ANNALES DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI

Sciences Juridique et Politique

VOL. 21, N° 1 – ANNEE: 2021

ISSN : 1815 – 4433 - www.annalesumng.org

ANNALES
DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI

SCIENCES DE LA SANTE

VOLUME 21, NUMERO 1, ANNEE: 2021 **www.annalesumng.org**

SOMMAIRE

1 **Les conséquences de la sécession sur la nationalité des personnes**
EMMANUEL ADOUKI D. E., BAHONDA-LOKO M. B.

36 **La souveraineté des États a l'épreuve du terrorisme en Afrique**
SAMBA-VOUKA M. N.

61 **L'arbitrage dans les reformes des marchés publics au Tchad**
DJIMASSAL P.

83 **La réception par le juge constitutionnel africain du serment du président de la république élu**
MOYEN G.

112 **L'action internationale des collectivités locales dans le droit de la décentralisation des États d'Afrique noire francophone**
SIMO E.

Directeur de publication
G. ONDZOTTO

Rédacteur en chef
J. GOMA-TCHIMBAKALA

Rédacteur en chef adjoint
D. E. EMMANUEL ADOUKI

Comité de Lecture :
J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre)
J. ISSA SAYEGH (Abidjan)
E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville)
F. M. SAWADOGO (Ouagadougou)
YAO- NDRE (Abidjan)

Comité de Rédaction :
D. E. EMMANUEL ADOUKI (Brazzaville)
G. MOYEN (Brazzaville)

Webmaster
R. D. ANKY

Administration - Rédaction
Université Marien Ngouabi
Direction de la Recherche
Annales de l'Université Marien Ngouabi
B.P. 69, Brazzaville – Congo
E-mail: annales@umng.cg

ISSN : 1815 - 4433

Annales de l'Université Marien N'GOUABI, 2021; 21(1): 61 - 77
Sciences Juridiques
et Politiques
ISSN : 1815 – 4433
www.annalesumng.org

L'ARBITRAGE DANS LES REFORMES DES MARCHES PUBLICS AU TCHAD

DJIMASSAL P.

Faculté de Droit
Université Marien N'Gouabi
Brazzaville – République du Congo

RESUME

Le Tchad a expressément manifesté sa volonté d'adopter le recours à l'arbitrage comme mode de règlement des différends à travers le Traité de l'OHADA, la Charte des investissements de la CEMAC et bien d'autres instruments juridiques nationaux. Suivant ces engagements, le Tchad a fait une bonne place à l'arbitrage dans les réformes des marchés publics qui se sont succédées ces dernières années. Néanmoins, ces réformes, dont les plus importantes sont celles de 2003, 2015 et 2020, n'ont pas accordé la même place à l'arbitrage dans le contentieux des marchés publics. En effet, si la première réforme l'a consacré comme ultime recours dans le contentieux des marchés publics, les deux dernières réformes ont mis l'arbitrage en concurrence avec les organes administratifs de règlement des différends et l'office du juge étatique.

Mots-clés: *Arbitrage – Réforme – Marchés publics – Contentieux – Règlement des différends*

ABSTRACT

Chad has expressly expressed its willingness to adopt resorting to arbitrary as a form of controversy settlement through the Treaty of OHADA, the CEMAC Investment Charter and many other national legal instruments. Following these commitments, Chad has given pride of place to arbitration in the public procurement reforms that have followed one another in recent years. However, these reforms, the most important of which are those of 2003, 2015 and 2020, have not given the same place to arbitration in public procurement litigation. Indeed, if the first reform established it as the last resort in public procurement litigation, the last two reforms put arbitration in competition with the administrative organs for settling controversy and the duty of the state judge.

Mots-clés: *Arbitration – Reform – Public procurement – Litigation – Settlement controversy.*

INTRODUCTION

Depuis pratiquement deux décennies, les marchés publics sont l'objet de réformes successives au Tchad. Objets d'études pluridisciplinaires, les marchés publics ne cessent d'attirer l'attention des chercheurs et praticiens du Droit, mais aussi des décideurs et bailleurs de fonds en raison des enjeux qu'ils recouvrent. Source d'enrichissement pour les uns, source d'appauvrissement pour les autres, les marchés publics ne sont pas un long fleuve tranquille[1]. Les réformes qu'ont connues les marchés publics au Tchad respectivement en 2003, 2015 et 2020, ont permis d'apporter un substrat de principes en lien avec la bonne gouvernance, étant entendu que les marchés publics sont à la croisée des chemins entre les intérêts privés et publics[2]. Car, il y a des entreprises privées en quête de gros marchés et l'Administration publique qui sait que, dorénavant, *« l'externalisation de l'action publique »*[3] a plusieurs incidences[4].

En effet, en cherchant à rendre plus performant le système des marchés publics au Tchad, les réformes entreprises dans ce secteur ont aussi bien intégré et renforcé les normes de la saine concurrence que défini avec soin les mécanismes de résolution des différends. Dès la réforme de 2003, l'arbitrage est apparu comme le mode privilégié de règlement des litiges nés des marchés publics au Tchad[5].

Pratique issue du monde des affaires et prohibée pendant longtemps en Droit public français dans les rapports avec l'Administration[6], l'arbitrage a, au Tchad comme dans l'ensemble des Etats de l'espace OHADA[7], su se faire une place importante dans les relations d'affaires impliquant l'Administration publique[8]. Le

1 **BIPELE KEMFOUEDIO (J.)** et **BALIFOUNE NDJANGUE (A.)**, « Le règlement juridictionnel du contentieux des marchés publics au Cameroun », *Revue Juridique et Politiques des Etats Francophones*, N°4, Octobre-Décembre, 2018, p. 470. Lire aussi **MESSENGUE AVOM (B.)**, *La gouvernance des marchés publics au Cameroun*, Douala, Les Editions Le Kilimandjaro, février 2013, p. 19.

2 En ce qui concerne l'interaction entre le secteur public et le secteur privé dans les marchés publics, lire **AMOUGOU MBARGA (A.B.)**, « Marchés publics, pratiques politiques et gouvernance au Cameroun », *Revue Juridique et Politique,* N°3, 2013, p. 379.

3 L'expression *« externalisation de l'action publique »* est empruntée au Professeur Frédéric ALLAIRE. Elle traduit les différentes formes d'intervention contractuelle des personnes publiques. Lire **ALLAIRE (F.),** *Droit des marchés publics*, Paris, Gualino éditeur, 2017-2018, pages de présentation.

4 L'Administration sait que l'externalisation de son action publique a plusieurs incidences en ce sens que, en Afrique de manière générale et au Tchad en particulier, on observe un *« (…) degré d'intervention toujours prépondérant des personnes publiques dans l'économie, en dépit de la proclamation générale du libéralisme économique ; dans ces conditions, les activités économiques et les investissements reposent pour beaucoup encore, sur l'Etat et les autres personnes publiques »* ; **SOSSA (D. C.),** « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », *Revue camerounaise de l'arbitrage,* numéro spécial, février 2010, p. 119.

5 Voir l'article 122 du Décret n°503/PR/PM/SGG/2003 du 05 décembre 2003 Portant Code des marchés publics.

6 Voir notamment l'article 2060 du Code civil ; CE, Ass., 13 décembre 1957, *Société Nationale des ventes de surplu*s ; CE, Avis, 6 mars 1986, *EuroDisneyland*.

