

REVUE AFRICAINE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

Janvier-Juin | 2026

Numéro 8

ISSN 2827 - 4776



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

RETROUVEZ DANS CE NUMERO :

- Le mot du Directeur
- L'éditorial du semestre
- Travaux universitaires en bref
- La doctrine sur le droit des contrats publics
- Nouvelles parutions
- La politique et la procédure de publication de la RADCP

Sites : www.ceracle.com ;

<https://associationpcpa.wixsite.com/apcpa>

contact : radcpceracle@gmail.com



Édité par l'APCPA et le CERACLE de l'UCAD

REVUE AFRICAINE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

N° 8 - Janvier-Juin 2026

ISSN 2827 - 4776

REVUE AFRICAINE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

N° 8 - Janvier-Juin 2026

ISSN 2827 - 4776

Propositions à adresser à : radcpceracle@gmail.com



A. P. C. P. A

93140 – BONDY

SOMMAIRE

LE MOT DU DIRECTEUR

Claude MOMO FOUMTHIM5

L'ÉQUIPE DE LA RADCP.....6

L'ÉDITORIAL

Intelligence artificielle et commande publique en Afrique dans un contexte de développement social et économique faible

Paterne MAMBO.....9

TRAVAUX UNIVERSITAIRES EN BREF

Les mutations du droit du contentieux des marchés publics au Cameroun

Nathalie VOULANIA.....12

DOCTRINE JURIDIQUE

La résiliation des contrats de marchés publics en droit marocain

Khalid Cherkaoui SEMMOUNI.....14

« Commande publique numérique et sécurité juridique au Sénégal »

Mamadou SAMB.....19

L'internationalisation des marchés publics dans l'UEMOA et la CEMAC : entre standardisation normative et recomposition de la souveraineté juridique

Djama N'GOU.....38

Sur le mont Sinaï, la Cour suprême et les tables de loi pénale sur les marchés publics au Congo

Juvadel POATY.....49

BRÈVE SUR LE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

Vers une doctrine africaine de la bonne exécution des contrats de la commande publique : un impératif pour le développement du continent

Mansour GAYE.....64

NOUVELLE PARUTION.....68

COMMENT FAIRE PUBLIER DANS NOS ANNALES.....69

LE MOT DU DIRECTEUR

Par : **Claude MOMO FOUMTHIM**

L'Afrique noire est-elle mal partie en ce qui concerne l'efficacité des contrats publics ? Telle est la question que l'on peut légitimement se poser au regard des dynamiques normatives et institutionnelles en cours en la matière sur l'ensemble du continent.

Face aux enjeux sans cesse croissant de satisfaction de l'intérêt général et de développement durable, la Revue Africaine de Droit des Contrats Publics (RADCP) s'est donnée pour ambition de présenter le quotidien des contrats conclus par les personnes publiques dans le contexte africain. Sous l'influence de divers facteurs de bonne gouvernance de l'argent public, le droit des contrats publics s'est amplifié. C'est cette transformation que cette revue ambitionne de présenter. Si le souffle des multiples réformes ne s'est pas encore dissipé, il est temps de passer en revue ce qui a été fait.

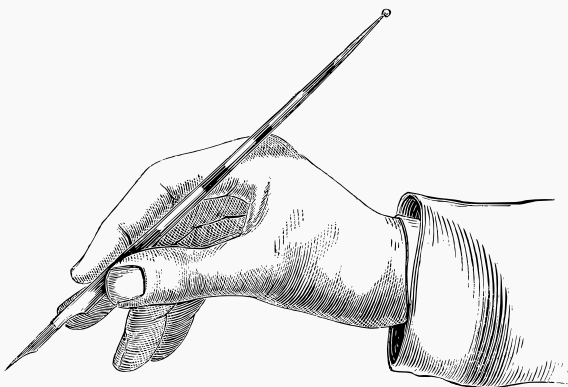


De l'unilatéralisme qui reste le point d'ancrage de l'administration en Afrique, au contrat de partenariat, le chemin a été long et les obstacles nombreux pour la réalisation des travaux publics et la matérialisation de l'ouvrage public. Cette revue se veut le miroir de ces différents litiges qui jalonnent la vie économique de nos États. Elle demeure au carrefour des disciplines juridiques à vocation économique et gardera ce cap.

Le nouveau cap veut inviter le chercheur ou le praticien à surmonter son inquiétude sur une épine du droit public, les contrats publics...et notamment d'affaires. Il nous a semblés judicieux dans ce nouvel horizon, de signaler des textes de lois, de reproduire ou de commenter des décisions de justice. Certes l'absence de ces dernières rend le pari difficile, mais nous nous efforcerons de le faire. Il veut présenter la nouvelle dynamique du milieu économique et des affaires en Afrique sous toutes ses facettes. Le nouveau contrat public est là.

Mesdames/Messieurs !

Cette tribune demeure la votre.



L'ÉQUIPE DE LA RADCP

Comité scientifique



◦ **ABANE ENGOLO Patrick Edgard**

Agrégé des facultés de droit, Professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa, Directeur du CERCAF

◦ **ADAMOU Issoufou**

Maitre de Conférence - Université Cheikh Anta Diop de Dakar

◦ **BADARA FALL Alioune**

Agrégé des facultés de droit, Professeur - Université de Bordeaux

◦ **BATOUM-BA NGOUE Samuel Théophile**

Professeur titulaire - Université de Douala

◦ **BIAKAN Jacques**

Professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa

◦ **CHARREL Nicolas**

Avocat au Barreau de Paris

◦ **DICKA John Eric**

Avocat au barreau de Paris / Docteur en droit et chercheur associé de l'Université Paris Saclay

◦ **FOLLIOT LALLIOT Laurence**

Agrégée des facultés de droit, Professeure/Université Paris Nanterre

◦ **FOUMENA Gaëtan Thierry**

Agrégé des facultés de droit, Maitre de Conférences/Université de Ngaoundéré

◦ **GUESSELE ISSEME Lionel Pierre**

Agrégé des facultés de droit, Professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa

◦ **GUÉZOU Olivier**

Professeur de droit public - Université Paris-Saclay UVSQ

◦ **MAMBO Paterne**

Agrégé des facultés de droit, Professeur - Université Houphouët-Boigny, Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université Jean Lorougnon Guédé de Daloa

◦ **MARKUS Jean-Paul**

Agrégé des facultés de droit, Professeur - Université Paris-Saclay

◦ **MBALLA OWONA Robert**

Agrégé des facultés de droit, Professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa

◦ **MEISSA DIAKHATE**

Agrégé des facultés de droit, Maitre de Conférences - Université Cheikh Anta DIOP, Directeur du CERACLE

◦ **MOUNOM MBONG Willy**

Agrégé de droit public, Maître de Conférences - Université de Dschang

◦ **NSALOU NKOYA Lewis**

Avocat au Barreau de Paris / Docteur en droit - Université Paris-Saclay

◦ **PEYRICAL Jean-Marc**

Maitre de Conférences - Université Paris-Saclay / Avocat au Barreau de Paris

◦ **ROSSATANGA-RIGNAULT Guy**

Professeur des universités - Université Omar Bongo de Libreville

◦ **SAMB TOSCO Seynabou**

Avocat au Barreau de Bordeaux / Docteur en droit - Université de Bordeaux

◦ **VILA Jean-Baptiste**

Maitre de Conférences - Université de Bordeaux

◦ **DIANGAR Mamadou**

Maitre de Conférences - Université Cheikh Anta Diop de Dakar

L'ÉQUIPE DE LA RADCP

Comité de relecture



o **PAPE FAYE Latyr**

Doctorant en droit public – Université Cheikh Anta DIOP

o **DOUNIAN Aimé**

Maître de Conférences – Université de Garoua

o **ASSOLO ONANA Balthazar**

Docteur en droit public – Université de Douala

o **AMADOU Boub**

Docteur en droit public – Université de Maroua

o **ATIPO OKO Jordelin**

Docteur en droit public – Université Marien NGOUABI du Congo

o **BALLA MANGA Luc Patrick**

Docteur en droit public – Université de Douala

o **BILOCK Stéphane**

Doctorant en droit public – Université de Douala

o **DIOUF KANTE Fatou**

Assistant en droit public – Université Cheikh Anta Diop

o **DIOUF Ibrahima**

Maître de Conférences – Université Cheikh Anta Diop de Dakar

o **EBANGA Christian Allard**

Docteur en droit public – Université de Douala

o **YINDJO TOUKAM Fabrice**

Docteur en droit public – Université de Douala

o **FAYE Ferdinand Diéne**

Docteur en droit public – Université Cheikh Anta Diop de Dakar

o **KINGSLEY PENN Muluh**

PhD researcher (Business Corporate and Finance Law) – University of Douala

o **MOUNCHEROU Abdel-Aziz**

Doctorant en droit public – Université de Douala

o **NGAMBEKET Emmanuel Latendresse**

Docteur en droit public – Université de Douala

o **NGNITEYA DJIOLIEU Baudelaire**

Doctorant en droit public – en cotutelle-Universités de Lille et Dschang

o **NGONO NOAH Josué**

Docteur en droit public – Université de Douala

o **NIANGALY Allaye**

Docteur en droit public – Université de Bamako/Mali

o **SANÉ Mamadou Salif**

Docteur en droit public – Université Gaston BERGER de Saint Louis

L'ÉQUIPE DE LA RADCP

Equipe technique



Directeur de Publication

o **Claude MOMO FOUMTHIM**

Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public - Université de Douala, Cameroun

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

Rédacteur en chef

o **COULIBALY Ibrahima**

Juriste Contrats Publics/Purchasing specialist

Rédacteur en chef adjoint

o **KEMDJO TAGNE Frédéric Hermann**

Docteur en droit public – Université de Douala

Secrétaires:

o **POATY Juvadel**

Collaborateur au cabinet d'avocats BEMBALLY & Associés

o **AKOUSSAH KWASSI Pascal**

Juriste Droit public

INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET COMMANDE PUBLIQUE EN AFRIQUE DANS UN CONTEXTE DE DÉVELOPPEMENT SOCIAL ET ÉCONOMIQUE FAIBLE

Par : **Paterne MAMBO**

Agrégé de droit public, Université Félix
Houphouët-Boigny, Abidjan, Côte d'Ivoire



Modernité, inclusion et performance sont les leviers actuels de la gouvernance de l'Administration prônée par les pouvoirs publics africains.

Des modèles de gouvernance technologiques émergent dans presque tous les domaines en Afrique[1], afin de contribuer à la transformation durable des structures de développement, y compris dans la commande publique.

Depuis 2025, l'intégration de l'intelligence artificielle (IA) dans la gouvernance publique connaît un développement accéléré au sein des systèmes de gestion de la commande publique en Afrique[2].

Ce sujet met en rapport l'Intelligence artificielle et la commande publique, dans un contexte africain marqué par un développement économique et social peu performant. Sous ce prisme, les transformations structurelles sont limitées et contribuent faiblement à l'amélioration du niveau et du cadre de vie des populations. Même si le continent africain regorge de potentialités diverses, il présente cependant un développement socio-économique limité. Il doit faire face à plusieurs défis en matière de gouvernance publique. Comment l'intelligence artificielle peut-elle améliorer la gestion de la commande publique en Afrique, dans un contexte de développement socio-économique peu satisfaisant ?

Cette thématique s'inscrit dans le cadre des réflexions menées par les institutions en charge du développement de l'Afrique[3]. Ces institutions présentent l'IA comme un outil susceptible d'accompagner les innovations et de favoriser la croissance des économies africaines, à travers la modernisation et la lutte contre la corruption.

Dans cette optique, le développement de l'IA dans le secteur de la commande publique en Afrique doit permettre la transparence, l'égalité de traitement, la liberté d'accès et préserver le secret des affaires des soumissionnaires. Le respect de la démocratisation et de l'inclusion doit rendre la commande publique accessible à tous les acteurs. En outre, l'intégration de l'IA dans les procédures doit engendrer une réduction des contraintes de déplacement des usagers et opérateurs économiques.

Cependant, l'utilisation de l'IA dans le domaine de la commande publique en Afrique comporte certains risques techniques qui peuvent être contenus au moyen de plusieurs opérations de vérification constante de la cybersécurité. Les moyens financiers doivent être régulièrement alloués à l'évaluation de la cybersécurité des réseaux.

Par ailleurs, l'admission des procédures dématérialisées renforce la concurrence économique à laquelle les sociétés nationales ont parfois peu de moyens de résister. Les firmes étrangères profitent ainsi à distance de l'accès à la commande publique, pour étendre leur réseau d'influence et concurrencer les entreprises locales.

Les enjeux juridiques de la gestion technologique des procédures de passation des marchés publics sont nombreux. Ils se rapportent à la fiabilité, la traçabilité et la sécurité des données. Or, un cadre juridique spécifique adapté à l'utilisation de l'IA relativement au "sourcing", à la notation et à la rédaction demeure épars. L'intégration de l'IA dans la commande publique est régie par les normes communes relatives à la passation des marchés publics, aux dispositions de protection des données à caractère personnel et toutes les dispositions relatives à l'intelligence artificielle. Les décisions de justice sur l'IA dans la commande publique trouvent leur fondement dans les dispositions générales du contentieux des marchés publics. Les autorités de régulation s'appuient sur les sources classiques de la commande publique pour encadrer ces nouvelles technologies.

L'IA serait ainsi en mesure de comprendre, mieux que l'humain, les besoins de performance et les nécessités administratives. L'humain laisse-t-il ainsi le choix à la machine de comprendre les enjeux de la Gouvernance et les offres susceptibles d'y répondre efficacement ? Quels sont les leviers de l'intégration de l'IA dans la commande publique pouvant relever les défis du développement socio-économique et satisfaire les exigences de performance socio-économique des administrations africaines ? Les mécanismes d'évaluation de la fiabilité des notations orientent-ils la gestion technologique de la commande publique ? Autant d'interrogations, qui dévoilent la multidisciplinarité de la question, la multiplicité des domaines et la pluralité des acteurs concernés, appellent des réponses précises et sérieuses.

Le développement réunit l'IA et la commande publique : l'une constituant un outil de développement numérique et l'autre étant un moyen de développement économique et social. L'IA appliquée à la commande publique devra répondre aux exigences techniques, juridiques et éthiques, au besoin de performance de l'action publique, afin de surmonter les faiblesses socio-économiques qui entravent le développement durable des économies africaines.

Mener cette réflexion est une ouverture vers le dépassement de la technicité de l'IA pour entrevoir son intégration dans la commande publique comme la réponse à un objectif de

bonne gouvernance et d'inclusion socio-économique durable.

[1] Le modèle rwandais de développement technologique à travers des outils IA tels que Zipline+ IA Drones permettant l'approvisionnement médical dans des zones isolées et la vision Kigali Innovation City sont des exemples de développement technologique réussis en Afrique. Il en est de même de l'admission de zones franches dans les pays en développement, qui a permis dans certains États, comme la Côte d'Ivoire, de constituer des zones franches de la biotechnologie et des technologies de l'information et de la communication (ZBTIC). Lire, par exemple, François BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », *Annales de Géographie*, 2007/6, n° 658, pp. 563-585 ; Didier RAMOUSSE, « Zones franches et Maquila en Amérique du Sud : un champ d'expérimentation pour les politiques de développement et d'insertion internationale », même *Revue*, pp. 586-607 ; Loi n° 2004-52 instituant le régime de la zone franche de la biotechnologie et des technologies de l'information et de la communication en Côte d'Ivoire ; Loi n° 95-620 du 3 août 1995 portant régime fiscal des entreprises de la zone franche d'exportation de Grand-Bassam ; Code ivoirien des investissements de 2018, modifié en 2019 et 2024.

[2] Les initiatives nationales d'intégration de l'IA dans les marchés et concessions publics sont nombreuses sur le continent. En effet, dans plusieurs États africains tels que le Bénin, la Côte d'Ivoire, le Sénégal, le Rwanda, etc., l'IA est intégrée dans la gestion de la commande publique. Cela concerne, par exemple, des initiatives comme Ebiddar.ai au Bénin, Le New Deal et la plateforme APPEL au Sénégal, ainsi que la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics par le SIGOMAP Côte d'Ivoire et GBOX Rwanda pour soutenir la transformation numérique dans le domaine des marchés publics.

[3] Notamment les institutions telles que l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques, l'Union Africaine etc. L'Union Africaine à travers sa Stratégie continentale sur l'Intelligence Artificielle entend mettre l'IA au service du développement et de la prospérité de l'Afrique. Union Africaine, Stratégie continentale sur l'intelligence artificielle. Mettre l'IA au service du développement et de la prospérité de l'Afrique, 2024.



TRAVAUX UNIVERSITAIRES EN BREF

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics



LES MUTATIONS DU DROIT DU CONTENTIEUX DES MARCHÉS PUBLICS AU CAMEROUN

THÈSE DE DOCTORAT PH.D EN DROIT PUBLIC,
UNIVERSITÉ DE MAROUA, 2026, 533 P.

Nathalie VOULANIA

Docteur en droit public - Université Maroua, Cameroun

Le droit des marchés publics a connu une évolution remarquable ces dernières années. Cette évolution du droit des marchés publics est perceptible dans les États d'Afrique centrale et occidentale et plus particulièrement au Cameroun. Les transformations observées dans le droit des marchés publics au Cameroun ont considérablement impacté le contentieux qui sous-tend cet important domaine économique et financier de l'État. L'impact subi par le droit du contentieux des marchés publics au Cameroun a donné lieu à de véritables mutations de cette discipline. Cependant, l'examen et l'analyse des facteurs endogènes et exogènes des mutations du droit du contentieux des marchés publics au Cameroun, intervenues dans les années 2000, ont permis de révéler les causes et les conséquences de celles-ci sur celui-là.

Cette opération, qui a fait appel entre autres aux méthodes exégétique et comparatiste, a permis de déterminer la consistance des nouvelles règles ainsi que des procédures et des instances en charge du contentieux des marchés publics au Cameroun.

Ainsi, les mutations du droit du contentieux des marchés publics qui se sont opérées au Cameroun sont perceptibles tant au niveau des textes régissant la matière qu'au niveau des structures en charge du contrôle et du règlement des litiges dans le domaine des marchés publics. Ces mutations des règles contentieuses sont issues aussi bien des ordres juridiques supra nationaux (international et communautaire) que de l'ordre juridique national camerounais. La réception des règles du droit international et du droit communautaire dans l'ordre juridique national camerounais, à travers notamment le droit camerounais du contentieux des marchés publics, a permis de prendre en compte les

procédés de résolution des litiges établis par les organismes des Nations Unies mais aussi par les deux Communautés régionales africaines en l'occurrence la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale d'une part et l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires d'autre part. La prévalence de ces règles et procédures sur le droit national influence sur la « fabrication » du droit national des marchés publics. Au niveau national, ces mutations ont été observées principalement sur les réformes entreprises tant sur le plan législatif que sur le plan réglementaire. Du point de vue institutionnel, les changements intervenus au niveau du contentieux des marchés publics au Cameroun ont affecté les structures en charge du contrôle mais aussi celles relatives au règlement des litiges liés aux marchés publics.



DOCTRINE SUR LE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

LA RÉSILIATION DES CONTRATS DE MARCHÉS PUBLICS EN DROIT MAROCAIN



Khalid Cherkaoui SEMMOUNI

Professeur Universitaire de droit public - , Rabat, Maroc

Les marchés publics occupent une place centrale dans le fonctionnement de l'administration marocaine. Ils constituent le principal instrument juridique par lequel l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics assurent la réalisation de travaux, la fourniture de biens ou la prestation de services nécessaires à la satisfaction des besoins d'intérêt général. À travers ces contrats administratifs, l'administration mobilise des opérateurs économiques privés afin de mettre en œuvre les politiques publiques et de garantir la continuité des services publics.

En droit marocain, les marchés publics sont régis par un cadre juridique spécifique, distinct du droit commun des contrats, notamment par le Décret n° 2-22-431 relatif aux marchés publics ainsi que par les différents Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG). Ce régime dérogatoire se justifie par la nature même de l'intérêt général poursuivi. Il confère à l'administration des prérogatives dites « exorbitantes du droit commun », parmi lesquelles figurent le pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution du marché, le pouvoir de modification unilatérale et, surtout, le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat.

La résiliation des marchés publics apparaît ainsi comme un mécanisme essentiel permettant à l'administration d'adapter l'exécution contractuelle aux exigences changeantes de l'intérêt général. Elle peut intervenir pour divers motifs : faute du titulaire, nécessité liée à l'intérêt général ou survenance d'un cas de force majeure. Toutefois, cette faculté ne saurait être exercée de manière arbitraire. Elle est strictement encadrée par des règles procédurales et substantielles destinées à préserver l'équilibre contractuel et à prévenir tout abus de pouvoir.

En effet, la rupture anticipée d'un marché public peut engendrer des conséquences économiques importantes, tant pour l'administration que pour le titulaire du marché. Elle peut entraîner des pertes financières, des préjudices commerciaux, voire des contentieux devant les juridictions administratives. C'est pourquoi le droit marocain prévoit des mécanismes précis en matière d'indemnisation et de réparation des préjudices. Lorsque la résiliation est irrégulière, abusive ou étrangère aux cas prévus par la réglementation, le titulaire peut prétendre à une réparation intégrale des dommages subis, sous réserve d'en apporter la preuve.

Ainsi, la problématique de la résiliation des marchés publics en droit marocain se situe au croisement de deux impératifs fondamentaux : la protection de l'intérêt général, qui justifie l'existence de prérogatives administratives renforcées, et la garantie des droits du cocontractant privé, qui impose le respect des principes de légalité, de proportionnalité et d'équilibre contractuel.

I. LE CADRE JURIDIQUE DE LA RÉSILIATION DES MARCHÉS PUBLICS

La résiliation d'un marché public en droit marocain s'inscrit dans un cadre juridique précis et structuré, visant à concilier la protection de l'intérêt général avec la garantie des droits du titulaire du marché. Elle est principalement régie par le Décret n° 2-22-431 du 8 mars 2023 relatif aux marchés publics [1], qui constitue aujourd'hui le texte de référence encadrant l'ensemble des marchés conclus par l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics.

Ce décret fixe les règles générales applicables à la passation, à l'exécution et à la cessation des marchés publics. Il précise notamment les cas dans lesquels l'administration peut mettre fin au contrat, les conditions de forme et de procédure à respecter (notification, motivation, mise en demeure préalable),

ainsi que les droits à indemnisation éventuels du titulaire en cas de résiliation.

Outre ce décret, la résiliation est également encadrée par :

- Le CCAG-Travaux, applicable aux marchés de travaux exécutés pour le compte de l'État, approuvé par le décret n° 2-14-394 du 13 mai 2016[2] ;
- Le CCAG-EMO, applicable aux marchés de prestations d'études et de maîtrise d'œuvre, approuvé par le décret n° 2-01-2332 du 4 juin 2002, et modifié par le décret n° 2-05-1433 du 28 décembre 2005 [3].

Ces textes précisent les modalités de résiliation selon les différents cas de figure et les droits respectifs des parties.

II. LES DIFFÉRENTS TYPES DE RÉSILIATION DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Au Maroc, la résiliation des marchés publics, bien que similaire dans ses principes à ceux en vigueur en droit français, est encadrée par un corpus juridique propre. Elle constitue une mesure exceptionnelle qui permet à l'administration de mettre fin de manière anticipée à la relation contractuelle avec le titulaire du marché, pour divers motifs [4]. Cette rupture peut ainsi être justifiée par plusieurs raisons et se décline en différentes formes :

1. Résiliation unilatérale par l'administration

La résiliation unilatérale par l'administration constitue la forme la plus fréquente de rupture anticipée d'un marché public au Maroc. Elle se caractérise par une décision unilatérale de l'administration contractante de mettre fin au contrat avant son échéance, sans le consentement préalable du titulaire. Ce pouvoir, reconnu comme une prérogative de puissance publique. En outre, la résiliation peut être justifiée par plusieurs motifs, notamment le non-respect des clauses contractuelles, les retards importants dans l'exécution des prestations, des manquements graves, ou encore des raisons d'intérêt général telles que des modifications de besoins ou des difficultés financières de l'administration[5].

Il est à noter que cette résiliation est encadrée strictement par les textes réglementaires des marchés publics afin de garantir l'équilibre contractuel et d'éviter les abus. Elle doit généralement être précédée d'une mise en demeure restée infructueuse, et l'administration doit notifier officiellement sa décision au titulaire, en précisant les motifs. Le titulaire peut, en fonction des circonstances, prétendre à une indemnisation des prestations réalisées et, parfois, à des dommages-intérêts si la résiliation est abusive.

Comme l'indique un chercheur en droit public [6], la résiliation unilatérale, bien qu'autoritaire, « doit toujours être justifiée par des motifs objectifs et proportionnés, afin de préserver l'équilibre contractuel et prévenir tout abus de droit ».

Il précise également que cette décision est encadrée par des garanties procédurales, telles que la notification formelle au titulaire, la mention du motif de résiliation et, le cas échéant, la possibilité pour le titulaire de faire valoir ses observations. En effet, l'administration peut résilier le contrat de manière unilatérale dans trois cas principaux :

a. Pour faute du titulaire

La résiliation pour faute constitue une sanction contractuelle que l'administration peut prononcer à l'encontre du titulaire d'un marché public en cas de manquements graves ou répétés à ses obligations contractuelles. Ces manquements peuvent prendre la forme de retards injustifiés dans l'exécution des prestations, de non-conformité aux spécifications techniques, de défauts de qualité ou encore de violations des clauses administratives ou financières du contrat.

Cette procédure comprend généralement les étapes suivantes:

- Notification écrite des manquements constatés ;
- Mise en demeure adressée au titulaire, l'enjoignant de régulariser la situation dans un délai raisonnable ;
- Décision formelle de résiliation, notifiée après constat de l'absence de régularisation dans les délais impartis.

Dans ce cadre, la jurisprudence marocaine rappelle par ailleurs que toute résiliation pour faute doit être proportionnée, motivée et fondée sur des éléments objectifs. À défaut, elle pourrait être annulée par les juridictions administratives.

b. Pour motif d'intérêt général

L'administration dispose du droit de résilier un contrat même sans faute du titulaire, si l'intérêt général l'exige : changement de stratégie, disparition du besoin initial, réorganisation, etc. Cette résiliation entraîne en principe le paiement des prestations exécutées ainsi qu'une indemnité compensatoire pour la partie résiliée, prévue par les clauses contractuelles.

c. En cas de force majeure

La force majeure est définie par l'article 269 du dahir des obligations et des contrats comme « tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation[7].

Elle se réfère à des événements imprévisibles et irrésistibles empêchant l'exécution du contrat. Selon l'article 44 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés

de fournitures, en cas de survenance d'un événement de force majeure, le fournisseur a droit à une augmentation correspondante des délais d'exécution de la prestation convenue avec le maître d'ouvrage.

2. Résiliation à l'initiative du titulaire

Cette faculté est plus restreinte mais peut être admise dans les cas suivants :

- Clause spécifique l'y autorisant ;
- Force majeure rendant l'exécution impossible ;
- Résiliation amiable, d'un commun accord.

Dans tous les cas, le titulaire du marché doit respecter des procédures strictes, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle.

III. PROCÉDURE DE RÉSILIATION ET DROITS DES PARTIES

1. En cas de résiliation pour faute

Lorsqu'une résiliation intervient en raison d'une faute imputable au titulaire du marché, la procédure est strictement encadrée afin de garantir le respect des droits de chaque partie. L'administration doit d'abord notifier au cocontractant les manquements reprochés, généralement par une mise en demeure, lui offrant ainsi la possibilité de remédier aux insuffisances constatées dans un délai déterminé.

Si le titulaire ne régularise pas sa situation, l'administration peut alors prononcer la résiliation du marché. Cette décision doit être formalisée par une lettre écrite précisant clairement les motifs de la résiliation. Le titulaire résilié pour faute peut être tenu responsable des préjudices subis par l'administration, notamment en cas d'abandon des prestations ou de retard préjudiciable.

Par ailleurs, la résiliation pour faute peut entraîner la perte du droit à indemnisation pour le titulaire, et potentiellement l'application de pénalités ou sanctions financières conformément aux clauses du contrat et à la réglementation en vigueur. Cependant, le titulaire conserve le droit de contester la décision de résiliation devant le Tribunal administratif compétent, afin de faire valoir ses arguments et demander réparation si la résiliation lui semble abusive ou injustifiée. Dans ce sens, par exemple, un simple retard avec la possibilité de se rattraper toujours dans le délai prévu de l'exécution du marché public, n'est pas considéré comme un motif valable pour la résiliation, d'après un jugement du Tribunal administratif d'Agadir en date du 13/01/2005 [8]: « Attendu que le marché a été résilié par le défendeur en vertu de l'arrêté non daté notifié à la demanderesse.

Et attendu que le tribunal a eu la preuve que l'arrêté attaqué de résiliation du marché n° 17/02 est un acte illégal car entaché d'abus de pouvoir et de vice de motif, qu'il convient de l'annuler avec tous les effets qui s'ensuivent. En application

des articles 37 et 38 du code de procédure civile et des dispositions de la loi n° 41-90, »

2. En cas de résiliation pour motif d'intérêt général

La résiliation d'un marché public pour motif d'intérêt général intervient lorsque l'administration décide de mettre fin au contrat non pas en raison d'une faute du titulaire, mais pour des raisons relevant de l'intérêt public ou de circonstances imprévues, telles que des évolutions des besoins, des contraintes budgétaires, ou des impératifs d'organisation.

Dans ce cadre, la procédure impose que l'administration informe le titulaire par écrit, en exposant clairement les motifs justifiant cette décision. Contrairement à la résiliation pour faute, le titulaire ne peut être tenu responsable des causes de la rupture.

Le titulaire bénéficie alors du droit à une indemnisation pour les prestations réalisées en vue de l'exécution du marché. Cette indemnisation vise à compenser les pertes financières résultant de la résiliation, tout en respectant le principe d'équilibre économique du contrat.

En outre, l'administration est tenue de respecter les délais et les modalités de notification prévus par la réglementation en vigueur. La résiliation doit s'opérer dans le strict respect des principes de transparence, d'équité et de sécurité juridique [9]. En cas de désaccord, notamment lorsque l'indemnisation proposée est jugée insuffisante ou incomplète, le titulaire dispose du droit de contester la décision devant le tribunal administratif compétent [10], afin de faire valoir ses droits et obtenir, le cas échéant, une réparation intégrale du préjudice subi [11].

IV. LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA RÉPARATION DES PRÉJUDICES

Le cadre juridique marocain encadre strictement les conditions et modalités de la réparation en cas de résiliation d'un marché public. En vertu de l'article 28 du décret n° 2-01-2332 du 4 juin 2002, approuvant le CCAG relatif aux marchés de services d'études, il est prévu que lorsque la cessation du contrat ne relève pas des cas réglementaires, le titulaire est en droit de solliciter réparation du préjudice qu'il justifie dûment.

L'article 48 du décret n° 2-22-431 du 8 mars 2023 relatif aux marchés publics stipule que, lorsque l'administration ordonne la cessation de l'exécution du marché en dehors des cas expressément prévus par la réglementation, elle est tenue d'indemniser le titulaire pour les pertes effectivement subies. Cette disposition vise à protéger les droits du titulaire du marché en cas de résiliation ou d'annulation non justifiée par les conditions prévues dans le contrat ou la réglementation applicable.

Ces dispositions consacrent un principe fondamental : le droit à réparation est garanti chaque fois que la résiliation intervient de manière irrégulière, abusive ou sans justification légale suffisante, protégeant ainsi les intérêts du titulaire du marché face à une décision unilatérale de l'administration injustifiée[12].

La réparation accordée au titulaire d'un marché public résilié de manière irrégulière vise à compenser l'ensemble des préjudices subis du fait de la cessation anticipée du contrat. Elle peut comprendre plusieurs éléments, notamment :

- Les frais effectivement engagés pour l'exécution du marché, tels que les dépenses liées au personnel mobilisé, au matériel utilisé, ou aux études réalisées;

- Les pertes de bénéfices escomptés, correspondant au gain que le titulaire aurait légitimement pu attendre de la bonne exécution du marché ;

- Les dommages indirects, tels que l'exclusion de l'entreprise d'autres marchés publics, la dégradation de son image ou réputation professionnelle ;

- Dans certains cas, des indemnités forfaitaires peuvent être prévues par les clauses contractuelles, afin de simplifier l'évaluation et le règlement du préjudice.

