRE François, *Droit des contrats administratifs*, 10e édition., Paris, LGDJ, 2016, 778 p.
- 24) WEBER Max, *Les catégories de la sociologie*, Paris, Pocket, 2008, 410 p.

## II. ARTICLES DE REVUES :

- 1) ABBAS Mehdi, « L'ouverture commerciale de l'Algérie. Apports et limites d'une approche en termes d'économie politique du protectionnisme », *Revue Tiers Monde*, 210, 2012, n° 2, p. 51-68.
- 2) AHMED MAHIOU, « Les séquences du changement juridique en Algérie. Cinquante ans de droit (1962- 2012) », *Insaniyat*, décembre 2012, n° n°s 57-58, p. 73-89.
- 3) ANCELOVICI Marcos et JENSON Jane, « La standardisation et les mécanismes du transfert transnational », *Gouvernement et action publique*, VOL. 1, Presses de Sciences Po, 2012, n° 1, p. 37-58.
- 4) ANDREFF Wladimir, « Réformes, libéralisation, privatisation en Algérie. Point de vue d'un outsider en 1988-1994 », *Confluences Méditerranée*, 71, L'Harmattan, 2009, n° 4, p. 41-62.
- 5) AWALOU OUEDRAOGO, « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue Québécoise de droit international*, 2013, n° 1, p. 155.
- 6) BABADJI Ramdane, « Le syncrétisme dans la formation du système juridique algérien », *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, Le Caire, CEDEJ - Égypte/Soudan, 2013, p. 19-33, [consulté le 3 octobre 2020]. <http://books.openedition.org/cedej/386>
- 7) BACHAND Rémy et LAPERRIÈRE Marie-Neige, « L'hégémonie dans la société internationale: un regard néo-gramscien », *Revue québécoise de droit*

- international*, 1, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2014, n° 1, p. 1-13.
- 8) BAGHZOUZ Aomar, « La politique Méditerranéenne de l'Algérie à l'épreuve des mutations géopolitiques régionales : changement ou continuité ? », *Maghreb - Machrek*, 221, ESKA, 2014, n° 3, p. 23-34.
- 9) BENALI Arezki, « Corruption : L'Algérie citée dans une affaire aux USA », sur *Algerie Eco* [en ligne], publié le 31 octobre 2019, [consulté le 23 mai 2020]. <https://www.algerie-eco.com/2019/10/31/corruption-algerie-citee-affaire-usa/>
- 10) BENCHENEB Ali, « Le contrat international de construction », *Revue internationale de droit économique*, t. XXXII, De Boeck Supérieur, 2018, n° 1, p. 5-15.
- 11) BENCHENEB Ali, OSMAN Filali, YILDIRIM Ahmet Cemil *et al.* (dir.), *Où va l'arbitrage international? de la crise au renouveau: Journées d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Istanbul, 8 et 9 avril 2016*, Paris, LexisNexis, 2017, 477 p.
- 12) BENNADJI Cherif, « AUX ORIGINES DU SYSTEME JURIDIQUE ALGERIEN », *Revue Algérienne des Sciences Juridiques et Politiques*, 54, ASJP, septembre 2017, n° 3, p. 33-56.
- 13) BENNADJI Chérif, « Marchés publics et corruption en Algérie », *NAQD*, 25, 2008, n° 1, p. 135-153.
- 14) BENNADJI Chérif, « De quelques réflexions à propos de la problématique dans la thèse de doctorat en droit (à partir de l'exemple algérien) », *Les Annales de l'université Alger 1*, juin 2016, n° 29, p. 52-65.
- 15) BERKOVICIUS Christine, « La dématérialisation, prochain cap de la commande publique », sur *La Gazette des Communes* [en ligne], [consulté le 8 février 2020]. <https://www.lagazettedescommunes.com/497696/la-dematerialisation-prochain-cap-de-la-commande-publique/>
- 16) BERNARD Elsa et SIMON Denys préf., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, [s. l.], Bruylant, 2010.
- 17) BOISSON DE CHAZOURNES, LAURENCE., « Normes, standards et règles en droit international. In: Brosset, Estelle.. et al. Les enjeux de la normalisation

technique internationale : entre environnement, santé et commerce international. Paris. », *La Documentation française*, 2006, p. 43-56.