Cette situation n'est pas que propre à la France et à ses anciennes colonies. On peut aussi la constater par exemple en Libye dans les années 1970 ; lire **MEZGHANI (A.)**, « Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage », *Rev. Arb.* 1985, pp. 554-557.

7 L'article 35 de l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage dispose clairement que *« Le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les États-parties ».*

8 Pour ce qui concerne l'ensemble des Etats de l'OHADA, lire avec intérêt **SOSSA (D. C.),** « L'aptitude des personnes morales de droit public à

Droit OHADA a su pénétrer les marchés publics à travers l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage (AUDA). Cet Acte Uniforme sert de fondement juridique du recours à l'arbitrage par les personnes publiques, en ce qu'il dispose : *« Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats, les autres collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, quelle que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage »*[9]. Cette disposition a suscité la réaction de certains auteurs qui estiment que *« le caractère novateur de l'Acte uniforme sur l'arbitrage résulte également de l'introduction dans l'ordre juridique interne des Etats-parties, de l'aptitude des personnes publiques à compromettre »*[10] ; cette innovation constituant *« un acte de rupture »*[11] avec la plupart des systèmes juridiques existants[12].

Aujourd'hui, l'arbitrage est perçu comme étant le mode le mieux adapté de règlement des différends dans le monde des affaires, y compris les affaires impliquant les personnes publiques. Néanmoins, l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage (AUDA) ne le définit pas expressément[13]. A cet égard, la définition que nous retenons dans la présente étude est celle donnée par le *Vocabulaire juridique* selon laquelle, l'arbitrage est un *« Mode dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'Etat ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties (lesquelles peuvent être des simples particuliers ou des Etats »*[14]. Il s'agit d'un mode juridictionnel de règlement des litiges qui conduit à un règlement du contentieux en dehors des structures publiques de la justice[15].

Quant aux marchés publics, ils sont définis avec clarté à l'article 1er du Décret n°002130/PR/2020 du 15 octobre 2020 Portant Code des marchés publics en

compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », *op. cit.*, pp. 113 et ss.

9 Article 2 de l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage.

10 **OKILASSALI (M.),** « L'arbitrage dans le droit du Congo Brazzaville à l'intérieur de l'Espace OHADA », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage* n°20, Janvier – Février – Mars 2003, p. 11.

11 **KAMTO (M.),** « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », *Recueil des Actes du Colloque sur L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique,* Bruxelles, Brulant, année 2000, p. 89, spéc. p. 93.

12 Le Professeur Dorothé SOSSA s'interrogera sur la question, car pour lui, *« Pourquoi en est-on arrivé à la banalisation, à l'abolition de toute spécificité de l'arbitrage impliquant les personnes publiques, instaurées, en son article 2, par l'Acte uniforme du 11 mars 1999 de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) relatif au droit de l'arbitrage ? »* ; **SOSSA (D.C.),** « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », *op. cit.*, p. 110.

13 Pour en savoir davantage sur l'absence de définition de l'arbitrage dans l'Acte uniforme, lire **DIAKITE (M.),** *L'arbitrage institutionnel OHADA, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique,* Thèse de Doctorat en Droit privé et Sciences Criminelles, Université Toulouse Capitole, décembre 2016, pp. 21-22.

14 **CORNU (G.)** (dir.), *Vocabulaire juridique,* 12ème édition, Paris, PUF, 2018, p. 201.

15 **SALCEDO CASTRO (M.),** *L'arbitrage dans les contrats publics colombiens,* Thèse de Doctorat en Droit public, Université Panthéon-Assas, 2012, p. 19. Voir aussi, **APOSTOLOS PATRIKIOS**, *L'arbitrage en matière administrative,* Paris, L.G.D.J, 1997, p. 3.

République du Tchad[16] : *« Les Marchés Publics sont des contrats écrits passés, à titre onéreux pour la réalisation de travaux, l'achat de fournitures et de services, ainsi que pour la réalisation de prestations intellectuelles par l'Etat, les collectivités autonomes, les établissements publics, les sociétés d'Etat et les sociétés à participation financière publique majoritaire ou pour leur compte »*[17]. Cette définition est retenue dans le cadre de la présente étude.

Par réforme, il faut entendre une modification du Droit existant, soit par une loi nouvelle soit par un décret[18].

En effet, la consécration de l'arbitrage dans les Codes des marchés publics[19] issus des différentes réformes au Tchad témoigne de l'importance de ce mode de règlement des différends. Au regard de cette consécration, mener une étude dont l'objet est de mettre en exergue la particularité de l'arbitrage dans le secteur des marchés publics à l'aune des différentes réformes confère à cette réflexion toute sa pertinence. Dès lors, l'on a jugé convenable de poser la question fondamentale formulée ainsi qu'il suit : quelle est la place de l'arbitrage dans les différentes réformes des marchés publics au Tchad ?

La réponse à cette interrogation nous conduit à articuler la présente réflexion autour de deux principaux axes : d'une part, il sera démontré que l'arbitrage était un mode prépondérant dans la réforme des marchés publics de 2003 (I), et d'autre part, que l'arbitrage est un mécanisme actuellement concurrencé au regard des réformes des marchés publics de 2015 et de 2020 (II).

I- Une place prépondérante de l'arbitrage de la réforme de 2003

Dès son origine, l'arbitrage est une justice privée. Néanmoins, aujourd'hui, les personnes publiques y recourent assez fréquemment dans leurs relations contractuelles. Pour ce qui concerne les marchés publics en l'occurrence, l'arbitrage trouve son champ de prédilection dans le contentieux de l'exécution, mais il intervient aussi dans le contentieux de la passation. Il peut être prévu par le contrat[20] ou mis en place une fois le conflit né[21]. Au regard de sa pertinence, le Code des marchés publics de 2003 l'a consacré comme ultime recours dans le règlement des différends nés des marchés publics (A), en le délimitant fortement (B).

16 L'article 1er du Code des marchés publics de 2015 donne une définition substantiellement semblable à celle donnée par le Code des marchés publics de 2020 : *« contrat écrit par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire s'engage envers l'autorité contractante fournissant une contribution ou une garantie financière, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services, soit à exécuter des prestations intellectuelles, moyennant un prix ».*

17 Il ressort de cette définition quatre (4) caractéristiques principales qui déterminent un marché public : *primo,* il faut un contrat écrit ; *secundo,* la contrepartie doit être pécuniaire ; *tertio,* ce contrat doit porter sur la réalisation de travaux, l'achat de fournitures et de services, ainsi que la réalisation de prestations intellectuelles ; *quarto,* ce contrat doit être conclu au bénéfice de l'Etat, des collectivités autonomes, des établissements publics, des sociétés d'Etat et des sociétés à participation financière publique majoritaire.

18 **CORNU (G.)** (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.,* pp. 1851-1852.

19 Article 122 du Code des marchés publics de 2003, article 202 du Code des marchés publics de 2015 et article 217 du Code des marchés publics de 2020.

20 Voir l'article 122 al. 4 du Décret n°503/PR/PM/SGG/2003 du 05 décembre 2003 portant Code des marchés publics. Lorsqu'il est prévu dans le contrat, il est désigné sous le terme de la « clause compromissoire ».

21 Lorsqu'il est mis en place une fois le conflit né, il est appelé « le compromis d'arbitrage ». Pour en savoir d'avantage, lire **AKA (N), FENEON (A) et TCHAKOUA (J-M),** *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada),* Paris, LGDJ Lextenso édition, 2018, pp. 44-45.