Il est important de souligner que la charge de la preuve incombe au titulaire, qui doit produire des justificatifs précis et détaillés pour étayer la réalité et l'étendue du préjudice subi. Cette exigence garantit un équilibre entre la protection des droits du titulaire du marché et la prévention des demandes abusives.

CONCLUSION

En droit marocain, la résiliation des marchés publics constitue un instrument fondamental de gestion contractuelle au service de l'intérêt général. Elle permet à l'administration d'adapter ou de mettre fin à un contrat lorsque les circonstances l'exigent, qu'il s'agisse d'une défaillance du titulaire, d'une évolution des besoins publics ou d'un événement imprévisible rendant l'exécution impossible. À ce titre, le pouvoir de résiliation participe pleinement aux prérogatives de puissance publique reconnues à l'administration dans le cadre des contrats administratifs.

Toutefois, cette faculté ne saurait être exercée de manière discrétionnaire ou arbitraire. Elle est strictement encadrée par le Décret n° 2-22-431 relatif aux marchés publics ainsi que par les Cahiers des Clauses Administratives Générales applicables selon la nature du marché. Ces textes imposent le respect de règles de procédure (mise en demeure, motivation, notification écrite) et de principes fondamentaux tels que la légalité, la transparence, la proportionnalité et la sécurité juridique. Le contrôle exercé par le juge administratif constitue, en outre, une garantie essentielle contre les abus de pouvoir.

En conséquence, qu'elle soit prononcée unilatéralement par l'administration, décidée d'un commun accord entre les parties ou fondée sur un cas de force majeure, la résiliation d'un marché public doit toujours s'accompagner d'une évaluation rigoureuse et équitable des conséquences financières de la rupture. Le principe de réparation des préjudices subis par le titulaire – notamment en cas de résiliation irrégulière ou pour motif d'intérêt général – participe à la préservation de l'équilibre contractuel. Il vise à compenser les dépenses engagées, les pertes de bénéfices légitimement attendus et, le cas échéant, les autres dommages directement liés à la cessation anticipée du contrat.

Ainsi, le régime marocain de la résiliation des marchés publics repose sur une logique d'équilibre : assurer à l'administration la souplesse nécessaire à la poursuite de l'intérêt général, tout en garantissant au titulaire une protection juridique effective contre les décisions injustifiées ou disproportionnées. Cette conciliation entre efficacité administrative et sécurité juridique constitue le fondement même de la modernisation et de la crédibilité du droit des marchés publics au Maroc.

[1] Décret n° 2-22-431 du 15 chaabane 1444 (8 mars 2023) relatif aux marchés publics (BO n° 7184 du 15 ramadan 1444 (6 avril 2023)).

[2] Décret n° 2-14-394 du 6 chaabane 1437 (13 mai 2016) approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux (BO n° 6470- 26 chaabane 1437 (2 juin 2016)).

[3] Décret n° 2-05-1433 du 26 kaada 1426 (28 décembre 2005) approuvant la modification de l'article 24 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux exécutés pour le compte de l'Etat (BO n° 5382 bis , 27 kaada 1426 (29 décembre 2005)).

[4] Mohamed Amine Sbihi, Droit des marchés publics au Maroc, LGDJ Maroc, 2019.

[5] Abdelaziz Benzakour, La commande publique et la gouvernance administrative, REMALD n°138, 2019.

[6] Jalal Zrioui, Les contrats administratifs au Maroc, Publications de la Faculté de Droit de Rabat, 2018.

[7] Driss Rassafi, Le contentieux des marchés publics au Maroc, REMALD, 2020.

[8] L'arrêt du Tribunal administratif (Agadir) Jugement du 13/01/2005, dossier n° 04-2004 .

[9] Préambule de la Constitution marocaine de 2011, qui affirme les principes de bonne gouvernance, de transparence et de sécurité juridique.

- Article 156 de la Constitution : obligation de reddition des comptes et transparence dans l'action administrative.

[10] Loi n° 41-90 instituant les tribunaux administratifs, notamment l'article premier qui reconnaît la compétence du juge administratif pour les litiges relatifs aux contrats administratifs.

[11] CE, 4 novembre 2005, Société Fermière de Campoloro, n° 246190 (principe de sécurité juridique).



COMMANDE PUBLIQUE NUMÉRIQUE ET SÉCURITÉ JURIDIQUE AU SÉNÉGAL

Mamadou SAMB

Enseignant chercheur en droit public _ Université Numérique Cheikh Hamidou Kane (UN-CHK), Dakar, Sénégal

La commande publique est un terme général qui désigne l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques pour satisfaire leurs besoins. Il s'agit donc d'une notion très large qui dépasse la seule notion de marché public[1]. La pratique a, en effet, créé de nombreuses formes contractuelles permettant de répondre à ces besoins. Le droit a dû les appréhender au fur et à mesure de leur création afin de leur donner un statut et de les distinguer. Au Sénégal, la commande publique occupe une place stratégique, tant par les volumes financiers qu'elle mobilise que par son rôle structurant dans la mise en œuvre des politiques publiques. Instrument essentiel de satisfaction de l'intérêt général, elle constitue également un domaine particulièrement sensible aux exigences de transparence, de concurrence et de bonne gouvernance. Dans ce contexte, marqué par la modernisation de l'action publique, le Sénégal s'est engagé dans un processus progressif de dématérialisation des procédures[2], en cohérence avec la Vision Sénégal 2050, l'Agenda 2063 de l'Union africaine et les Objectifs de Développement Durable[3]. Cette orientation s'inscrit dans un mouvement plus large impulsé par les normes communautaires de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), qui promeuvent la transparence, l'égalité d'accès à la commande publique et la rationalisation des procédures[4]. L'adoption des directives n° 04/2005/CM/UEMOA relative aux procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, ainsi que n° 05/2005/CM/UEMOA relative au contrôle et à la régulation, a constitué un tournant majeur dans l'harmonisation du cadre juridique communautaire. Dans le prolongement de ces directives, le Sénégal a engagé une évolution progressive de sa législation nationale. Le Code des marchés publics de 2007 a marqué une étape décisive, en introduisant des réformes institutionnelles importantes,

notamment la création de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (aujourd'hui Autorité de Régulation de la Commande Publique), autorité administrative indépendante chargée de la régulation, du contrôle et du règlement non juridictionnel des différends. Cette réforme a permis de renforcer la transparence des procédures et d'améliorer les mécanismes de contrôle. Par la suite, le cadre juridique a connu des adaptations successives visant à moderniser davantage le système de la commande publique, jusqu'à l'adoption du Code de la commande publique de 2022, qui consacre une approche plus intégrée et actualisée. Dans ce cadre, l'intégration progressive des technologies numériques dans les procédures administratives vise à améliorer la performance de l'administration, à renforcer la confiance des usagers et à promouvoir une gouvernance publique plus ouverte et plus responsable[5]. Au sein de cette dynamique, la commande publique occupe une place stratégique. Elle représente un levier essentiel de mise en œuvre des politiques publiques et un outil déterminant de régulation économique, compte tenu des ressources financières considérables qu'elle mobilise et de son impact direct sur le développement des infrastructures, des services publics et du tissu économique national. En raison de ces enjeux, le droit des marchés publics a toujours été marqué par une forte densité normative et par l'affirmation de principes fondamentaux tels que la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures[6]. La numérisation des marchés publics apparaît ainsi comme un levier majeur de réforme, censé réduire les lourdeurs administratives, limiter les pratiques discrétionnaires et renforcer la traçabilité des actes de la commande publique. Elle est également présentée comme un facteur de sécurisation des procédures, par la standardisation des échanges, la conservation électronique des documents et la publicité accrue des informations. Toutefois, si la commande publique numérique est porteuse de promesses en matière de gouvernance, elle soulève également d'importantes interroga-

-tions juridique, en particulier au regard de la sécurité juridique. Celle-ci, entendue comme la prévisibilité des règles applicables, la stabilité des situations juridiques et la protection effective des droits des acteurs, constitue un principe fondamental du droit administratif et un impératif dans un domaine aussi conflictogène que celui des marchés publics[7]. Or, la transposition des procédures dans l'univers numérique n'est pas neutre : elle modifie les modes de preuve, redéfinit les conditions d'accès à la commande publique et impose de nouvelles exigences techniques aux administrations comme aux opérateurs économiques.

Dans le contexte sénégalais, ces mutations se heurtent à des contraintes structurelles persistantes, telles que la fracture numérique, les capacités inégales des acteurs économiques, la vulnérabilité des systèmes d'information et l'adaptation encore progressive des mécanismes de contrôle et de contentieux. La dématérialisation, loin de supprimer tout risque d'insécurité juridique, peut ainsi engendrer de nouvelles sources de litiges, liées notamment à la fiabilité des plateformes électroniques, à l'authenticité des documents numériques ou à l'effectivité du droit au recours. Dès lors, la problématique qui se pose est de savoir : La commande publique numérique au Sénégal constitue-t-elle un facteur réel de sécurisation juridique des procédures administratives ou révèle-t-elle, au contraire, de nouvelles formes d'insécurité liées aux contraintes techniques, institutionnelles et contentieuses du numérique ? L'analyse de cette problématique conduit à adopter une démarche à la fois juridique et critique, articulant l'étude du cadre normatif et institutionnel de la commande publique numérique avec l'examen de ses effets concrets sur la sécurité juridique. Elle permettra de mettre en évidence, d'une part, les apports du numérique comme facteur de sécurisation des procédures et, d'autre part, les fragilités et les défis qu'il soulève dans l'ordre juridique sénégalais. C'est à cette double lecture que se consacrera la présente étude, structurée, d'une part, sur les fondements juridiques et les apports du numérique en matière de sécurisation de la commande publique et, d'autre part, sur les limites et les risques d'insécurité juridique qu'il engendre. C'est pourquoi la présente étude s'articulera autour de deux axes complémentaires : la commande publique numérique comme facteur de renforcement de la sécurité juridique au Sénégal (I), avant d'examiner les fragilités et les défis de la sécurité juridique à l'ère de la dématérialisation (II).

I. LA COMMANDE PUBLIQUE NUMÉRIQUE COMME FACTEUR DE RENFORCEMENT DE LA SÉCURITÉ JURIQUE AU SÉNÉGAL

La dématérialisation de la commande publique au Sénégal repose sur un encadrement juridique et institutionnel struc-

turé, inspiré des normes nationales et communautaires (A). Elle se présente également comme un levier de renforcement de la sécurité juridique, en améliorant la transparence, la traçabilité et la protection des droits des acteurs (B).

A. Les fondements juridiques et institutionnels de la commande publique numérique

La commande publique numérique au Sénégal s'inscrit dans un cadre juridique structuré, marqué par l'influence des normes nationales et communautaires (1). Sa mise en œuvre repose également sur l'intervention d'institutions et d'outils numériques destinés à garantir la régularité et la sécurité des procédures (2).

1.L'encadrement normatif de la dématérialisation de la commande publique

La dématérialisation de la commande publique au Sénégal repose sur un ensemble de normes juridiques à la fois communautaires et nationales, qui traduisent la volonté des pouvoirs publics d'inscrire la gestion des marchés publics dans une dynamique de modernisation et de transparence. Loin de relever d'une simple innovation technique, la numérisation des procédures de passation et d'exécution des marchés publics s'inscrit dans un cadre normatif structuré, destiné à garantir la sécurité juridique des actes et des acteurs de la commande publique.

Au niveau communautaire, l'Union économique et monétaire Ouest-africaine (UEMOA) a joué un rôle déterminant dans l'impulsion des réformes relatives à la commande publique[8]. L'article 2 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA consacre explicitement les principes de transparence, d'égalité de traitement des candidats, de libre concurrence et d'efficacité économique, tout en invitant les États membres à recourir aux technologies de l'information et de la communication pour renforcer la publicité et la traçabilité des procédures[9]. La dématérialisation apparaît ainsi comme un instrument au service de ces principes, permettant une diffusion plus large de l'information, une standardisation des procédures et une réduction des zones d'opacité traditionnellement associées à la gestion des contrats publics.

Dans le prolongement de ces exigences communautaires, le Sénégal a progressivement intégré la dimension numérique dans son droit interne de la commande publique à travers le Code des marchés publics (Décret n° 2022-2295), la Loi n° 2021-23 sur les partenariats public-privé (PPP) et la Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques. Le Code des marchés publics[10] et ses textes d'application[11] consacrent désormais la possibilité, voire l'obligation, de recourir à des moyens électroniques pour

certaines phases de la procédure, notamment la publicité des avis, la mise à disposition des dossiers d'appel d'offres et la transmission des offres[12]. L'article 57 dispose à cet effet que « Toutes les procédures mentionnées dans le présent décret peuvent faire l'objet de transaction par voie électronique, conformément aux modalités fixées par l'organe en charge de la régulation des marchés publics »[13]. Cette évolution normative traduit une reconnaissance explicite de la validité juridique des échanges dématérialisés dans le cadre de la commande publique, sous réserve du respect des exigences de fiabilité, d'authenticité et d'intégrité des données[14].

Par ailleurs, la dématérialisation de la commande publique s'inscrit dans un cadre juridique plus large relatif à la reconnaissance de l'écrit électronique et de la signature électronique en droit sénégalais[15].

La consécration de l'équivalence juridique entre l'écrit électronique et l'écrit sur support papier, dès lors que certaines conditions techniques sont remplies, constitue un fondement essentiel de la sécurité juridique des procédures numériques[16]. Elle permet de garantir la valeur probante des documents échangés par voie électronique et de sécuriser les engagements contractuels pris dans le cadre des marchés publics dématérialisés[17]. En ce sens, la commande publique numérique ne se situe pas en marge du droit commun, mais s'insère dans un dispositif normatif cohérent visant à adapter les catégories juridiques classiques aux exigences du numérique.

L'encadrement normatif de la dématérialisation poursuit ainsi un double objectif. D'une part, il s'agit de moderniser les techniques de gestion de la commande publique afin d'en améliorer l'efficacité et la transparence. D'autre part, il vise à prévenir les risques d'insécurité juridique susceptibles de résulter de l'utilisation des outils numériques, en assurant la prévisibilité des règles applicables et la protection des droits des opérateurs économiques. À ce titre, la norme juridique joue un rôle central dans la transformation numérique de la commande publique, en conditionnant la légitimité et la crédibilité des procédures dématérialisées.

Toutefois, si cet encadrement normatif constitue un socle indispensable à la sécurisation juridique de la commande publique numérique, son effectivité dépend largement de la cohérence des textes, de leur appropriation par les acteurs et de leur articulation avec les mécanismes de contrôle et de contentieux. C'est précisément à l'épreuve de la mise en œuvre pratique que la capacité du droit à sécuriser la dématérialisation de la commande publique se révèle pleinement, ouvrant ainsi la voie à une analyse des apports concrets du numérique en matière de sécurité juridique.

2. Le rôle des institutions et des plateformes numériques dans la sécurisation des procédures

Au-delà de l'encadrement normatif, la sécurité juridique de

la commande publique numérique repose largement sur l'action des institutions chargées de sa mise en œuvre et de son contrôle, ainsi que sur la fiabilité des plateformes électroniques utilisées dans les procédures de passation et d'exécution des marchés publics. La dématérialisation ne produit d'effets juridiques sécurisants que si elle s'inscrit dans un dispositif institutionnel cohérent, articulant responsabilités administratives, mécanismes de régulation et outils technologiques adaptés.

Les autorités contractantes occupent, à cet égard, une place centrale dans ce dispositif. Investies de la responsabilité de la passation et de l'exécution des marchés publics, elles sont désormais tenues d'intégrer les outils numériques dans leurs pratiques administratives, notamment en matière de publicité des avis, de mise à disposition des dossiers d'appel à concurrence et de réception des offres[18]. Cette évolution implique une adaptation des méthodes de travail et une montée en compétence des acteurs publics, condition essentielle à la fiabilité des procédures dématérialisées. En ce sens, l'utilisation des plateformes numériques participe à la sécurisation juridique en réduisant les marges de manœuvre discrétionnaires et en standardisant les étapes de la procédure[19].

Parallèlement, les plateformes numériques constituent le socle technique de la sécurisation des procédures. Au Sénégal, des outils tels que SYGMAP, le Portail des marchés publics et les projets de plateformes intégrées comme KERMEL visent à centraliser l'ensemble des opérations liées à la commande publique. Ces dispositifs assurent la diffusion de l'information, la réception des offres et la traçabilité des échanges, contribuant ainsi à la fiabilité des procédures.

Sur le plan juridique, ces plateformes garantissent plusieurs fonctions essentielles. D'une part, elles assurent la confidentialité et l'intégrité des offres[20], en empêchant tout accès anticipé à leur contenu. D'autre part, elles permettent un horodatage précis des opérations[21], assurant la preuve du respect des délais et facilitant le traitement des recours[22]. Enfin, leur interopérabilité avec d'autres systèmes administratifs (fisc, sécurité sociale, institutions bancaires) renforce la vérification de la conformité des candidats et limite les risques de fraude[23]. Cette approche est également consacrée au niveau européen, où la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu que les systèmes électroniques de passation participent à la réalisation effective des principes de transparence et d'égalité de traitement[24].

La sécurisation des procédures numériques est complétée par l'intervention de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP), qui constitue le garant institutionnel de la régularité du système. En vertu du décret portant son organi-

sation et son fonctionnement, l'ARCOP assure une mission globale de régulation, incluant l'élaboration de la réglementation, le contrôle des procédures et la sanction des irrégularités[25].

Parallèlement, la Direction Centrale des Marchés Publics (DCMP) exerce un contrôle a priori déterminant, notamment à travers la validation des dossiers d'appel à la concurrence et l'émission d'avis sur les projets d'attribution[26]. La dématérialisation renforce l'efficacité de ce contrôle en permettant une centralisation et une traçabilité accrues des procédures, favorisant ainsi une veille préventive des irrégularités. En outre, l'infrastructure technique de la commande publique repose sur l'intervention de Sénégal Numérique SA, chargée de l'hébergement sécurisé des plateformes dans le Datacenter national de Diamniadio, garantissant la souveraineté et l'intégrité des données publiques[27].

Son rôle est particulièrement déterminant à travers le Comité de Règlement des Différends (CRD), qui statue sur les recours précontractuels et post-contractuels. Les décisions du CRD, à caractère exécutoire, participent à la sécurisation juridique en assurant une correction rapide des irrégularités et en prévenant les contentieux juridictionnels prolongés[28]. La pratique décisionnelle de l'ARCOP montre une vigilance constante quant au respect des principes de transparence et d'égalité, notamment en cas d'irrégularités liées à la publication des avis ou à la gestion des offres électroniques.

La sécurisation des procédures numériques est renforcée par l'intervention du juge, qui assure le contrôle de la légalité des actes administratifs. L'évolution vers une forme de « cyberjustice », marquée par l'intégration des technologies de l'information dans le traitement des litiges, contribue à améliorer l'accès au juge et à accélérer le règlement des contentieux[29]. La Cour suprême du Sénégal exerce à cet égard un contrôle de légalité sur les décisions rendues en matière de commande publique, veillant au respect des principes fondamentaux tels que la transparence, l'égalité de traitement et la liberté d'accès à la commande publique[30].

En outre, la dématérialisation implique une redéfinition des relations entre les différents acteurs institutionnels de la commande publique. La coordination entre autorités contractantes, organes de contrôle interne, autorités de régulation et juridictions devient essentielle pour assurer la cohérence du dispositif et éviter les contradictions normatives ou procédurales. La sécurité juridique de la commande publique numérique dépend ainsi de la capacité des institutions à intégrer le numérique non comme un simple outil technique, mais comme un véritable mode de gestion juridique des procédures contractuelles.

Enfin, le rôle des institutions ne saurait être dissocié des exigences de formation, d'accompagnement et de sensibilisation des acteurs publics et privés. La maîtrise suffi-

sante des outils numériques par les agents administratifs ou les opérateurs économiques est susceptible de fragiliser l'égalité d'accès à la commande publique et d'engendrer des contentieux fondés sur des erreurs ou des dysfonctionnements techniques. Dès lors, la sécurisation juridique de la commande publique numérique appelle une approche globale, combinant encadrement normatif, efficacité institutionnelle et fiabilité technologique.

Ainsi, si les institutions et les plateformes numériques constituent des piliers essentiels de la commande publique numérique au Sénégal, leur contribution à la sécurité juridique demeure conditionnée par leur capacité à fonctionner de manière coordonnée, transparente et techniquement fiable. Cette réalité invite à analyser plus avant les apports concrets du numérique en matière de sécurité juridique, tout en identifiant les risques qu'il fait peser sur les garanties traditionnelles du droit de la commande publique.

B. Les rapports du numérique à la sécurité juridique des acteurs de la commande publique

La dématérialisation de la commande publique renforce la sécurité juridique des acteurs en introduisant des mécanismes de transparence et de traçabilité accrues (1). Elle contribue également à une meilleure sécurisation des droits et obligations des parties, en encadrant les procédures et en limitant les risques d'arbitraire et de contentieux (2).

1. La traçabilité et la transparence comme garanties juridiques

La dématérialisation de la commande publique au Sénégal consacre la traçabilité et la transparence comme des garanties juridiques essentielles, participant directement au renforcement de la sécurité juridique des procédures. Loin de se limiter à de simples exigences techniques, ces deux principes structurent désormais la régularité, la fiabilité et la crédibilité des opérations de passation et d'exécution des marchés publics.

La traçabilité numérique constitue, en premier lieu, un instrument fondamental de sécurisation des actes juridiques. Elle permet de reconstituer l'ensemble de l'historique des échanges intervenus dans le cadre d'une procédure de commande publique, garantissant ainsi l'intégrité des documents et la fiabilité des informations. Ce mécanisme trouve un fondement juridique explicite dans la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques, qui consacre en son article le principe d'équivalence entre l'écrit électronique et l'écrit papier, sous réserve que l'identité de l'auteur soit établie et que l'intégrité du document soit assurée[31].

Dans cette perspective, les dispositifs techniques tels que l'horodatage, la signature électronique et l'archivage numéri-

-que probant jouent un rôle déterminant. L'horodatage permet d'attribuer une date certaine aux actes électroniques, en certifiant avec précision l'heure de dépôt des offres ou de notification des décisions, ce qui s'avère essentiel pour le respect des délais légaux, notamment en matière de recours[32]. La signature électronique, quant à elle, manifeste le consentement des parties et garantit le lien entre le signataire et l'acte, produisant des effets juridiques équivalents à ceux d'une signature manuscrite lorsqu'elle repose sur un dispositif sécurisé[33]. Enfin, l'archivage électronique assure la conservation durable des documents[34], permettant aux organes de contrôle, tels que l'ARCOP ou la Cour des comptes, d'exercer un contrôle a posteriori fondé sur des preuves fiables et vérifiables[35].

La jurisprudence de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP) confirme d'ailleurs l'importance de ces garanties techniques dans la sécurisation des procédures. Dans plusieurs décisions relatives aux recours précontractuels, l'organe de régulation a considéré que l'absence de traçabilité suffisante des opérations, notamment en matière de réception ou d'ouverture des offres, est de nature à entacher la régularité de la procédure et peut justifier son annulation[36]. Dans la décision n°045-2019/ARMP/CRD du 9 août 2019, le Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics du Togo illustre le rôle préventif du contrôle juridictionnel en matière de passation des marchés publics. Saisi d'un recours contestant les résultats provisoires d'une consultation restreinte, le Comité, après avoir constaté la recevabilité du recours introduit dans les délais légaux, ordonne la suspension de la procédure jusqu'à ce qu'il soit statué au fond. Cette solution consacre l'idée selon laquelle toute contestation sérieuse portant sur la régularité de l'évaluation des offres est de nature à affecter la sécurité juridique de la procédure et à justifier des mesures conservatoires, indépendamment même de la caractérisation définitive de l'irrégularité.

Cette approche s'inscrit dans une tendance convergente au sein de l'espace UEMOA. En effet, la jurisprudence de l'Autorité de régulation de la commande publique au Sénégal adopte une logique similaire en érigeant la transparence procédurale et la traçabilité des opérations de passation en garanties substantielles. Ainsi, dans la décision n°002/2026/ARCOP/CRD, l'organe de régulation sénégalais rappelle que toute défaillance dans la notification ou la formalisation des étapes de la procédure est susceptible de porter atteinte au droit au recours des soumissionnaires, ce qui affecte la régularité globale de la procédure. Ainsi, dans la décision n°002/2026/ARCOP/CRD, l'organe de régulation sénégalais rappelle que toute défaillance dans la notification ou la formalisation des étapes de la procédure est susceptible de porter atteinte au droit au recours des soumissionnaires,

ce qui affecte la régularité globale de la procédure. De même, la décision n°043/2026/ARCOP/CRD met en évidence que les incohérences entre procès-verbaux d'ouverture des plis et décisions d'attribution traduisent une rupture dans la chaîne de traçabilité, constitutive d'une irrégularité substantielle. Plus largement, au niveau communautaire, ces solutions s'inscrivent dans le prolongement des exigences posées par les directives de l'UEMOA relatives aux marchés publics, qui imposent aux États membres de garantir l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures et la traçabilité des opérations. Il en résulte une convergence jurisprudentielle selon laquelle la régularité de la procédure ne se limite pas au respect formel des règles, mais implique également la fiabilité et la cohérence de l'ensemble du processus, depuis la réception des offres jusqu'à l'attribution du marché. À l'inverse, la présence de preuves électroniques fiables, issues de systèmes d'horodatage et d'archivage sécurisés, permet de consolider la légalité des actes et de rejeter les contestations non fondées[37]. La décision n°012/ARCOP/CRD/2021 illustre cette hypothèse dans laquelle la traçabilité est pleinement assurée grâce à des outils numériques. En validant une procédure fondée sur des preuves électroniques horodatées, l'ARCOP consacre la valeur juridique des dispositifs de dématérialisation dans la sécurisation des marchés publics. Cette solution complète utilement la jurisprudence relative aux irrégularités procédurales, en démontrant que la traçabilité, loin d'être une contrainte formelle, constitue un critère déterminant d'appréciation de la régularité, qu'elle soit assurée par des moyens matériels ou numériques.

En second lieu, la transparence s'impose comme un principe structurant de la commande publique numérique, garantissant l'égalité de traitement des candidats et favorisant un contrôle effectif de l'action administrative. Le cadre juridique sénégalais, en conformité avec les exigences communautaires, érige la transparence en principe fondamental, notamment à travers l'obligation de publication des plans de passation des marchés et des avis d'appel public à la concurrence sur des plateformes accessibles au public[38]. Cette publicité élargie permet un accès équitable à l'information, réduisant significativement les risques d'arbitraire, de favoritisme ou de discrimination.

La jurisprudence de l'ARCOP illustre également la portée de ce principe. Ainsi, dans plusieurs décisions, l'organe de régulation a sanctionné l'insuffisance de publicité ou l'accès inégal à l'information, considérant que de telles irrégularités portent atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats et compromettent la transparence de la procédure[39]. De même, l'absence de motivation des décisions d'attribution ou le défaut de communication des critères d'évaluation ont été qualifiés de manquements substantiels, susceptibles d'entraîner l'annulation de la procé-

-dure ou sa reprise[40]. La transparence contribue ainsi à la prévention des irrégularités et à la réduction du contentieux, en facilitant l'exercice des recours par les opérateurs économiques tout en dissuadant les pratiques illégales. Elle renforce également la légitimité des décisions administratives et la confiance des acteurs dans le système de commande publique.

Enfin, les évolutions technologiques récentes ouvrent de nouvelles perspectives en matière de sécurisation juridique. Toutefois, comme le souligne implicitement la pratique décisionnelle de l'ARCOP, l'efficacité de ces innovations demeure conditionnée par leur intégration dans un cadre juridique et institutionnel maîtrisé, garantissant à la fois la fiabilité des systèmes et le respect des droits des parties[41].

En définitive, la traçabilité et la transparence apparaissent comme de véritables instruments juridiques consolidés par la pratique contentieuse, qui dépassent leur dimension technique pour s'inscrire au cœur du droit de la commande publique. La jurisprudence de l'ARCOP confirme qu'elles constituent des critères déterminants d'appréciation de la régularité des procédures, contribuant ainsi à la sécurisation des transactions et au renforcement de la gouvernance publique.

2. la sécurisation des droits et obligations des parties

Outre la traçabilité et la transparence, la numérisation des marchés publics contribue directement à la sécurisation des droits et obligations des parties, en clarifiant les engagements de l'administration et des opérateurs économiques et en renforçant la prévisibilité des procédures. La dématérialisation standardise les actes administratifs et contractuels, permettant ainsi de limiter les incertitudes qui résultent habituellement des pratiques manuelles ou papier, sources fréquentes de contentieux[42]. La commande publique numérique apparaît ainsi comme un vecteur de rationalisation et de stabilisation des relations contractuelles.

Cette sécurisation repose, en premier lieu, sur un fondement juridique et contractuel consolidé, issu de la reconnaissance des échanges électroniques et de la formalisation du consentement des parties. La loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques consacre le principe d'équivalence entre l'écrit électronique et l'écrit papier, garantissant la force probante des documents numériques, sous réserve de l'identification de leur auteur et de l'intégrité de leur contenu[43]. Dans ce cadre, la signature électronique joue un rôle déterminant : elle permet d'identifier le signataire, de manifester son consentement et de lier juridiquement les parties à l'acte, produisant des effets équivalents à ceux d'une signature manuscrite lorsqu'elle repose sur un dispositif sécurisé[44].

La fixation des droits et obligations intervient, quant à elle, au moment de la signature et de l'approbation du marché par

l'autorité compétente, conformément aux dispositions du Code de la commande publique[45]. Les cahiers des charges, notamment les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) et les cahiers des prescriptions (CP), précisent les conditions d'exécution du contrat et encadrent les obligations respectives des parties[46]. La dématérialisation de ces documents renforce leur accessibilité, leur conservation et leur opposabilité, tout en facilitant leur consultation en cas de litige.

En deuxième lieu, la sécurisation des relations contractuelles est renforcée par la fiabilité procédurale offerte par les plateformes numériques. Pour l'administration, celles-ci permettent un suivi rigoureux des délais et des étapes de la procédure : la réception des offres, leur ouverture et leur évaluation sont horodatées et archivées de manière sécurisée. Cette traçabilité réduit considérablement les risques de contestation liés à des retards, des manipulations ou des omissions, en assurant que chaque décision repose sur des données vérifiables et incontestables.

Du côté des opérateurs économiques, la commande publique numérique offre des garanties accrues en matière d'égalité d'accès et de protection des droits. Les offres sont déposées dans un environnement sécurisé garantissant leur confidentialité jusqu'à l'ouverture officielle, et chaque étape de la procédure est documentée. Les candidats disposent ainsi d'une preuve formelle de leur participation, ce qui facilite l'exercice des recours, notamment dans le cadre des procédures précontractuelles et post-contractuelles[47]. En réduisant les marges discrétionnaires de l'administration, la dématérialisation renforce l'effectivité du droit au recours et la protection contre les pratiques irrégulières.

En troisième lieu, la sécurité juridique des parties est assurée par un ensemble de garanties financières et éthiques, destinées à prévenir les défaillances contractuelles et à encadrer les comportements des acteurs. La garantie de soumission vise à crédibiliser l'offre et à prévenir les désistements abusifs, tandis que la garantie de bonne exécution permet de couvrir les manquements constatés lors de l'exécution du contrat[48]. C'est dans ce sens que la Commission de Règlement des Différends, faisant preuve d'une flexibilité remarquée, a admis la possibilité de régulariser la copie d'une garantie d'offre par la production de son original dans les délais qui ne compromettent pas toute chance de voir la faculté pour l'AC de l'appeler en guise de sanction. Dans cette affaire, Sadiya Design contestait le rejet de son offre pour production d'une copie de sa garantie de soumission. Constatant que le requérant avait régularisé le document querellé dès le lendemain de l'ouverture des offres en présentant l'original, le CRD a estimé dans l'un de ses considérants : « Qu'elle conserve, par conséquent, sa fonction première qui est de crédibiliser l'offre et de certifier que, s'il est sélectionné, le soumissionnaire honorera ses engagements

Parallèlement, l'adhésion à des engagements de probité, notamment à travers des chartes éthiques, impose le respect des principes de transparence, d'intégrité et de concurrence loyale, engageant la responsabilité des parties en cas de violation[50].