- 18) BRISSET Karine, MARECHAL François et MORAND Pierre-Henri, « La commande publique par enchère électronique inversée », *Économie publique/Public economics*, 2003.
- 19) CANIVET M Guy, DELMAS-MARTY Mme Mireille, YANG M XIAO *et al.*, « Mondialisation et internationalisation du droit, première rencontre du réseau ID (Internationalisation du Droit) Franco-chinois, Beijing 6-8 octobre 2008. », p. 137.
- 20) CHAMBON Maxence, « L'arbitrage international en Droit Administratif, où l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes », *Civitas Europa*, 31, 2013, n° 2, p. 261-284.
- 21) CLING Jean-Pierre et ROUBAUD François, *La Banque mondiale* [en ligne], Paris, La Découverte, 2008, 128 p. <https://www.cairn.info/la-banque-mondiale-9782707152169.htm>
- 22) DELELIS Philippe, « La dématérialisation des marchés publics : principaux aspects juridiques et organisationnels », *LEGICOM*, 31, 2004, n° 2, p. 53-63.
- 23) DELHAYE Grégoire et LE PAPE Loïc, « Les transformations économiques en Algérie. Privatisation ou prédation de l'État ? », *Journal des anthropologues. Association française des anthropologues*, Association française de anthropologues, juin 2004, n° 96-97, p. 177-194.
- 24) DE SENARCLENS Pierre, « Les organisations internationales face aux défis de la mondialisation », *Revue internationale des sciences sociales*, 170, ERES, 2001, n° 4, p. 559-572.
- 25) DIALLO Ousmane, « Le consentement à l'arbitrage par voie non contractuelle », *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Genève, Graduate Institute Publications, 2015, p. 171-259, [consulté le 5 juillet 2020]. <http://books.openedition.org/iheid/971>
- 26) EL KADI Ihsane, « Corruption et stratification sociale en Algérie », *NAQD*, 25, SARL NAQD, 2008, n° 1, p. 155-166.

- 27) GAILLARD EMMANUEL, « Trente ans de Lex Mercatoria Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *Journal du Droit international*, 122, 1995, n° 1, p. 6-30.
- 28) GRIMAUD Nicole, *La politique extérieure de l'Algérie (1962-1978)*, [s. l.], KARTHALA Editions, 1984, 380 p.
- 29) HACHEMAOUI Mohammed, « La corruption politique en Algérie : l'envers de l'autoritarisme », *Esprit*, Juin, Editions Esprit, 2011, n° 6, p. 111-135.
- 30) HOTTOIS Gilbert, « La technoscience : de l'origine du mot à ses usages actuels », *Recherche en soins infirmiers*, 86, Association de Recherche en Soins Infirmiers, 2006, n° 3, p. 24-32.
- 31) JULIEN PARENT, « La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, Mémoire pour l'obtention du diplôme de Master II en droit des interventions publiques, Sous la direction de Monsieur BOUJU Serge, université d'Angers. », septembre 2017, p. 69.
- 32) KHALFOUNE Tahar, « Système juridique en Algérie – Un pluralisme normatif désordonné », *Revue internationale de droit comparé*, 67, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2015, n° 2, p. 409-436.
- 33) LAÏDI Zaki, *La norme sans la force [Texte imprimé] : l'énigme de la puissance européenne*, 2e édition entièrement refondue., [s. l.], Sciences Po, les presses, 2008.
- 34) MAHIOU Ahmed, « L'Algérie et les organisations internationales », *Annuaire Français de Droit International*, 28, 1982, n° 1, p. 127-145.
- 35) MANIRUZZAMAN ABUL F.M., « « The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? » », *American University International Law Review*, Vol.14, 1999, n° Issue 3, p. 657-734.
- 36) MARIE-CHARLOTTE BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique* [en ligne], Thèse, Université de Montpellier, 2015, 594 p., [consulté le 16 avril 2020]. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01342526/document>