A- L'arbitrage comme ultime recours dans les litiges nés des marchés publics

Le Code des marchés publics de 2003 a consacré une place prépondérante à l'arbitrage dans le contentieux des marchés publics. Néanmoins, ce Code fait intervenir, en amont de l'arbitrage, un autre mécanisme plus amiable de règlement des différends. En effet, en cas de contestation née des marchés publics, le Code des marchés publics habilite d'abord le Comité de Recours et de Règlement Amiable à procéder à une transaction (1). En cas d'échec de cette transaction, l'arbitrage pourrait intervenir en dernier ressort (2).

1- La transaction comme préalable à l'arbitrage dans le contentieux des marchés publics

L'insécurité juridique, définie par Philippe TIGER comme étant *« la situation d'incertitude dans laquelle peut se trouver un opérateur économique sur l'issue d'une éventuelle procédure à laquelle il pourrait être partie, et son impuissance à infléchir le cours de la justice dans le sens de l'équité (...) »*[22], constitue un frein à l'éclosion des activités économiques, au même titre que l'insécurité judiciaire[23]. Cette dernière pourrait également justifier le recours à des modes alternatifs de règlement des différends[24] en cas de litiges. Plusieurs études récentes démontrent que la pratique des modes alternatifs de règlement des litiges connaît un engouement croissant, autant comme réponse aux insuffisances des systèmes judiciaires qu'en raison de leurs qualités propres[25]. Parmi ces modes alternatifs, figure l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends, fondé sur le droit ou l'équité[26].

La situation d'insécurité judiciaire[27] décriée dans la majorité des Etats partie de l'OHADA[28] en général n'est pas étrangère à notre champ d'étude, car l'appareil judiciaire au Tchad ne fait pas bonne presse en raison de ses nombreuses gangrènes, notamment sa lenteur, le manque de spécialisation et d'indépendance des juges, la corruption, *etc*. Dans un tel contexte, les litiges nés des marchés publics, en raison de leur complexité, peuvent échapper à la maîtrise du juge étatique ; d'où la nécessité pour les cocontractants de recourir à l'arbitrage. En effet, comme le fait observer la CCJA dans une étude, *« les litiges relatifs aux marchés publics et susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage peuvent porter autant sur la validité, l'interprétation, l'annulation que sur l'exécution du contrat »*[29].

Au Tchad, comme dans la plupart des Etats de l'espace OHADA, les marchés

22 **TIGER (P.),** *Le droit des affaires en Afrique,* OHADA, Coll. Que sais-je ?, Ed. P.U.F., nov. 1999, p. 2.

23 **DIAKITE (M.)**, *L'arbitrage institutionnel OHADA, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique*, *op. cit.,* p. 14.

24 Les principaux modes alternatifs de règlement des différends dans le contentieux des marchés public sont la transaction, la médiation, la conciliation et l'arbitrage. Pour en savoir davantage, lire **RAPP (L.) et TERNEYRE (Ph.)**, *Le lamy droit public des affaires,* Wolters Kuwer France SAS, éd. 2014, p. 2261.

25 **SOSSA (D. C),** Préface de **AKA (N), FENEON (A) et TCHAKOUA (J-M),** *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada), op. cit,* p. 7.

26 *Cf.* article 15 de l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage.

27 Il se dégage de cette insécurité judiciaire en Afrique, un manque de confiance en une justice étatique en déliquescence constaté dans une enquête d'opinion réalisée par AfroBaromètre ; lire **MAMADOU ISMAILA KONATE,** *Avant-Propos* de **AKA (N.), FENEON (A.)** et **TCHAKOUA (J-M.),** *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada), op. cit*., p. 9.

28 Lire **SOSSA (D. C.),** « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », *op. cit.*, p. 114 ; pp. 119-120.

29 **CCJA,** « Les mécanismes de règlement des litiges relatifs aux marches publics par l'arbitrage OHADA et leur impact sur l'environnement des affaires », www.afbd.org, consulté le 15 juillet 2020.

publics sont régis par des dispositions de droit national contenues dans des lois spéciales ou dans des Codes des marchés publics, comprenant des dispositions imprégnées de la philosophie d'une ancienne législation française souvent rétive face à cette justice privée que constitue l'arbitrage pour tout ce qui touche à la puissance publique[30]. Cependant, ce paradigme a été renversé au Tchad avec la réforme du Code des marchés publics du 05 décembre 2003. En effet, bien que cette réforme impose à l'Autorité Contractante de prescrire dans l'Avis d'Appel d'Offres (AAO) les conditions de règlement des litiges[31], elle fait de l'arbitrage le principal mode de règlement juridictionnel des litiges nés à l'occasion des marchés publics. L'arbitrage était un ultime recours dans la réglementation de 2003 dans la mesure où le Comité de Recours et de Règlement Amiable (CRRA) n'avait fondamentalement pour mission que de prendre des sanctions administratives en cas de non-respect ou de violation des prescriptions du Code[32].

Néanmoins, ce Comité connaissait des différends relatifs à la passation[33] et à l'exécution des marchés publics, soit à l'initiative du Ministre de l'Autorité Contractante, soit à l'initiative du Titulaire du marché [34]. A ce titre, il faut relever que la transaction assurée par le Comité de Recours et de Règlement Amiable n'est pas à négliger. En effet, ce Comité avait pour mission de rechercher, dans les contestations relatives à la passation et à l'exécution des marchés publics, des éléments équitables susceptibles d'être adoptés en vue d'une solution amiable ou de prendre une décision motivée sur les litiges qui lui sont soumis en matière de procédure de passation ou de choix de l'Attributaire[35]. Les pouvoirs conférés au Comité de Recours et de Règlement Amiable sont également importants, dans la mesure où, *« Si le CRRA estime que l'infraction à la procédure de passation ou au choix de l'attributaire affecte de façon substantielle les conditions de mise en concurrence prévues au présent Code, il peut décider l'annulation de la procédure ou du choix du candidat et annuler le cas échéant le marché. Sa décision est alors immédiatement exécutoire sans préjudice du droit à éventuel indemnisation qui est de la compétence exclusive du Tribunal Arbitral »*[36].

En outre, la lecture des dispositions du Code des marchés publics de 2003 laisse comprendre que la transaction peut également émaner du Ministre de tutelle de l'Autorité Contractante : *« Le Ministre saisi à la demande de la partie la plus diligente disposera d'un délai de trente jours à compter de sa saisine pour entendre les parties et rechercher avec elles une solution amiable au différend et en cas de succès, constater soit l'abandon des prétentions de l'une ou l'autre partie ou la conclusion d'une transaction mettant fin au*

30 *Ibidem*. Lire aussi **SOSSA (D. C.),** « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », *op. cit.*, p. 110.