En quatrième lieu, la sécurisation repose sur une définition claire de la responsabilité des parties et des tiers. Le titulaire du marché est responsable de plein droit de la bonne exécution de ses obligations, y compris en cas de sous-traitance, demeurant seul responsable à l'égard de l'autorité contractante pour les prestations exécutées[51]. Cette responsabilité peut s'étendre dans le temps, notamment à travers la garantie décennale, qui impose à l'entrepreneur de répondre des vices affectant la solidité de l'ouvrage pendant dix ans[52]. La dématérialisation, en facilitant la conservation des preuves et la traçabilité des interventions, renforce l'effectivité de ces mécanismes de responsabilité.

Enfin, la protection des droits des parties est assurée par des mécanismes de recours et de règlement des différends adaptés. À cet égard, le Comité de Règlement des Différends (CRD), institué au sein de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP), joue un rôle central en assurant le règlement non juridictionnel des litiges relatifs à la passation et à l'exécution des marchés publics. Ses décisions contribuent à la prévention et à la résolution rapide des différends, renforçant ainsi la sécurité juridique des procédures[53]. En complément, le recours à des modes alternatifs de règlement des différends, tels que l'arbitrage et la médiation, est encouragé, notamment dans le cadre des contrats complexes comme les partenariats public-privé, offrant des garanties de célérité, d'expertise et de confidentialité[54].

En définitive, la sécurisation des droits et obligations des parties dans la commande publique numérique repose sur une articulation étroite entre normes juridiques, instruments contractuels, outils technologiques et mécanismes institutionnels. Si la dématérialisation renforce indéniablement la sécurité juridique en facilitant la preuve, la transparence et le contrôle, son efficacité demeure conditionnée par la fiabilité des infrastructures numériques, la compétence des acteurs et l'effectivité des mécanismes de responsabilité et de règlement des différends. Cette ambivalence justifie dès lors une analyse des limites et des risques associés à la commande publique numérique, qui seront examinés dans la seconde partie.

II. LES FRAGILITÉS DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUES À L'ÈRE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

La dématérialisation de la commande publique au Sénégal constitue un levier indéniable de renforcement de la sécurité juridique. Cependant, elle n'est pas exempte de limites et de risques. L'introduction des technologies numériques fait émerger de nouvelles vulnérabilités, à la fois techniques et juridiques, susceptibles d'affecter la fiabilité des procédures et la protection des droits des acteurs. Dès lors, il convient d'analyser, d'une part, les risques inhérents à la dématérialisation (A) et, d'autre part, leurs incidences sur la sécurité juridique et le contentieux de la commande publique (B).

A. Les risques juridiques et techniques liés à la dématérialisation

La dématérialisation de la commande publique, bien qu'elle renforce l'efficacité et la transparence des procédures, fait émerger des risques juridiques et techniques susceptibles d'en compromettre la sécurité. Ces fragilités se manifestent notamment à travers les inégalités d'accès aux outils numériques (1) et les incertitudes liées à la fiabilité des systèmes et à la preuve électronique (2).

1. La facture numérique et les atteintes au principe d'égalité

Si la commande publique numérique offre des avantages incontestables en matière de traçabilité, de transparence et de sécurisation des procédures, elle soulève également des fragilités significatives, en particulier liées aux inégalités d'accès aux technologies et aux infrastructures numériques. Au Sénégal, comme dans plusieurs pays de l'espace UEMOA, la fracture numérique demeure une réalité qui affecte la capacité des opérateurs économiques, notamment les petites et moyennes entreprises (PME) et les acteurs situés dans les zones rurales, à participer efficacement aux procédures électroniques[55].

Cette inégalité d'accès peut se traduire par une atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats, fondement du droit des marchés publics. Les opérateurs disposant de moyens techniques insuffisants ou d'une faible maîtrise des outils numériques sont exposés à des risques d'exclusion indirecte, malgré la mise en place de plateformes accessibles et sécurisées. Cette problématique a été mise en lumière de manière précoce par la jurisprudence du Conseil d'État dans sa décision du 17 janvier 1997 (req. n° 182777), relative à un système d'inscription universitaire fondé sur l'ordre chronologique des connexions télématiques. Le juge a considéré qu'un tel mécanisme méconnaît le principe d'égalité de traitement, dès lors qu'il dépend de facteurs techniques tels que la qualité des équipements, la performance des con-

-nexions télématiques. Le juge a considéré qu'un tel mécanisme méconnaît le principe d'égalité de traitement, dès lors qu'il dépend de facteurs techniques tels que la qualité des équipements, la performance des connexions ou encore les conditions d'acheminement des communications, introduisant ainsi des disparités indépendantes de la valeur des candidatures.

Cette analyse trouve un écho particulier dans la jurisprudence récente de l'Autorité de régulation de la commande publique au Sénégal, qui appréhende la transparence comme une exigence globale couvrant l'ensemble du processus de passation. Ainsi, dans la décision n°033/ARCOP/CRD/2020, l'insuffisance de publicité est sanctionnée en ce qu'elle limite l'accès des opérateurs économiques à l'information, portant atteinte à l'égalité d'accès à la commande publique[56]. De même, la décision n°021/ARCOP/CRD/2018 relative à l'obligation de motivation souligne que l'absence d'explication des choix opérés empêche les candidats évincés d'exercer utilement leur droit au recours, révélant une carence dans la traçabilité décisionnelle[57]. Dans le prolongement de ces exigences, la décision n°012/ARCOP/CRD/2021 consacre la valeur probante des preuves électroniques horodatées, en validant une procédure fondée sur des éléments techniques permettant d'assurer la traçabilité des opérations[58]. Toutefois, cette reconnaissance de la preuve numérique met en lumière un paradoxe : si les outils technologiques permettent de renforcer la sécurité juridique, leur maîtrise et leur accessibilité demeurent inégalement réparties entre les opérateurs économiques. Dès lors, à l'instar de la solution dégagée par le juge administratif français, la jurisprudence ARCOP révèle que les exigences de publicité, de traçabilité et de preuve participent d'un même objectif : garantir une égalité réelle d'accès à la commande publique. Or, cette égalité peut être compromise non seulement par des irrégularités formelles (défaut de publicité, absence de motivation, rupture de traçabilité), mais également par des inégalités technologiques structurelles, liées à la dématérialisation elle-même. Il en résulte que la dématérialisation ne constitue pas une garantie automatique de transparence. Elle impose, au contraire, une vigilance accrue des autorités contractantes et des organes de régulation, afin de prévenir les effets discriminatoires indirects qu'elle peut engendrer. En ce sens, la convergence des jurisprudences française et africaine consacre une approche renouvelée de la sécurité juridique des marchés publics, fondée non seulement sur la régularité formelle des procédures, mais également sur l'effectivité de l'égalité entre les candidats dans un environnement numérique. L'ampleur de ce phénomène est renforcée par des contraintes structurelles, telles que la couverture Internet inégale sur le territoire national, le coût élevé des équipements informati-

-ques et la faible formation numérique de certains agents économiques. Ces limitations techniques et sociales peuvent générer des contentieux fondés sur l'inégalité d'accès ou l'irrégularité de la procédure, compromettant ainsi la sécurité juridique que le numérique est censé instaurer[59].

Dans ce contexte, la dématérialisation exige non seulement un cadre normatif adapté, mais également des mesures complémentaires visant à réduire les écarts d'accès aux outils numériques. Cela peut passer par la mise en place de points d'accès publics, la formation des opérateurs économiques et l'accompagnement des administrations dans l'utilisation des plateformes électroniques. La sécurité juridique de la commande publique numérique est donc indissociable de la capacité des institutions à garantir l'égalité réelle de participation, conformément aux exigences du droit sénégalais et des directives UEMOA[60].

En somme, la fracture numérique illustre la limite structurelle du numérique comme instrument de sécurité juridique : si la technologie améliore la prévisibilité et la traçabilité des actes, elle ne saurait, à elle seule, garantir l'effectivité des principes fondamentaux de la commande publique sans mesures d'accompagnement adaptées.

2. Les vulnérabilités techniques et la question de la preuve

Outre la fracture numérique, la sécurisation juridique de la commande publique numérique est fortement conditionnée par la fiabilité des outils et des plateformes électroniques utilisés. En effet, les systèmes numériques sont exposés à des risques techniques tels que les défaillances matérielles, les erreurs de programmation, les interruptions de service ou les cyberattaques, qui peuvent compromettre la conservation, l'intégrité et la disponibilité des documents contractuels[61]. Ces vulnérabilités techniques constituent une menace directe pour la sécurité juridique des procédures, car elles affectent la preuve des actes et des décisions de passation et d'exécution des marchés publics.

Sur le plan technique, les systèmes numériques utilisés dans la commande publique sont exposés à des vulnérabilités structurelles liées aux technologies de l'information. La question de la cybersécurité apparaît, à cet égard, centrale. Les plateformes électroniques peuvent faire l'objet d'intrusions malveillantes, de piratages ou de propagation de logiciels malveillants, compromettant ainsi l'intégrité, la confidentialité et la disponibilité des données[62]. De telles atteintes sont susceptibles d'affecter directement la régularité des procédures, notamment en cas d'altération des offres ou de divulgation d'informations sensibles, remettant en cause la confiance des acteurs dans le système[63].

Par ailleurs, l'évolution rapide des technologies engendre un risque d'obsolescence des outils numériques, susceptible de fragiliser la conformité des systèmes aux exigences juridi-

-que et techniques en vigueur. Des plateformes non actualisées peuvent devenir incompatibles avec les standards requis, altérant ainsi la fiabilité des procédures dématérialisées. À cela s'ajoutent les incidents et pannes techniques, tels que les défaillances des serveurs, les interruptions de service ou les erreurs de programmation, qui peuvent empêcher le dépôt des offres ou la transmission des documents dans les délais impartis[64]. Ces dysfonctionnements soulèvent des enjeux majeurs en termes de régularité des procédures et de responsabilité des acteurs.

En outre, le défaut d'interopérabilité des systèmes constitue une limite significative à l'efficacité de la dématérialisation. La coexistence de multiples plateformes, parfois peu compatibles entre elles, entrave la circulation fluide de l'information entre les administrations et les opérateurs économiques. Cette fragmentation technologique peut engendrer des difficultés pratiques, voire des inégalités d'accès, susceptibles d'affecter les principes de transparence et d'égalité de traitement.

Au-delà de ces aspects techniques, la dématérialisation soulève des enjeux juridiques complexes, en particulier en matière de preuve et de responsabilité. La preuve électronique constitue un élément central de la sécurité juridique des procédures numériques. Les plateformes doivent garantir que chaque acte – dépôt d'offre, décision d'attribution, notification – est horodaté, authentifié et conservé de manière fiable. Toutefois, en cas de défaillance technique, la valeur probante des documents électroniques peut être remise en cause, créant des incertitudes quant à la validité des actes et à la régularité des procédures.

En cas de litige lié à un incident technique, la charge de la preuve incombe généralement à la partie qui invoque le dysfonctionnement[65]. Or, la preuve des incidents numériques demeure particulièrement délicate. Comme le soulignent Niels Bernardini et Pierre-Manuel Cloix, « la production de captures d'écran prises sur l'ordinateur du candidat, montrant la survenance d'un dysfonctionnement sur le profil d'acheteur empêchant le dépôt ou la transmission d'un document, présente une valeur probante limitée »[66]. Cette analyse est confirmée par la jurisprudence administrative française. Dans une décision du Tribunal administratif de Dijon du 30 juin 2011 (req. n° 1101397), le juge relève que la société requérante « soutient avoir tenté de se connecter à la plateforme de dématérialisation avant l'heure limite, produisant des copies d'écran avec des messages d'erreur, et avoir alerté aussitôt par courrier électronique le service support du prestataire, sans que celui-ci parvienne à remédier à l'incident avant l'heure limite ». Toutefois, de tels éléments, reposant essentiellement sur des déclarations unilatérales et des captures d'écran, ne suffisent pas néces-

-sairement à établir avec certitude l'existence et l'imputabilité du dysfonctionnement. Il en résulte que, si la charge de la preuve incombe en principe à la partie qui invoque le dysfonctionnement, l'administration ou le juge tendent à accorder une valeur probante supérieure aux éléments techniques objectivés, tels que les journaux de connexion (logs), les certificats d'horodatage ou les constats d'huissier. Cette hiérarchisation des modes de preuve révèle un déséquilibre structurel, dans la mesure où les opérateurs économiques n'ont pas toujours accès aux données techniques détenues par les plateformes, ce qui est susceptible de fragiliser l'effectivité des recours et, plus largement, la garantie d'égalité devant la commande publique.

La question de l'imputabilité des fautes accentue ces incertitudes. Il peut s'avérer difficile de déterminer si un dysfonctionnement est imputable à l'administration, au gestionnaire de la plateforme ou à l'opérateur économique. Cette indétermination complique l'engagement de la responsabilité juridique et peut conduire à des contentieux longs et complexes, affectant la prévisibilité des procédures[67].

Par ailleurs, la dématérialisation accentue les enjeux liés à la protection des données personnelles. La diffusion numérique des informations relatives aux marchés publics expose à des risques d'atteinte à la vie privée, notamment en cas de défaut d'anonymisation des documents[68]. Au Sénégal, la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008 portant sur la protection des données à caractère personnel exige un encadrement de tout traitement de données personnelles, et toute diffusion de la jurisprudence au public, doit respecter cette réglementation. La question est complexe, difficile et délicate. La Cour suprême du Sénégal, qui n'a pas encore mis en œuvre cette législation, s'est engagée dans la réflexion, en vue de trouver le meilleur moyen de procéder. De même, la sécurité des dispositifs de signature électronique constitue un point de vigilance : le partage non encadré des certificats ou des clés de signature au sein d'une organisation peut compromettre la validité des actes et remettre en cause l'authenticité du consentement[69].

Enfin, la notification électronique demeure une source d'incertitude juridique. La détermination de la date certaine de réception d'un acte, notamment en cas de non-consultation du document par son destinataire, soulève des difficultés quant au point de départ des délais de recours. L'absence de règles parfaitement stabilisées en la matière peut engendrer des divergences d'interprétation et fragiliser la sécurité juridique des procédures[70].

Face à ces risques, les cadres normatifs, notamment au niveau national et communautaire, ont tenté d'apporter des réponses en imposant des exigences de sécurité, d'authentifi-

-cation et de conservation des données électroniques. La mise en place de systèmes de chiffrement, de signatures électroniques sécurisées et de mécanismes de sauvegarde constitue à cet égard une garantie essentielle[71]. Toutefois, l'efficacité de ces dispositifs dépend étroitement de leur maintenance, de leur conformité aux standards techniques et de la compétence des acteurs impliqués.

En définitive, si la dématérialisation offre des garanties nouvelles en matière de sécurité juridique, elle introduit également des risques spécifiques liés à la technologie. La preuve électronique, bien qu'instrumentale pour la traçabilité et la transparence, nécessite un encadrement technique et juridique robuste pour éviter que les vulnérabilités techniques ne compromettent la protection des droits et obligations des parties.

B. Les impacts sur la sécurité juridique des acteurs et les risques contentieux

La dématérialisation de la commande publique, en transformant les modalités de passation et d'exécution des marchés, affecte directement la sécurité juridique des acteurs et reconfigure les dynamiques contentieuses. Si elle renforce la transparence et l'accès à l'information, elle engendre également de nouveaux risques d'insécurité juridique, liés tant aux procédures numériques (1) qu'aux limites du cadre institutionnel et normatif (2).

1. Les risques de contentieux et d'insécurité juridique liés aux procédures numériques

La numérisation de la commande publique, si elle renforce la traçabilité et la transparence, engendre également de nouveaux risques contentieux susceptibles de fragiliser la sécurité juridique des procédures au Sénégal. L'introduction du numérique ne supprime pas les litiges ; elle en transforme la nature, en déplaçant les enjeux vers des questions techniques, probatoires et institutionnelles, souvent plus complexes à appréhender.

En premier lieu, la dématérialisation accentue la difficulté de la preuve et la question de l'imputabilité des incidents techniques. Le contentieux de la commande publique tend ainsi à se transformer en une véritable « bataille d'expertises », où la production de preuves fiables devient déterminante. En cas de dysfonctionnement notamment l'impossibilité de déposer une offre dans les délais, les opérateurs économiques se fondent fréquemment sur des captures d'écran ou des attestations techniques, dont la valeur probante demeure limitée[72]. À l'inverse, les journaux techniques (logs) des plateformes, plus fiables, ne sont pas toujours accessibles aux candidats, créant un déséquilibre probatoire.

La jurisprudence du Comité de Règlement des Différends de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP) illustre cette problématique.

Dans certaines décisions, l'absence de preuve technique suffisamment robuste a conduit au rejet des recours, tandis que dans d'autres cas, l'existence d'éléments probants issus des systèmes informatiques a permis d'établir l'irrégularité de la procédure. L'enjeu central réside alors dans l'imputabilité de l'incident : lorsque le dysfonctionnement est attribué à l'autorité contractante ou au gestionnaire de la plateforme, la procédure peut être jugée irrégulière pour rupture du principe d'égalité entre les candidats[73]. Cette incertitude fait de la communication électronique un véritable « foyer de contentieux », en raison de l'insuffisance des garanties techniques absolues. Ainsi, dans un jugement du 15 novembre 2010 (req. n° 1001569), le Tribunal administratif de Limoges a considéré que la procédure de mise en concurrence était irrégulière, dès lors que le dysfonctionnement technique invoqué avait effectivement porté atteinte à l'égalité entre les candidats[74]. En revanche, le Tribunal administratif de Dijon (30 juin 2011, req. n° 1101397) et le Tribunal administratif de Bordeaux (30 mars 2011, req. n° 1100972) ont adopté une solution inverse, en jugeant la procédure régulière, faute pour le requérant d'avoir établi de manière suffisante l'existence d'un dysfonctionnement imputable à la plateforme ou son incidence réelle sur ses chances de soumissionner[75]. Cette divergence apparente révèle une ligne directrice commune : le juge ne sanctionne l'irrégularité que si le dysfonctionnement technique est établi et s'il a eu un effet concret sur l'égalité de traitement des candidats.

Cette approche rejoint, dans une perspective différente mais complémentaire, la jurisprudence de l'Autorité de régulation de la commande publique au Sénégal. En effet, les décisions relatives à la publicité (n°033/2020), à la motivation (n°021/2018) et à la preuve électronique (n°012/2021) traduisent une même exigence : garantir une transparence effective et une traçabilité fiable de la procédure[76]. Toutefois, à l'instar des juridictions françaises, l'ARCOP opère une distinction implicite entre : les irrégularités avérées affectant la procédure (défaut de publicité, insuffisance de motivation), et les allégations insuffisamment étayées, notamment en matière de dysfonctionnements techniques. Il en résulte que, dans les deux ordres juridiques, la question probatoire occupe une place centrale : la charge de la preuve du dysfonctionnement incombe au candidat, mais les moyens de preuve à sa disposition (captures d'écran, correspondances électroniques) présentent souvent une valeur limitée, contrairement aux logs techniques ou aux horodatages, généralement détenus par les plateformes. Dès lors, la convergence des jurisprudences française et africaine met en évidence une tension structurelle : si la dématérialisation renforce la traçabilité et la transparence, elle complexifie simultanément la preuve des irrégularités, au risque de

fragiliser l'effectivité du principe d'égalité de traitement. Cette évolution invite à repenser les garanties procédurales, en imposant notamment une meilleure accessibilité des données techniques et une répartition plus équilibrée de la charge de la preuve, afin d'assurer une égalité réelle entre les candidats dans un environnement numérique.

En deuxième lieu, la dématérialisation soulève des incertitudes relatives aux notifications électroniques et au calcul des délais de recours. La distinction entre la réception d'un acte et sa prise de connaissance effective par le destinataire demeure problématique dans l'environnement numérique. En l'absence de mécanismes fiables permettant de certifier la date de consultation d'un document, le point de départ des délais contentieux peut être contesté, créant un risque de forclusion pour les opérateurs économiques[77].

À cela s'ajoute la brièveté de certains délais, notamment celui de saisine du Comité de Règlement des Différends. Le but est, paraît-il, d'obtenir la rapidité des procédures. Les autorités réglementaires sénégalaises ont entendu accroître cette rapidité (Code de 2011) à 3 jours (Code de 2014)[78]. Ceci peut apparaître insuffisant au regard des contraintes techniques liées à l'analyse des procédures dématérialisées. Cette situation est susceptible de porter atteinte au droit au recours effectif, en limitant la capacité des candidats à faire valoir leurs droits dans des conditions satisfaisantes.

En troisième lieu, la sécurité juridique est affectée par une certaine imprévisibilité de la régulation et des sanctions. L'absence d'une grille claire de qualification des irrégularités et de hiérarchisation des sanctions (exclusion, pénalités, annulation de procédure) peut placer les acteurs dans une situation d'incertitude[79]. La pratique décisionnelle du CRD de l'ARCOP, bien que structurante, peut parfois apparaître fluctuante, certaines décisions adoptant des solutions différentes pour des situations comparables[80]. L'exigence de bonne exécution des marchés publics constitue un prolongement essentiel des principes de transparence et de concurrence qui gouvernent leur passation. À cet égard, la découverte, lors de la livraison, d'une forte teneur en eau dans un produit présenté comme du pétrole brut, ayant causé à la Société africaine de raffinage (SAR) un préjudice estimé à plus de neuf milliards de francs CFA, illustre la gravité des manquements susceptibles d'intervenir au stade de l'exécution contractuelle. Face à de telles irrégularités, le Comité de règlement des différends (CRD) de l'Autorité de régulation de la commande publique adopte une approche répressive affirmée, visant à sanctionner les comportements frauduleux et à préserver l'intégrité du système de commande publique. Cette rigueur s'inscrit dans une logique de dissuasion, le CRD entendant rappeler aux opérateurs économiques l'impératif de respecter leurs obligations contractuelles et de s'abstenir de toute manœuvre frauduleuse.

Toutefois, l'analyse de la pratique décisionnelle révèle une certaine variabilité dans la détermination des sanctions, notamment en ce qui concerne la durée des exclusions prononcées. Si la gravité des faits constitue en principe le critère central d'appréciation, il apparaît que d'autres facteurs, parfois implicites, interviennent dans la modulation des sanctions.

Par ailleurs, dans un contexte d'intégration régionale, des divergences d'interprétation entre États membres de l'espace UEMOA peuvent également apparaître, notamment en matière de conformité des offres ou d'appréciation des irrégularités procédurales. Ces disparités contribuent à une insécurité juridique transnationale, particulièrement préjudiciable aux opérateurs économiques intervenant sur plusieurs marchés publics au sein de la région[81].

Enfin, la dématérialisation n'élimine pas les limites structurelles du système contentieux, notamment en ce qui concerne l'effectivité des recours juridictionnels. Le recours devant la juridiction suprême, bien qu'essentiel, présente certaines insuffisances en pratique. En particulier, son caractère non suspensif conduit fréquemment à ce que les marchés contestés soient exécutés avant même que la décision juridictionnelle ne soit rendue, vidant ainsi celle-ci de sa portée concrète[82]. De surcroît, des difficultés peuvent apparaître dans l'exécution des décisions d'annulation, certaines autorités contractantes tardant à tirer les conséquences juridiques des décisions rendues. Cette situation fragilise l'autorité de la chose jugée et affaiblit la confiance des acteurs dans l'efficacité du système de régulation. L'éminent Pr Alain BOCKEL l'avait souligné en estimant que les conséquences de l'annulation sont plus complexes et nécessitent que soit prises une série de mesures destinées à effacer les effets de la décision annulée. On comprend, dès lors, pourquoi ECOTRA avait organisé une conférence de presse pour demander à être rétablie dans ses droits car la Cour suprême lui avait donné gain de cause[83].

En définitive, la commande publique numérique, en introduisant de nouvelles formes de risques contentieux, met en évidence les limites du cadre juridique et institutionnel actuel face aux défis du numérique. Si elle améliore la transparence et l'accès à l'information, elle complexifie en revanche les mécanismes de preuve, d'imputabilité et de recours. La sécurité juridique des acteurs dépend dès lors de la capacité des institutions à adapter les règles existantes et à renforcer l'encadrement du contentieux numérique, afin de garantir un équilibre entre innovation technologique et protection effective des droits.

2. Les limites institutionnelles et normatives face aux risques numériques

Au-delà des risques strictement contentieux, la sécurité juridique de la commande publique numérique au Sénégal se heurte à des limites structurelles d'ordre institutionnel et normatif, qui traduisent une adaptation encore incomplète du droit et des institutions aux exigences du numérique.

En premier lieu, les limites institutionnelles et juridictionnelles constituent un frein majeur à l'effectivité de la régulation. Le cadre juridique sénégalais, notamment à travers le Code des Obligations de l'Administration, encadre strictement les pouvoirs du juge administratif. En vertu de son article 74[84], celui-ci ne peut adresser d'injonctions à l'administration ni assortir ses décisions d'astreintes, ce qui réduit considérablement sa capacité à assurer l'exécution effective de ses décisions. Ainsi, lorsqu'une autorité contractante s'abstient de tirer les conséquences d'une annulation prononcée, le juge se trouve juridiquement désarmé, ce qui fragilise l'autorité de la chose jugée et, par conséquent, la sécurité juridique des acteurs.

Cette limite est d'autant plus problématique que les délais juridictionnels apparaissent souvent incompatibles avec la célérité des procédures numériques. Dans la pratique, il n'est pas rare que la juridiction suprême statue sur un litige relatif à un marché public alors même que celui-ci est déjà exécuté, rendant la décision d'annulation largement théorique. Cette situation met en évidence un décalage structurel entre le temps du juge et celui de l'action administrative dématérialisée, au détriment de l'effectivité du contrôle juridictionnel[85].

Par ailleurs, le système de régulation souffre d'un déficit d'expertise technique, tant au niveau des juridictions que des organes administratifs. Les litiges liés à la dématérialisation impliquent désormais des questions complexes relatives aux systèmes d'information, à la cybersécurité, à la preuve numérique ou encore aux technologies émergentes telles que l'intelligence artificielle ou la blockchain[86]. Or, la maîtrise insuffisante de ces outils par les acteurs institutionnels limite leur capacité à apprécier pleinement les situations litigieuses, ce qui peut affecter la qualité des décisions rendues[87].

À cela s'ajoute une fragmentation de la régulation, liée à la multiplicité des autorités compétentes intervenant dans le champ du numérique. La coexistence de plusieurs régulateurs notamment l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP) pour la commande publique, l'Autorité de Régulation des Télécommunications et des Postes (ARTP) pour les infrastructures numériques, ou encore la Commission de Protection des Données Personnelles (CDP) pour les données personnelles peut engendrer des chevauchements de compétences et des incohérences normatives. Cette dispersion institutionnelle complexifie la gouvernance du numérique et peut créer une insécurité juri-

-dique pour les opérateurs économiques[88].

En second lieu, les limites normatives et probatoires révèlent les difficultés du droit positif à appréhender pleinement les spécificités des technologies numériques. La question de la preuve électronique apparaît, à cet égard, particulièrement sensible. Si la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques consacre la valeur juridique de l'écrit électronique, son application pratique demeure délicate. En cas d'incident technique tel qu'un dysfonctionnement d'une plateforme de dépôt, la preuve du fait allégué repose sur des éléments souvent fragiles. Les captures d'écran, fréquemment produites par les candidats, présentent une valeur probante limitée, tandis que les preuves plus robustes, telles que les journaux techniques (logs) ou les constats d'huissier, sont difficilement accessibles ou coûteuses à obtenir.

La détermination de l'imputabilité des dysfonctionnements constitue également une source d'incertitude. Il est techniquement complexe d'identifier si un échec de transmission résulte d'une défaillance de la plateforme, d'une erreur de manipulation de l'utilisateur ou d'un manquement de l'autorité contractante. Cette difficulté d'attribution des responsabilités fragilise l'appréciation de la régularité des procédures et complique la résolution des litiges[89].

Par ailleurs, l'articulation entre le droit de la commande publique et les normes relatives à la protection des données personnelles soulève des difficultés d'interprétation. Bien que le Sénégal se soit doté d'un cadre juridique spécifique en la matière, inspiré des standards internationaux, certaines notions notamment celle de sous-traitance peuvent prêter à confusion lorsqu'elles sont transposées dans le contexte de la commande publique numérique. Cette ambiguïté normative est susceptible de générer des incertitudes juridiques pour les acteurs impliqués.

Enfin, les évolutions technologiques récentes, telles que la blockchain et les « smart contracts », mettent en lumière un conflit potentiel entre les logiques technologiques et les principes du droit administratif. En effet, ces technologies reposent sur des mécanismes d'immutabilité et d'exécution automatique des obligations, qui peuvent entrer en tension avec les prérogatives de puissance publique reconnues à l'administration, notamment la possibilité de modifier ou de résilier unilatéralement un contrat pour motif d'intérêt général. Cette incompatibilité partielle souligne les limites du cadre juridique actuel face à des innovations technologiques qui remettent en cause les fondements mêmes du droit des contrats publics.

En définitive, les limites institutionnelles et normatives de la commande publique numérique traduisent un déficit d'adaptation du droit et des institutions aux mutations tech-

-nologiques. Si des efforts significatifs ont été accomplis pour encadrer la dématérialisation, des lacunes subsistent en matière de preuve, de responsabilité, de coordination institutionnelle et d'effectivité du contrôle juridictionnel. La consolidation de la sécurité juridique dans ce domaine suppose dès lors une réforme approfondie, articulant modernisation normative, renforcement des capacités techniques et rationalisation du cadre institutionnel.

CONCLUSION

La transformation numérique de la commande publique au Sénégal constitue un levier majeur de modernisation administrative et de sécurisation juridique. L'introduction de plateformes électroniques et la dématérialisation des procédures ont permis de renforcer la traçabilité, la transparence et la prévisibilité des actes administratifs, répondant ainsi aux exigences du droit sénégalais et aux directives de l'espace UEMOA. Les dispositifs numériques offrent aux autorités contractantes comme aux opérateurs économiques des outils fiables pour la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics, consolidant la légitimité des décisions et la confiance des parties. Cependant, cette transformation ne se traduit pas automatiquement par une sécurité juridique totale. L'analyse des risques montre que la fracture numérique, les vulnérabilités techniques et les limites institutionnelles constituent des obstacles significatifs. Les opérateurs disposant de moyens techniques insuffisants peuvent être indirectement exclus des procédures, et les défaillances des plateformes peuvent affecter la validité des actes ou la recevabilité des offres. Par ailleurs, les lacunes normatives et les difficultés d'adaptation des institutions de contrôle comme l'ARCOP peuvent générer une insécurité juridique persistante, accentuée par la relative nouveauté du recours à la preuve électronique dans les contentieux administratifs. Cette double réalité, apports substantiels mais limites significatives, souligne que la sécurisation juridique de la commande publique numérique repose sur un équilibre dynamique entre technologie, normes et acteurs. La modernisation technique ne peut être dissociée de l'adaptation institutionnelle et de la formation des agents et des opérateurs économiques. L'efficacité de la dématérialisation dépend également de la mise en place de mécanismes de régulation adaptés, de protocoles de sécurité robustes et de la clarification des responsabilités en cas de dysfonctionnement. Dans cette perspective, le renforcement de la sécurité juridique de la commande publique numérique au Sénégal suppose une approche intégrée. D'abord, il est nécessaire de réduire la fracture numérique par l'accès aux outils, la formation des acteurs et l'accompagnement des PME, afin de garantir l'égalité d'accès. Ensuite, la fiabilité des plateformes doit être renforcée à travers des audits, la sécu-

-ratisation des données et la certification des systèmes. Par ailleurs, une clarification du cadre juridique, notamment en matière de responsabilité en cas de défaillance technique, permettrait de limiter les incertitudes. Il importe également d'adapter les mécanismes contentieux, en renforçant les capacités techniques des juridictions et de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP). Enfin, la promotion d'une culture numérique et juridique demeure essentielle pour une utilisation maîtrisée des outils. En définitive, la sécurité juridique de la commande publique numérique repose sur une synergie entre normes, institutions et technologies, condition indispensable pour faire du numérique un véritable levier de bonne gouvernance.

[1] Selon Olivier Viboud, Dictionnaire d'administration publique, Sous la direction de Nicolas Kada et Martial Mathieu, Droit et action publique 2014 Presses universitaires de Grenoble, Page 77.

[2] Le Sénégal a adopté des textes fondamentaux, notamment le Décret n°2022-2295 portant Code des marchés publics, qui intègrent la digitalisation des processus, ainsi que la Loi n°2021-23 sur les partenariats publics privé (PPP), facilitant ainsi une participation accrue du secteur privé à cette transformation.