- 37) MBEMBE Achille, « De la scène coloniale chez Frantz Fanon », Collège international de Philosophie, 2007, n° 4, p. 37-55.
- 38) MIREILLE DELMAS-MARTY, ALAIN SUPIOT, MARTIN FRIEYRO, « L'internationalisation du droit : dégradation ou recomposition ? », *Esprit*, Novembre, Editions Esprit, 2012, n° 11, p. 35-51.
- 39) MOHAMED NABIH, *Droit des marchés publics Aspects juridiques, financiers et contentieux*, 2014<sup>e</sup> éd., Maroc, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, 368 p.
- 40) NGUYÊN Quôc Dinh, DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias *et al.*, *Droit international public : formation du droit, sujets, relations diplomatiques et consulaires, responsabilité, règlement des différends, maintien de la paix, espaces internationaux, relations économiques, environnement*, 8e édition [à jour au 1er semestre 2009]., [s. l.], LGDJ, 2009.
- 41) PORTER Geoff D., « Le non-interventionnisme de l'Algérie en question », *Politique étrangère*, Automne, Institut français des relations internationales, 2015, n° 3, p. 43-55.
- 42) RABU Gaylor, « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *Revue internationale de droit économique*, t. XXII, 3, 2008, n° 3, p. 335-356.
- 43) RENDERS David, DEVOLVÉ Pierre, TANQUEREL Thierry *et al.* (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 420 p.
- 44) ROCHERIEUX Julien, « L'évolution de l'Algérie depuis l'indépendance », *Sud/Nord*, 14, ERES, 2001, n° 1, p. 27-50.
- 45) RODINSON Maxime, « Le marxisme et la nation », *L'Homme et la société*, 7, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1968, n° 1, p. 131-149.
- 46) SABRI Mouloud, « LE DROIT DES MARCHES PUBLICS EN ALGERIE : REALITE ET PERSPECTIVES\* », *Revue IDARA*, 18, ASJP, juin 2008, n° 1, p. 63-99.
- 47) SADDIKI Said, « La vision Algérienne du droit à l'autodétermination à l'épreuve du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats », [s. l.], [s. n.], 2011, p. 143-157.

- 48) TALAHITE Fatiha, « Économie administrée, corruption et engrenage de la violence en Algérie », *Revue Tiers Monde*, 41, 2000, n° 161, p. 49-74.
- 49) TUNC André, « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 22, 1970, n° 2, p. 247-261.
- 50) ULLRICH Hanns, « La mondialisation du droit économique :. Vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *Revue internationale de droit économique*, t. XVII, 2003, n° 3-4, p. 291-311.
- 51) USTOR Endre, « Le développement progressif du droit commercial international. Un nouveau programme juridique de l'O.N.U », *Annuaire Français de Droit International*, 13, 1967, n° 1, p. 289-306.
- 52) VIRALLY Michel, « Vers un droit international du développement », *Annuaire Français de Droit International*, 11, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1965, n° 1, p. 3-12.

### III. 3. THESES:

- 1) KALFLÈCHE Grégory, *DES MARCHÉS PUBLICS À LA COMMANDE PUBLIQUE L'évolution du droit des marchés publics* [en ligne], thèse de doctorat, Panthéon-Assas (Paris 2), 2004, 764 p.
- 2) ELBEHERRY Ibrahim, *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse pour l'obtention de diplôme de Doctorat en droit* [en ligne], thèse de doctorat, Université Nice Sophia Antipolis, 2004, 566 p., [consulté le 5 juillet 2020]. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00412538>
- 3) VIEILLARD Guillaume, *La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international, thèse pour l'obtention du grade de Docteur, soutenue publiquement, le 14 mars 2012 Université de Bourgogne*, thèse doctorat, Dijon, 2014, 615 p.