31 Article 30 al. 3 du Décret n°503/PR/PM/SGG/2003 du 05 décembre 2003 Portant Code des marchés publics.

32 Article 116 du Décret n°503/PR/PM/SGG/2003 du 05 décembre 2003 portant Code des marchés publics.

33 Il faut aussi préciser qu'en ce qui concerne le contentieux de la passation, l'article 119 du Code des marchés publics de 2003 exige au préalable la saisine de l'autorité hiérarchique : *« En cas de différend entre le Titulaire et l'Autorité Contractante ou en cas de recours intenté par un candidat non retenu ou par l'OCMP pour irrégularité de la procédure de passation ou de choix du Soumissionnaire, le litige devra être obligatoirement soumis, avant tout autre recours, au Ministre de Tutelle de l'Autorité Contractante ».*

34 Article 121-1) du Décret n°503/PR/PM/SGG/2003 du 05 décembre 2003 Portant Code des marchés publics.

35 Article 120 al. 1er du même Décret.

36 Article 121-1) al. 3 du même Décret.

litige »[37]. Le Code précise néanmoins que *« Toutefois, en cas de recours pour irrégularité de la procédure de passation ou de choix de l'Attributaire, le Ministre n'est tenu d'entendre que le requérant. Il devra alors soit constater l'abandon de la requête soit transmettre le dossier au Comité de Recours et de Règlement Amiable au plus tard dix jours à compter de sa saisine »*[38]. Ces dispositions placent le Comité de Recours et de Règlement Amiable au cœur de la transaction en matière de contentieux des marchés publics.

Cependant, en dépit de ces dispositions, le véritable mécanisme contentieux repose sur le Tribunal arbitral, car il est le seul habilité à prononcer d'éventuelles indemnisations en réparation des préjudices subis par une des parties à la procédure contractuelle. Par ailleurs, *« La partie qui se déclarerait non satisfaite par la proposition du CRRA et qui aurait refusé de signer la transaction éventuelle dans un délai de trente jours à l'issue de la proposition de règlement amiable pourra alors soumettre le litige au Tribunal Arbitral »*[39].

2- L'intervention de la juridiction arbitrale en dernier ressort

L'analyse des dispositions du Code des marchés publics du 05 décembre 2003 laisse clairement comprendre que l'arbitrage peut intervenir à toutes les phases du processus des marchés publics. A ce titre, si ce Code permet à l'autorité hiérarchique de l'Autorité Contractante et au Comité de Recours et de Règlement Amiable d'intervenir en amont dans le contentieux des marchés publics à travers la transaction, c'est tout simplement dans l'optique de trouver des voies de règlement moins contentieuses aux différends.

En effet, le Code des marchés publics du 05 décembre 2003 dispose expressément en son article 122 que : *« Sauf exception portée à la connaissance des candidats dans le dossier de consultation, le règlement de tous les différends et litiges est définitivement tranché par un Tribunal Arbitral dans les conditions suivantes :*

a) Les marchés dont le titulaire est une personne physique ou morale de nationalité tchadienne sont définitivement tranchés par un ou plusieurs arbitres nommés en application du Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce de N'Djaména et choisis sur une liste particulière d'arbitres habilités à connaitre des litiges de Marchés publics tenus auprès de cette Chambre de Commerce.
b) Pour les autres marchés, le différend sera également tranché par voie d'arbitrage, par un ou plusieurs arbitres nommés en application du Règlement d'un Centre d'Arbitrage régional ou international dont la notoriété et l'expérience est reconnue.

Le choix du Centre d'Arbitrage et du lieu d'arbitrage ainsi que la clause compromissoire devront dans tous les cas figurer dans le dossier de consultation sous la rubrique ''Conditions de règlement de litiges'' ».

La lecture de ces dispositions ne laisse pas de doutes, quant à la place de l'arbitrage comme principal mode juridictionnel de règlement des différends nés des marchés publics. Ces dispositions autorisent expressément l'arbitrage interne et l'arbitrage international. En disposant que, *« Sauf exception portée à la connaissance des candidats dans le dossier de consultation, le règlement de tous les différends et litiges est définitivement tranché par un Tribunal Arbitral (...) »*, le Code des marchés publics de 2003 fait de

37 Article 119 al. 3 du Décret n°503/PR/PM/SGG/2003 du 05 décembre 2003 Portant Code des marchés publics.

38 Article 119 al. 5 du même Décret.

39 Article 121 al. 9 du même Décret.

tout autre mode de règlement des différends une exception.

En outre, en interprétant les dispositions de l'article 122 du Code des marchés publics de 2003, l'on s'aperçoit aisément que seul l'acheteur public a la possibilité de déroger à l'arbitrage. En effet, l'opérateur économique qui répond à un appel d'offres ou à une demande de consultation ne saurait avoir le pouvoir d'inclure un autre mécanisme dans le dossier de consultation, à ce stade où le contrat n'est pas encore conclu.

De surcroit, en précisant que le règlement de tous les différends et litiges est *« définitivement tranché par un Tribunal Arbitral »*, on comprend encore plus aisément que le Code des marchés publics de 2003 fait de l'arbitrage le dernier recours en matière de contentieux des marchés publics. Dès lors, l'on se rend à l'évidence que le recours au juge étatique[40] est exclu d'office du fait que l'arbitrage soit prescrit comme dernier recours. Néanmoins, si l'arbitrage est la principale voie de règlement des différends prévue par le Code des marchés publics de 2003, il faut noter que ce mécanisme est relativement encadré et délimité.

B- Les délimitations de l'arbitrage dans la réglementation de 2003

Si le Code des marchés publics de 2003 fait de l'arbitrage un ultime recours dans le contentieux des marchés publics au Tchad, il n'en demeure pas moins de remarquer que ce recours à l'arbitrage est relativement délimité par les dispositions dudit Code. En effet, il ressort de l'analyse des dispositions du Code des marchés publics de 2003 que la liberté reconnue aux parties à l'arbitrage est limitée, en ce qui concerne les cocontractants nationaux (1), et des imprécisions sur la juridiction arbitrale sont à relever, en ce qui concerne les cocontractants étrangers (2).

1- La limitation de la liberté des cocontractants nationaux

Dans le contexte actuel, l'arbitrage intervient pratiquement dans toute la matière administrative, à l'exception de celle où une autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique[41]. Seuls en sont explicitement exclus certains litiges ou différends : les litiges faisant intervenir les pouvoirs régaliens de l'Etat et ceux intervenant dans des domaines largement régis par des dispositions dites d'ordre public[42].

Dans les Etats-parties au Traité de l'OHADA, l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage a procédé à un élargissement du champ matériel de l'arbitrage relativement aux personnes publiques et aux marchés dans lesquels elles sont impliquées[43]. Au Tchad, le Code des marchés publics de 2003, bien que prenant en compte l'esprit du législateur OHADA, a procédé à une délimitation remarquable des modalités pratiques de l'arbitrage. A notre analyse, cette délimitation porte sur deux (2) aspects majeurs : le premier aspect est l'imposition des arbitres inscrits à la Chambre de commerce de N'Djaména[44] aux soumissionnaires et titulaires de marchés publics nationaux, et le second aspect est l'imposition d'un centre d'arbitrage régional ou international dont la notoriété et l'expérience sont reconnues[45]

40 Le recours au juge étatique est toutefois possible en matière purement pénale.

41 Lire **Conseil d'Etat** (France), *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Documentation française, 29 novembre 2010, p. 4.

42 *Idem,* p. 10.

43 Article 2 de l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage.

44 Article 122 a) du Décret n°503/PR/PM/SGG/2003 du 05 décembre 2003 Portant Code des marchés publics.

45 Article 122 b) du Décret n°503/PR/PM/SGG/2003 du 05 décembre 2003 Portant Code des marchés publics.

aux soumissionnaires et titulaires de marchés publics non nationaux.