[3] Notamment en matière de transparence (ODD 16), d'industrialisation et d'innovation (ODD 9) et d'inclusion économique (ODD 8).

[4] La Directive n°04/2005/CM/UEMOA vise à harmoniser et à moderniser les procédures de passation des marchés publics au sein des États membres.

[5] Sur la modernisation numérique de l'action publique, v. notamment : OCDE, Digital Government Review, Paris, OCDE, 2020 ; BAD, Stratégies de gouvernance électronique en Afrique, 2019.

[6] V. RICHER (Laurent), LICHÈRE (François), Droit des contrats administratifs, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2021, p. 53 et s. ; UEMOA, Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics.

[7] Sur la sécurité juridique en droit administratif, v. DELGADO (Didier), La sécurité juridique, Paris, Dalloz, 2016 ; Conseil constitutionnel français, déc. n°99-421 DC du 16 décembre 1999 (principe de sécurité juridique).

[8] Revue de la Commande Publique N°42, Mars - Avril 2025 p. 3.

[9] UEMOA, Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ; v. également UEMOA, Directive n°05/2005/CM/UEMOA relative au contrôle et à la régulation des marchés publics.

[10] Décret n°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des marchés Publics.

[11] Arrêté ministériel n° 029343 du 30 Août 2023 fixant les taux de la redevance de régulation des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé ; Arrêté ministériel n° 007115 du 23 mars 2023 relatif à l'organisation et au fonctionnement des cellules de passation des marchés des autorités contractantes ; Arrêté ministériel n° 7116 du 23 mars 2023 fixant le nombre et les conditions de désignation des membres des commissions des marchés des autorités contractantes ; Arrêté ministériel n° 007117 du 23 mars 2023 relatif aux commissions régionales et départementales des marchés publics dans les régions autres que Dakar ; Arrêté ministériel n° 007118 du 23 mars 2023 relatif aux modalités de mise en œuvre des procédures de demande de renseignements et de prix ; Arrêté ministériel n° 007119 du 23 mars 2023 relatif aux procédures applicables aux marchés passés par certaines communes ; Arrêté ministériel n° 007120 du 23 mars 2023 fixant les seuils en deçà desquels l'autorité contractante peut ne pas requérir la garantie de soumission ; Arrêté ministériel n° 007121 du 23 mars 2023 fixant les seuils à partir desquels il est requis une garantie de bonne exécution ; Arrêté ministériel n° 007122 du 23 mars 2023 fixant les seuils de contrôle a priori des dossiers de marchés.

[12] V. République du Sénégal, Code des marchés publics, section II, art 56 et suiv. notamment les dispositions relatives à la publicité, à la mise en concurrence et à la communication électronique des documents de la procédure.

[13] Ibid. art 57.

[14] Ibidem. article 58 para. 8.

[15] Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques.

[16] Ibid. exposé des motifs « ... afin d'éliminer les contraintes juridiques qui bloquent le recours aux transactions électroniques, le projet de loi consacre l'équivalence entre dossiers électroniques et documents papiers... ».

[17] Ibidem. Art. 37. – L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier et a la même force probante que celui-ci, sous réserve que puisse être dûment identifiée dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. ; v. aussi RICHER (Laurent), LICHÈRE (François), Droit des contrats administratifs, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2021, p. 53 et s.

[18] Décret n°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des marchés Publics, art. 56, 57 et 58.

[19] Ibid.

[20] V article 4 para. 7, UEMOA, Directive n°04/2005/CM/UEMOA précitée et selon l'article 29 de la loi n°2021-23 du 02 mars 2021 relative aux contrats de partenariats public-privé : « Les communications et échanges d'informations effectués dans le cadre de la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé peuvent être réalisés par voie électronique, selon des modalités fixées par décret. Ces moyens doivent répondre aux normes et mesures de sécurité et de fiabilité nécessaires pour assurer la confidentialité, la transparence et l'intégrité de la procédure. Les outils utilisés pour communiquer par les moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être accessibles au public et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées ». RECUEIL-DES-TEXTES-JURIDIQUES-DE-LA-COMMANDE-PUBLIQUE. Vol 1, édition 2023 p. 175.

[21] Dans le cadre des sondages, 4 autorités contractantes et 4 opérateurs économiques confirment les vertus de la digitalisation sur la transparence grâce à la publication en ligne des données essentielles et la généralisation des politiques de contrôle qu'emporterait cette ouverture et à l'amélioration de l'accès à l'information par l'ensemble des candidats via les profils acheteurs et l'open data. En outre, deux d'entre eux soulignent l'apport de la traçabilité et de l'horodatage des plis qui participe à la confiance des opérateurs économiques envers les autorités contractantes. D'après le rapport de la cdcp-rapport-sur-la-digitalisation-de-la-commande-publique 2023 p. 137

[22]. Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques article 46.

[23] V Revue de la Commande Publique N°42, Mars - Avril 2025 p. 53. Il y avait également une forte recommandation d'impliquer la Direction Générale de la Comptabilité Publique et du Trésor, car la délivrance du quitus fiscal relève d'une compétence partagée entre la DGID et le Trésor.

[24] CJUE, aff. C-599/10, SAG ELV Slovensko, 2012.

[25] Décret n°2021-1462 portant organisation et fonctionnement de l'ARCOP, art. 2.

[26] V Revue Africaine du droit des contrats publics n°1, 2022. P. 14 : « Le contrôle juridictionnel des Marchés publics est tributaire d'une phase administrative préalable dans la passation des marchés publics ... ».

[27] V Revue de la Commande Publique N°42, Mars - Avril 2025 p. 43.

[28] Décret n°2021-1462 précité, article 17.

[29] OCDE, Digital Government Review, 2020.

[30] Les organes de règlement des litiges pourraient trouver dans le droit de la commande publique les moyens de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. En se fondant notamment sur l'article 24-3 nouveau du Code des obligations de l'administration, la Cour suprême du Sénégal a interprété l'obligation faite aux autorités contractantes de respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures comme imposant à l'autorité contractante de ne pas entraver le libre exercice de la concurrence entre les entreprises. La Cour a en effet jugé que cette disposition interdit à l'autorité contractante «de violer les règles de concurrence et de libre accès aux marchés publics en insérant dans les dossiers d'appel d'offres (DAO) une clause relative à l'autorisation du constructeur à fournir par les candidats au marché de véhicules neufs ». Cette décision fait écho à celle rendue par le Conseil d'Etat français et selon laquelle il a estimé qu'il « appartient à la personne publique responsable du marché de s'assurer, lorsqu'elle engage une procédure de passation d'un marché public, que les règles de libre concurrence sont effectivement respectées », S. SAMB, *le-droit-de-la-commande-publique-en-Afrique-noire-francophone*, thèse Université Bordeaux 2015. p. 199.

[31] Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques article 37.

[32] Ibid. article 46 para. 4 : « ... La transmission des candidatures et des offres doit pouvoir faire l'objet d'une date certaine de réception et d'un accusé de réception électronique ».

[33] Ibidem. Article 41 et 42 v aussi Niels Bernardini, Pierre-Manuel Cloix, *Dématérialisation de la commande publique*, Editeur : Le Moniteur, 2020. P. 87.

[34] Ibidem. Article 37 para. 2 : « La conservation des documents sous forme électronique doit se faire pendant une période de dix (10) ans ... ».

[35] La durée de conservation des archives doit correspondre à la période pendant laquelle elles pourront être exploitées ; La recherche de documents dans les archives doit être possible même longtemps après et par quelqu'un qui n'a pas participé à la génération du document ; Le système d'archivage électronique doit offrir la traçabilité de l'ensemble des actions effectuées sur les documents : dépôt, accès, destruction à l'issue de la période de conservation. V YA Sandrine Anne Elodie, *Mise en place de la dématérialisation du processus de passation des marchés publics au Sénégal*, mémoire MBA/AG – 12^e promotion. p. 67. V aussi la Loi n° 2006-19 du 30 juin 2006 : Encadre la gestion des archives publiques et administratives, imposant une meilleure organisation de la conservation.

[36] ARCOP, Décision n° 045/ARCOP/CRD/2019, relative à un recours pour irrégularité dans la réception des offres (défaut de traçabilité). La jurisprudence de l'Autorité de régulation de la commande publique consacre la traçabilité comme une exigence substantielle de la procédure de passation. Ainsi, la décision n°289/2025/ARCOP/CRS sanctionne la réception d'offres hors délai combinée à une modification non publiée du lieu de dépôt, considérant qu'une telle pratique porte atteinte aux principes d'égalité et de transparence. Dans le même sens, les décisions sénégalaises n°002/2026 et n°043/2026 du CRD rappellent que toute rupture dans la chaîne documentaire – qu'il s'agisse de la notification, du procès-verbal d'ouverture ou de la cohérence des montants – constitue une irrégularité affectant la validité de la procédure. Il en résulte que la traçabilité, loin d'être une exigence purement technique, s'impose comme une garantie juridique essentielle du droit au recours et de la sécurité juridique des marchés publics.

[37] ARCOP, Décision n° 012/ARCOP/CRD/2021, validant une procédure fondée sur des preuves électroniques horodatées. La décision n°012/ARCOP/CRD/2021 marque une étape significative dans la reconnaissance juridique de la dématérialisation des procédures de passation. Saisi d'un recours mettant en cause la régularité de la réception des offres, le Comité de règlement des différends valide la procédure au regard des preuves électroniques horodatées produites par l'autorité contractante. Il consacre ainsi la valeur probante des systèmes numériques de gestion des offres, dès lors qu'ils garantissent l'intégrité, la fiabilité et la traçabilité des opérations. Cette solution s'inscrit dans une dynamique jurisprudentielle visant à adapter les exigences classiques de transparence aux outils numériques, en faisant de l'horodatage électronique un équivalent fonctionnel des mécanismes traditionnels de certification des dépôts.

[38] République du Sénégal, Code des marchés publics, section II, art 56 et suiv. notamment les dispositions relatives à la publicité, à la mise en concurrence et à la communication électronique des documents de la procédure.

[39] ARCOP, Décision n° 033/ARCOP/CRD/2020, sanctionnant un défaut de publicité suffisante. Dans la décision n°033/ARCOP/CRD/2020, le Comité de règlement des différends sanctionne une procédure entachée d'un défaut de publicité suffisante, en considérant que l'insuffisance des mesures de diffusion de l'avis d'appel à concurrence porte atteinte aux principes de transparence et d'égalité d'accès à la commande publique. Il en résulte que la publicité ne saurait être appréhendée comme une simple formalité, mais constitue une garantie substantielle de mise en concurrence effective.

[40] ARCOP, Décision n° 021/ARCOP/CRD/2018, relative à l'obligation de motivation des décisions d'attribution. Dans la décision n°021/ARCOP/CRD/2018, le Comité de règlement des différends sanctionne l'insuffisance de motivation d'une décision d'attribution, en considérant que l'absence d'éléments explicatifs relatifs au rejet d'une offre empêche le soumissionnaire évincé d'exercer utilement son droit de recours. Il consacre ainsi la motivation comme une exigence substantielle de la procédure, participant à la transparence et à la traçabilité des décisions administratives. Cette solution s'inscrit dans une approche globale de la sécurité juridique des marchés publics, dans laquelle chaque étape de la procédure doit pouvoir être retracée, justifiée et contrôlée.

[41] V Chaire DCP | Rapport sur la digitalisation de la commande publique | 2023. P. 47.

[42]RICHER (Laurent), LICHÈRE (François), Droit des contrats administratifs, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2021, p. 78-80, sur la standardisation des actes comme instrument de sécurité juridique.

[43] Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques article 37.

[44] Ibid. article 41.

[45] Décret n°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des marchés Publics article 11.

[46] Ibid. article 12.

[47]Décret n°2023-832 portant organisation et fonctionnement de l'ARCOP, art. 17 et 19, sur le recours précontractuel et post-contractuels ; UEMOA, Directive n°05/2005/CM/UEMOA, art. 11 et 12.

[48] Décret n°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des marchés Publics. L'article 44 vise la garantie de soumission comme les renseignements et justifications à fournir par les candidats pour établir sa capacité à réaliser le marché considéré sanctionne sa non-production par le rejet de l'offre. L'art 115 fixe le régime juridique : « tout titulaire d'un marché d'un montant supérieur ou égal aux seuils fixés par arrêté du Ministre chargé des Finances doit fournir une garantie de la bonne exécution de celui-ci, destinée à couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services. Sont dispensés de la garantie de bonne exécution, les marchés passés entre établissements ou organismes soumis au contrôle de l'Etat et visés par le contrôleur de l'établissement ou de l'organisme considéré ».

[49]V Bulletin d'Information de la Cour suprême Numéros 15-16 mars 2020. La contribution de Moustapha DJITTÉ, L'analyse du pouvoir de sanction du Comité de Règlement des Différends, p.32.

[50] Décret n°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des marchés Publics précité. Art. 11. - Le marché, passé après mise en concurrence, comprend la soumission qui est l'acte par lequel le candidat présente son offre et adhère aux dispositions du marché. La signature du marché par la personne responsable et son approbation, le cas échéant, fixent les droits et les obligations des parties. La soumission contient également les rabais proposés par le candidat et l'engagement de ne pas octroyer ou promettre d'octroyer à toute personne intervenante, à quelque titre que ce soit, dans la procédure de passation du marché, un avantage indu, pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, en vue d'obtenir le marché et l'engagement de respecter les dispositions de la Charte de l'éthique et de la commande publique responsable.

[51] Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques Art. 11. - Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 8 de la présente loi est responsable de plein droit à l'égard de son cocontractant de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci.

[52] La garantie décennale dans les marchés publics est un régime de responsabilité contractuelle de plein droit, qui oblige les constructeurs à réparer les désordres graves affectant un ouvrage pendant 10 ans après sa réception. Bien qu'issue du code civil, elle s'applique aux marchés publics via une construction jurisprudentielle (CE, 2 fév. 1973, Trannoy).

[53] Décret n°2023-832 portant organisation et fonctionnement de l'ARCOP, art. 17 et 19.

[54] Loi n° 2021-23 du 02 mars 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé. Art. 52. - Tout différend qui se produit dans le cadre de l'exécution et de la résiliation du contrat sera, préalablement à tout recours contentieux, soumis à une tentative de règlement amiable du Comité de règlement des différends, saisi par la partie la plus diligente. Le Comité de règlement des différends se prononce dans un délai raisonnable fixé par décret, à compter de sa saisine. En cas d'échec de la tentative de règlement amiable du différend, le litige sera résolu par voie d'arbitrage ou par voie judiciaire conformément aux stipulations contractuelles.

[55] Il est important de noter que le portail des marchés publics n'est pas très fréquenté par les différentes entreprises. Plusieurs raisons peuvent expliquer cet état de fait : - La méconnaissance du portail ou de son utilisation ; - Le manque d'accès à l'internet pour des PME ou PMI désireuses de soumissionner ; La plupart des informations à visualiser sur le portail des marchés publics, y sont inscrits à partir du SYGMAP.

Cependant, au niveau de l'utilisation de cet outil, les autorités contractantes rencontrent des difficultés. En effet, les autorités contractantes ignorent souvent toutes les fonctionnalités du SYGMAP et ne l'utilisent que pour l'enregistrement des PPM et de l'AGPM.

[56] ARCOP, Décision n° 033/ARCOP/CRD/2020.

[57] ARCOP, Décision n° 021/ARCOP/CRD/2018.

[58] ARCOP, Décision n° 012/ARCOP/CRD/2021.

[59] Selon l'article 2 de la Directive UEMOA n°04/2005, les procédures de passation des marchés publics sont soumises aux principes suivants : - la liberté d'accès à la commande publique ; - l'égalité de traitement des candidats ; - la transparence et l'efficacité des procédures. Ceux-ci ont pour but d'assurer l'efficacité de la commande publique, ainsi que la bonne.

[60] V. OCDE, Public Procurement in the Digital Era: Bridging the Gap, Paris, 2020, sur l'importance de l'accompagnement et de l'inclusion numérique.

[61] YA Sandrine Anne Elodie, Mise en place de la dématérialisation du processus de passation des marchés publics au Sénégal, mémoire MBA/AG – 12^è promotion. P. 72.

[62] Ibid. P.72.

[63] Ibidem. P. 71.

[64] Niels Bernardini, Pierre-Manuel Cloix, Dématérialisation de la commande publique, Editeur : Le Moniteur, 2020.p.164 : La production de « captures d'écran » prises sur l'ordinateur montrant la survenance d'un dysfonctionnement sur le profil d'acheteur empêchant le dépôt ou la transmission d'un document JURISPRUDENCE Tribunal administratif de Dijon, 30 juin 2011, req. n° 1101397« Considérant que la société requérante soutient avoir tenté de se connecter à la plateforme de dématérialisation avant l'heure limite, produisant des copies d'écran avec des messages d'erreur, et avoir alerté aussitôt par courrier électronique le service support du prestataire, sans que celui-ci parvienne à remédier à l'incident avant l'heure limite ».

[65] Niels Bernardini, Pierre-Manuel Cloix, Dématérialisation de la commande publique, précité p.164. L'incident technique en qualité de dysfonctionnement matériel imprévisible est un fait juridique. Au regard de l'impossibilité d'établir une preuve préconstituée, la survenance d'un incident technique peut être prouvée par tous moyens en application de l'article 1360 du Code civil. Le juge restera libre de l'appréciation des éléments de preuves apportés. Classiquement, la charge de la preuve en matière d'incident technique lié à la dématérialisation pèse sur la partie qui tente de démontrer la survenance d'un dysfonctionnement.

[66] Ibid.p.164.

[67] Les preuves de la survenance d'un incident technique permettent également de déterminer si le dysfonctionnement est imputable à l'acheteur (ou l'autorité concédante), au gestionnaire de la plateforme ou au candidat. L'imputabilité de l'incident est essentielle afin de déterminer l'impact du dysfonctionnement sur la procédure de mise en concurrence. Ainsi, si l'acheteur (ou l'autorité concédante) rejette la candidature ou l'offre d'un opérateur économique du fait du dysfonctionnement (ex : transmis hors délai du fait de l'incident ou signature électronique altéré) et qu'il est imputable : – à l'acheteur (ou l'autorité concédante) : la procédure de mise en concurrence est irrégulière. V aussi OCDE, Digital Government Review: Legal Frameworks for Electronic Procurement, Paris, 2020, sur la responsabilité des plateformes et des administrations 40 pages.

[68] V Bulletin d'Information de la Cour suprême Numéros 15-16 mars 2020 p. 225. V aussi Revue de la Commande Publique N°42, Mars - Avril 2025 p.56. L'augmentation des cyberattaques et des risques de fuite de données sensibles impose la mise en place d'une infrastructure numérique robuste et résiliente, en accord avec l'ODD 9.

[69] Comme le précise un opérateur économique, ces clés doivent être données aux personnes qui disposent des bonnes délégations, celle qui a le mandat de délégation de pouvoir. Or, il arrive parfois chez certains acheteurs ou certaines entreprises que la signature électronique soit utilisée par une autre personne que son titulaire. V Chaire DCP, Rapport sur la digitalisation de la commande publique, 2023.p.135.

[70] Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques art 36 para. 3 : les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent.

[71] Ibid. Art. 42. – Sans préjudice des dispositions en vigueur, une signature électronique créée par un dispositif sécurisé que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et qui repose sur un certificat numérique est admise comme signature au même titre que la signature.

[72] Parfois, le juge n'accorde pas de force probante suffisante à une attestation produite par une gestionnaire de plateforme. C'est notamment le cas, quand le juge en cours d'instruction a invité le requérant à produire un extrait du journal de la plateforme. JURISPRUDENCE Tribunal administratif de Paris, 29 octobre 2013, req. n° 1314372

« Considérant que la société GSI Progiels soutient que le XXX n'a pas informé les candidats que la dernière version de Java était provisoirement incompatible avec la plateforme de dématérialisation de la mairie de Paris ; qu'invité par le juge des référés à répondre à ce moyen en produisant un extrait du journal de la plateforme où figureraient le jour et l'heure

auxquels le message d'alerte informant les utilisateurs a été émis puis enlevé, ainsi que l'emplacement réservé à cette information, le XXX n'a été en mesure de produire qu'une simple attestation d'Atexo, opérateur de la plateforme, assurant que le message d'alerte a été mis en ligne sur la page d'accueil entre le 12 et le 25 septembre 2013 ; que la société requérante est fondée à soutenir que cette attestation, alors que le XXX, à qui incombe en la matière la charge de la preuve, pouvait se justifier en produisant des éléments incontestables, ne présente pas un caractère suffisamment probant ; », Niels Bernardini, Pierre-Manuel Cloix, Dématérialisation de la commande publique, Editeur : Le Moniteur, 2020.p.165.

[73] Ibid.p. 167.

[74] Tribunal administratif de Limoges, 15 novembre 2010, req. n° 1001569.

[75] Tribunal administratif de Dijon, 30 juin 2011, req. n° 1101397 ; Tribunal administratif de Bordeaux, 30 mars 2011, req. n° 1100972.

[76] ARCOP, Décision n° 033/ARCOP/CRD/2020 ; ARCOP, Décision n° 021/ARCOP/CRD/2018 ; ARCOP, Décision n° 012/ARCOP/CRD/2021.

[77] La réception d'un simple e-mail pourrait suffire à faire courir un tel délai, mais un enquêteur souligne le manque de fiabilité des courriels dont la réception peut être contestée, quid d'un e-mail arrivé dans les spam. Selon un opérateur économique : « Pour les ordres de service dématérialisés, il y a des solutions adaptées (docaposte). Il faut qu'on ait la date certaine de la réception de l'ordre de service, il faut donc que le logiciel soit adapté. Il faut savoir à quelle date il a été reçu. Est-ce que par mail ça suffit ? La question est le début du délai de réserve à partir de la date certaine de réception (15 jours). Le fait de ne pas ouvrir le document fait-il courir le délai ou pas ? L'idée est que dans la communication, il faut raisonner comme si c'était des LRAR ». Chaire DCP, Rapport sur la digitalisation de la commande publique, 2023.p.189.

[78] S. SAMB, le-droit-de-la-commande-publique-en-Afrique-noire- francophone, thèse Université Bordeaux 2015. p.637.

[79] Cette approximation trouve son expression à trois niveaux. La première indétermination résulte du fait que la réglementation qui vise indistinctement les deux formes de sanctionne ne permet, en aucune manière, d'isoler les fautes devant justifier l'application d'exclusions temporaires de celles qui requièrent l'administration de pénalités. Dans ces conditions, le CRD dispose d'une énorme liberté d'appréciation qui installe les acteurs dans une sorte d'imprévisibilité et de vulnérabilité manifeste. Ainsi, en cas de méconnaissance de la réglementation, l'application d'une sanction reste pour l'agent indécidable la seule certitude, sa nature administrative ou financière et son degré de gravité ne pouvant résulter d'aucun élément positif.

Au demeurant, la sanction pécuniaire représente une alternative sérieuse à la sanction purement administrative qui apparaît peu efficace dans certaines circonstances.

[80] V Bulletin d'Information de la Cour suprême Numéros 15-16 mars 2020.

[81] Une même offre peut être rejetée au Burkina Faso et être déclarée conforme pour l'essentiel au Sénégal. V S. SAMB, le-droit-de-la-commande-publique-en-Afrique-noire- francophone, thèse Université Bordeaux 2015. Précité. p. 464.

[82] Le recours porté devant la Cour suprême n'est pas suspensif au sens de l'article 21 du décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP et l'article 12 de la Directive UEMOA sur le contrôle des marchés publics aux termes énonçant que le recours juridictionnel contre les décisions rendues par les autorités de recours non juridictionnel (CRD) n'a pas d'effet suspensif.

[83] BOCKEL (A), « Le juge et l'administration en Afrique noire francophone », *Annales africaines*, 1971, p. 9. BOCKEL (A), « Le contrôle juridictionnel de l'administration », in *Les institutions administratives des États francophones d'Afrique noire* (sous la direction de G. Conac), P. Economica, 1979, p. 197. ; Actes du 2e colloque de la RIPAS sur le contrôle de l'administration au Sénégal, RIPAS n°15, janvier-décembre 1986, 386 p.

[84] « Le juge ne peut pas adresser des injonctions à l'administration. Il ne peut pas la condamner directement ou sous astreinte à une obligation de faire ou de ne pas faire ». D'ailleurs le principe de l'interdiction de l'utilisation de la contrainte contre la puissance publique a été affirmé déjà en 1889 par le tribunal des conflits dans son arrêt « Association syndicale du Canal de Gignac ».

[85] il arrive souvent que la Cour rende une décision d'annulation contre un acte administratif alors que celui-ci a été entretemps entièrement exécuté.

C'est le cas souvent :

- dans le contentieux des libertés publics, avec les décisions d'interdiction de marché déferées devant le juge administratif. À titre d'illustration on peut citer l'exemple de l'arrêt Amnesty International Sénégal du 9 juin 2016, par lequel, la Cour suprême a annulé un arrêté du préfet interdisant une manifestation sur la voie publique pour risque de troubles à l'ordre public, au motif que l'autorité administrative n'avait pas établi l'absence de mesures alternatives à l'interdiction. Cette décision remarquable n'aura eu malheureusement qu'une valeur symbolique ou tout au plus pédagogique, vu que la Cour s'est prononcée plus d'un an après la date à laquelle la marche était programmée.

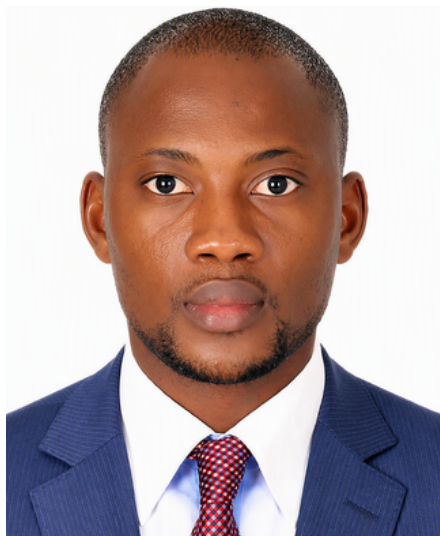
[86] RICHER (Laurent), LICHÈRE (François), *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2021, p. 85-88, sur la formation et la compétence des acteurs dans la

dématérialisation.

[87] Ainsi, plus le juge a des connaissances techniques, plus il peut avancer dans le contrôle d'opportunité des décisions de l'autorité de régulation sectorielle. V Canivet Guy, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », p.192.

[88] Amadou Niokhor MBENGUE, La régulation de l'économie numérique au Sénégal : la convergence des télécommunications et de l'audiovisuel, mémoire Université de Montréal juin 2016.p. résumé.

[89] Tribunal administratif de Paris, 29 octobre 2013, req. n° 1314372.



L'INTERNATIONALISATION DES MARCHÉS PUBLICS DANS L'UEMOA ET LA CEMAC : ENTRE STANDARDISATION NORMATIVE ET RECOMPOSITION DE LA SOUVERAINETÉ JURIDIQUE

N'GOU Djama

Docteur en Droit Public-Université Félix Houphouët-Boigny
(U.FHB), Abidjan, Côte d'Ivoire

Le droit des marchés publics, longtemps appréhendé dans une logique strictement nationale, connaît aujourd'hui une transformation profonde sous l'effet combiné de la mondialisation économique et des dynamiques d'intégration régionale[1]. Cette mutation est caractérisée par une diversification des sources du droit des marchés publics, fruit de l'abandon de l'approche monopolistique consistant à faire des États les seuls producteurs des règles applicables aux marchés publics. Désormais, ceux-ci partagent cette fonction normative avec des organisations internationales, des organisations communautaires, des juridictions supranationales ainsi que des institutions financières internationales[2]. Comme le souligne Jean-Bernard Auby, l'internationalisation du droit administratif participe à une redéfinition des catégories juridiques classiques et des sources normatives[3]. Dans cette perspective, les marchés publics apparaissent comme un vecteur privilégié de diffusion des standards internationaux de gouvernance économique[4]. Les exigences de transparence, d'égalité de traitement des candidats, de libre concurrence, d'efficacité économique et de bonne gouvernance telles que promues par les instruments internationaux, notamment la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) ou encore les règles de passation des marchés des institutions financières internationales, irriguent désormais les législations nationales et communautaires. L'internationalisation du droit de la commande publique ne résulte donc plus uniquement de l'adoption de conventions internationales, mais également de la diffusion de standards normatifs qui transcendent les frontières étatiques.

La réforme des marchés publics engagée dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) et dans la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique

Centrale (CEMAC) s'inscrit dans cette dynamique de standardisation de la réglementation de la commande publique[5]. Au sein de ces deux organisations régionales africaines, l'internationalisation du droit des marchés publics se traduit par l'adoption de textes communautaires inspirés de standards internationaux[6]. Ces textes communautaires ont été adoptés dans l'optique d'une amélioration de la gestion des finances publiques et d'un renforcement du marché commun au sein des espaces UEMOA et CEMAC. Ils s'inscrivent également dans une logique d'attractivité des investissements étrangers et d'intégration des économies nationales dans le commerce international[7].

Toutefois, dans ces deux espaces communautaires, l'internationalisation des règles de marchés publics prend des formes différenciées. Tandis que l'UEMOA privilégie une logique d'harmonisation fondée sur l'utilisation de directives, laissant aux États une marge d'adaptation, la CEMAC opte pour une uniformisation normative reposant sur des règlements directement applicables[8]. Ces deux modèles traduisent des conceptions distinctes de l'intégration juridique et révèlent des modalités différentes d'appropriation de l'internationalisation du droit.

La doctrine s'est largement intéressée aux transformations contemporaines du droit administratif sous l'effet de la mondialisation. Jean-Bernard Auby met ainsi en évidence l'émergence d'un droit administratif global marqué par la multiplication des sources normatives[9]. Mireille Delmas-Marty insiste, pour sa part, sur le pluralisme juridique résultant de la circulation des modèles normatifs entre les différents ordres juridiques[10]. Dani Rodrik souligne, en revanche, les tensions que la mondialisation fait peser sur la souveraineté des États[11]. Si ces analyses éclairent utilement les mécanismes généraux de l'internationalisation du droit, elles abordent rarement la manière dont ce phénomène transforme spécifiquement le droit des marchés publics dans les espaces

communautaires UEMOA et CEMAC. De même, la réforme de la commande publique engagée dans ces deux espaces communautaires porte principalement sur la mise en cohérence des procédures ou sur la gouvernance, sans analyser de manière approfondie les interactions entre standards internationaux, intégration communautaire et recomposition de la souveraineté juridique.

L'intérêt scientifique de la présente étude réside précisément dans l'analyse de cette articulation. En effet, l'internationalisation des marchés publics ne saurait être réduite à une simple réception de normes extérieures. Elle participe d'une recomposition plus profonde des mécanismes de production normative et des modalités d'exercice de la souveraineté des États. Les normes internationales sont désormais relayées par les organisations communautaires, tandis que les accords de financement conclus avec les bailleurs de fonds internationaux imposent également des exigences techniques et procédurales qui influencent directement la pratique des marchés publics dans les États membres de l'UEMOA et de la CEMAC. Il en résulte un ordre juridique pluraliste au sein duquel les normes nationales, communautaires et internationales interagissent en permanence.

L'internationalisation des marchés publics interroge directement la souveraineté juridique des États[12]. La question centrale de cette étude peut dès lors être formulée ainsi : dans quelle mesure l'action conjuguée des standards universels, des organisations d'intégration régionale et des institutions financières internationales induit-elle une recomposition de la souveraineté juridique des États membres de l'UEMOA et de la CEMAC ?

L'hypothèse défendue est que l'internationalisation des marchés publics ne consacre pas l'annihilation de la souveraineté juridique des États, mais en opère une transformation de ses modalités d'exercice. Les États préservent leur compétence normative de principe, mais celle-ci s'exerce désormais dans un environnement marqué par la coexistence et l'interdépendance de plusieurs ordres juridiques. La souveraineté apparaît ainsi moins comme un pouvoir que comme une compétence partagée et coordonnée au sein d'un espace juridique pluraliste.