## Sources

---

- 1) ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, DOCUMENTS OFFICIELS, SOIXANTE-SIXIÈME SESSION *et al.*, « A/66/17 - F - A/66/17 Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international Quarante-quatrième session (27 juin-8 juillet 2011) », [consulté le 7 février 2020]. <https://undocs.org/fr/A/66/17>
- 2) BENALI Arezki, « Corruption : L'Algérie citée dans une affaire aux USA », sur *Algerie Eco*, publié le 31 octobre 2019, [consulté le 23 mai 2020]. <https://www.algerie-eco.com/2019/10/31/corruption-algerie-citee-affaire-usa/>
- 3) BERKOVICIUS Christine, « La dématérialisation, prochain cap de la commande publique », sur *La Gazette des Communes* [en ligne], [consulté le 8 février 2020]. <https://www.lagazettedescommunes.com/497696/la-dematerialisation-prochain-cap-de-la-commande-publique/>
- 4) COMMISSION ÉCONOMIQUE, MONÉTAIRE ET DE LA POLITIQUE INDUSTRIELLE - A4-0244/1996, « Rapport sur L' Europe et la société de l'information planétaire - Vers la société de l'information en Europe : un plan d'action" »,
- 5) DJILLALI HADJADJ, « Comment Bouteflika a manipulé le Code des marchés pour «alimenter» la corruption | El Watan », [consulté le 15 mai 2020]. <https://www.elwatan.com/pages-hebdo/sup-eco/comment-bouteflika-a-manipule-le-code-des-marches-pour-alimenter-la-corruption-15-07-2019>
- 6) KAMEL BOUZEBOUDJA, « Le rôle de l'office central de répression de la corruption », [consulté le 10 mai 2020]. <http://www.ocrc.gov.dz/index.php/fr/publication/139-le-role-de-l-office-central-de-repression-de-la-corruption>
- 7) KOUIDER BOUTALEB, « La sacralisation du code des marchés publics n'est qu'une illusion. », sur *Journal quotidien EL WATAN* [en ligne], [consulté le 22 mai 2020]. <https://www.elwatan.com/pages-hebdo/sup-eco/kouider-boutaleb-professeur-deconomie-la-sacralisation-du-code-des-marches-publics-nest-quune-illusion-23-12-2019>
- 8) NORDINE GRIM, « Réformes économiques post-octobre 1988 – Algeria-Watch », [consulté le 11 avril 2020]. <https://algeria-watch.org/?p=67986>

- 9) REYGADA Luis, « Gramsci : les relations internationales au prisme de l'hégémonie », sur *Lvsl.fr - Tout reconstruire, tout réinventer*, publié le 8 avril 2019, [consulté le 20 novembre 2020]. <https://lvsl.fr/gramsci-les-relations-internationales-au-prisme-de-hegemonie/>
- 10) RULLEAU Claudine, « Pionnier du nouvel ordre international », sur *Le Monde diplomatique* [en ligne], publié le 1 novembre 1982, [consulté le 4 avril 2020]. <https://www.monde-diplomatique.fr/1982/11/RULLEAU/37050>
- 11) SAMIRA IMADALOU, « Algérie. Les gâchis de l'ère Bouteflika », sur *Courrier international* [en ligne], publié le 20 mars 2019, [consulté le 22 mai 2020]. <https://www.courrierinternational.com/article/algerie-les-gachis-de-lere-bouteflika>
- 12) « Oil Executives Plead Guilty for Roles in Bribery Scheme Involving Foreign Officials », publié le 30 octobre 2019, [consulté le 23 mai 2020]. <https://www.justice.gov/opa/pr/oil-executives-plead-guilty-roles-bribery-scheme-involving-foreign-officials>
- 13) « Le rapport analytique sur la passation des marchés pour la région Moyen-Orient et Afrique du nord, n° 29765 du 1/06/2003, publié le 1/07/2003 - Recherche Google », [consulté le 1 février 2020].
- 14) « Décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics .J.O.R.A. N° 52 DU 28/07/2002. - Recherche Google », [consulté le 1 février 2020].
- 15) « Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics », p. 88.
- 16) « Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics », p. 449.
- 17) « Algérie - Décret présidentiel n° 15-247 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public. », [consulté le 7 février 2020]. [http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=fr&p\\_isn=100145&p\\_classification=01](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=fr&p_isn=100145&p_classification=01)
- 18) « OCDE (2019), Revue du système de passation des marchés publics en Algérie : Vers un système efficient, ouvert et inclusif, Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/49802cd0-fr>. », [consulté le 8 février 2020].