En effet, l'on s'aperçoit que la liberté reconnue aux parties à un arbitrage de choisir librement les arbitres[46] est écornée. Le Code des marchés publics de 2003, en son article 122 a), impose explicitement aux parties des arbitres nommés en application du Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce de N'Djaména et choisis sur une liste particulière d'arbitres habilités à connaitre des litiges de marchés publics tenue auprès de cette Chambre de Commerce. Ces dispositions semblent, à notre avis, traduire la prudence du législateur de 2003 à s'assurer de la qualité ou de la compétence des arbitres habilités à connaitre du contentieux dans lequel l'Administration publique est partie. Or, comme le mentionne la CCJA, l'adage qui veut qu'*« on n'est jamais mieux servi que par soi-même »* trouve un terrain de prédilection dans le domaine de l'arbitrage où le choix des arbitres est essentiellement dévolu aux parties, qui ont la faculté de les autoriser à statuer en amiable composition pour faire prévaloir l'équité et le souci de la préservation des intérêts fondamentaux des litigants[47].

En outre, il faut relever une autre délimitation tenant au droit applicable à l'arbitrage dans les marchés publics car, selon les disposition du Code des marchés publics de 2003, *«Pour les Marchés visés au a) ci-dessus, la clause compromissoire devra préciser que le droit applicable à la procédure et au fond du litige est le droit tchadien étant précisé que le Marché étant un contrat administratif, il sera régi par le droit administratif tchadien qui comprend l'ensemble de la réglementation et des principes découlant de la jurisprudence administrative applicable au Tchad »*[48]. Au regard de ces dispositions, l'on comprend que le Code des marchés publics de 2003 impose aux parties à l'arbitrage le Droit administratif. A cet effet, l'on peut en déduire que l'arbitre ne peut statuer en équité ou en amiable compositeur[49], sauf en droit. Or, par principe, en matière d'arbitrage, le droit applicable à la procédure[50] et au fond[51] relève du choix des parties ou de l'arbitre, comme on peut le constater à travers le Règlement d'arbitrage de la CCJA : *« Les parties sont libres de déterminer les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix des parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime les plus appropriées en l'espèce. Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des stipulations du contrat et des usages du commerce international. Il peut également statuer en amiable compositeur si les parties ont expressément donné leur accord »*[52].

46 Voir l'article 6 de l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage.

47 **CCJA,** « Les mécanismes de règlement des litiges relatifs aux marches publics par l'arbitrage OHADA et leur impact sur l'environnement des affaires », *op. cit.,* p. 20.

48 Article 122 al. 5 du Décret n°503/PR/PM/SGG/2003 du 05 décembre 2003 portant Code des marchés publics.

49 Or, selon la jurisprudence de la CCJA, *« Le tribunal arbitral a usé des pouvoirs d'amiable compositeur que les parties ne lui ont pas conférés, l'amiable composition se définissant de manière négative comme le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application stricte des règles de droit, ce qui permet aussi bien de les ignorer que de s'en écarter en tant que leur sentiment de l'équité l'exige »* (CCJA, arrêt nº 028/2007 du 19 juill. 2007, Nestlé Sahel c/Scimas, Penant 2009, nº 867, p. 226, 1ère esp. Note B. DIALLO ; Ohadata J-09-104).

50 *Cf.* article 16 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

51 *Cf.* article 13 de l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage.

52 Article 17 du Règlement d'arbitrage de la CCJA. Lire aussi, **AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J-M.),** *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada), op. cit.,* pp. 217-218.

2- Les imprécisions sur la juridiction arbitrale pour les cocontractants étrangers

L'arbitrage prévu par le Code des marchés publics de 2003 comporte des délimitations, mais l'on note également des imprécisions. Ces imprécisions concernent particulièrement l'arbitrage international, dans lequel se trouvent une Autorité Contractante de nationalité tchadienne et un cocontractant étranger.

En effet, le Code des marchés publics de 2003 semble assez imprécis, lorsqu'il prévoit un Centre d'Arbitrage régional ou international dont la notoriété et l'expérience sont reconnues. Le caractère avéré de la notoriété d'un centre d'arbitrage peut paraitre subjectif. Cela peut conduire à choisir des centres d'arbitrage qui n'appréhendent véritablement pas les réalités économiques et sociales du pays, même si certains auteurs estiment que ces arbitres sont généralement expérimentés, spécialisés et maitrisent plusieurs systèmes juridiques[53]. C'est dans cet ordre d'idées que, dans sa thèse consacrée à l'arbitrage institutionnel OHADA, DIAKITE MOUSSA a affirmé l'intérêt que revêt la promotion des centres d'arbitrage africains. Cette promotion permet de combattre le monopole des centres d'arbitrage occidentaux qui accaparent la plupart des procédures d'arbitrage, même lorsqu'elles opposent un Etat africain à une entreprise européenne et qu'elles sont relatives à l'inexécution d'un contrat soumis au Droit applicable à cet Etat. Les opérateurs économiques en Afrique ont souvent recours à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.) de Paris ou du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.) de Washington, pour le règlement par voie d'arbitrage de leurs conflits commerciaux ou d'investissements[54] au détriment des centres d'arbitrage africains.

En outre, il y a lieu de relever une autre imprécision du Code des marchés publics de 2003. En effet, lorsqu'il renvoie le contentieux des marchés publics à l'arbitrage, le Code des marchés publics de 2003 ne précise pas la nature du contentieux. De ce point de vue, on peut en déduire que l'arbitrage reste le maître recours, qu'il s'agisse du contentieux de la passation, de l'interprétation, de la validité, de l'exécution ou de la résiliation.

De surcroit, à côté de ces imprécisions, il faut également signaler une délimitation du droit applicable au fond à l'arbitrage international prévu par le Code des marchés publics de 2003. En effet, selon les dispositions de ce Code, en ce qui concerne les Marchés internationaux, le droit applicable au fond du litige est le droit administratif applicable au Tchad, et que les arbitres pourront faire appel subsidiairement aux usages du commerce international[55]. Cette prescription est, comme c'est le cas dans l'arbitrage interne étudié plus haut, une imposition du droit applicable aux parties.

En somme, l'on peut retenir des développements qui précèdent que l'arbitrage a été véritablement promu dans le contentieux des marchés publics avec l'avènement du Code des marchés publics du 05 décembre 2003. Cependant, si l'arbitrage a connu son ère de gloire à travers ce Code, il n'en demeure pas moins de relever que les deux réformes intervenues respectivement en 2015 et en 2020 aient introduit d'autres mécanismes

53 Lire **SOSSA (D. C.),** « L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans l'arbitrage OHADA : les mobiles d'une telle option », *op. cit.*, pp. 115-116.

54 **DIAKITE (M.)**, *L'arbitrage institutionnel OHADA, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique, op. cit.,* p. 25.

55 Article 122 al. 6 du Décret n°503/PR/PM/SGG/2003 du 05 décembre 2003 Portant Code des marchés publics.

concurrençant l'arbitrage dans le contentieux des marchés publics au Tchad.

II- Une place concurrencée de l'arbitrage dans les réformes de 2015 et de 2020

L'article 1er du Traité de l'OHADA énonce que cette Organisation a pour objet, entre autres, *« l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels »*. Cependant, bien que partie au Traité de l'OHADA, le Tchad a, à travers les réformes des marchés publics de 2015 et de 2020, fait bonne place à d'autres voies de recours. L'on peut considérer cette situation comme une volonté manifeste des pouvoirs publics d'offrir autant de possibilités aux acteurs des marchés publics pour faire valoir leurs réclamations. En effet, à concurrence de l'arbitrage, l'on relève un renforcement des structures administratives de règlement des différends (A) et une consécration de l'office du juge étatique (B).