Afin de vérifier cette hypothèse, la présente étude privilégie une démarche combinant l'analyse juridique formelle et le droit comparé. Elle repose sur l'examen des instruments juridiques internationaux élaborés par la CNUDCI, l'OMC, l'OCDE et les institutions financières internationales, des textes communautaires de l'UEMOA et de la CEMAC, des législations nationales ainsi que de la doctrine spécialisée. Cette approche permet d'appréhender l'internationalisation des marchés publics comme un phénomène global dont les manifestations varient selon les mécanismes juridiques retenus par les organisations com-

munautaires africaines. L'analyse sera conduite selon une démarche binaire. Il s'agira, dans un premier temps, de montrer que l'internationalisation des marchés publics se traduit par une emprise normative internationale, résultant de la diffusion des standards internationaux et de l'influence exercée par les bailleurs de fonds sur les systèmes nationaux de commande publique. Dans un second temps, il sera démontré que cette internationalisation se prolonge au sein des espaces communautaires par une recomposition des cadres juridiques régionaux, marquée par une harmonisation flexible dans l'UEMOA et une uniformisation plus contraignante dans la CEMAC, révélant ainsi les nouvelles formes d'exercice de la souveraineté juridique.

I. L'EMPRISE NORMATIVE INTERNATIONALE ENTRE DIFFUSION DE PRINCIPES INTERNATIONAUX ET DÉPENDANCE JURIDIQUE

L'internationalisation des marchés publics se manifeste avant tout par l'influence croissante des normes élaborées au niveau international. Ce processus ne se limite pas à la simple diffusion de standards communs et à l'uniformisation des pratiques ; il génère parallèlement une dépendance normative qui interroge l'autonomie décisionnelle des États membres de l'UEMOA et de la CEMAC. Dès lors, l'analyse de cette emprise suppose d'examiner, à la fois, la diffusion des principes internationaux dans les systèmes nationaux de marchés publics et le rôle structurant des bailleurs de fonds, vecteurs d'une supranationalisation fonctionnelle.

A. La diffusion des principes internationaux : reflet d'une internationalisation du droit de la commande publique

Les organisations internationales, à l'instar de la CNUDCI, de l'OMC et de l'OCDE, élaborent un corpus de principes directeurs destinés à promouvoir une gestion plus transparente, concurrentielle et efficiente de la commande publique. L'intégration substantielle de ces standards au sein des réformes normatives portées par l'UEMOA et la CEMAC constitue le reflet d'une internationalisation de la commande publique, marquée par la consécration transnationale de principes directeurs et par une modernisation structurelle des procédures, notamment à travers l'impulsion de la dématérialisation.

1. La consécration transnationale des principes fondamentaux

Les principes de transparence, d'égalité de traitement et de concurrence constituent aujourd'hui un socle normatif universel[13]. Leur consécration s'inscrit dans le cadre du

droit du commerce international, notamment à travers l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce[14]. Ces principes visent à garantir un accès non discriminatoire à la commande publique et à encadrer les pratiques étatiques en matière d'achats publics. Dans les espaces UEMOA et CEMAC, ils ont été expressément intégrés dans les instruments juridiques régissant les marchés publics[15]. Cette convergence normative traduit une volonté d'harmonisation et d'alignement sur les standards internationaux[16].

Au niveau communautaire, l'UEMOA a consacré ces principes dans sa Directive n°04/2005/CM/UEMOA relative aux procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics[17]. De même, la CEMAC a adopté un règlement communautaire relatif aux marchés publics qui reprend ces exigences fondamentales[18]. Ces instruments imposent aux États membres de respecter des règles garantissant la transparence des procédures et l'égalité d'accès à la commande publique. Ils participent ainsi à la rationalisation de la dépense publique et à l'amélioration de la gouvernance économique. Cette convergence normative traduit l'émergence d'une normativité globale de la commande publique, dans laquelle les standards internationaux deviennent des critères d'évaluation des systèmes nationaux. À cet égard, l'outil MAPS (Methodology for Assessing Procurement Systems), développé sous l'égide de l'OCDE, constitue un instrument de mesure de la conformité des systèmes nationaux à ces standards[19].

Toutefois, la consécration transnationale de ces principes n'est pas exempte de limites. Leur application uniforme peut restreindre la capacité des États à mettre en œuvre des politiques économiques favorables aux entreprises nationales. En particulier, les exigences de mise en concurrence peuvent entrer en tension avec des objectifs de développement local ou de préférence nationale. Comme le souligne Dani RODRIK, la mondialisation économique impose souvent des contraintes aux politiques publiques nationales[20]. Dès lors, l'enjeu réside dans la recherche d'un équilibre entre l'universalisation des principes et la préservation des marges de manœuvre des États. Cette articulation constitue un défi majeur pour les systèmes juridiques des espaces UEMOA et CEMAC.

Ainsi, la consécration transnationale des principes fondamentaux ne saurait être appréhendée comme une simple harmonisation formelle des normes juridiques. Elle constitue également le point d'ancrage d'une transformation plus profonde des mécanismes de gestion de la commande publique. En effet, l'internalisation de ces principes par les systèmes juridiques nationaux et communautaires appelle nécessairement une adaptation des procédures de passation et de contrôle des marchés publics. L'enjeu ne réside plus seulement dans l'affirmation de standards communs, mais

dans leur traduction opérationnelle au sein des pratiques administratives. C'est dans cette perspective que s'inscrit la dynamique de réforme procédurale impulsée par les influences internationales, conduisant à une modernisation progressive des dispositifs de passation des marchés publics à travers l'impulsion de la dématérialisation.

2. La modernisation procédurale sous l'influence internationale à travers la dématérialisation

L'internationalisation des marchés publics se traduit également par une transformation des procédures de passation, orientée vers leur modernisation et leur rationalisation[21]. Cette évolution est largement influencée par les standards promus par les organisations internationales, notamment la Banque mondiale[22], l'OCDE[23], la CNUDCI[24] et l'OMC[25]. L'introduction de la dématérialisation des procédures constitue à cet égard une innovation majeure dans la gestion de la commande publique[26]. Elle permet de renforcer la transparence, de réduire les délais et de limiter les risques de corruption dans les processus d'attribution. Ainsi, la modernisation procédurale s'inscrit dans une dynamique plus large de réforme de l'action publique.

Cette mutation s'accompagne du développement de la gouvernance électronique, qui transforme en profondeur les pratiques administratives liées aux marchés publics[27]. La numérisation des procédures favorise un meilleur accès à l'information et une participation accrue des opérateurs économiques. Elle contribue également à la traçabilité des opérations et à l'amélioration du contrôle des procédures de passation[28]. Dans les espaces UEMOA et CEMAC, cette orientation est progressivement intégrée dans les réformes des systèmes nationaux de marchés publics[29].

La dématérialisation des marchés publics est unanimement reconnue comme un moyen permettant d'améliorer la modernisation et l'efficacité de la commande publique. En privilégiant le recours aux communications électroniques, les autorités contractantes pourront réduire considérablement le délai de passation de marchés publics[30].

Cependant, cette modernisation procédurale se heurte à des contraintes importantes, notamment en termes de capacités techniques et institutionnelles. Dans plusieurs États membres, les infrastructures numériques restent insuffisantes pour garantir une mise en œuvre effective des dispositifs de dématérialisation. En outre, les ressources humaines et les compétences techniques nécessaires à la gestion de ces outils font parfois défaut.

Dès lors, l'adoption de standards internationaux ne suffit pas à assurer, à elle seule, une amélioration des performances des systèmes de marchés publics. Dans ce contexte, la modernisation procédurale apparaît indissociable du rôle croissant des acteurs externes dans le financement et l'enca-

drement des réformes, ouvrant ainsi la voie à une analyse de la supranationalisation fonctionnelle.

B. La supranationalisation fonctionnelle : le rôle structurant des bailleurs de fonds internationaux

L'internationalisation des marchés publics ne résulte pas uniquement de la diffusion de normes générales. Elle s'appuie également sur les mécanismes de financement international, par lesquels les bailleurs de fonds influencent directement les règles applicables aux projets qu'ils financent. Cette influence s'exprime à travers la primauté des accords de financement ainsi que par l'encadrement technique des procédures de passation des marchés.

1. La primauté des accords de financement

Au-delà des principes généraux, l'internationalisation des marchés publics se manifeste de manière concrète à travers les mécanismes de financement extérieur[31]. Les bailleurs de fonds internationaux, tels que la Banque mondiale ou la Banque africaine de développement, jouent un rôle déterminant dans la structuration des règles applicables à la commande publique[32]. Cette influence s'exerce principalement à travers les accords de financement conclus avec les États bénéficiaires. Ces instruments juridiques encadrent non seulement les conditions d'octroi des ressources financières, mais également les modalités de leur utilisation. Ils constituent ainsi un vecteur essentiel de diffusion de normes internationales en matière de marchés publics.

Les accords de financement prévoient généralement la primauté des règles qu'ils contiennent sur les normes internes applicables dans les États emprunteurs[33]. Cette primauté se traduit par l'obligation pour les autorités nationales de se conformer aux procédures définies par les bailleurs, notamment en matière de passation et d'exécution des marchés. Elle s'inscrit dans une logique de sécurisation des financements et de garantie de leur bonne utilisation. En acceptant ces conditions, les États consentent à une limitation encadrée de leur autonomie normative. Cette situation traduit une forme de contractualisation de la souveraineté, fondée sur un échange entre ressources financières et contraintes juridiques. Les accords de financement constituent une convention juridiquement contraignante entre le bailleur de fonds et l'État emprunteur, revêtant pour ce dernier un caractère impératif[34].

La primauté des accords de financement sur les législations nationales soulève d'importantes interrogations quant à l'effectivité de la souveraineté des États. En limitant la faculté des autorités nationales à appliquer leur propre droit des marchés publics, ce phénomène consacre une « supranationalisation fonctionnelle » où la norme externe

s'impose par le biais de la conditionnalité financière. Cette évolution érode la centralité étatique dans la production normative, déplaçant l'enjeu de la simple hiérarchie des normes vers les modalités opérationnelles dictées par les bailleurs de fonds.

Ces derniers exercent une influence déterminante en imposant des procédures rigoureuses, des objectifs ciblés et des indicateurs de performance stricts. Bien que précédés de phases de négociation, les accords de financement reflètent principalement les conclusions des missions d'évaluation du bailleur. Le texte final qui en résulte s'érige en norme fondamentale, régissant l'intégralité du cycle de vie du projet. En conséquence, tout acte accompli en violation de ces dispositions conventionnelles est frappé de nullité absolue, entraînant fréquemment la suspension irrémédiable des décaissements.

Ainsi, la primauté des accords de financement ne constitue qu'une première manifestation de l'influence des bailleurs de fonds sur les systèmes nationaux de marchés publics. Au-delà de cette contrainte juridique, leur intervention se prolonge à travers un encadrement technique plus précis des procédures. En effet, les institutions financières internationales ne se contentent pas d'imposer des règles générales, mais définissent également les modalités opérationnelles de leur mise en œuvre. Cette évolution témoigne d'un approfondissement de la supranationalisation fonctionnelle du droit de la commande publique. Elle conduit dès lors à s'interroger sur le rôle structurant des règlements et procédures de passation de marchés des bailleurs dans la transformation des pratiques administratives.

2. L'encadrement technique par les règlements et procédures de passation des marchés des bailleurs

Au-delà des accords de financement, l'influence des bailleurs de fonds se manifeste à travers l'édiction de règlements et procédures techniques encadrant la passation et l'exécution des marchés publics[35]. Ces instruments précisent de manière détaillée les règles applicables aux différentes étapes du processus d'acquisition, depuis la passation jusqu'à l'exécution des marchés. Ils imposent notamment des exigences en matière de planification, de publicité, de mise en concurrence et d'évaluation des offres[36]. Ils prévoient également la mise en œuvre d'une stratégie de passation des marchés et l'élaboration d'un plan de gestion des contrats[37]. Cette normalisation technique vise à garantir la transparence, l'efficacité et l'intégrité dans l'utilisation des ressources financières. Elle contribue ainsi à diffuser des standards internationaux au sein des systèmes juridiques nationaux.

Les règles et procédures de passation de la Banque mondiale constituent aujourd'hui un référentiel incontournable en matière de commande publique.

Elles encadrent non seulement les procédures, mais également les outils utilisés, tels que les dossiers types d'appel d'offres, les guides d'utilisation de ces dossiers et les méthodes d'évaluation. Leur application est souvent une condition préalable au décaissement des financements accordés aux États bénéficiaires. En ce sens, elles exercent une contrainte normative indirecte mais particulièrement efficace. Cette situation renforce l'harmonisation des pratiques, tout en contribuant à la professionnalisation des acteurs de la commande publique.

Cependant, cet encadrement technique n'est pas exempt de critiques, notamment en raison de son caractère exogène. Les standards imposés ne tiennent pas toujours compte des spécificités économiques, institutionnelles et sociales des États concernés. Ils peuvent ainsi être perçus comme des instruments de diffusion de modèles juridiques extérieurs, voire comme des vecteurs de domination normative[38]. En outre, leur complexité technique peut constituer un obstacle à leur appropriation effective par les administrations nationales. Dès lors, l'influence des bailleurs révèle une tension persistante entre les exigences d'efficacité procédurale et la préservation de la souveraineté juridique des États.

L'imposition de procédures par les bailleurs de fonds, souvent déconnectées des réalités socio-économiques locales, engendre des conséquences préjudiciables sur l'efficacité des politiques de développement[39]. La méconnaissance ou la complexité de ces règles exogènes ralentissent significativement l'exécution des projets et programmes[40]. Par ailleurs, la subordination des décisions d'attribution de marchés à la validation préalable (avis de non-objection)[41] des instances internationales fragilise la crédibilité des institutions nationales de régulation. Dans l'espoir de renforcer la confiance des partenaires et de sécuriser les flux de capitaux, les États sont ainsi contraints de procéder à une refonte de leurs cadres juridiques et institutionnels, se soumettant à une forme de dépendance normative qui questionne l'autonomie de leur gouvernance publique[42]. Si les États utilisent ces standards internationaux pour "tirer leur droit national vers le haut", ce mimétisme législatif finit par étouffer leur propre capacité de création juridique, remplaçant l'innovation locale par une conformité passive[43].

L'examen de l'emprise normative internationale révèle une dynamique ambivalente, où la diffusion de standards universels s'accompagne d'une reconfiguration subtile des rapports de souveraineté. En structurant à la fois les principes, les procédures et les mécanismes de financement, l'internationalisation des marchés publics ne se contente pas d'harmoniser les pratiques : elle redessine les conditions mêmes d'exercice de la compétence normative des États. Cette influence, à la fois diffuse et contraignante, ne s'épuise toutefois pas dans une logique strictement externe. Elle trou-

-ve des prolongements et des recompositions au sein des espaces communautaires, où s'élaborent des formes spécifiques d'intégration juridique. Dès lors, l'analyse doit être déplacée vers ces cadres régionaux, afin de saisir les modalités selon lesquelles l'internationalisation est réappropriée, infléchie, voire contestée par les États eux-mêmes.

II. LA RECOMPOSITION COMMUNAUTAIRE : ENTRE INTÉGRATION JURIDIQUE ET RÉSISTANCES NATIONALES

L'influence des normes internationales se prolonge dans les organisations communautaires africaines, qui assurent leur réception selon des techniques juridiques différentes. Si l'objectif demeure le renforcement de l'intégration régionale, les instruments retenus révèlent des conceptions distinctes des rapports entre intégration et souveraineté. Cette recomposition sera étudiée à travers le modèle d'harmonisation retenu par l'UEMOA et le processus d'uniformisation développé par la CEMAC.

A. L'harmonisation dans l'UEMOA : une intégration juridique flexible

L'UEMOA a opté pour une approche fondée sur l'harmonisation des législations nationales, traduisant une conception pragmatique et progressive de l'intégration juridique[44]. L'architecture juridique de cette harmonisation repose sur un instrument central : la directive. Celle-ci constitue le vecteur privilégié d'une intégration graduelle, fondée sur l'adhésion des États plutôt que sur la contrainte[45]. Elle permet d'articuler les objectifs communautaires avec les réalités nationales. À ce titre, elle occupe une place structurante dans le dispositif normatif de l'UEMOA. Il convient dès lors d'en analyser la portée en tant qu'instrument d'intégration.

1. La directive comme instrument d'intégration

Dans l'espace UEMOA, la directive s'impose comme l'instrument juridique principal de l'harmonisation des législations nationales[46]. Elle fixe aux États membres des objectifs à atteindre, tout en leur laissant le choix des moyens pour y parvenir. Cette technique normative permet de préserver une certaine autonomie des ordres juridiques internes. Elle s'inscrit dans une logique d'intégration progressive, adaptée aux spécificités des États membres. Ainsi, la directive constitue un outil de conciliation entre intégration régionale et souveraineté nationale.

L'utilisation de la directive favorise une appropriation différenciée des normes communautaires. Elle permet aux États d'adapter les règles aux contraintes économiques, administratives et institutionnelles qui leur sont propres[47].

En matière de marchés publics, les Directives n°04/2005/CM/UEMOA et n°05/2005/CM/UEMOA illustrent cette approche souple de l'intégration. La première consacre les principes fondamentaux de la passation des marchés publics ; à savoir : l'économie et l'efficacité du processus d'acquisition, le libre accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures[48]. Elle consacre, également, le principe spécifique de la dématérialisation des procédures, qui implique la passation des marchés par la voie électronique. La directive n° 05/2005/CM/UEMOA, quant à elle, pose le principe de la séparation des fonctions de contrôle et de régulation[49].

Avec ces deux textes communautaires, l'intégration juridique s'opère par des normes dont le support et la procédure d'adoption sont choisis par les différentes parties prenantes. Elle laisse donc libre cours à la doctrine dualiste selon laquelle une règle internationale ne peut avoir d'effet que si elle a été au préalable incorporée dans une législation nationale[50]. Les États membres disposent ainsi d'une marge d'appréciation dans l'organisation de leurs systèmes de passation. Cette flexibilité contribue à faciliter la mise en œuvre des réformes au niveau national.

Cependant, cette souplesse normative comporte également des limites. Elle peut engendrer des divergences dans la transposition et l'application des normes communautaires. Ces écarts compromettent parfois la cohérence du cadre juridique au sein de l'espace UEMOA. Ils posent également la question de l'effectivité réelle de l'intégration juridique. Dès lors, la directive apparaît comme un instrument ambivalent, oscillant entre harmonisation et fragmentation.

Si la directive constitue le vecteur privilégié de l'intégration juridique au sein de l'UEMOA, son analyse ne saurait se limiter à sa dimension instrumentale. Encore faut-il en apprécier les effets concrets sur les systèmes juridiques nationaux. En effet, la marge de manœuvre laissée aux États produit des résultats différenciés dans la mise en œuvre des normes communautaires. Cette variabilité interroge la portée réelle du processus d'harmonisation. Elle conduit ainsi à examiner les dynamiques de réception de la directive dans les ordres juridiques internes.

2.La portée différenciée de la directive : entre convergence normative et résistances étatiques

L'harmonisation impulsée par les Directives n° 04/2005/CM/UEMOA et n° 05/2005/CM/UEMOA a engendré une convergence graduelle des cadres nationaux de la commande publique. Par la diffusion de standards de transparence et de concurrence, ces textes ont jeté les bases d'une intégration juridique régionale. Toutefois, la nature juridique de la directive, traditionnellement définie par l'obligation de résultat[51], subit ici une mutation fonction-

-nelle notable.

Si elle laisse aux États la liberté des moyens, la directive tend, dès lors qu'elle revêt un caractère clair et inconditionnel, à enserrer étroitement la compétence nationale. Lorsque la norme communautaire précise avec exhaustivité le contenu de la règle à édicter, l'autonomie de transposition s'efface au profit d'une obligation de reproduction quasi servile du texte, limitant de facto la marge de manœuvre des législateurs internes. La Directive n° 04/2005 précitée illustre cette tendance : en fixant de manière limitative les conditions de recours à l'appel d'offres restreint et à la procédure d'entente directe, elle contraint les États à une velléité de modulation nationale[52]. Cette rigueur textuelle transforme la directive en un instrument de discipline normative, où la souplesse théorique cède le pas à une standardisation impérative. Une telle configuration réduit certes les disparités, mais elle cristallise également des résistances lorsque les spécificités institutionnelles des États se heurtent à cette rigidité communautaire.

En pratique, la réception de ces normes demeure toutefois asymétrique. Certains États s'inscrivent dans une transposition rigoureuse, tandis que d'autres manifestent des velléités de résistance par des adaptations périphériques ou des inerties calendaires. Cette hétérogénéité pose avec acuité la question de l'équivalence des protections au sein de l'Union. Dans cette perspective, l'inexécution ou l'application divergente d'une norme communautaire par un État membre appelle nécessairement l'activation des principes de réciprocité ou de reconnaissance mutuelle, afin de garantir que les opérateurs économiques ne pâtissent pas d'une fragmentation de l'espace juridique.

Par ailleurs, ces divergences révèlent la persistance de réflexes souverainistes dans un secteur aussi stratégique que les marchés publics. En tentant de préserver des prérogatives de puissance publique, les États soulignent les apories d'une intégration reposant sur la seule coordination. La directive apparaît ainsi comme un instrument en tension, oscillant entre la souplesse de l'harmonisation et l'exigence d'une sécurité juridique globale. Cette situation met en exergue les limites intrinsèques d'un modèle de coopération et invite, par contraste, à analyser la logique d'uniformisation contraignante privilégiée par la CEMAC.

B. L'uniformisation dans la CEMAC : une intégration juridique contraignante

À la différence de l'UEMOA, la CEMAC a privilégié une approche fondée sur l'uniformisation des règles juridiques, traduisant une conception plus intégrative et centralisée du droit communautaire[53]. Ce choix repose sur un instrument juridique central : le règlement communautaire. Il tend à assurer une plus grande homogénéité normative, tout en réduisant les marges d'intervention des États membres. Cette

uniformisation sur l'exercice de la souveraineté juridique.

1. Le règlement comme instrument d'unification

Dans l'espace CEMAC, le règlement constitue l'instrument privilégié de l'intégration juridique par uniformisation. Il présente la particularité de s'appliquer directement dans les ordres juridiques nationaux, sans nécessiter de mesures de transposition, excluant ainsi l'intervention du législateur national. Cette applicabilité immédiate garantit une mise en œuvre rapide et homogène des normes communautaires. Elle permet d'éviter les divergences liées aux adaptations nationales. Ainsi, le règlement s'affirme comme un outil puissant d'unification juridique[54].

Le Règlement n°09/24-UEAC-001-CM-SE du 16 juillet 2024 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics de la CEMAC illustre cette volonté d'uniformisation[55]. Ce texte établit un cadre juridique commun applicable à l'ensemble des États membres de ladite communauté. Il fixe des règles précises en matière de passation, d'exécution et de contrôle des marchés publics. Son application directe renforce la cohérence du droit applicable dans l'espace communautaire. Elle contribue également à améliorer la lisibilité du cadre juridique pour les opérateurs économiques.

Cette approche présente des avantages significatifs en termes de sécurité juridique. Elle garantit une égalité de traitement des opérateurs sur l'ensemble du territoire communautaire. Elle facilite également le contrôle et l'évaluation des pratiques administratives. En ce sens, le règlement constitue un instrument efficace de rationalisation des systèmes de marchés publics. Toutefois, cette efficacité repose sur une uniformité qui peut parfois se heurter aux réalités nationales.

Si le règlement apparaît comme un instrument particulièrement efficace d'unification normative, son applicabilité immédiate ne garantit pas pour autant une adéquation parfaite aux contextes nationaux. En effet, l'uniformité des règles peut entrer en tension avec la diversité des situations économiques et institutionnelles. Cette rigidité normative soulève des interrogations quant à la capacité des États à s'approprier pleinement les normes communautaires. Elle invite ainsi à examiner les limites inhérentes à cette modalité d'intégration. Dès lors, l'analyse doit être prolongée par l'étude des contraintes et des résistances qu'engendre l'uniformisation.

2. Les tensions structurelles de l'uniformisation : entre unité normative et contraintes d'adaptation

L'uniformisation des règles juridiques, bien qu'efficace en termes de cohérence normative, peut apparaître inadaptée aux réalités nationales. Les États membres de la CEMAC présentent des niveaux de développement économique et

institutionnel hétérogènes[56]. L'application uniforme de règles identiques peut ainsi produire des effets différenciés selon les contextes nationaux. Cette situation limite la capacité des États à ajuster les normes à leurs besoins spécifiques. Dès lors, l'uniformisation révèle ses limites fonctionnelles.

En outre, la rigidité du règlement restreint les marges de manœuvre des autorités nationales. Les États disposent de peu de latitude pour adapter les règles aux contraintes locales. Cette contrainte peut affecter l'efficacité des politiques publiques en matière de marchés publics. Elle peut également engendrer des difficultés pratiques dans la mise en œuvre des normes. Ainsi, l'uniformisation peut paradoxalement compromettre l'effectivité des règles qu'elle entend renforcer.

Par ailleurs, cette dynamique met en évidence des tensions persistantes entre intégration juridique et souveraineté nationale. Les États peuvent percevoir l'uniformisation comme une remise en cause de leur autonomie normative. Cette perception peut nourrir des résistances, explicites ou implicites, dans l'application des normes communautaires. Elle révèle les limites d'une intégration fondée sur la contrainte juridique. Dès lors, l'uniformisation apparaît comme un modèle puissant mais contesté d'intégration régionale.

CONCLUSION

L'internationalisation des marchés publics dans les espaces UEMOA et CEMAC met en lumière une recomposition profonde des cadres juridiques de la commande publique, à la croisée des influences globales et des dynamiques régionales[57]. Loin de se réduire à une simple diffusion de standards techniques, elle traduit une transformation structurelle des modes de production du droit, marquée par l'intervention croissante d'acteurs internationaux et communautaires[58]. Cette évolution révèle un déplacement du centre de gravité normatif, désormais partagé entre les États, les organisations internationales et les institutions régionales. Elle consacre ainsi l'émergence d'un droit des marchés publics caractérisé par un pluralisme normatif et une imbrication des sources. Une telle configuration invite à repenser les catégories classiques du droit public, notamment celles relatives à la souveraineté juridique.

L'analyse a permis de mettre en évidence une double dynamique structurante. D'une part, l'emprise normative internationale se manifeste par la diffusion de principes universels, la modernisation des procédures et l'intervention des bailleurs de fonds, contribuant à une standardisation progressive des pratiques juridiques[59]. D'autre part, la recomposition communautaire révèle des modalités différenciées d'intégration, oscillant entre l'harmonisation

souple de l'UEMOA et l'uniformisation contraignante de la CEMAC[60]. Ces deux modèles traduisent des conceptions distinctes du rapport entre intégration et souveraineté. Toutefois, ils se heurtent à des résistances nationales persistantes, qui influencent la mise en œuvre effective des normes communautaires. Il en résulte un processus d'intégration inachevé, marqué par des tensions entre convergence juridique et autonomie étatique.

Dès lors, l'internationalisation des marchés publics ne saurait être appréhendée uniquement sous l'angle de l'efficacité normative. Elle soulève des enjeux fondamentaux relatifs à la capacité des États à orienter leurs politiques économiques dans un contexte d'interdépendance croissante[61]. Loin d'entraîner une disparition de la souveraineté, elle en consacre une transformation de ses modalités d'exercice, désormais inscrites dans un cadre partagé. Dans cette perspective, l'enjeu réside dans la recherche d'un équilibre entre ouverture internationale et maîtrise des choix normatifs. Cet équilibre suppose une appropriation active des normes externes par les États. Il conditionne l'émergence d'un modèle africain de régulation des marchés publics, adapté aux réalités locales.

Enfin, cette réflexion ouvre des perspectives de recherche relatives aux mécanismes d'appropriation des normes internationales et communautaires par les États africains. Elle conduit également à interroger le rôle des juridictions nationales et communautaires dans la régulation de ce pluralisme normatif. Plus largement, elle pose la question de la construction d'un ordre juridique capable d'articuler efficacité économique et légitimité politique. L'internationalisation des marchés publics apparaît ainsi comme un espace de recomposition du droit, plutôt que comme une simple contrainte extérieure. Elle appelle, en définitive, à une gouvernance juridique renouvelée des économies africaines.

[1] AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010, p. 45 et s.

[2] DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (I) : Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 121.

[3] AUBY (J.-B.), « La globalisation du droit administratif », *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2011, p. 453.

[4] OCDE, *Recommandation du Conseil sur les marchés publics*, Paris, Éditions OCDE, 2015, pp. 4-6.

[5] Décision n° 01/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics des États membres de l'UEMOA, disponible sur le site internet du Réseau Africain de la Commande Publique (RACOP) : <https://appn-racop.org>. Directive n°04/2005/CM/UEMOA relative aux procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, disponible sur le site

internet de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique de la République de Côte d'Ivoire : <https://arcop.ci> ; Règlement n°09/24-UEAC-001-CM-SE du 16 juillet 2024 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics de la Communauté, disponible sur le site internet de la CEMAC : <https://cemac.int>.

[6] Ibid.

[7] RODRIK (D.), *The Globalization Paradox*, New York, W. W. Norton & Company, 2011, p. 190.

[8] ISAAC (G.) et BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, 10e éd., Paris, Sirey, 2012, p. 235 et s.

[9] AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010, p. 45 et s.

[10] DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (I) : Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, pp. 365-370.

[11] RODRIK (D.), *The Globalization Paradox*, New York, W. W. Norton & Company, 2011, p. 190.

[12] RODRIK (D.), *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York, W. W. Norton & Company, 2011, p. 190.

[13] Organisation Mondiale du Commerce (OMC), *Accord sur les marchés publics (AMP)*, 15 avril 1994, révisé le 30 mars 2012, entré en vigueur le 6 avril 2014, Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 1915, p. 104, disponible sur le site internet : <https://www.wto.org>.

[14] Article III de l'AMP de 1994 (révisé en 2012), Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 1915, p. 104, disponible sur le site internet : <https://www.wto.org>.

[15] Article 62 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 relative aux procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, disponible sur le site internet de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique de la République de Côte d'Ivoire : <https://arcop.ci>.

[16] N'GOU (D.), *La réforme de la passation des marchés publics dans l'UEMOA*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Félix Houphouët Boigny, 2018, p.91.

[17] Ibid. articles 1er et 5.

[18] Article 5 du Règlement n°09/24-UEAC-001-CM-SE du 16 juillet 2024 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics de la Communauté (CEMAC), disponible sur le site internet de la CEMAC : <https://cemac.int>.

[19] Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), *Methodology for Assessing Procurement Systems (MAPS)*, version 2018, disponible sur le site internet de l'initiative MAPS : <https://mapsinitiative.org>.

[20] RODRIK (D.), *La mondialisation sur la sellette : plaidoyer pour une économie saine*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2018, p. 29. Voir également : FOLLIOU-LALLIOT (L.), « L'internationalisation du droit des marchés publics », *Revue Internationale de Droit Économique (RIDE)*, 2009/1,

vol. XXIII, pp. 11-42.

[21] OMC, Accord sur les marchés publics (AMP), 15 avril 1994, révisé le 30 mars 2012, entré en vigueur le 6 avril 2014, Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 1915, p. 104, disponible sur le site internet : <https://www.wto.org>.

[22] Banque mondiale, Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs de projets d'investissement, 2016 (révisé en 2023), disponible sur le site internet : <https://www.banquemondiale.org>.

[23] OCDE, Recommandation du Conseil sur les marchés publics, Paris, Éditions OCDE, 18 février 2015.

[24] Voir article 7 de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) sur les marchés publics, 2011, disponible sur le site internet de la CNUDCI : <https://uncitral.un.org>.

[25] Voir article IV de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) de l'OMC version révisée en 2012, Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 1915, p. 104, disponible sur le site internet : <https://www.wto.org>.

[26] Banque Africaine de Développement (BAD), Rapport sur la dématérialisation de la passation des marchés publics : Défis et opportunités pour l'Afrique, 2021, disponible sur le site internet de la Banque Africaine de Développement : <https://www.afdb.org>.

[27] Banque mondiale, Procurement Regulations for IPF Borrowers, juillet 2016 (et révisions ultérieures), disponible sur le site internet : <https://documents.banquemondiale.org>.

[28] Article 65 de l'Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019 portant Code des marchés publics de la République de Côte d'Ivoire, disponible sur le site internet de la Direction Générale des Marchés Publics de la République de Côte d'Ivoire (DGMP) : <https://www.marchespublics.ci>.

[29] Articles 4 et 57 du décret n° 2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des marchés publics du Sénégal, disponible sur le portail des marchés publics du Sénégal : <http://www.marchespublics.sn>. Voir également les articles 1er et 65 du Code des marchés publics de Côte d'Ivoire, précité.