<https://www.oecd.org/fr/pays/algerie/revue-du-systeme-de-passation-des-marches-publics-en-algerie-49802cd0-fr.htm>

- 19) « Guide-technique-securite-dematerialisation-mp.pdf », [consulté le 8 février 2020].  
[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/guides/guide-technique-securite-dematerialisation-mp.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-technique-securite-dematerialisation-mp.pdf)
- 20) « Recommandation-OCDE-sur-les-marches-publics.pdf », [consulté le 8 février 2020]. <http://www.oecd.org/fr/gov/ethique/Recommandation-OCDE-sur-les-marches-publics.pdf>
- 21) « Recommandation-digital-government-strategies.pdf », [consulté le 8 février 2020]. <https://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommandation-digital-government-strategies.pdf>
- 22) « Découvrez les enchères électroniques inversées en pratique », [consulté le 8 février 2020]. <http://www.entreprise-et-droit.com/les-encheres-electroniques-inversees-en-pratique/>
- 23) « Rapport\_cooperation\_2014-\_finale\_-\_version\_web.pdf », [consulté le 1 février 2020].  
[http://eeas.europa.eu/archives/delegations/algeria/documents/rapport\\_cooperation\\_2014-\\_finale\\_-\\_version\\_web.pdf](http://eeas.europa.eu/archives/delegations/algeria/documents/rapport_cooperation_2014-_finale_-_version_web.pdf)

## Index

---

- accès discrétionnaire et privilégié aux ressources, 448
- accord d'association Euro-méditerranéen, 98
- Accord sur les Marchés Publics, 117
- accords de stand-by, 161
- algérianisation du droit, 20
- appel d'offres en deux étapes, 413
- appel d'offres restreint, 413
- approche comparatiste, 22
- arbitrabilité des litiges dans le cadre du droit positif algérien, 570
- arbitrabilité des marchés publics, 575
- assainissement des finances publiques, 112
- Association algérienne de lutte contre la corruption, 461
- Autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public, 559
- Banque mondiale, 106, 107
- bonne gouvernance économique, 102
- Cellule d'Appui à la Modernisation des Finances Publiques, 104
- chambre de commerce internationale de Paris, 63
- CNUDCI, 30
- Comité de règlement amiable des litiges, 556
- Commission Européenne, 59
- Contrat-programme, 392
- Convention des Nations Unies contre la corruption, 458
- coût du cycle de vie, 76
- demande de proposition sans négociation, 413
- droit de compromettre dans la réglementation algérienne des marchés publics, 564
- enchère électronique, 520
- équilibres macroéconomiques, 166
- facilité économique élargie, 116
- finance publique, **17**
- Harmonisation de lois, 65
- Institutions de Bretton Woods, 106
- internationalisation de l'économie, 48
- internationalisation du droit, 44, 48
- keynésiens *Voir*
- l'appel d'offres ouvert, 413
- l'appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales, 413
- l'échange des informations par voie électronique, 501
- l'égalité de traitement, 357
- l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.), 60
- la bonne gouvernance économique, 102
- la commande publique, 19
- la conférence de La Haye de droit international privé, 63
- La dématérialisation des marchés publics, 493
- La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, 70
- La notion de l'offre économique la plus avantageuse, 405
- la passation des marchés en ligne, 499
- la stratégie nationale en matière de corruption, 440
- l'accord-cadre, 392

- le marché public, 392
- l'enchère électronique inversée, 392, 533
- Les modes de dévolution des marchés publics, 391
- Les modes de réalisation des marchés publics, 391
- Les recommandations des institutions internationales., 87
- Les sources internationales de la réglementation Algérienne des marchés publics, 48
- lex mercatoria, 20
- liberté d'accès à la commande publique, 357
- l'institut international pour l'unification du droit privé, 63
- L'obligation de publicité et de mise en concurrence, 405, 595
- l'office central de la répression de la corruption, 439
- loi-cadre, 83
- l'organe national de la prévention et la lutte contre la corruption, 439
- l'Union européenne, 98
- marché global, 392
- marché responsable, 75
- marchés à commandes, 392
- Marchés administrés et néo-patrimonialisme, 454
- modes de passation de marchés, 412
- normativité internationale, 55
- notion de non-discrimination, 363
- nouvel ordre économique, 134
- offre économiquement la plus avantageuse, 409
- passation illégale de marchés publics, 432
- passation de marché, 374
- passation électronique des marchés publics, 492, 597
- plan d'ajustement structurel, 162
- Plan Stratégique de Modernisation des Finances Publiques, 105
- portail électronique des marchés publics, 501
- principe de liberté d'accès à la commande publique, 357
- principe de non-ingérence, 130
- principes fondamentaux de la commande publique, 356
- procédés de règlement amiable de différends, 548
- programme UE REFIN, 105
- Protection des informations classifiées**, 80
- recommandations des institutions internationales, 87
- restructuration, 116
- Rupture ou continuité du droit, 21
- sécurisation des échanges d'informations par voie électronique, 509
- solidarité internationale, 88
- sollicitation d'une source unique, 413
- standardisation, 50
- Standardisation des pratiques commerciales, 65
- standards communautaires, 57
- standards juridiques, 54
- syndrome du colonisé, 125
- Système Monétaire International, 115
- technoscience, 54
- transformation numérique de la commande publique, 494
- Unification de lois, 65