A- L'arbitrage et les organes administratifs de règlement des différends

Dans le souci de multiplier les voies de recours au profit des acteurs des marchés publics, les Codes des marchés publics de 2015 et de 2020 ont consacré des pouvoirs à des organes non juridictionnels pour connaitre des contestations qui naissent des marchés publics. Il s'agit en l'occurrence du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) qui intervient en premier ressort (1). Au vu des prérogatives reconnues à cette structure, son intervention a pour conséquence un rétrécissement de la place de l'arbitrage dans le contentieux des marchés publics (2).

1- L'intervention du Comité de Règlement des Différends en premier ressort

Dans le contentieux des marchés publics au Tchad, il est prévu des types de recours qui s'imposent aux requérants à chaque stade du marché. C'est dans cette optique que les Codes des marchés publics de 2015 et de 2020 ont accordé une place prépondérante au Comité de Règlement des Différends (CRD)[56] de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP)[57]. Cette prépondérance s'observe à travers l'importance du dispositif juridique qui lui est consacré.

La mise en place des organes de régulation telle que l'ARMP répond en partie à la nécessité d'accorder une conduite pédagogique à l'Administration et à pallier à la lourdeur de la procédure juridictionnelle. Ces organes sont qualifiés de *« quasi-juridictions économiques»*[58] en raison de leur rôle croissant et primordial dans le règlement des différends[59]. Dès lors,

56 L'essentiel des attributions de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics en matière contentieuse est conféré à un Comité de Règlement des Différends (CRD). Ce dernier est un organe établi auprès de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics chargé de statuer sur les recours relatifs à la passation des marchés publics et délégations de service public ; Voir l'article 2 al. 26 et l'article 214 du Décret n°002130/PR/2020 du 15 octobre 2020 Portant Code des marchés publics ; l'article 38 du Décret n°2418/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant organisation et fonctionnement de l'ARMP.

57 Consacrée par l'article 48 du Décret n° 2417/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant Code des marchés publics, cette Autorité est régie par le Décret n°2418/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant organisation et fonctionnement de l'ARMP.

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

59 On peut ainsi clairement lire à l'article 41 du Décret n°2418/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 précité que *« Le Comité de Règlement des Différends siège, en fonction des faits dont il est saisi, soit sous forme d'une commission des litiges*

en raison de leurs attributions, il se dégage une guerre de positionnement entre les organes de régulation compétents en matière de règlement des litiges et les juridictions. Ils partagent désormais une partie des compétences des organes juridictionnels[60]. Comme le constate SEYNABOU SAMB, la bataille de positionnement entre les organes de régulation et les organes juridictionnels était inévitable[61]. Cette bataille concerne également l'arbitrage, considéré comme mode juridictionnel de règlement des litiges.

En effet, comme évoqué ci-dessus, la résolution des litiges nés de la passation des marchés publics est l'une des principales missions assignées à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics[62], notamment à travers le Comité de Règlement des Différends. S'agissant des litiges relatifs à l'exécution des marchés publics, il est prévu que le Comité de Règlement des Différends puisse, en Commission des Litiges, *« rendre des avis dans le cadre de la procédure de règlement amiable des litiges relatifs à l'exécution des marchés publics et délégations de service public »*[63]. A cet égard, l'Autorité de régulation joue un rôle de catalyseur dans la mesure où elle a pour mission de statuer sur les litiges objets de sa saisine[64] ; saisine qui est d'ailleurs soumise à une procédure assez simple[65]. Ainsi, cette Autorité est habilitée à *« Recevoir les recours exercés par les candidats et les soumissionnaires, ou même s'autosaisir des violations de la réglementation en matière des marchés publics et des délégations de service public, tenter de concilier les parties concernées, avant de statuer sur le litige et prononcer les sanctions prévues par les dispositions du présent Code »*[66]. L'importance de ces attributions fait dire à certains auteurs qu'à travers leurs avis ou décisions, les Autorités de régulation, en charge du contentieux, fournissent une matière qui est incontournable pour étayer la réponse à la question des innovations apportées par les réformes dans le domaine des contrats de la commande publique[67].

Les organes administratifs de règlement des différends jouent un rôle important car, les acteurs des marchés publics, qu'ils soient acheteurs publics ou opérateurs économiques, ont l'avantage d'obtenir la garantie de leurs droits à la suite des rectifications des procédures

ou, soit sous forme d'une commission disciplinaire ».

60 Lire **SEYNABOU SAMB**, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun,* Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Bordeaux, novembre 2015*,* p. 691.

61 *Ibidem.*

62 Voir les articles 49 et 50 ; 194 à 200 du Décret n° 2417/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant Code des marchés publics ; les articles 42 et 43 du Décret n°2418/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant organisation et fonctionnement de l'ARMP ainsi que les articles 209 à 215 du Décret n°002130/PR/2020 du 15 octobre 2020 Portant Code des marchés publics.

63 Article 43 du Code des marchés publics de 2015 et article 216 du Code des marchés publics de 2020.

64 **NABIH (M.)**, *Droit des Marchés Publics, aspects juridiques, financiers et contentieux,* Maroc, Axis Design, 2014, pp. 318-319.

65 Pour en savoir sur la procédure de dépôt et de traitement des dossiers de recours auprès du Comité de Règlement des Différends, voir **ARMP/Direction de la Formation,** *Formation en passation des marchés publics, Module II : Les organes de contrôle et de Régulation,* édition 2019, p. 28.

66 Article 4 du Décret n°2418/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant Code des marchés publics ; article 60 -k), 208 à 213 du Décret n°002130/PR/2020 du 15 octobre 2020 Portant Code des marchés publics.

67 **SEYNABOU SAMB**, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun, op. cit.,* p. 71.

irrégulières ou illégales voire l'annulation de telles procédures par le CRD de l'ARMP. Les irrégularités constituent les plus grandes anomalies des procédures de passation des marchés publics, objets de requêtes. Pour pallier ces anomalies, les organes administratifs de règlement des différends donnent généralement des avis[68] en amont et prennent des décisions contraignantes[69]. A cet égard, nous pouvons affirmer avec certains auteurs que le nombre de plaintes que reçoivent les organes administratifs en charge du contentieux des marchés publics atteste du fait que pour les candidats comme pour les soumissionnaires, ces organes ont un rôle important à jouer pour l'effectivité du Droit de la commande publique et pour la protection de leurs droits. En effet, en trouvant l'équilibre entre les considérations factuelles et la place qui doit revenir au Droit, les organes de régulation donneront à leur office la lisibilité nécessaire à sa pérennité[70]. Dès lors, une telle considération accordée aux organes de régulation dans le contentieux des marchés publics induit une réduction de la place jadis reconnue à l'arbitrage.