[30] EYO (A.), « Electronic auctions in EU procurement: reflections on the auction rules from the United Kingdom », PPLR, 2012, pp. 1-17; VAIDYA (K.) et CALLENDER (G.), « Facilitators of Public E-Procurement: Lessons Learned from the U.K., U.S., and Australian Initiatives », in: Khi Thai (dir.), International Handbook of Public Procurement, Auerbach Publications, 2009, pp. 475 et s.

[31] Banque mondiale, Procurement Regulations for IPF Borrowers, juillet 2016 (révisions ultérieures), disponible sur le site internet : <https://documents.banquemondiale.org>.

[32] BAD, Règles et procédures pour l'acquisition des biens et travaux, Édition 2015 (révisée), disponible sur le portail de la gestion des opérations de la Banque Africaine de Développement : <https://www.afdb.org>.

[33] Banque mondiale, General Conditions for Investment Project Financing, 2018, disponible sur le site internet de la Banque Mondiale : <https://documents.banquemondiale.org>.

[34] En droit international, ce caractère contraignant repose sur le principe *pacta sunt servanda*, codifié à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969). En droit civil, ce principe fait écho à l'article 1134 du Code civil ivoirien (ou équivalent dans les autres États membres). Au niveau communautaire, voir le Règlement n°09/2007/CM/UEMOA et le Règlement n°12/07-UEAC-186-CM-15 du 19 mars 2007, portant tous deux cadres de référence de la politique d'endettement public et de gestion de la dette publique. Ces règlements s'imposent aux autorités des États membres et garantissent l'application des engagements financiers au niveau national.

[35] Banque mondiale, Procurement Regulations for IPF Borrowers, juillet 2016 (révisions ultérieures), disponible sur le site internet de la Banque Mondiale : <https://documents.banquemondiale.org>.

[36] Banque mondiale, Règlement de Passation des Marchés pour les Emprunteurs sollicitant le Financement de Projets d'Investissement (FPI) : Fournitures, Travaux, Services autres que des Services de Consultants et Services de Consultants, 5e éd., révisée en septembre 2023, Washington D.C, pp. 15-137.

[37] Ibid.

[38] OCDE, Recommandation du Conseil sur les marchés publics, 18 février 2015, disponible sur le site internet des instruments juridiques de l'OCDE : <https://legalinstruments.oecd.org>.

[39] ONCTION (S.-É.), Réflexion sur le cadre juridique des marchés publics internationaux en Afrique subsaharienne, Thèse de doctorat en Droit public, Université de Bordeaux, soutenue en 2023, p. 18.

[40] Sida, Donor Approaches to the Development of Institutions – Formal and Informal Rules, Sida Publications, p. 5.

[41] Banque mondiale, Règlement de Passation des Marchés pour les Emprunteurs sollicitant le Financement de Projets d'Investissement (FPI), Section III : Gouvernance et contrôle, Éditions 2023, disponible sur le site internet de la Banque mondiale : <https://documents.banquemondiale.org>.

[42] OCDE, Recommandation du Conseil sur les marchés publics, Paris, Éditions OCDE, 2015, Principes de cohérence et d'alignement.

[43] CHANET (C.), « Les influences croisées entre les juridictions nationales et les juridictions », Les Cahiers de droit, Volume 51, n° 1, mars 2010, pp. 223-240.

[44] Cette orientation consacre le primat d'une méthode d'intégration par convergence, là où l'hétérogénéité normative était perçue comme un frein à l'édification d'un marché commun. Voir en ce sens les Directives n° 04/2005/CM/UEMOA et n° 05/2005/CM/UEMOA, dont le préambule souligne l'impératif d'harmonisation des procédures de passation et de contrôle des marchés publics pour pallier les entraves au processus d'intégration communautaire, disponible sur le site internet de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique de la République de Côte d'Ivoire : <https://arcop.ci>. Voir également article 60 du Traité de l'UEMOA, 29 janvier 2003, disponible sur le site de l'UEMOA : <https://www.uemoa.int>, disponible également sur le site internet de la Cour de Justice de l'UEMOA : <https://courdejusticeuemoa.org>.

[45] Article 43 du Traité de l'UEMOA, 29 janvier 2003, disponible sur le site internet de l'UEMOA : <https://www.uemoa.int>, disponible également sur le site internet de la Cour de Justice de l'UEMOA : <https://courdejusticeuemoa.org>.

[46] Voir en ce sens les Directives n° 04/2005/CM/UEMOA et n° 05/2005/CM/UEMOA, dont le préambule souligne l'impératif d'harmonisation des procédures de passation et de contrôle des marchés publics pour pallier les entraves au processus d'intégration communautaire, disponible sur le site internet de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique de la République de Côte d'Ivoire : <https://arcop.ci>. Voir également article 60 du Traité de l'UEMOA, 29 janvier 2003, disponible sur le site internet de l'UEMOA : <https://www.uemoa.int>, disponible également sur le site internet de la Cour de Justice de l'UEMOA : <https://courdejusticeuemoa.org>.

[47] BARMANN (J.), « Les Communautés européennes et le rapprochement des droits », *Revue internationale de droit comparé* (RIDC), Vol. 12, n° 1, 1960, p. 9 et s. ; MONACO (R.), « Le rapprochement des législations dans le cadre du marché commun », *RIDC*, 1960, pp. 61 et s. ; CATALANO (N.), « La Communauté économique européenne et l'unification, le rapprochement et l'harmonisation du droit des États membres », *RIDC*, Vol. 13, n°1, 1961, p. 5 et s.; HALLSTEIN (W.), « Angleichung des Privat- und Prozessrecht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft », *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1964, p. 211 et s.

[48] Article 2 de la directive n° 04/2005/CM/UEMOA, disponible sur le site internet de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique de la République de Côte d'Ivoire : <https://arcop.ci>, disponible également sur le site internet de la Direction Générale des Marchés Publics de la République de Côte d'Ivoire : <https://www.marchespublics.ci>.

[49] Ibid. Article 3.

[50] Pour Hans KELSEN, le dualisme suppose que l'on conçoive « le droit interne et le droit international comme deux systèmes de normes différents, indépendants, et par suite étrangers l'un à l'autre [alors qu'au contraire, le monisme admet] une unité entre eux». (KELSEN (H.) « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, p. 231, 275 et s.).

[51] Article 43 du Traité de l'UEMOA, 29 janvier 2003, disponible sur le site internet de l'UEMOA : <https://www.uemoa.int>; disponible également sur le site internet de la Cour de Justice de l'UEMOA : <https://courdejusticeuemoa.org>.

[52] Articles 32 et 38 de la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA, disponible sur le site internet de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique de la République de Côte d'Ivoire : <https://arcop.ci>, disponible également sur le site internet de la Direction Générale des Marchés Publics de la République de Côte d'Ivoire : <https://www.marchespublics.ci>.

[53] Voir à cet effet le Règlement n°09/24-UEAC-001-CM-SE du 16 juillet 2024 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics de la CEMAC, disponible sur le site internet de la CEMAC : <https://cemac.int>.

[54] RAMBAUD (P.), *Aborder le droit communautaire*, Paris, Seuil, 1997, p. 33.

[55] CEMAC, Règlement n°04/19-UEAC-190-CM-33 du 8 avril 2019 portant Code communautaire des marchés publics, disponible sur le site internet de la CEMAC : <https://cemac.int>.

[56] KAMDEM (I. F.), « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *Les éditions Thémis*, 2006, p. 3-45. L'auteur y souligne que l'uniformisation, contrairement à l'harmonisation, impose une identité de règle qui peut heurter les disparités structurelles.

[57] Organisation mondiale du commerce (OMC), Accord sur les marchés publics (AMP), 15 avril 1994, révisé le 30 mars 2012, entré en vigueur le 6 avril 2014, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1915, p. 104, disponible sur le site internet <https://www.wto.org>.

[58] AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, 2010, p.45. et s.

[59] Banque mondiale, *Procurement Regulations for IPF Borrowers*, juillet 2016 (révisions ultérieures) ; OCDE, *Recommandation du Conseil sur les marchés publics*, 18 février 2015, disponible sur le site internet de la Banque Mondiale : <https://documents.banquemondiale.org>.

[60] UEMOA, Directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, disponible sur le site internet de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique de la République de Côte d'Ivoire : <https://arcop.ci>, disponible également sur le

site internet de la CEMAC : <https://cemac.int>.

[61] RODRIK (D.), The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy, New York, W.W. Norton, 2011.

SUR LE MONT SINAÏ, LA COUR SUPÊME ET LES TABLES DE LOI PENALE SUR LES MARCHÉS PUBLICS AU CONGO

Juvadel POATY

Collaborateur au Cabinet d'avocats Bembelly & Associés, Université
Marien Ngouabi, République du Congo



Les autorités congolaises intègrent bon gré mal gré les nouvelles règles de la distribution du pouvoir dans la nouvelle République : tout projet de loi, pour être examiné en Conseil des ministres, doit comporter l'avis de la Cour suprême et cet avis est rendu avant la tenue du Conseil des ministres et le texte transmis au Parlement avec l'avis de la Cour suprême. Le respect de cette procédure est une condition nécessaire pour que le texte soit examiné par le Parlement[1]. La Haute juridiction est placée, par les nouvelles règles juridiques congolaises, au cœur du régime dénonciation de la volonté générale et en est la pièce de maîtresse.

La Cour suprême, suivant la loi et la Constitution, rend des arrêts et émet des avis sur les engagements internationaux et les actes réglementaires généraux lorsqu'elle en est saisie. Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis de la Cour suprême et transmis à l'une ou l'autre chambre du Parlement[2]. En application de ces règles, la Cour suprême est saisie pour avis par lettre n°0069/PR-SGG-CAB du 08 mars 2011 de Monsieur le Secrétaire général du gouvernement de l'avant-projet de loi portant répression des crimes et délits en matière de passation et d'exécution des marchés publics.

Le marché public s'entend de tout « contrat écrit, passé conformément (au code des marchés publics), par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de service s'engage envers l'État, une collectivité locale, un établissement public ou une entreprise du secteur public ou parapublic, fournissant une contribution ou une garantie financière, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens, des services ou des prestations intellectuelles moyennant un prix payé par des fonds publics »[3].

La notion fait historiquement peau neuve en 2009. Le code des marchés publics marque alors une « petite » révolution. Le régime rompt avec le monopartisme et ses institutions.

Avant le code des marchés publics[4], c'est le décret n°82/329 du 22 avril 1982 qui, prenant le relais de la législation française, dresse somme toute le premier jet du droit des marchés publics congolais post-colonial. La définition qu'il fait du marché public suffit à emporter la conviction : « un contrat écrit passé dans les conditions prévues au présent décret par lequel une personne de droit public ou de droit privé s'engage envers une collectivité publique, un établissement public, une entreprise d'État ou un organisme parapublic à participation majoritaire des intérêts publics, à réaliser un ouvrage pour leur compte ou sous leur surveillance ou à leur fournir des biens ou des services moyennant un prix »[5]. Le système requiert protection.

En République du Congo, même la délégation de service public donne lieu à la corruption et les dérives dans le reste des marchés publics sont légion[6]. Il était plus que temps de réagir et d'investir le secteur d'une dose de droit pénal. La méthode congolaise est-elle pour autant exempte de critique ? La question se pose.

Les marchés publics reposent depuis 2009, et même bien avant, sur une forme d'ambiguïté. Ils intègrent le système juridique par la lucarne des « matières autres que celles qui sont du domaine de la loi (et qui) ont un caractère réglementaire »[7]. Le code dont ils se parent est le seul élément commun aux droits d'ailleurs[8]. Il demeure, aussi, en d'autres termes, l'élément de distinction de ce droit. Le code des marchés publics distille et cristallise, dans les démocraties d'à-côté et éloignées, l'autorité du Parlement[9] ; il illustre la volonté du législateur à assurer la productivité de la dépense publique[10]. Il ne demeure, toutefois, pas assis en République du Congo sur un décret[11].

Suivant la Constitution, les marchés publics ne sont pas du domaine de la loi mais de celui du règlement[12]. D'où tous ces décrets qui pullulent, paraissent et se succèdent en vue de régir et resserrer le cadre juridique desdits marchés[13].

La pénalisation de ces marchés, elle, ne peut être en revanche que regardée sous l'angle des principes hérités de la Révolution française[14]. La détermination des infractions et des peines qui leur sont applicables est du domaine de la loi. L'avis de la Cour suprême offre en cela l'image révélée du prophète. La vie imite-t-elle l'art ? La Haute juridiction, conseil du Gouvernement, imite les saintes écritures. Elle offre de découvrir voire, comme Moïse sur le mont Sinaï, de présenter les tables de loi pénale sur les marchés publics dans le pays.

« Il pèse sur la Cour, saisie pour avis, une lourde responsabilité qui requiert de sa part un travail appliqué, fruit de la réflexion conjuguée de tous ses membres sans quoi, c'est la Cour constitutionnelle qui interviendrait pour (en) sanctionner (les) insuffisances »[15]. Les marchés publics sont objet d'une attention particulière[16] et soutenue[17]. Ils engagent les finances de l'État. Et profitent-ils aussi à la perfidie des acteurs de la commande publique. « L'État naît bon, dit Adama Kpodar, ce sont ses agents qui le corrompent (et) qui, hommes de chair et de sang, se cachent derrière lui, l'instrumentalisent, mentent dans son compte, et souvent d'une manière hypocrite en son nom », ajoute-t-il[18].

L'avis de la Cour rétablit la « connexion rompue » entre les marchés publics et le Parlement dans le pays. Le principe se discute ; rares sont les dispositions de la Constitution qui logent express verbis les marchés publics dans le domaine de la loi ; « sous la Constitution du 20 janvier 2002, par exemple, les marchés publics (sont réputés inscrits) dans le champ du domaine réglementaire autonome : d'où le décret n°2009-156 du 20 mai 2009 portant Code des marchés publics »[19]. La Constitution du 25 octobre 2015 entretient la confusion. Les marchés publics y demeurent inscrits dans le champ du domaine réglementaire autonome. L'histoire y joue sans doute de beaucoup. Sans toutefois, faire échec à l'autorité de la loi : « la Constitution, comme l'indique Michel Debré, après avoir défini le domaine de la loi, (reconnait) implicitement au Parlement le droit de statuer en dehors de son domaine. Le Gouvernement, dit-il, peut même faire appel à la loi pour statuer en un domaine réglementaire »[20].

Aussi, le Parlement peut toujours autrement influencer le cours des marchés publics. Il contrôle l'action du Gouvernement et n'est pas moins pourvu de moyen pour contrôler l'exécution du budget[21]. Au fond, la question est aussi avec cet avis, de célébrer les noces des marchés publics avec la loi et les fondements de notre société. Nombre de principe constitutionnel établissent, certes par des voies détournées et, parfois, impénétrables, mais dès 1789, le lien entre le législateur et les marchés publics. Le parlement vote seul la loi et contrôle l'action du gouvernement. Il est, sur cette base, fondé à délocaliser le code des marchés publics

sur une base, non réglementaire et, légale. Cette liberté relève du pouvoir dit d'appréciation générale du législateur à l'égard duquel le juge se garde d'agir[22]. Cette même liberté ne lui est pas concédée en matière pénale[23]. Les principes constitutionnels du droit pénal y font obstacle[24]. Ils contraignent le législateur à exercer pleinement ses compétences de manière à éviter toute incompétence négative[25] car « la détermination des infractions et des peines qui leur sont applicables est du domaine de la loi ; c'est (ainsi) à bon droit que le texte en projet, qui détermine les infractions liées à la passation et à l'exécution des marchés publics et les peines applicables à ces infractions, est présenté sous forme d'avant-projet de loi »[26]. Avant d'exposer l'œuvre de la Cour à cet égard (II), un rappel du statut des marchés publics (I) en droit congolais est de rigueur.

I. STATUT DES MARCHÉS PUBLICS

Même à l'article de la mort, les marchés publics conservent encore leur charme. Ils témoignent de l'éternité du droit administratif[27]. Le juge le dit, les marchés publics sont des contrats administratifs par excellence (A) quand bien même les tendances actuelles du droit administratif[28] dans le pays donnent à saisir le contraire avec le glissement de plus en plus prononcé des formes nouvelles de contrat administratif (B).

A. Les marchés publics : « des contrats administratifs par excellence »

L'idée est du tribunal administratif de Brazzaville : « En l'espace de dix ans, il s'est produit une transformation globale de la justice administrative, telle qu'on peut l'apprécier comme étant sans précédent, il y a eu institution d'un nouveau juge administratif »[29]. Le tribunal administratif de Brazzaville, institué à cet effet, et parallèlement à son homologue, évoluant à Pointe-Noire, participe de « la consolidation des acquis démocratiques »[30].

« La création et l'existence même de la juridiction administrative, dit-on en Occident, (est) l'une des conquêtes les plus éminentes d'un État de droit »[31]. Le tribunal administratif de Brazzaville n'est pas sans susciter le même sentiment. Il fait figure de conquête la plus éminente de l'État de droit sous les cieux congolais et suscite l'intérêt de la doctrine. À rebours de la Cour suprême, le nouveau juge administratif dit le droit en tous ses termes. Il pose, dans l'affaire *Sieur Balossa c/. CNSS*, « les marchés publics (comme) contrats administratifs par excellence ».

« Le contentieux des contrats administratifs est, avec le contentieux des actes des collectivités locales, le parent pauvre du droit administratif »[32]. Il faut compter sur le nombre des doigts les arrêts rendus par la Cour suprême sur les contrats

administratifs, et plus particulièrement, sur les marchés publics. En ce domaine, « l'État tout seul ne peut pas régler cette question, comme dit le premier ministre. C'est un phénomène qui est là, c'est le monde de l'invisible »[33]. Les marchés publics sont emprunts de mystères, même de paradoxes. Le droit des marchés publics, dit Placide Moudoudou, a des caractéristiques contradictoires[34] : « de manière constante et réitérée, est affirmée la nécessité d'encadrer rigoureusement les procédures de passation ; en même temps, s'affirme la préoccupation de ne pas étouffer les décideurs publics par la multiplication des règles, en accroissant leur complexité »[35].

La question à cet égard est aussi[36] celle, suivant la jurisprudence Maurice Baze, de la nécessité de promouvoir le règne du droit dans la société.

En l'espèce, le requérant saisit à la fois la Cour suprême d'un recours en cassation et d'un recours pour excès de pouvoir. Ce qui est inédit dans l'histoire la justice congolaise. « Mais attendu qu'en raison des conditions réelles dans lesquelles les justiciables mettent en mouvement la justice et de la nécessité de promouvoir le règne du droit dans la société, il appartient à la Cour suprême de tirer, de manière compréhensive, les conséquences de la violation du principe de la distinction des deux contentieux de la légalité et de faire elle-même, en cas de cumul des recours relevant des deux contentieux de la légalité, la discrimination nécessaire pour autoriser l'ouverture devant elle soit d'un procès en annulation d'un acte juridictionnel, soit d'un procès en annulation d'un règlement, en fonction de la nature réelle, juridiction ou réglementaire, de l'acte contesté »[37]. Le cumul des recours ou le pourvoi mixte fait son entrée dans le musée des actes juridiques, sans être un monstre, aux yeux de la Cour suprême[38].

La notion de marché public s'entend de tout « contrat écrit, passé conformément aux dispositions du présent décret (n°2009-156 du 20 mai 2009 portant code des marchés publics, modifié et complété en certaines de ses dispositions par le Décret n°2023-1732 du 12 octobre 2023), par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de service s'engage envers l'État, une collectivité locale, un établissement public ou une entreprise du secteur public ou parapublic, fournissant une contribution ou une garantie financière, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens, des services ou des prestations intellectuelles moyennant un prix payé par des fonds publics » (Art. 2). Il s'agit, selon « l'Article 7 nouveau (du décret modifiant et complétant le code des marchés publics, ainsi indiqué et mettant en lumière) les différents types de marché public (des) marchés de travaux, (des) marchés de fournitures, (des) marchés de services et (des) marchés de prestations intellectuelles »[39].

Le constat est sans appel : le nouveau code des marchés publics ne change pas beaucoup de l'ancien, si ce n'est en précision[40] et en contenu. Tout comme fait-il à bien des égards figure de « code du silence »[41] sur certains marchés dits spéciaux. Il se garde de trop en dire à leur sujet et de courir le risque de trop en révéler sur la défense nationale, la sécurité et les intérêts stratégiques de l'État.

Ce culte du secret, préféré au goût du risque dont se garde de toute tentation le code des marchés publics n'est pas en soi un mauvais signal envoyé aux soumissionnaires : ce serait manquer de conscience que de révéler, sur la place publique, ses stratégies de défense dans un pays que trop souvent marqué par les séquelles de la guerre[42], le bruit des bottes, des roquettes – et même un monument national rappelant en plein cœur de la capitale[43], les horreurs de la guerre, son indécence et son indignité par la mention : « Plus jamais ça ! »

Tout comme se rapproche-t-il du droit CEMAC. Même si, ce dernier entend par « Marché public de services : (un) marché qui n'est ni un marché de travaux ni un marché de fournitures. Il comprend également le marché de prestations intellectuelles ».

Le « Marché public est, somme toute, considéré, en droit CEMAC, (comme un) contrat écrit conclu à titre onéreux par une Autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services au sens du présent Règlement ». Soit également compris le « marché de prestations intellectuelles »[44].

Le droit des marchés publics requiert de la sincérité[45]. Il est objet d'une certaine éthique[46] et, comme l'expose Jordelin Atipo Oko, d'une « dose d'exigences communautaires »[47]. Les finances publiques étant, elles-mêmes, engagées dans une communauté de destins. Les marchés publics, qui en sont l'expression et objet de la rationalité de la dépense publique, n'échappent pas aux exigences budgétaires CEMAC[48];[49].

Les principes de bonne gouvernance, de séparation des fonctions, de la validité des marchés et bien d'autres[50] trouvent en droit des marchés publics, et en l'absence de toute disposition expresse, une terre féconde d'expression. Il ajoute à la grille des principes directeurs de la commande publique, nouvellement, affirmés par le nouveau code des marchés publics.

En son article 3 nouveau, le code des marchés publics pose : « Les procédures de passation des marchés publics, quel que soit le montant du marché ou de la délégation, sont soumises aux principes directeurs suivants : - la liberté d'accès à la commande publique ; - l'égalité de traitement des candidats ; - la transparence des procédures ».

Est loin le temps où, à tout le moins, sur le papier, « d'autres logiques (régissaient encore) les marchés publics, malgré l'adoption d'un code pour régir la matière ; persistance du gré à gré, faiblesse des contrôles, corruption, faiblesse des garanties financières des soumissionnaires, etc. »[51]

Un vent nouveau souffle alors sur les cadres de l'action administrative : « la conclusion de tout contrat administratif est (désormais) soumise aux règles de concurrence, notamment à la procédure d'appel d'offres. Le ministre de l'économie et des finances a même, dans une note de service du 6 septembre 2023, institué l'appel d'offres comme mode de recrutement des membres de son cabinet ministériel »[52].

Pour les autorités, c'est une sorte de règle sainte. « Les marchés publics, comme l'affirme le code y relatif, sont passés après mise en concurrence des candidats potentiels sur appel d'offres »[53]. Le nouveau ministre des postes, des télécommunications et de l'économie numérique n'y fait pas exception. À peine, prend-il ses fonctions que ses premières notes de service vouent un culte aux règles de passation des marchés publics.

Le recrutement du personnel du cabinet ministériel prend la forme, avec cette unième note[54], d'un marché public de service, de prestations intellectuelles, comme le prévoit le droit CEMAC. « Dans le cadre de la réorganisation du cabinet du ministre des postes, des télécommunications et de l'économie numérique, il est mis fin aux fonctions exercées, au sein du cabinet ministériel, par l'ensemble des agents occupant des fonctions de cabinet. Cette mesure s'inscrit dans la dynamique de restructuration et d'optimisation du fonctionnement des services, conformément aux orientations relatives à la modernisation de l'action publique et au renforcement de l'efficacité administrative. Toutefois, les postes à pourvoir feront l'objet d'un appel à candidatures dans les conditions et modalités seront publiées dans les meilleurs délais (...) »[55].

Ce renversement des paradigmes intrigue. Le fond tient-il sous ce vernis de bénitier ? Nous voici, en quelque sorte, conduits aux confins du droit administratif[56] où la règle de droit au Congo compose avec les mystères, le « monde la nuit, celui des sorciers », comme disent les anciens et, dont les logiques gouvernent encore les rapports avec l'administration[57].

L'idée en substance est noble. L'État ne se prévaut pas d'être d'une « immaculée transparence »[58]. Le Nouveau code minier ne pose pas à tort : « le Président de la République, les membres du Gouvernement, les membres du Parlement, les fonctionnaires civils et militaires, les commis de l'État, ne peuvent avoir des intérêts financiers, directs ou indirects, dans des entreprises minières et affiliées ni celles de leurs sous-traitants. Ils sont tenus, sous peine de sanctions, de déclarer leurs intérêts ou de se déclarer incompétents pour participer à la prise de toute décision ayant un impact sur les intérêts directs ou indirects (...) »[59]. La nouvelle ère de la commande publique dont entonnent les récentes réformes juridiques mises à part[60], c'est l'histoire

de l'État qu'exhume cette valse d'exigence de transparence, pour ne pas dire de sincérité[61].

B. Les marchés publics : « des contrats administratifs (en voie de disparition) » ?

La Constitution MOUDOU DOU[62], véritable « Constitution de droit administratif »[63], éclaire le sentier de la réforme d'État[64]. Elle ajoute à l'exemplarité des gouvernants[65]. « Les biens de l'État, comme énonce l'article 53 de la Constitution, sont sacrés »[66]. À l'article 55, alinéa 1er, la Loi fondamentale acte à plus d'un égard le nouveau Testament du droit public économique congolais[67] : « Tout citoyen, élu ou nommé à une haute fonction publique, est tenu de déclarer son patrimoine lors de sa prise de fonction et à la cessation de celle-ci, conformément à la loi ».

La disposition est déjà à l'origine du bouillonnement du contentieux constitutionnel. La Cour constitutionnelle le fait constater en peu de mot. « Considérant qu'au regard des limites du pouvoir du législateur telles qu'elles sont fixées à l'article 55 de la Constitution, il est évident que la mise en œuvre de l'alinéa 2 de cet article 55 ne justifiait, nullement, d'énoncer que « La déclaration de patrimoine est déposée auprès de la Cour suprême dans les trois mois, à compter de la prise et de la cessation des fonctions » car la Constitution, à laquelle le législateur est tenu de se conformer prescrit, déjà, que cette déclaration de patrimoine doit être faite lors de la prise de fonction et à la cessation de celle-ci »[68].

La leçon à retenir est toutefois plus profonde : « Considérant qu'en son alinéa 1, cet article 55 de la Constitution met, de façon péremptoire, à la charge de tout citoyen élu ou nommé à une haute fonction publique, l'obligation de déclarer son patrimoine ; Considérant que le constituant, en édictant cette obligation l'a, strictement et précisément, encadrée dans le temps ; Qu'il s'agit, d'abord, pour toute personne concernée de déclarer son patrimoine lorsqu'elle prend ses fonctions, à l'occasion de la cérémonie y relative pour les fonctions qui le requièrent, ou encore à l'occasion de la passation de service et, donc, le même jour, à l'une quelconque de ses séquences, pendant le déroulement de cette cérémonie ; Qu'il s'agit, ensuite, pour la même personne, de déclarer son patrimoine à la cessation de la fonction occupée, à l'un quelconque des moments de la passation de service ; Considérant qu'en énonçant, à l'alinéa 1er de l'article 6 critiqué que « La déclaration de patrimoine est déposée auprès de la Cour suprême dans les trois mois, à compter de la prise et de la cessation des fonctions », le législateur n'a pas repris, dans leur acception, les dispositions impératives de l'article 55 alinéa 1er de la Constitution ; Considérant, en effet, que tel que libellé, l'article 55 alinéa 1er de la Constitution s'impose au législateur qui, à cet égard, n'aurait dû que le reprendre pour en assurer

l'effectivité (...) ; Qu'il ne revenait, par conséquent, nullement, au législateur de créer un délai de trois mois qui est, de toute évidence, contraire aux prévisions de l'article 55 alinéa 1er de la Constitution qui, par l'utilisation de la locution prépositive « lors de », évoque, plutôt, l'immédiateté de la déclaration de patrimoine, premièrement, lors de la prise de fonction et, secondement, à la cessation de celle-ci »[69].

La loi n°88-2022 du 30 décembre 2022 relative aux contrats de partenariat public-privé constitue dans cette veine l'aboutissement remarqué d'un processus global et large de réformes opérées par les autorités en vue d'actualiser et même d'assainir le dispositif juridique en vigueur ; « il s'agit d'un nouvel instrument juridique de mise en œuvre des missions publiques qui a ses origines en Europe. Le PPP se distingue des formes classiques d'association connues, comme la délégation de service public ou le marché public »[70]. Ces contrats sont inédits, une première congolaise. Le législateur célèbre, par elle, les noces de la carpe et du lapin.

Plus encore, la primeur donnée à ces contrats dits de partenariat public-privé inquiète. Tout semble prêt pour chanter le requiem des contrats administratifs classiques, les marchés publics. Le ministre Denis Christel Sassou Nguesso dit les termes : « Alors que de nombreux partenaires privés souhaitent investir dans divers secteurs, une loi avait jusqu'ici fait défaut. Un nouveau ministère chargé du Partenariat public-privé, créé pour capter et bonifier les investissements privés locaux et étrangers, s'est planché sur la question pour combler le vide juridique. La loi qui vient d'être promulguée fait également une part belle aux investissements locaux. Les marchés, jusqu'à un seuil qui sera fixé par la loi, seront directement réservés aux partenaires nationaux pour les encourager à participer à la construction de l'économie nationale. La loi met (...) un accent particulier sur le type de contrat que les investisseurs peuvent passer avec l'État. C'est le cas du contrat de partenariat public-privé à paiement par les usagers ou du contrat de partenariat public-privé à paiement public. Ces contrats sont passés entre une (personne) publique et l'entreprise. Grâce à ce cadre juridique adopté au parlement en fin 2022, puis promulgué par le Président de la République, les investisseurs gagnent en confiance. La loi garantit l'objectivité, la transparence, la concurrence et l'égalité des chances entre entreprises soumissions à un marché »[71].

Certaines voix peuvent s'élever à cet égard. Les contrats de partenariat public-privé n'en demeurent pas moins, en y regardant de près, à tout le moins, une variante des marchés publics. Les soumissionnaires, les collectivités publiques et même l'autorité publique ne sont pas moins soumis au même degré d'exigence[72]. Et, à mesure que ces variantes des

marchés publics voient le jour[73], il faudrait craindre de ne pas réduire l'expérience de vie des contrats dits classiques. « L'une des raisons d'être des contrats de partenariat public-public est de remplacer le marché public »[74]. La Cour suprême, fort heureusement, se force d'en conserver la mémoire. Elle rappelle à cet égard, peut-être toujours pas, à voix basse, l'évangile du droit dans le cadre de la pénalisation de leurs procédures de passation et d'exécution.

II. PÉNALISATION ET CONSTITUTIONNALISATION DES MARCHÉS PUBLICS

La Cour ne se trompe pas à « vérifier si la matière traitée par le projet de loi entre dans le domaine législatif tel que consacré par la Constitution »[75]. La lutte contre la corruption, la concussion, la fraude et les autres infractions assimilées dans les marchés publics (A) ne doit pas se transformer « en la violation de tous les principes »[76] ou réduire l'État de droit en un État vide de droits[77] (B). L'ignorance, l'oubli et le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements. La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration[78].

A. La pénalisation des marchés publics

Les autorités ne peuvent difficilement ne pas réagir. Les marchés publics constituent de plus en plus des terreaux fertiles des agissements déontologiquement discutables des serviteurs de l'État. Même, « la délégation de service public, confie Placide Moudoudou, (donne) parfois lieu à la corruption de la part des entreprises candidates à la souscription d'un contrat »[79]. L'adoption de la loi sur la corruption, la concussion, la fraude et les autres infractions assimilées (Loi n°5-2009 du 22 septembre 2009) participe de cette logique et ajoute à l'effet de cette orientation législative[80] ; elle offre de frayer des belles avenues à l'autorité de l'État.