## **Résumé (1700 caractères) :**

*A l'instar des pays en voie de développement, l'Algérie n'est pas restée à l'écart de l'influence des standards internationaux. Chemin faisant, l'Algérie est passé d'une ouverture contrainte sous la pression des institutions internationales à la recherche d'une maîtrise de cette ouverture, qui n'a pas manqué de toucher même le droit des marchés publics. Cette influence est désormais totalement assumée par les rédacteurs de la nouvelle réglementation sur les marchés publics dont l'exposé des motifs déclare expressément que : "La révision de la réglementation des marchés publics répond essentiellement à l'exigence de s'inspirer des standards internationaux ainsi que les recommandations des institutions internationales".*

*Tout porte à croire qu'en évoquant les standards internationaux dans l'exposé des motifs de la nouvelle réglementation sur les marchés publics, le législateur algérien vise principalement, voire même exclusivement, la loi type de la CNUDCI sur les marchés publics, d'autant plus que l'Algérie a été élue membre de cette Commission pour quatre mandats s'étalant sur trois périodes distinctes. L'ouverture de la réglementation algérienne aux sources internationales, notamment les standards internationaux, et plus particulièrement la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, présente une thématique très importance à étudier de par notamment sa complexité et, surtout, son universalité. La complexité réside justement dans cette problématique liée au fait qu'un pays en voie de développement (Algérie), puisse faire le choix de recourir aux dispositions d'un standard international dans un domaine aussi stratégique et névralgique que la commande publique.*

## **Descripteurs :**

*Loi type – CNUDCI - Marchés publics, réglementation – Standards Internationaux - Commande publique, principes fondamentaux – Marchés publics, dématérialisation - Enchère électronique – Marchés publics, Arbitrabilité des litiges – Droit public, Algérie – Droit international et droit interne, Algérie.*

**Title and Abstract (1700 characters):**

**Title : The UNCITRAL Model Law on Public Procurement and Algerian Public Procurement Regulation**

*Algeria, as a developing country, has not stayed away from international standards. Along the way, Algeria has passed a constraint opening under the pressure of international institutions seeking for a master of this opening, which did not miss to even touch the public procurement law. This influence is now fully assumed by the drafters of the new regulations on public procurement whose preamble explicitly states that: "The reviewing of the public procurement regulations essentially meets the requirement to be inspired by international standards as well as the recommendations of international institutions"*

*Everything suggests that by referring to the international standards in the statement of reasons to the new regulations on public procurement, the Algerian legislator is mainly, if not exclusively, targeting the UNCITRAL model law on public procurement, especially more than Algeria was elected member of this Commission for four terms spanning three distinct periods.*

*The opening up of Algerian regulations to international sources, in particular international standards, and more particularly the UNCITRAL model law on public procurement, presents a very important theme to be studied, in particular because of its complexity and, above all, its universality.*

*The complexity is linked precisely in this issue to the fact that a developing country (Algeria) can choose to resort to the provisions of an international standard in such a strategic and sensitive area, like a public's contracts.*

**Keywords:**

*Model Law - UNCITRAL - Public procurement, regulation- Internationals standards- Public procurement, fundamental principles- Public procurement, dematerialization - Electronic auction- Public procurement, arbitability of disputes – Public law, Algeria – International law and interne law, Algeria.*