2- Le rétrécissement de la place de l'arbitrage par le Comité de Règlement des Différends

La consécration du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP comme organe non juridictionnel de règlement des litiges nés des marchés publics impacte considérablement sur la place des modes juridictionnels de manière générale et l'arbitrage en particulier dans le contentieux des marchés publics. En effet, contrairement au Comité de Recours et de Règlement Amiable prévu par le Code des marchés publics de 2003[71], dont la jurisprudence est moins fournie, le Comité de Règlement des Différends prévu par le Code des marchés publics de 2015 et repris par le Code des marchés publics de 2020 fournit un effort remarquable dans la résolution des litiges nés des marchés publics. Le Comité de Règlement de Différends mis en place en 2019[72] s'efforce de résorber tout contentieux soumis à son office, de sorte que le recours juridictionnel soit évité. Ses décisions[73] ainsi que les avis

68 Ainsi, comme l'a affirmé Edouard LAFERRIERE, l'avis est *« un moyen d'éviter l'erreur, d'empêcher une injustice, d'assurer la maturité et l'opportunité de la décision »* ; lire **AHMAT BEN BARBONSOU**, *L'apport de l'OCMP à la régulation des contrats de marchés publics au Tchad de 2005 à 2014*, Mémoire de Master professionnel en Contentieux administratif, financier et douanier, Université de Dschang, année 2013-2014, p. 73.

69 Voir les articles 214 (6) et 223 du Décret n°002130/PR/2020 du 15 octobre 2020 Portant Code des marchés publics.

70 **SEYNABOU SAMB**, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun, op. cit.,* p. 690.

71 Articles 120 et ss du Décret n°503/PR/PM/SGG/2003 du 05 décembre 2003 Portant Code des marchés publics.

72 Institué par le Décret n°2418/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant Code des marchés publics, le CRD n'a pris fonction que le 07 août 2019.

73 Voir à titre d'exemple, la Décisions n°002/ARMP/CRD/2020 du 3 janvier 2020 Relative au recours déposé par le Directeur Général de l'entreprise SIBORO GROUP en contestation de la procédure d'attribution du marché suite à l'Appel d'Offres N°003/MPIEA/RePER/2019, pour les travaux de construction des bureaux, cases de passage et les annexes des antennes du RePER à ABOUDEIA, ATI, DOURBALI ; la Décision n°003/ARMP/CRD/2020 du 27 juillet 2020 Relative au recours déposé par le Directeur Général de la Société CFAO-MOTORS TCHAD en contestation de notification d'intention d'attribution du marché suite à l'Appel d'Offres N°02/PR/MPIEA/DGM/PARIIS/DAON/2020 du 9 avril 2020 Relatif à la fourniture de huit (8) véhicules et vingt (20) motocyclettes pour le compte du projet d'Appui Régional à l'initiative pour l'irrigation au

techniques[74] qui émanent de l'ARMP permettent de juguler, autant que faire se peut, les contestations qui s'élèvent entre les acteurs des marchés publics.

Au regard de ce constat, c'est sans risque de se tromper qu'on a pu constater que les mécanismes administratifs de règlement des différends, plus particulièrement le Comité de Règlement de Différends de l'ARMP, interviennent en concurrence de l'arbitrage dans le contentieux des marché publics au Tchad. En intervenant en amont dans le contentieux des marchés publics, cet organe émiette les attributions des organes juridictionnels et, par conséquent, participe au rétrécissement de la place de l'arbitrage.

Toutefois, il faut remarquer que même s'ils s'emparent d'une part importante du contentieux des marchés publics, ces organes administratifs interviennent plus généralement dans la phase de la passation pour corriger ou sanctionner les irrégularités. A cet égard, le contentieux de l'exécution met plutôt en concurrence l'arbitrage et le juge étatique.

B- L'arbitrage et le juge étatique

En plus des structures non juridictionnelles qui émiettent considérablement la place reconnue jadis à l'arbitrage dans le contentieux des marchés publics, les Codes des marchés publics de 2015 et de 2020 font intervenir concomitamment l'arbitrage et le juge étatique. Il en résulte une mise en concurrence de ces deux organes, se traduisant par la consécration des domaines partagés entre le juge étatique et l'arbitrage (1), de même que par la détermination des domaines exclusifs à la juridiction étatique (2).

1- La consécration des domaines partagés entre la juridiction étatique et l'arbitrage

De l'avis de Mohamed NABIH[75], les différends qui naissent des contrats trouvent un terrain propice dans le domaine des marchés publics[76]. C'est justement en considération de cette situation que les Codes des marchés publics de 2015 et de 2020 exigent que le marché contienne les mentions suivantes : les modalités de règlement du litige[77] et la juridiction compétente y compris pour les appels d'offres internationaux[78]. Pourtant, la jurisprudence n'est pas aussi riche qu'on l'imagine, car les titulaires des marchés préfèrent trouver des compromis à l'extérieur des palais de justice que de s'engager dans une démarche de contestation longue et couteuse[79].

En effet, les Codes des marchés publics de 2015 et de 2020 prévoient

Sahel (PARIIS) ; la Décision N°004/ARMP/CRD/2019 du 12 septembre 2019 Relative au recours du projet de Développement Urbain et l'Amélioration de l'Habitat (DURAH) en vue de la résiliation du contrat de marché n°003/MATUH/SG/DURAH/11 concernant la « réalisation de trois bassins de rétention » conclu avec l'entreprise SOGEA-SATOM.

74 Voir à titre d'illustration, l'Avis Technique n°123/PR/ARMP du 12 novembre 2018 ; l'Avis Technique n°126/PR/ARMP du 19 novembre 2018 ; l'Avis Technique n°494/PR/ARMP/DG/DR/19 du 22 juillet 2019 ; l'Avis Technique n°493/PR/ARMP/DG/DR/19 du 22 juillet 2019

75 **NABIH (M.)**, *Droit des Marchés Publics op. cit.,* p. 307.

76 Cette analyse est logique dans la mesure où les marchés publics génèrent plus de différends que tout autre contrat de la commande publique. Cependant, l'on ne voudrait pas dire par-là que les autres contrats publics sont exempts de litiges.

77 Article 141- q) du Code des marchés publics de 2015 ; article 152 - q) du Code des marchés publics de 2020.

78 Article 141- s) du Code des marchés publics de 2015 ; article 152 - s) du Code des marchés publics de 2020.

79 **NABIH (M.)**, *Droit des Marchés Publics op. cit.,* p. 307.

expressément que les litiges résultant des marchés publics peuvent faire l'objet d'une tentative de règlement à l'amiable[80], et que cette tentative amiable est sans incidence sur la procédure de règlement de droit commun[81]. Ces dispositions accordent concomitamment une place à l'arbitrage et au juge étatique dans le contentieux des marchés publics. Pourtant, la problématique de l'arbitrage dans les contrats publics est bien complexe, comme l'a relevé Myriam SALCEDO CASTRO pour qui, *« (...) l'administration, dans la mesure où elle est investie de prérogatives de puissance publique, peut-elle agréer et se soumettre à la décision de juges privés, dont elle doit, en outre, assurer la rémunération, alors qu'en son sein, l'Etat dispose d'une justice publique et de juges spécialisés ? »*[82].

A cet égard, à la différence du Code des marchés publics de 2003 qui faisait de l'arbitrage un ultime recours en matière de contentieux des marchés publics, les Codes de 2015 et de 2020 prévoient expressément que *« Tout litige qui aura fait préalablement l'objet d'un recours hiérarchique et qui n'aura pas été réglé amiablement dans les trente (30) jours calendaires suivant l'introduction du recours, sera réglé, conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables, devant les juridictions ou les instances arbitrales compétentes »*[83]. Visiblement, ces dispositions mettent en concurrence l'arbitrage et le juge étatique, après échec du règlement à l'amiable. A la lecture de ces dispositions, le recours devant les juridictions (juge étatique) est cité avant le recours devant les instances arbitrales. Toutefois, l'on peut comprendre que le législateur voudrait tout simplement laisser le choix aux parties entre l'arbitrage et la justice étatique après échec du règlement devant les structures administratives. Néanmoins, il existe des domaines où le juge étatique intervient exclusivement.