Le texte soumis à l'adresse de l'Assemblée générale consultative jette les bases d'une nouvelle ère dans la commande publique. Les fonctionnaires, comme la femme de César, doivent être au-dessus de tout soupçon[81]. Le texte en projet entend insinuer dans les rapports entre l'administration et ses prestataires une dose d'exemplarité[82] ; c'est là que le texte conquiert l'esprit. Il met au jour « la pollution de la vie publique par des actes et des comportements des gouvernants ; ce sont les gouvernants qui, hommes de chair et de sang, se cachent derrière l'État, l'instrumentalisent, mentent dans son compte, et souvent d'une manière hypocrite en son nom »[83]. Les serviteurs de l'État ont disparu avec le général de Gaule[84] ; le pays n'a plus d'élites[85]. Nul n'y prend plaisir à servir l'État [86]. C'est tout juste s'il n'y a pas matière à s'écrier à la suite du

doyen Hauriou : « On nous change notre État ». Chacun y est pour sa part. « À observer le fonctionnaire congolais, dit le président Denis Sassou Nguesso, on se demande, s'il a une conscience »[87]. Comment expliquer qu'un agent du trésor détourne jusqu'à cinq cent milliards de Fcfa. Ou que le directeur général de contrôle des marchés publics soit condamné « à payer six cent cinquante millions FCFA dont une amende de cinquante millions et six cents millions à titre de dommages et intérêts à l'État congolais ».

Selon la Cour d'appel de Brazzaville, « statuant publiquement, contradictoirement en matière criminelle en premier et dernier ressort sur l'action publique, (...) l'accusé (est) coupable des faits mis à sa charge. En répression, lui faisant application de la loi, le condamne à la peine de vingt-quatre mois d'emprisonnement ferme et à une amende de cinquante millions FCFA. Sur les intérêts civils, reçoit l'État congolais en sa constitution de partie civile et condamne l'accusé à payer à l'État congolais la somme de six cents millions FCFA à titre de dommages et intérêts ».

La dérive de l'État est totale[88]. Avions-nous, pour autant, encore besoin de loi pénale[89];[90], fut-il pour sauver les marchés publics ? « Le citoyen n'écoute plus la loi que d'une oreille distraite »[91]. Et pour cause, « une méthode législative (s'est) instaurée : il n'est guère de loi, de droit public ou de droit privé, qui ne traîne pas derrière elle un codicille de droit pénal »[92]. « Tout texte nouveau comprend [un] volet pénal ; la jurisprudence est le plus souvent irriguée dans son appréhension des normes par une interprétation extensive ; la justice »[93] condamnée à errer entre deux ou trois textes et de maintenir une vue holistique sur la législation[94], avec des risques, toujours présents, pour le juge, d'attenter à la sécurité juridique.

La Cour suprême dit s'en remettre à « l'expérience capitalisée par ses Haut-Magistrats en tant d'années »[95]. Tout en bas, la révolution se prépare aussi ; les tribunaux y font preuve de compétence. Ils confirment, avec le concours des premières pousses de l'école doctorale, membres de la juridiction administrative[96], la sagesse reçue : « s'il est vrai que l'expérience peut conférer la sagesse, elle ne garantit pas absolument la connaissance meilleure du droit, ni l'actualisation de ses connaissances et, à l'inverse, la jeunesse du juge, son inexpérience des choses de la vie, ne signifient pas incompétence en matière juridique »[97].

Les marchés publics subissent d'énormes secousses. Ils traversent une crise quasi-existentielle. La moindre erreur pourrait basculer voire renverser les totems de la matière[98]. La CCJA se retient heureusement d'investir les lieux. Autrement, la privatisation du droit public serait réelle et totale[99] ; « La Cour suprême incompétente au profit de la Cour commune de justice et d'arbitrage (avec les marchés

publics sous sa coupe) »[100]. La situation invite à la vigilance : « Aucun fonctionnaire, (aujourd'hui) ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir dénoncé des comportements fautifs de son supérieur hiérarchique, notamment en matière de corruption, de concussion, de conflit d'intérêts ou de détournement de deniers publics »[101]. La disposition marque une étape de plus vers l'État de droit et la bonne gouvernance[102]. « D'autres logiques régissent (encore) les marchés publics, malgré l'adoption d'un code pour régir la matière ; Persistance du gré à gré, faiblesse des contrôles, corruption, faiblesse des garanties financières des soumissionnaires, etc. »[103]

L'institution de la Haute autorité de lutte contre la corruption[104] comme d'autres mécanismes institués n'ont pas l'effet escompté ; « les fruits n'ont derechef pas tenu la promesse des fleurs » (Article 4 : « Les hautes personnalités de l'État et les hauts fonctionnaires tels que prévus par l'article 55 de la Constitution et les textes relatifs à l'obligation de déclaration de patrimoine ont l'obligation de déclarer, à la prise et à la fin de service, leur patrimoine. Ces dispositions s'étendent également aux personnalités élues à un mandat public ». Article 5 : « La Cour suprême est chargée de recevoir et d'assurer le contrôle des déclarations de patrimoine prévues à l'article 4 de la présente »[105]. Tout bouge. Rien ne change toutefois.

« Nul ne sera, (pour autant), condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis »[106]. La non-rétroactivité de la loi est un principe fondamental du droit pénal ; seule une loi pénale plus douce peut y déroger ; elle est toujours préférée à « une peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis ». C'est-là un « principe directeur de la législation pénale »[107], un principe constitutionnel[108], un des « principes fondamentaux de notre justice criminelle, sans lesquels le procès pénal ne saurait être digne de la politique qui l'inspire »[109]. Le droit pénal doit aussi servir à humaniser[110] ; il ne peut servir qu'à prévenir et réprimer les comportements fautifs dans la société ; ce serait-là un théâtre sombre[111] : La prison n'est pas la seule peine efficace, solution unique et miraculeuse à tout, vol, coups et blessures, fraude fiscale, corruption, pollution, etc. La tactique punitive[112] est reconsidérée sous d'autres cieux : « de la prison pour les cas les plus graves, entachés de fraude, des amendes de calibre capitaliste pour les omissions innocentes de formalités »[113]. Elle est, comme par arrêt de la Cour d'Appel de Brazzaville, orientée[114] de manière à recevoir « l'État congolais en sa constitution de partie civile et condamne[r]

l'accusé à payer à l'État congolais la somme de six cents millions FCFA à titre de dommages et intérêts ».

« Heureux, dit Foucault, le peuple où le sentiment de l'honneur peut être l'unique loi. Il n'a presque pas besoin de législation. L'infamie, voilà son code pénal. »[115] Il faut savoir croire en l'homme. La Cour suprême se refuse, à raison, de ne pas reconnaître aux infractions déterminées en matière de marchés publics le caractère d'infractions imprescriptibles. Le droit constitutionnel s'y oppose. Le législateur ne peut ajouter à cette catégorie, sans verser dans la fraude à la Constitution et méconnaître les « limites au pouvoir du législateur »[116]. « Les seules infractions imprescriptibles sont les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le crime de génocide »[117]. Ces infractions touchent l'homme, dans son ontologie. Elles ne sauraient être limitée par une quelconque prescription sans attenter à « la paix et la sécurité de l'humanité »[118].

L'imprescriptibilité de ces infractions joue le même rôle que la révolte chez Camus. Ou la prescriptibilité dans les infractions classiques : elle est « édictée dans un souci de paix publique » ; « il ne serait, et le contraire est vrai pour les crimes de guerre, contre l'humanité ou de génocide, dans l'intérêt de personne, que la puissance publique, sous quelque prétexte que ce soit, ordonne le déclenchement des poursuites pour des faits dont elle néglige depuis très longtemps de poursuivre les auteurs et que l'opinion collective a même oubliés sinon pardonnés ». L'observation de la Cour embrasse les valeurs fondamentales de la société congolaise. Elle reprend en chœur les valeurs de pardon et du dialogue, affirmées aux frontispices de la Constitution[119] : « Le Peuple congolais, (...) interpellé par l'impérieuse nécessité de concilier les valeurs universelles de la démocratie et les réalités politiques, sociales et culturelles nationale (et) l'attachement aux vertus du dialogue comme éléments fondamentaux de son développement (...) ; Ordonne et établit pour le Congo la présente Constitution qui énonce les principes fondamentaux de la République, définit les droits et les devoirs des citoyens et fixe les formes d'organisation et les règles de fonctionnement de l'État. ». L'efficacité de la répression est, par ailleurs, hypothéquée si l'action y relative est tardive[120] ; « mieux vaut ne plus agir qu'agir trop tard », dit la Cour dans sa profonde sagesse. La Haute assemblée fait bien de revisiter ce principe ; il permet à la Cour de préserver la morale de la société contre tout risque de délation.

Même si le risque est minime, face au trafic d'influence toujours ambiant dans le pays[121], la « délation constitue par elle-même un travers moral dans toute société civilisée ». Il convient d'en prévenir le moindre risque et de citer « toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public ou investit d'un mandat électif

(comme susceptible d'user) de son influence réelle ou supposée pour obtenir ou tenter d'obtenir à son profit ou au profit d'une personne quelconque un marché public ou toute autre décision favorable à l'occasion de l'attribution d'un marché public ». Les membres de la famille du Chef de l'État comme celle de toute « personne politiquement exposée, en l'occurrence, le conjoint ou tout partenaire considéré comme l'équivalent d'un conjoint, les descendants et leurs conjoints ou partenaires, les ascendants, les collatéraux privilégiés, les personnes connues pour être étroitement associées » sont désormais saisis par le droit ; et, à tort ou à raison, considérés comme susceptibles de fausser « la passation et l'exécution des marchés publics » par le jeu de l'influence, de la corruption et des autres infractions assimilées[122].

B. La constitutionnalisation du droit pénal des marchés publics

« Lorsque l'avis est pris dans son sens le plus commun, il ressemble plus à une sorte de contrôle de constitutionnalité préventive sans effet juridique, lorsqu'il porte sur le contenu d'une loi non encore votée »[123]. « En ce qui concerne les projets de texte de droit interne, qu'il s'agisse des avant-projets de lois ou des projets de textes réglementaire de portée générale, la Cour doit s'assurer : En premier lieu que le projet de texte qui lui est soumis pour avis, s'il s'agit d'un projet de loi, traite d'une matière relevant effectivement de loi et s'il s'agit d'un projet de texte réglementaire de portée générale, que la matière qui y est traitée relève du domaine réglementaire ; c'est là le premier travail que doit effectuer la Cour. En deuxième lieu, la Cour doit s'assurer que les dispositions édictées par le texte en projet sont conformes à la Constitution et aux principes fondamentaux garantis par : la charte des Nations Unies du 24 octobre 1945 ; la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; la charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26 juin 1981 ; tous les textes internationaux pertinents, dûment ratifiés, relatifs aux droits humains ; la charte de l'unité nationale et la charte des droits et des libertés adoptées par la conférence nationale souveraine »[124].

Le « travail de la Cour constitue, (en réalité), comme l'indique le président Bouka, ce qu'il convient d'appeler, à l'instar du conseil d'État en France, le contrôle de régularité juridique, condition première de l'approbation d'un projet de texte par la Cour suprême siégeant en Assemblée générale consultative »[125].

La tension est palpable ; la controverse de mise comme l'un des charmes de la doctrine juridique qui n'est probablement jamais unanime[126] ou en accord avec la justice. La Cour suprême donne l'impression d'exercer un contrôle de constitutionnalité ; d'agir « comme un cabinet d'avocat chargé de corriger et d'attirer l'attention du gouvernement sur les éventuels déchets ou poches d'inconstitutionnalité, (...) étouffant déjà dans l'œuf les velléités d'adoption des lois violant les droits fondamentaux ou portant atteinte à la répartition des compétences entre les pouvoirs »[127].

Pas moins de trois principes constitutionnels sont mobilisés par l'Assemblée générale consultative, à l'assaut des difformités du texte soumis par le secrétaire général du gouvernement. Plus encore, la Haute assemblée donne l'impression de procéder à la constitutionnalisation du droit pénal des marchés publics. Elle fait une part belle aux principes de droit pénal consacrés par la Constitution.

La loi fondamentale opère sa mue sous la plume de la Cour ; elle se transforme et s'affirme comme « la base des autres droits (et notamment celle du droit pénal des marchés publics) avec lesquels elle va entretenir de plus en plus un rapport hiérarchique »[128].

Pour la Cour suprême, « la constitutionnalisation des branches du droit (est bien plus qu'une) affaire de point de vue »[129]. Elle est l'horizon sur lequel donne le nouveau constitutionnalisme ; la réalité du droit depuis la réappropriation de la Constitution sociale dont parle le doyen Maurice Hauriou. Et autant l'accepter.

Les marchés publics ne sont pas une catégorie juridique bien identifiée en droit constitutionnel. Ils sont comme dirait le doyen Vedel « déconnectés » de la Constitution et font figure de notion floue en droit constitutionnel[130]. Ils se saisissent de manière incurvée, par des voies détournées, et derrière des notions les plus en vogue du droit constitutionnel. « L'univers du droit s'organise autour de notion de catégorie ou de classe »[131].

« Pendant l'exercice de ses fonctions, le Président de la République, selon la Constitution, ne peut prendre part aux marchés publics et aux adjudications dans les administrations ou les institutions dans lesquelles l'État a des intérêts »[132]. Tout comme, affirme-t-elle à quelques encablures de cette disposition : « Pendant l'exercice de leurs fonctions, le Premier ministre et les autres membres du Gouvernement ne peuvent, par eux-mêmes ou par intermédiaire, acheter ou prendre en bail les biens appartenant au domaine de l'État et des collectivités locales. Ils ne peuvent prendre part aux marchés publics et aux adjudications dans les administrations ou les institutions dans lesquelles l'État a des intérêts »[133].

Hormis la séparation des pouvoirs, sur fond de « domaine de la loi et du règlement »[134], il est difficile d'accoupler

marchés publics et Constitution. La Constitution insinue, par ses dispositions, une certaine « éthique du constitutionnalisme »[135] dans la commande publique ; elle intègre, par des voies détournées, insoupçonnées voire, en mémoire du Seigneur, impénétrables, les marchés publics. Ils forment avec la Loi fondamentale un couple peu évident, pour ne pas dire improbable. La démarche de la Cour à frayer des chemins et rétablir, au besoin, la connexion entre les marchés publics et la norme fondamentale ne surprend pas.

Si les marchés publics entrent dans le champ du domaine du règlement, il en va autrement pour la répression des crimes et délits en matière de passation et d'exécution desdits marchés. Elle intègre le domaine de la loi : « Selon l'article 111 de la Constitution (du 20 janvier 2002)[136], la détermination des infractions et des peines qui leur sont applicables est du domaine de la loi ; c'est donc à bon droit que le texte en projet, qui détermine les infractions liées à la passation et à l'exécution des marchés publics et les peines applicables à ces infractions, est présenté sous forme d'avant-projet de loi ».

Le pouvoir de répression n'est pas banal ; c'est un pouvoir terrifiant. Un pouvoir méphistophélique dont il convient de se garder de concéder, quelques licences que ce soit, au gouvernement. Le peuple, dit Saint-Just, n'a qu'un seul ennemi dangereux, c'est ce dernier. Qui plus est, si le même corps, organe ou homme vient, selon la formule de Montesquieu, à concentrer, entre ses mains, aussi bien la puissance de sanctionner que celle de déterminer les infractions et les sanctions qui leur sont applicables.

Les hommes de 1789 intègrent très vite cette mystique du pouvoir[137] ; « la loi, disent-ils, n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas »[138]. « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance »[139]. « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »[140]. Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi[141].

Le même son de cloche résonne, peu ou prou, sous la Constitution du 25 octobre 2015. Elle pose sans détour la nécessité d'élever des digues à l'action pénale, toujours

susceptible de barbarie[142] et d'excès sur la personne suspectée, arrêtée, poursuivie ou jugée[143] : « Considérant que le Constituant, à travers l'article 9 alinéa 2 de la Constitution, attribue une valeur constitutionnelle à la présomption d'innocence, à l'exigence d'un procès juste et équitable qui implique le principe du contradictoire, celui de l'égalité des armes et le respect des droits de la défense dans le cadre d'une procédure pénale ; Considérant (aussi) que l'article 3 (nouveau) de la loi en cause, qui fait allusion à la compétence exclusive de la Cour suprême en matière de recours pour excès de pouvoir, concerne plutôt la procédure administrative qui ne saurait, de ce fait, être appréciée à l'aune de l'article 9 alinéa 2 de la Constitution »[144]. Ces considérants offrent, à la recherche[145], un excellent poste d'observation de ce qu'est, pour la Cour constitutionnelle, « interpréter les droits et libertés »[146] ; sa tendance à souvent « trahir un Constituant volontariste »[147] et jetant les perles aux pourceaux. Ils offrent aussi de se saisir de la réalité du droit pénal contemporain au gré de l'interprétation juridictionnelle des principes édictés par la Constitution[148]. Les dispositions constitutionnelles font « bloc ». Elles maintiennent en échec tout excès de pouvoir en matière pénale. La loi retrouve, quelque peu, sa majesté ; dit l'obiter dictum : « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »[149] ; une sorte de légicentrisme décomplexé voit le jour[150].

La loi s'impose comme la principale voire la seule source de droit pénal, sans se confondre au système à qui elle doit le jour. Elle descend profondément dans la société et agit à cet égard. Elle fixe les conditions d'exercice des libertés publiques et détermine, sous l'onction de la Constitution, les crimes, les délits et les contraventions ainsi que des peines qui leur sont applicables. Ce monopole lui confère une autorité sans pareil sur la matière. Il disqualifie toute concurrence et condamne l'incursion du pouvoir réglementaire dans le domaine pénal, domaine réservé de la loi.

La Constitution congolaise opère à cet égard une « fracture constitutionnelle, une critique pure du procès en mimétisme »[151]. Elle s'approprie le passé du droit[152] et tire un trait sur l'influence française dans l'ingénierie constitutionnelle[153];[154]. La « loi (ne) fixe, en France, (que) les règles concernant : (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables »[155]. Cette perspective ne trouve point de grâce aux yeux des instigateurs de la nouvelle République. Tout crime, délit ou contravention ainsi que leur sanction ne peut qu'être établi que par la loi.

Quand le ministre de l'intérieur décide, par exemple, par arrêté n°5610/MID-CAB du 18 mai 2020 relatif au port du masque et au respect des autres mesures barrières, dans le

cadre de la lutte contre la covid-19, d'établir des sanctions à l'encontre de tout contrevenant à ces mesures[156] : c'est tout bonnement à la Constitution qu'il attente ; il opère une « immixtion du pouvoir exécutif dans le domaine du pouvoir législatif ». Soit, comme le dit le requérant, une violation de « l'article 125 de la Constitution, au quatrième tiret, qui énonce clairement que la détermination des crimes, des délits et des contraventions ainsi que des peines qui leur sont applicables est du domaine de la loi »[157]. C'est autrement dit une démarche conceptuellement faussée que d'établir, par arrêté ministériel, des sanctions, même des contraventions, alors qu'il en est disposé autrement par la Loi fondamentale. Les crimes et délits établis, en cette occurrence, ne constituent pas non plus des sanctions administratives. Il ne s'agit pas d'« un droit pénal dégénéré »[158] mais du vrai droit dont parle Bernard Bouloc et dont il reconnaît la sanction comme la principale caractéristique. « Voilà d'où naît, selon la formule de Jean-Jacques Rousseau, la nécessité d'un législateur » à savoir déterminer les règles de répression des crimes et délits en matière de passation et d'exécution des marchés publics.

CONCLUSION

Alea jacta est. Les dés sont jetés. Il est difficile de ne pas prêter oreille à ce que dit le ministre. En droit congolais, la rumeur suffit à annoncer la décision officielle. Elle a un certain poids. Alors quand la loi pose : « les contrats administratifs de droit commun régis par le code des marchés publics et par d'autres textes en vigueur peuvent faire l'objet de contrat de partenariat public-privé, sur décision du comité national du partenariat public-privé »[159]. Autant sonner tout de suite le glas des marchés publics tels que connus. Ou, à tout le moins, croire en une transsubstantiation pour ne pas dire une mutation d'une espèce juridique en voie de disparition[160].

La grammaire des marchés publics change sous l'égide de la loi du 30 décembre 2022. Il est encore question de « contrat écrit, passé par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de service s'engage envers l'État, une collectivité locale, un établissement public ou une entreprise du secteur public ou parapublic, fournissant une contribution ou une garantie financière, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens, des services ou des prestations intellectuelles moyennant un prix payé par des fonds publics ». Les termes changent, toutefois, sur la forme : il s'agit désormais de partenariat, de partenaire privé et de partenaire public, intégrant sous ce vocable, malgré la tendance OHADA, les sociétés à participation publique majoritaire.

Ce nouveau paradigme confirme en droit, si doute il y a, ce que dit Lavoisier « Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme ». La pénalisation des marchés publics congolais, pas plus, n'aurait été qu'un prétexte.

- [1] CS, Avis N°024 du 02 octobre 2015, Avant-projet de loi constitutionnelle ; MOUDOU DOU (P.), Droit administratif congolais, Brazzaville, Pub, 2ème éd., 2023, p. 153.
- [2] CC, Décision N°001/DCC/SVA/24 du 24 janvier 2024.
- [3] Art. 2 du Décret n°2009-156 du 20 mai 2009 portant code des marchés publics.
- [4] Actuellement modifié et complété, cf. Décret n°2023-1732 du 12 octobre 2023 modifiant et complétant certaines dispositions du décret n°2009-156 du 20 mai 2009 portant code des marchés publics.
- [5] Art. 1er Décret n°82/329 du 22 avril 1989 portant réglementation des marchés publics.
- [6] MOUDOU DOU (P.), Droit administratif congolais, Op.cit., 2ème éd., pp. 332-333.
- [7] Art. 126 Constitution du 25 octobre 2015.
- [8] Décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics du Cameroun ; Décret n°00027 du 17 janvier 2018 portant code des marchés publics du Gabon ; Décret n°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant code des marchés publics du Sénégal.
- [9] Code de la commande publique en France.
- [10] Loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics au Bénin.
- [11] Décret n°2009-156 du 20 mai 2009 portant Code des marchés publics, modifié et complété en 2023.
- [12] Art. 125 et 126 de la Constitution du 25 octobre 2015.
- [13] Décret n°2023-1732 du 12 octobre 2023 modifiant et complétant certaines dispositions du décret n°2009-156 du 20 mai 2009 portant code des marchés publics.
- [14] Art. 4-9 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.
- [15] BOUKA (H.), « L'Assemblée générale consultative de la Cour suprême : sa place et ses missions », Bulletin de diffusion, n°04, 2014, p. 72.
- [16] Règlement n°06/09-UEAC-201-CM-20 du 11 décembre 2009 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics de la Communauté : « CONSIDERANT que toute réglementation en matière de marchés publics doit : • concourir à la réalisation des objectifs de la Communauté et en particulier ceux du Programme Économique Régional ; • améliorer la productivité de la dépense publique ; • encourager la professionnalisation des acteurs de la commande publique ; • renforcer l'efficacité de la lutte contre la corruption ; • promouvoir les petites et moyennes entreprises ; • favoriser les échanges intracommunautaires ; • développer la convergence économique à travers le développement des marchés publics et • garantir des voies de recours efficaces ; »
- [17] Règlement n°09/24-UEAC-001-CM-SE du 16 juillet 2024 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics de la Communauté.
- [18] KPODAR (A.), « La sincérité dans le droit public », in L'État inachevé, Mélanges Koffi Ahadzi-Nonou, Poitiers, Puj, 2021, p. 591.
- [19] MOUDOU DOU (P.), Droit administratif congolais, 2ème éd., Pub, 2023, p. 74.
- [20] JO, Assemblée nationale, Débats, 02 juin 1972, p. 2916.
- [21] Art. 124 Constitution du 25 octobre 2015.
- [22] CC (Congo), Décision N°002/DCC/SVA/19 du 1er février 2019 ; Ibid., Décision N° 005/DCC/SVA/19 du 06 juin 2019 ; Ibid., Décision N°004/DCC/SVA/20 du 22 juillet 2020 ; Ibid., Décision N°002/DCC/SVA/22 du 14 avril 2022 ;
- [23] DELMAS-MARTY (M.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes fondamentaux du droit pénal proclamés par la Déclaration de 1789 », in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Paris, Puf, 1989, pp. 151-179.
- [24] PRADEL (J.), « Les principes constitutionnels du procès pénal », CCC, La justice dans la Constitution, Mai, 2003.
- [25] Art. 7, 8 et 9 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.
- [26] CS, Avis n°032 du 11 mars 2011.
- [27] RICCI (J.-C.), « Le droit administratif va-t-il mourir ? », in Fragments d'univers, Mél. Jean-Marie PONTIER, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2020, p. 551.
- [28] MOUDOU DOU (P.), « Les tendances du droit administratif dans les États d'Afrique noire francophone », Annales UMNG/SJP, 2009, 10(3), pp. 1-39.
- [29] MOUDOU DOU (P.), « Regard sur les dix premières années des tribunaux administratifs au Congo-Brazzaville », inédit.
- [30] KOKOROKO (D.), « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques. Le cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », RBSJA, n° 18- juin 2007, pp. 87-128.
- [31] CEDH, 7 juin 2001, Kress c. France, n° 39594/98, § 69.
- [32] MOUDOU DOU (P.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo-Brazzaville, Op.cit., p. 208.
- [33] La semaine africaine, 2018.
- [34] MOUDOU DOU (P.), Droit administratif congolais, Op.cit., 2ème éd., pp. 263-264.
- [35] RICHER (L.), « Le code du silence, à propos du code des marchés publics de 2004 », RDP, 2004, p. 1569.
- [36] ISSOUFOU (A.), « Le droit des marchés publics : réflexion sur une discipline éclectique », in Droit administratif : convergences ou concurrence des disciplines juridiques ? Mélanges Demba SY, Toulouse, Presses de l'université de Toulouse Capitole 1, 2020, pp. 527 sq.
- [37] CS (Congo), Ch. A., 17 décembre 1976, Maurice BAZE.
- [38] LEKEBE OMOUALI (D.), « Faut-il arrêter ce « monstre » que constitue la CCJA ? Brèves réflexions sur le pourvoi mixte dans le traitement du contentieux des affaires en Afrique »,

RCSJP, 2024 (1), p. 168.

[39] Art. 7 nouveau alinéa 1er du décret n°2023-1732 du 12 octobre 2023 : « (...) a). les marchés de travaux sont des marchés ayant pour objet la réalisation au bénéfice d'un maître d'ouvrage de tous les travaux de bâtiment ou de génie civil ou la réfection d'ouvrages de toute nature ; b). les marchés de fournitures sont des marchés ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels au bénéfice d'un maître d'ouvrage ; c). les marchés de services sont des marchés ayant pour objet la prestation de services non intellectuels au bénéfice d'un maître d'ouvrage ; d). les marchés de prestations intellectuelles ou de conseil et assistance technique sont des marchés qui ont pour objet des prestations à caractère principalement intellectuel dont l'élément dominant n'est pas physiquement quantifiable ; ils incluent, notamment, les prestations d'études, les contrats de maîtrise d'ouvrage déléguée, les contrats de conduite d'opération, les contrats de maîtrise d'œuvre et les services d'assistance technique de diverses natures. »

[40] Ibid., Art. 7 nouveau alinéa 3 : « Les modalités de passation des marchés de prestations intellectuelles financés par le fonds d'étude des projets d'investissements publics sont régies par un texte spécifique ».

[41] RICHER (L.), « Le code du silence, à propos du code des marchés publics de 2004 », RDP, 2004, p. 1569.

[42] En 2007, un poste de ministre délégué auprès du président de la République, chargé de la promotion des valeurs de paix et de la réparation des séquelles de la guerre.

[43] Du nom d'une avenue de la capitale Brazzaville, en République du Congo.

[44] Art. 1 Règlement n°09/24-UEAC-001-CM-SE du 16 juillet 2024 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics de la Communauté.

[45] KPODAR (A.), « La sincérité dans le droit public », in L'État inachevé, Mélanges Koffi Ahadzi-Nonou, Poitiers, Puj, 2021, pp. 557-591.

[46] Article 8 du code des marchés publics : « Toute personne intervenant, à quelque titre que ce soit, dans le processus de passation des marchés publics et des délégations de service public, soit pour le compte d'un maître d'ouvrage, soit pour le compte d'une autorité d'approbation, de contrôle ou de régulation est soumise aux dispositions législatives et réglementaires prohibant les pratiques frauduleuses et les conflits d'intérêt dans la passation des marchés ou délégations de service public. »

[47] ATIPO OKO (J.), Service public et droit communautaire : étude comparée entre la CEMAC, l'UEMOA et l'UE, Thèse de doctorat, université Marien Ngouabi, 2019, 504 p.

[48] Directive CEMAC n°01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances ; Directive n°06/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative au code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques.

[49] ISSOUFOU (A.), Le nouveau droit des marchés publics et la rationalisation de la dépense publique au Niger et au Sénégal, L'Harmattan-Sénégal, 2017.

[50] Voir Règlement n°09/24-UEAC-001-CM-SE du 16 juillet 2024 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics de la Communauté.

[51] MOUDOU DOU (P.), Op.cit., 2ème éd., 2023, pp. 332-333.

[52] Ibid., p. 279.

[53] Art. 28 al. 1er code des marchés publics.

[54] Dans un cas analogue, le ministre des finances, du budget et du portefeuille public envoie le même signal dans l'acte n°358/2025/MFBPP/DGIFN (portant) Avis d'appel à candidature pour la prestation des enseignements au centre professionnel de formation à l'assurance (CPFA).

[55] Note de service n°0005/MPTEN-CAB/26 du 27 mai 2026.

[56] ROUX (Ch.), TESTARD (Ch.), Paris, IFJD, 2023.

[57] MOUDOU DOU (P.), Droit administratif congolais, Paris, L'Harmattan, 1ère éd., 2003, p. 13.

[58] Ainsi parlait ZARATHOUSTRA : « État ? Qu'est-ce, cela ? Allons ! Ouvrez les oreilles, je vais vous parler de la mort des peuples. L'État, c'est le plus froid de tous les monstres froids : il ment froidement et voici le mensonge qui rampe de sa bouche : Moi, l'État, je suis le Peuple. C'est un mensonge ! Ils étaient des créateurs, ceux qui créèrent les peuples et qui suspendirent au-dessus des peuples une foi et un amour : ainsi ils servaient la vie. Ce sont des destructeurs, ceux qui tendent des pièges au grand nombre et qui appellent cela un État : ils suspendent au-dessus d'eux un glaive et cent appétits. Partout où il y a encore du peuple, il ne comprend pas l'État et il le déteste comme le mauvais œil et une dérogation aux coutumes et aux lois. [...] L'État ment dans tous ses langues du bien et du mal ; et, dans tout ce qu'il dit, il ment – et tout ce qu'il a, il l'a volé », in NIETZSCHE F., Ainsi parlait Zarathoustra, tr. fr. Henri ALBERT, PhiloSophie, pp. 61-62.

[59] Art. 11 Loi n°1-2026 du 18 avril 2026 portant code minier en République du Congo.

[60] Loi n°17-2025 du 21 juillet 2025 portant création des zones économiques spéciales et déterminant leur régime et leur organisation.

[61] KPODAR (A.), « La sincérité dans le droit public », in L'État inachevé, Mélanges Koffi Ahadzi-Nonou, Poitiers, Puj, 2021, pp. 557-591.

[62] Pour vêtir la Constitution congolaise du nom de Placide Moudoudou, agrégé des facultés de droit Cames, président de

la « Commission pour la rédaction d'une nouvelle constitution au Congo » dont les travaux ont abouti en date du 25 octobre 2025 à celle-ci.

[63]VEDEL (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », EDCE, 1954, n°8, pp. 26-43.

[64] Loi n°4-2024 du 24 avril 2024.

[65] Jus politicum, n°28 – 2022, 356 p.

[66] Art. 53 Constitution du 25 octobre 2015.

[67] ATIPO OKO (J.), Droit public économique congolais, éd. OKIERA, 2022.

[68] CC (Congo), Décision N°002/DCC/SVA/22 du 14 avril 2022 sur le recours en inconstitutionnalité de l'article 6 alinéa 1er de la loi n° 4-2019 du 7 février 2019 relative à l'obligation de déclaration de patrimoine par les citoyens élus ou nommes à une haute fonction publique - MIERASSA II.

[69]CC (Congo), Décision N°002/DCC/SVA/22 du 14 avril 2022 sur le recours en inconstitutionnalité de l'article 6 alinéa 1er de la loi n° 4-2019 du 7 février 2019 relative à l'obligation de déclaration de patrimoine par les citoyens élus ou nommes à une haute fonction publique - MIERASSA II.

[70] MOUDOU DOU (P.), 2ème éd., Op. cit., p. 269.

[71] Communiqué de presse du ministère de la coopération internationale et de la promotion du partenariat public-privé : la République du Congo se dote d'une loi de contrat de partenariat public-privé.

[72] Art. 15 Loi n°88-2022 du 30 décembre 2022 relative aux contrats de partenariat public-privé : « La passation du contrat de partenariat public-privé est soumise aux principes de libertés d'accès, d'égalité de traitement, d'objectivité, de concurrence, de transparence et au respect des règles de bonne gouvernance (...) ».

[73] MOUDOU DOU (P.), 2ème éd., Op. cit., p. 266.

[74] LEBRETON (G.), Droit administratif général, Paris, Dalloz, 11ème éd., 2021, p. 176

[75] MOUDOU DOU (P.), 2ème éd., Op. cit., p. 147.

[76] CONSTANT (B.), Cours de politique constitutionnelle, 2ème éd., 1879, T. 1, p. 268.

[77] ROUSSEAU (D.), « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », Projet, 2006, n°291, pp. 19-26.

[78] Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

[79] MOUDOU DOU (P.), Op.cit., 2ème éd., 2023, pp. 332-333.

[80] Loi n°4-2024 du 24 avril 2024 portant orientation de la réforme de l'État.

[81] KPODAR (A.), « La sincérité dans le droit public », in L'État inachevé, Mélanges Koffi AHADZI-NONOU, Poitiers, Puj, p. 587.

[82] Jus politicum, n°28 – 2022, 356 p.

[83] KPODAR (A.), in L'État inachevé, Mélanges Koffi AHADZI-NONOU, Poitiers, Puj, pp. 563, 591.

[84] Pouvoirs, n°117 – avril 2006, 205 p.

[85] KESSLER (D.), « Les grands serviteurs de l'État, une espèce en voie de disparition ? », Pouvoirs – La France et ses élites, n°161, avril 2017, pp. 97-108.

[86] Qu'est-ce que le bien commun ? Hommage à Jean-Marc SAUVÉ, Paris, Berger-Levrault, 2020, 304 p.

[87] MOUDOU DOU (P.), Droit administratif congolais, Op.cit., 1ère éd., p. 12.

[88] LEKEBE OMOUALI (D.), « Les dérives de la constitutionnalisation du droit pénal au Congo : remarques à propos de l'article 96 de la Constitution », Annales UMNG/SJP, 2021, vol. 21, pp. 59-84.

[89] TRUCHET (D.), « Avions-nous encore besoin du droit administratif ? », in Le droit administratif, permanences et convergences, Mélanges LACHAUME, Paris, Dalloz, 2007, p. 1039 sq.

[90] CS, Ch. Pénale, 25 juillet 1980, Loupelo Thomas alias Thoms et autres, notes Fidèle Mounguengue, 1992 : « conformément à la pratique suivie en cas de vide juridique manifeste (...) le droit français doit servir de base en tant raison écrite ». La pratique prend les allures d'une coutume judiciaire : « T.A. de Brazzaville, par exemple, se fondant sur l'article 490 du CPCCAF qui dispose qu'« en toute matière non réglée par la présente loi, les dispositions en vigueur au moment de la promulgation de la présente loi seront suivies comme raison d'état » s'était appuyé sur le principe de la séparation des fonctions administrative et judiciaire édicté par l'article 13 de la loi française des 16-24 août 1790 réitéré par le décret du 16 fructidor an III pour justifier sa compétence dans le contentieux de la procédure de 18 recouvrement forcé par avis à tiers détenteur », in MOUDOU DOU (P.), « Regard sur les dix premières années des tribunaux administratifs au Congo-Brazzaville », inédit.

[91] CE, De la sécurité juridique, EDCE, 1991. 2. Id., Sécurité juridique et complexité du droit, EDCE, 2006. Simplification et qualité du droit, Paris, La documentation française, 2016.

[92] CARBONNIER (J.), Droit et passion du droit sous la Ve République, Paris, Flammarion, 1996, p. 135

[93] COULON (J.-M.), « Les nouveaux chantiers de pénalisation, excès et lacunes », Pouvoirs, n°128 – La pénalisation, 2008, p.5.

[94]WACHSMANN (P.), « Réflexions sur l'interprétation "globalisante" de la Convention européenne des droits de l'homme », in La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Paris, Dalloz, 2011, pp. 667-676 : il s'agit d'une « méthode d'interprétation de la Convention à la lumière de l'ensemble des instruments, documents et jurisprudences disponibles sur la question litigieuse (...) ».

[95] CS, Avis n°024/C.S.15 du 02 octobre 2015, Avant-projet de loi constitutionnelle.

- [96] MOUDOUDOU (P.), « Regard sur les dix premières années des tribunaux administratifs au Congo-Brazzaville », inédit ; Amégas SEBILO, juge au Tribunal administratif de Brazzaville, est resté rattaché à la pensée juridique du doyen MOUDOUDOU, directeur de sa thèse de doctorat : Le contentieux de l'annulation des actes administratifs unilatéraux en Afrique noire francophone : Cas du Congo, Cameroun, Bénin et Sénégal, université Marien Ngouabi, Brazzaville, 2021, 528 p.
- [97] RAVARANI (G.), « Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel », in Justices et droit du procès, Mél. Serge GUINCHARD, Paris, Dalloz, 2010, p. 330.
- [98] MELLERAY (F.), « Le droit administratif comme droit du juge administratif », in Aux confins du droit administratif, Paris, IFJD, 2023, pp. 33.
- [99] PLESSIX (B.), Le droit public, Paris, Puf, Que sais-je, 2022, pp. 5-7 ; MAMBO (P.), « L'OHADA ou la privatisation du droit public ? », in L'exception en droit, Mélanges OWONA, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 389-404.
- [100] CS (Côte d'Ivoire), Chambre judiciaire, Formation civile et commerciale, Arrêt n°181 du 11 mars 2010, KAP Architecte c/. SONITRA.
- [101] Art.35 al.2 Loi n°68-2022 du 16 août 2022 portant statut général de la fonction publique.
- [102] Directive n°O6/11-UEAC-190-CM-22 relative au Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques.
- [103] MOUDOUDOU (P.), Op.cit., 2ème éd., 2023, pp. 332-333.
- [104] Loi n°3-2019 du 7 février 2019 portant création de la Haute autorité de lutte contre la corruption.
- [105] Loi n°09-2022 du 11 mars 2022 portant lutte contre la corruption et les infractions assimilées.
- [106] Art.11 al.2 Déclaration universelle des droits de l'homme.
- [107] DELMAS-MARTY (M.), « Pour les principes directeurs de la législation pénale », RSCDP, n°2 avril-juin, 1985, pp. 225-229.
- [108] PRADEL (J.), « Les principes constitutionnels du procès pénal », CCC, La justice dans la Constitution, Mai, 2003.
- [109] LEKEBE-OMOUALI (D.), « Les tendances actuelles de la répression des infractions dites économiques en Afrique », RIDC, 4-2020, p. 6.
- [110] DELMAS-MARTY (M.), « Humanité, espèce humaine et droit pénal », RSC, 2012, pp. 495-503.
- [111] CARBONNIER (J.), Droit et passion du droit sous la Ve République, Op.cit., p. 135
- [112] FOUCAULT (M.), La société punitive, Cours au Collège de France, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2013.
- [113] CARBONNIER (J.), Droit et passion du droit sous la Ve République, Op.cit., p. 144.
- [114] HALPÉRIN (J.-L.), « Ambivalences des doctrines pénales modernes », RSC, 2010/1 n°1, Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIXe au XXIe siècle, pp. 9-16.
- [115] FOUCAULT M., La société punitive, Cours au Collège de France, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2013.
- [116] CC (Congo), Décision N°002/DCC/SVA/22 du 14 avril 2022 sur le recours en inconstitutionnalité de l'article 6 alinéa 1er de la loi n° 4-2019 du 7 février 2019 relative à l'obligation de déclaration de patrimoine par les citoyens élus ou nommés à une haute fonction publique - MIERASSA II.
- [117] Art.12 Constitution du 25 octobre 2015.
- [118] ASCENSIO (H.), DECAUX (E.), PELLET (A.), Droit international pénal, Paris, PEDONE, 2ème éd., 2012.
- [119] NGANGO YOUNBI (É.), « Valeurs et Constitution. Étude de cas à partir de quelques Constitutions africaines », RRJ, 2021-1, pp. 335-372.
- [120] LEKEBE-OMOUALI (D.), « Les tendances actuelles de la répression des infractions dites économiques en Afrique », RIDC, 4-2020, p. 6.
- [121] Art.47 Loi n°09-2022 du 11 mars 2022 portant lutte contre la corruption et les infractions assimilées.
- [122] Cf. Loi n°9-2022 du 11 mars 2022 portant lutte contre la corruption et les infractions assimilées.
- [123] MOUDOUDOU (P.), Droit administratif congolais, 2ème éd., Op.cit., p. 147.
- [124] BOUKA (H.), « L'Assemblée générale consultative de la Cour suprême : sa place et ses missions », Bulletin de diffusion, n°04, 2014, p. 71.
- [125] Id.
- [126] MOUDOUDOU (P.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo-Brazzaville, Brazzaville, Pub, 2019, p. 17.
- [127] KPODAR (A.) cité par MOUDOUDOU (P.), Droit administratif congolais, 2ème éd., Op.cit., pp. 146-147.
- [128] FAVOREU (L.), « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », Pouvoirs, n°13, 1991, pp. 17-31.
- [129] BARANGER (D.), « La constitutionnalisation des branches du droit : une affaire de point de vue ? », in Défendre les libertés publiques, Mélanges Patrick Wachsmann, 2021, pp. 25 sq.
- [130] MACKAAY (E.), « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », Langages, 12e année, n°53, 1979. Le discours juridique : analyse et méthode. pp. 33-50.
- [131] BOURCIER (D.), « Argumentation et définition en droit ou les grenouilles sont-elles des poissons », Langages, n°4, 1976, pp. 115-124.
- [132] Art. 81 Constitution du 25 octobre 2015.
- [133] Ibid., Art. 106.

[134] MOUDOUDOU (P.), « Nouvelles observations sur les domaines respectifs de la loi organique, de la loi ordinaire et du règlement au Congo Brazzaville », RAMReS, n°5, vol. 1, janvier 2025, pp. 1-27.

[135] ATANGANA AMOUGOU (J.-L.), « L'éthique du constitutionnalisme en Afrique », in L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges DOSSOU, Paris, L'Harmattan, 2020, pp. 203-212.

[136] Art. 125 Constitution du 25 octobre 2015.

[137] BAECHLER (J.), « Le concept de pouvoir », in Le pouvoir, Paris, Puf, 2022, pp. 21-68.

[138] Art. 5 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

[139] Ibid., Art. 7.

[140] Ibid., Art. 8.

[141] Ibid., Art. 9.

[142] Le BORGNE J.-Y., La garde à vue : un résidu de barbarie, Le cherche Midi, 2010.

[143] CC (Bénin), Décision DCC 25-008 du 23 janvier 2025.

[144] CC (Congo), Décision N°001/DCC/SVA/24 du 24 janvier 2024.

[145] ROUSSEAU (D.), « Les facultés de droit et la recherche juridique », RDP, 2010/2, Mars, pp. 307-312.

[146] VIALA (A.), « Interpréter les droit et libertés, qu'est-ce à dire ? », RFDC, n°133, 2023, pp. 7-15.

[147] MOUDOUDOU (P.), « Les garanties constitutionnelles du droit congolais de la propriété », in L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges DOSSOU, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 835.

[148] LEKEBE-OMOUALI (D.), « Les tendances actuelles de la répression des infractions dites économiques en Afrique », RIDC, 4-2020, pp. 1-31.

[149] BLACHÈRE (Ph.), Contrôle de constitutionnalité et volonté générale, Paris, Puf, 2001, 246 p.

[150] Id.

[151] AÏVO (F.J.), in La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique, Mélanges Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 33-49.

[152] Art. 111 Constitution du 20 janvier 2002.

[153] MANANGOU (V.R.), « La Constitution congolaise du 6 novembre 2015 », Les Annales de droit, n°13, 2019.

[154] ANDZOKA ATSIMOU (S.), L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise ? Paris, L'Harmattan, 2015, 593 p.

[155] Art. 34 Constitution du 04 octobre 1958.

[156] Art. 7 dudit arrêté : « Tout contrevenant aux prescriptions édictées aux articles 1er, 2, 3, 4 et 5 est passible d'une amende de cinq mille francs CFA, objet d'une verbalisation, sur présentation d'une pièce d'identité avec adresse, à payer contre quittance du trésor public.

Au cas où il serait dans un véhicule, celui-ci est immédiatement mis en fourrière et une amende de vingt mille francs CFA est à payer dans les mêmes conditions édictées à l'alinéa 1er.

Au cas où le contrevenant ne présente pas sa pièce d'identité avec adresse de son domicile et n'est pas en mesure de payer, il est immédiatement conduit au commissariat de police ou à la brigade de gendarmerie la plus proche, d'où sa famille est aussitôt contactée pour présenter la pièce d'identité du contrevenant ou celle de la personne qui devra s'acquitter de l'amende pour le compte du contrevenant. »

[157] CC. (Congo), Décision n°001/DCC/SVA/20 du 05 juin 2020.

[158] MARTENS (P.), « Les sanctions administratives, un droit pénal dégénéré », in Les sanctions administratives, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 14 sq. ; MOURGEON (J.), La répression administrative, Paris, LGDJ 1967, p. 10 ; MBALLA OWONA (R.), « L'apport du code pénal au droit administratif : l'exemple camerounais », in L'exception en droit, Mélanges OWONA, 2021, p. 456.

[159] Art. 2 Loi portant contrats de partenariat public-privé.

[160] LEBRETON (G.), Droit administratif général, Paris, Dalloz, 11ème éd., 2021, p. 176



BRÈVE SUR LE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics



VERS UNE DOCTRINE AFRICAINE DE LA BONNE EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE : UN IMPÉRATIF POUR LE DÉVELOPPEMENT DU CONTINENT.

Communication présentée lors du webinaire de l'APCPA du
14 mars 2026

Mansour GAYE

Juriste, financier et comptable - Spécialiste principal en commande
publique, Sénégal

Depuis plusieurs décennies, les États africains ont engagé d'importantes réformes destinées à moderniser leurs systèmes de marchés publics. Transparence, concurrence, sécurité juridique et harmonisation réglementaire ont été placées au cœur des politiques publiques. Pourtant, malgré ces avancées significatives, un constat demeure : de nombreux projets publics peinent à produire les résultats attendus.

Le paradoxe est frappant. Des marchés sont régulièrement attribués selon les règles en vigueur, les contrats sont signés conformément aux procédures, mais les infrastructures promises tardent à voir le jour ou restent inachevées. À l'inverse, d'autres projets similaires aboutissent avec succès et contribuent efficacement au développement économique et social. La différence réside souvent moins dans la qualité de la procédure d'attribution que dans celle de l'exécution du contrat.

Cette réalité conduit à une réflexion fondamentale : l'Afrique doit désormais construire une véritable doctrine de la bonne exécution des contrats de la commande publique.

La commande publique, levier stratégique du développement

La commande publique constitue aujourd'hui l'un des principaux instruments d'action économique des États africains. Dans de nombreux pays du continent, les marchés publics représentent entre 10 % et 20 % du produit intérieur brut. Ils mobilisent une part considérable des ressources publiques et financent les infrastructures essentielles :

routes, hôpitaux, établissements scolaires, réseaux énergétiques, ouvrages hydrauliques et autres équipements structurants.

Par conséquent, la qualité de la gestion des contrats publics influence directement l'efficacité de la dépense publique, la crédibilité des institutions et la confiance des citoyens envers l'État. Une commande publique performante contribue à la croissance économique, au développement de l'emploi et à la transformation structurelle des économies africaines.

Les limites des réformes actuelles

Les réformes menées en Afrique au cours des vingt dernières années ont largement bénéficié de l'appui de partenaires et d'organisations telles que l'UEMOA, la Banque mondiale ou encore la Banque africaine de développement. Elles ont permis d'améliorer sensiblement les mécanismes de passation des marchés publics.

Cependant, la plupart de ces réformes se sont principalement concentrées sur la phase de passation. Cette étape, bien qu'essentielle, ne représente que le début du cycle contractuel. L'expérience montre qu'un marché bien attribué n'est pas nécessairement un marché bien exécuté.

L'un des grands paradoxes de la commande publique africaine est ainsi que les administrations ont beaucoup appris à attribuer des marchés, mais restent encore confrontées à de nombreuses difficultés lorsqu'il s'agit de gérer leur exécution.

Les principaux défis de l'exécution contractuelle

Dans de nombreux pays africains, les procédures de passation sont désormais relativement bien encadrées. Malgré cela, les difficultés apparaissent fréquemment lors de la mise en œuvre des contrats. Elles se traduisent notamment par :

- des retards importants dans l'exécution des travaux ;
- des dépassements budgétaires ;
- une multiplication des avenants ;
- des litiges contractuels récurrents.

À ces difficultés s'ajoutent des risques majeurs liés à la fraude et à la corruption, aux violences basées sur le genre, aux impacts environnementaux et sociaux, ainsi qu'aux vulnérabilités numériques et aux cyberattaques.

Ces problèmes révèlent une faiblesse structurelle : les systèmes de commande publique sont souvent conçus pour contrôler les procédures plutôt que pour gérer efficacement les contrats. Or, la performance publique dépend désormais de la qualité de cette gestion contractuelle.

Les fondements d'une doctrine africaine de la bonne exécution

Face à ces enjeux, une doctrine africaine de l'exécution des contrats publics devrait s'appuyer sur plusieurs principes fondamentaux.

1. La continuité du service public

La finalité première d'un contrat public est de garantir la livraison effective des infrastructures et le maintien des services essentiels à la population. L'intérêt général doit demeurer la référence centrale de toute décision contractuelle.

2. L'équilibre contractuel

Les contrats doivent pouvoir s'adapter aux évolutions économiques et aux aléas susceptibles d'affecter leur exécution. La préservation de l'équilibre économique du contrat est essentielle pour assurer sa viabilité et sa réussite.

3. La gestion proactive des risques

L'identification précoce des risques, l'anticipation des difficultés et la mise en œuvre de mesures préventives permettent de réduire les retards, les surcoûts et les échecs de projets.

4. La responsabilité des acteurs

Une exécution efficace nécessite une clarification des rôles et responsabilités de chaque intervenant, ainsi qu'une meilleure coordination entre les différentes parties prenantes.

5. La transparence et l'intégrité

La traçabilité des décisions, l'accès aux informations contractuelles et la lutte contre la corruption doivent être érigés en principes directeurs de l'exécution contractuelle.

6. L'impact économique local

La commande publique doit favoriser le développement des entreprises africaines, soutenir les PME locales et contribuer à la création d'emplois durables.

7. La culture de la performance

Le respect des délais, des coûts et des niveaux de qualité constitue le socle d'une gestion moderne et efficace des contrats publics.

Les réformes nécessaires

Pour concrétiser cette vision, plusieurs réformes apparaissent indispensables.

La première consiste à professionnaliser la gestion des contrats publics. Le développement du contract management, la formation spécialisée des gestionnaires de contrats et la structuration de fonctions dédiées au suivi contractuel doivent devenir des priorités.

La deuxième réforme porte sur la modernisation des systèmes de suivi. L'utilisation de tableaux de bord, la digitalisation des processus et la mise en place de systèmes intégrés de gestion permettront un pilotage plus efficace des projets publics.

Enfin, la coopération africaine doit être renforcée. Le partage d'expériences, l'harmonisation des bonnes pratiques et la construction progressive d'une doctrine commune contribueront à améliorer durablement la performance de la commande publique sur l'ensemble du continent.

Conclusion

Les réformes des marchés publics ont permis à l'Afrique de construire des systèmes plus transparents et plus équitables.

Toutefois, le véritable défi des prochaines années ne réside plus uniquement dans la passation des marchés, mais dans leur exécution effective.

Un contrat public n'est pas un simple document administratif. Il représente une promesse faite aux citoyens : celle d'une route praticable, d'un hôpital fonctionnel, d'une école ouverte ou d'un service public efficace. Lorsque les contrats sont correctement exécutés, l'investissement public se transforme en développement. Lorsqu'ils échouent, il en résulte frustration, gaspillage de ressources et perte de confiance.

L'Afrique est donc appelée à franchir une nouvelle étape : passer d'une culture centrée sur la procédure à une culture fondée sur la performance contractuelle. Car, en définitive, si la passation choisit le prestataire, c'est bien l'exécution qui construit le développement.



NOUVELLES PARUTIONS

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

NOUVELLE PARUTION

La commande publique en Afrique

Sous la direction de
Mouhamadou Moustapha AÏDARA
et
Laurence FALLIOT LALLIOT

Collection Droits Africains – LGDJ



20 ANNÉES DE RÉFORMES,
15 ÉTATS ÉTUDIÉS,
UNE ANALYSE INÉDITE DES MARCHÉS PUBLICS,
DES DSP ET DES PPP EN AFRIQUE FRANCOPHONE.

CHIFFRES CLÉS



15 PAYS ÉTUDIÉS
Afrique du Nord,
de l'Ouest, centrale
et Madagascar



MARCHÉS PUBLICS



PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ (PPP)



DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC (DSP)



APPROCHE JURIDIQUE, ÉCONOMIQUE ET INSTITUTIONNELLE



15 PAYS ÉTUDIÉS

Un ouvrage collectif qui met en lumière l'émergence d'un **modèle africain de la commande publique**, nourri par les réformes nationales, les directives UEMOA et les dynamiques propres aux États africains.

AU CŒUR DES ENJEUX



MARCHÉS PUBLICS
Des cadres juridiques en pleine évolution



PPP
Des leviers de développement et d'investissement



DSP
Délégations de service public : entre efficacité, contrôle et innovation

“ De la diversité des pratiques émerge un **modèle africain de la commande publique**, fondé sur un socle commun d'institutions, de règles et de pratiques. ”

VERS UN MODÈLE AFRICAIN DE LA COMMANDE PUBLIQUE



INSTITUTIONS COMMUNES



RÈGLES HARMONISÉES



PRATIQUES CONVERGENTES



L'INFLUENCE DES DIRECTIVES UEMOA 2005-2006

Les directives UEMOA sur les marchés publics et les délégations de service public ont joué un rôle déterminant dans l'harmonisation des cadres juridiques et institutionnels. Les États se sont approprié ces outils et poursuivent aujourd'hui des réformes adaptées à leurs priorités nationales.

UNE RÉFÉRENCE POUR



CHERCHEURS ET UNIVERSITAIRES



JURISTES ET PRATICIENS



ADMINISTRATIONS PUBLIQUES



PRATICIENS DE LA COMMANDE PUBLIQUE



INSTITUTIONS INTERNATIONALES

COLLECTION DROITS AFRICAINS – LGDJ

L'exigence scientifique au service du droit et du développement en Afrique

LGDJ une marque de **Lextenso**





NOUVELLE PARUTION

MARCHÉS PUBLICS EN CÔTE D'IVOIRE

Le guide complet pour comprendre, candidater et remporter



Auteur
Djama N'Gou



Préface
Coulibaly Yacouba Pénagnaba

UN GUIDE PRATIQUE ET OPÉRATIONNEL

✓ Comprendre les marchés publics ✓ Répondre efficacement aux appels d'offres ✓ Remporter des marchés	✓ Exécuter efficacement ses contrats ✓ Prévenir les litiges ✓ Maîtriser les réformes récentes de la commande publique
--	---

CHIFFRES CLÉS

 OUVRAGE PRATIQUE ET OPÉRATIONNEL	 CADRE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNEL	 DÉMATÉRIALISATION DES PROCÉDURES	 ACCÈS FACILITÉ DES PME	 TRANSPARENCE ET BONNE GOUVERNANCE	 OUTIL DE CROISSANCE POUR LES ENTREPRISES
---	--	---	---	--	---

UNE RÉFÉRENCE POUR

 ADMINISTRATIONS PUBLIQUES	 ENTREPRISES ET FOURNISSEURS	 JURISTES ET CONSULTANTS	 ÉTUDIANTS ET UNIVERSITAIRES	 PROFESSIONNELS DE LA COMMANDE PUBLIQUE
--	--	---	--	---

À JOUR DES DERNIÈRES RÉFORMES

✓ Dématérialisation des procédures	✓ Renforcement de la transparence	✓ Facilitation de l'accès des PME	✓ Modernisation du système de passation des marchés
------------------------------------	-----------------------------------	-----------------------------------	---



SCANNEZ POUR DÉCOUVRIR L'OUVRAGE

Flashez et découvrez !

Flashez et découvrez :

- la présentation complète de l'ouvrage
- les informations bibliographiques
- l'accès direct à la page du livre



PARUTION
DÉCEMBRE 2025



CATÉGORIE
ÉCONOMIE ET GESTION



ISBN
9782342387698

ÉDITIONS
CONNAISSANCES ET SAVOIRS



COLLECTION
CONNAISSANCES ET SAVOIRS

Des connaissances pour comprendre,
des outils pour agir, des savoirs pour réussir.

Connaissances
et Savoirs



COMMENT FAIRE PUBLIER DANS NOS ANNALES ?



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

POLITIQUE DE RÉDACTION

La direction de publication de la RADCP prie les auteurs de se conformer scrupuleusement aux exigences ci-dessous.

1. Genre de proposition de contribution

Toute proposition de contribution à la RADCP est soumise soit en « article de doctrine » soit en « notes de jurisprudence ».

2. Volume de proposition de contribution

Le volume de toute proposition de contribution soumise à la RADCP est de 15 à 35 pages.

3. Première page

La première page de la proposition de contribution renseigne en haut et au milieu le titre, le(s) prénom(s) et nom(s), le grade ou la fonction, l'institution d'attache, le courriel de l'auteur (facultatif) suivi du résumé et des mots-clés.

4. Résumé

La proposition de contribution comporte, au plus, un résumé de 250 mots.

5. Mots-clés

La proposition de contribution comporte au plus (06) mots-clés.

6. Mise en page

La rédaction de la contribution est effectuée selon le format suivant : police Times New Roman ou Book Antiqua ; taille de police : 12 pt ; interligne : 1,5 ; marge : 2,5 ; mise en page à gauche : 2,5 ; mise en page à droite : 2,5.

7. Citations

Les citations courtes (de trois lignes au plus) sont insérées dans le corps du texte. Elles sont saisies en italique, avec une taille de police de (12 pt), mises entre guillemets et suivies, en notes de bas de page, des références bibliographiques exactes.

Les citations longues (plus de trois lignes) sont saisies en italique - en retrait du corps du texte de 1 cm à gauche comme à droite - avec une taille de police de (10 pt) et sans guillemets.

Toute suppression, coupure ou omission, dans la citation, doit être signalée par des crochets [...], ainsi que tout commentaire personnel (lettres et mots ajoutés ou changés par l'auteur de la contribution).

8. Tableaux

Les tableaux et les graphiques doivent être lisibles.

9. Mise en relief

Les titres d'ouvrage, revues et journaux, les expressions latines, les mots étrangers et les mots et expressions que l'on désire exceptionnellement faire ressortir sont saisis en italique. Les titres d'articles et les chapitres d'ouvrage sont saisis entre guillemets.

10. Appel de note

L'appel de note est placé avant tout signe de ponctuation. La référence est renvoyée en notes de bas de page, numérotées en continu (du début à la fin de la contribution). Les références bibliographiques y afférentes sont placées en bas de page et numérotées en continu (du début à la fin de la contribution) avec un point final à chacune d'elle.

La présentation des références bibliographiques en notes de bas de page est la suivante :

-Pour les ouvrages, thèses et mémoires

ABANE ENGOLO (P-E.), MARKUS (J-P.) (dir.), La fonction présidentielle au Cameroun, L'Harmattan, 2019, 468 p.

-Pour les articles

MOUDOUDOU (P.), « Les tendances du droit administratif dans les états d'Afrique noire francophone », Annales de l'Université Marien N'Gouabi, sciences juridiques et politiques, 2009-2010, pp. 1-39.

PROCÉDURE DE PUBLICATION

1. Soumission de la proposition de contribution

Toute proposition de contribution est soumise en deux exemplaires (Word & PDF) à la RADCP à l'adresse suivante : radcpceracle@gmail.com.

L'auteur reçoit, en confirmation de la soumission, un accusé signé par le secrétariat de la RADCP.

2. Délai de traitement

Le délai de traitement de toute proposition de contribution oscille entre trois (03) semaines et quatre (04) mois.

3. Processus d'évaluation

Toute proposition de contribution à la RADCP est soumise à une évaluation sous anonymat et en double lecture.

3.1. L'anonymat est de rigueur durant tout le processus d'évaluation. Il est garanti autant à l'auteur qu'aux membres des comités de la RADCP évaluant la proposition de contribution.

3.2. L'évaluation de la proposition de contribution est opérée en deux lectures.

3.2.1 Première lecture

En première lecture, la proposition de contribution est soumise à un membre du comité de lecture qui évalue la conformité de celle-ci à la politique de rédaction de la RADCP. À ce titre, lorsque l'évaluation conclut à l'inobservation de la politique de rédaction de la Revue, l'auteur est informé de la décision de rejet du comité de lecture. Cependant, lorsque l'évaluation de la proposition de contribution conclut à la conformité de celle-ci à la politique de rédaction de la RADCP, la proposition de contribution est alors soumise à une évaluation en seconde lecture.

3.2.2. Seconde lecture

Toute proposition de contribution, conforme à la politique de rédaction de la RADCP, est soumise, en seconde lecture, au comité scientifique aux fins d'une évaluation au fond.

Le comité scientifique, regroupant les spécialistes ou experts du sujet en étude par l'auteur, évalue la qualité, la pertinence et l'originalité de la proposition de contribution et adresse un rapport relativement à sa publication à la direction de publication de la RADCP.

4. Décision de publication

La direction de publication de la RADCP statue sur la publication de la proposition de contribution, conformément au rapport d'évaluation du comité scientifique. À cette occurrence, en cas de refus de publication, la décision de la direction de publication de la revue est adressée à l'auteur. Elle est motivée par le rapport d'évaluation du comité scientifique qui tient lieu de motivations du refus de publication.

Toutefois, l'auteur conserve la possibilité de resoumettre la proposition de contribution refusée lorsqu'elle est revue au gré d'observations formulées par le comité scientifique. À cet égard, la proposition de contribution est de nouveau évaluée par le comité scientifique selon la procédure y afférente.

Enfin, en ce cas comme dans l'autre, lorsque la direction de publication statue en faveur de la publication de la proposition de contribution, l'auteur en est informé. Il lui ait adressé gratuitement un exemplaire de la contribution, dès sa publication dans un numéro de la revue.

La RADCP conserve l'exclusivité des droits de propriété sur toutes ses publications. Toute proposition de contribution, déjà publiée par une autre revue, doit être signalée comme telle à sa soumission, par l'auteur.

5. Fréquence de publication

La publication de la Revue est effectuée semestriellement en raison d'un numéro par semestre. Elle est opérée selon la périodicité suivante : Janvier – Juin / Juillet – Décembre.

Toutefois, les numéros spéciaux ne sont pas soumis au calendrier ci-dessous. Ils paraissent à la suite des conférences, des journées d'études, des colloques et travaux organisés par la RADCP et/ou ses institutions partenaires.



La publication de ce numéro a été rendue possible, grâce au concours du
CERACLE (Centre de Recherche, d'Expertise et de Formation sur les
Institutions constitutionnelles, les Administrations publiques, la Gouvernance
financière et la Légistique en Afrique) de l'Université Cheikh Anta Diop et
l'**APCPA** (Association pour la Promotion de la Commande Publique en Afrique).

Site : www.ceracle.com

Courriel : radcpceracle@gmail.com

Numéro 8 – Janvier-Juin 2026



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

N° 8 - Janvier-Juin 2026

Propositions à adresser à : radcpceracle@gmail.com

ISSN 2827 - 4776



Canva

ISSN 2827 - 4776

© RADCP 2026

Tous droits réservés