2- La détermination des domaines exclusifs au juge étatique

L'arbitrage s'est constitué historiquement comme une dérogation au monopole étatique de la justice[84]. *« La vocation essentielle de la justice arbitrale étant de soustraire le règlement dû à la juridiction de droit commun au profit d'une autorité privée, un bon arrangement de l'arbitrage s'impose afin de permettre son fonctionnement »*[85]. Cependant, en prescrivant que les autorités de régulation connaissent des différends relatifs aux marchés publics, et que leurs décisions sont définitives, sauf cas de recours devant les juridictions compétentes[86], le législateur consacre implicitement dans ce cas de figure le rôle du juge étatique pour connaitre du contentieux des marchés publics au second degré. Car, les Autorités de régulation étant des autorités administratives, leurs actes ne peuvent faire l'objet de recours que devant le juge administratif.

La consécration de l'office du juge étatique, le juge administratif en

80 Article 193 (1) du Décret n° 2417/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant Code des marchés publics ; article 208 (1) du Décret n°002130/PR/2020 du 15 octobre 2020 Portant Code des marchés publics.

81 Article 193 (2) du Décret n° 2417/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant Code des marchés publics ; article 208 (2) du Décret n°002130/PR/2020 du 15 octobre 2020 Portant Code des marchés publics.

82 **SALCEDO CASTRO (M.),** *L'arbitrage dans les contrats publics colombiens, op. cit*., p. 14.

83 Article 202 du Code des marchés publics de 2015 ; article 217 du Code des marchés publics de 2020.

84 Lire **PERROT (R.), BEIGNIER (B.)** et **MINIATO (L.),** *Institutions judiciaires*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2018, pp. 76-77.

85 **OKILASSALI (M.),** « L'arbitrage dans le droit du Congo Brazzaville à l'intérieur de l'Espace OHADA », *op. cit.,* p. 8.

86 Voir l'article 214 (7) du Décret n°002130/PR/2020 du 15 octobre 2020 Portant Code des marchés publics.

l'occurrence, tient au fait que le contentieux des décisions administratives échappe à la compétence de l'arbitre. En effet, *« la compétence des arbitres se limite aux contentieux subjectifs des contrats publics »*[87]. Ainsi, seul le juge administratif est compétent pour statuer sur un recours en annulation contre un acte détachable du contrat[88] ; acte intervenant généralement dans le lancement de la procédure de passation du marché public et même pendant son exécution.

En outre, il ressort de l'analyse que les réformes de 2015 et de 2020 accordent une place importante à l'autorité judiciaire, juge étatique. Ceci se constate dans certaines formulations telles que : *« Les décisions de la Commission des Litiges sont exécutoires et ont force contraignante pour les parties. Elles sont définitives, sauf en cas de recours devant les juridictions compétentes »*[89] ; *« Les décisions du Comité de Règlement des Différends peuvent faire l'objet d'un recours devant un organe juridictionnel. Ce recours n'a point d'effet suspensif »*[90], ou encore, *« Toutefois, le recours judiciaire peut être engagé en cas d'absence de décision de la Commission des Litiges, dans un délai n'excédant pas quarante-cinq (45) jours »*[91].

Au surplus, pour ce qui concerne les dommages liés aux actes de corruption[92] et les violations des dispositions du Code pénal ou du Code des marchés publics entrainant la nullité du contrat[93], la compétence revient au juge étatique, notamment le juge pénal en ce qui concerne les actes de corruption et le juge administratif en ce qui concerne l'annulation du contrat.

Toutefois, en dépit de ces cas de figure, l'arbitrage trouve une bonne place lorsqu'il est prévu dans le marché : *« Lorsqu'un différend faisant l'objet d'une procédure arbitrale en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant la juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, ou si aucune demande d'arbitrage n'a été formulée, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce (…). Toutefois, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du différend au fond pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent »*[94].

87 **SALCEDO CASTRO (M.),** *L'arbitrage dans les contrats publics colombiens, op. cit.,* p. 4.

88 Voir à titre d'exemple la jurisprudence française CE, 11 juillet 1946, *OPHLM de Marseille*, Rec. 35. Lire aussi **RICHER (L.)**, *Droit des contrats administratifs, op. cit.,* p. 334.

89 Voir l'article 43 du Décret n°2418/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant Code des marchés publics.

90 Article 199 (7) du Code des marchés publics de 2015 ; article 214 (7) du Code des marchés publics de 2020.

91 Article 44 al. 2 du Décret n°2418/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant Code des marchés publics.

92 Article 209 du Décret n° 2417/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant Code des marchés publics ; article 224 du Décret n°002130/PR/2020 du 15 octobre 2020 Portant Code des marchés publics.

93 Article 210 du Décret n° 2417/PR/PM/2015 du 17 décembre 2015 Portant Code des marchés publics ; article 225 du Décret n°002130/PR/2020 du 15 octobre 2020 Portant Code des marchés publics.

94Article 13 de l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage.

CONCLUSION

Au bout de l'analyse, il y a lieu d'admettre que l'arbitrage reste le mode le mieux adapté à la résolution de certains litiges qui naissent des marchés publics. Cette place lui revient au regard de l'inefficacité, voire de la complaisance qu'affichent les organes administratifs de règlement des différends, et de la lenteur que connait le secteur judiciaire au Tchad[95]. Le mécanisme arbitral permet aux arbitres de statuer en droit ou en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir[96]. Cependant, pour des raisons d'ordre pratique, liées à la spécificité des marchés publics, le législateur a institué d'autres modes de règlement des différends qui entrent en concurrence avec l'arbitrage. Car, que *« (...) le différend touche au droit privé ou au droit public, l'arbitrage demeure une justice privée rendue sous l'égide du droit privé »*[97].

Au demeurant, si l'arbitrage est resté pendant plus de dix (10) ans un ultime recours dans le contentieux des marchés publics au Tchad, il ressort clairement qu'au regard des réformes de 2015 et de 2020, ce mécanisme se voit concurrencer dans la phase de passation des marchés publics par le Comité de Règlement des Différends de l'ARMP, et dans la phase d'exécution par le juge étatique. Ceci laisse clairement entrevoir une régression de la place faite à l'arbitrage dans le Code des marchés publics de 2003. Toutefois, en dépit de cette concurrence, l'arbitrage a encore bonne réputation dans le contentieux des affaires, et partant, des marchés publics. Cependant, il ne faut perdre de vue les difficultés suscitées par l'arbitrage dans les contrats publics, étant entendu que « *(...) même si arbitrage et contrats ''font bon ménage'', lorsque l'adjectif public apparaît, surgit un antagonisme qui va bien au-delà des apparences »*[98].

95 Cette lenteur n'est pas propre au Tchad. Pour le cas du Cameroun par exemple, lire **BIPELE KEMFOUEDIO (J)** et **BALIFOUNE NDJANGUE (A)**, « Le règlement juridictionnel du contentieux des marchés publics au Cameroun », *op. cit.*, p. 467.

96 Article 15 al. 2 de l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage.

97 Lire **RICHER (L.)**, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.,* p. 333.

98 **SALCEDO CASTRO (M.),** *L'arbitrage dans les contrats publics colombiens*, *op. cit*., p. 13.