V3 2/10/2017

Propos introductifs

1. – Objet et historique de la recherche

Cet ouvrage s’inscrit dans la lignée des travaux menés par le « Réseau Contrats publics dans la globalisation juridique » qui a été créé il y aura bientôt 10 ans. A cet égard, il a pour objet d’approfondir la question des contentieux et des contrôles des contrats de la commande publique qui avait déjà été abordée partiellement dans les ouvrages collectifs précédents, à commencer par le livre qui a inauguré la série : *Droit comparé des Contrats Publics* - *Comparative Law on Public Contracts* (2010) sous la direction de Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS. Premier ouvrage bilingue présentant un panorama de la législation en place dans 28 pays pour encadrer les contrats publics, il abordait également la question des contentieux et des modes de règlement des litiges. Cette préoccupation apparut également en filigrane des ouvrages suivants de la série, notamment dans *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond* (2014) sous la direction de Martin TRYBUS, Roberto CARANTA et Gunilla EDELSTAM, et en particulier dans l’ouvrage *Contrats Publics et arbitrage international* (2011) sous la direction de Mathias AUDIT et le dernier en date intitulé *Transnational Law of Public Contracts* (2016) dirigé par Mathias AUDIT et Stephan SCHILL.

Afin d’approfondir ces premières analyses du traitement des litiges liés aux contrats publics, il fut décidé de réunir des spécialistes juristes du monde entier, membres du Réseau, pour dessiner les caractéristiques nationales et appréhender les grandes lignes directrices, convergentes ou divergentes, de ce paysage contentieux. 4 continents, à travers 22 pays, sont ainsi à l’étude dans cet ouvrage. Si l’Union européenne est très présente, avec des chapitres consacrés à l’Allemagne, l’Espagne, la France, la Grande-Bretagne, la Grèce, l’Italie, les Pays-Bas ou la Roumanie, les chapitres sur l’Afrique du Sud et l’analyse combinée de 8 autres pays africains[[1]](#footnote-1), sur le Brésil, le Chili, la Chine, les Etats-Unis, et la Suisse attestent de la diversité des systèmes juridiques représentés. S’ajoute également un chapitre sur les recours liés aux contrats conclus par les organisations internationales qui atteste des efforts et des difficultés rencontrés par ces entités dans la construction de mécanismes fiables et indépendants.

1. La définition de l’objet de la recherche : les contrats de la commande publique

Si le premier ouvrage de la série embrassait une définition large des contrats publics, qui englobait celle des contrats administratifs en France, les travaux du Réseau se sont progressivement centrés sur le droit applicable aux marchés publics, contrats de concession et autres Partenariats Public- Privé (PPP). L’Union européenne emploie désormais le terme de *contrats publics* dans un sens générique et les nouvelles Directives de 2014 portent respectivement sur les *marchés publics* (version française), *public procurement* (en anglais[[2]](#footnote-2)) et les concessions. Outre l’identification de ces contrats, progressivement affinée, et qui est synthétisée aujourd’hui (au moins en français[[3]](#footnote-3)) sous l’expression « contrats de la commande publique », ce champ plus délimité permet d’appréhender davantage le phénomène de la globalisation du droit. Car sous des appellations qui peuvent varier, tous les Etats, ainsi que leurs personnes publiques infra-étatiques (que ce concept soit lui-même officiellement reconnu ou pas dans le droit national), et également les organisations publiques internationales, se livrent à des actes d’achats de biens et de services. La similarité de ces opérations facilite ainsi la comparaison des règles qui les encadrent et, par suite, des recours qui sont ouverts pour contester la violation de ces règles.

1. La méthodologie de la recherche

L’ouvrage de Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKEN inaugura une méthode de travail reprise ensuite par tous les ouvrages de la série : celle de l’élaboration initiale d’un questionnaire unique et bilingue (en annexe à cette introduction), utilisé par les contributeurs pour conduire l’analyse du droit national. Outre l’intérêt scientifique de la préparation de ce document commun, cet exercice permet en effet de préciser, par-delà des vocabulaires qui peuvent varier, les concepts et les mouvements du droit que l’on cherche à saisir. Si certains auteurs ont respecté fidèlement l’ordre des questions soumises, d’autres ont préféré ajuster leur chapitre aux particularismes de leur système national. A cet égard, les responsables de cet ouvrage reconnaissent qu’il ne s’agit pas entièrement d’un livre de droit comparé, puisque sa première partie est plutôt une juxtaposition de monographies nationales. Mais, outre le fait qu’elle laisse au lecteur la possibilité de procéder lui-même à des comparaisons stimulantes, cette présentation a permis d’approfondir certains points dans le cadre d’analyses dites transversales qui figurent dans la deuxième partie.

1. Hypothèses de la recherche

A l’origine du Réseau Globalisation du droit des contrats publics, Jean-Bernard AUBY, dans son ouvrage sur *La Globalisation, le droit et l’Etat*[[4]](#footnote-4), avait avancé l’idée d’une transformation des droits publics nationaux sous l’effet de la mondialisation des échanges, notamment dans le cadre jusque-là préservé des contrats publics. Cette intuition a ensuite été explorée[[5]](#footnote-5) puis le premier ouvrage du Réseau présenté ci-dessus s’est penché sur le phénomène de la globalisation du droit des contrats publics. S’inscrivant dans la continuité de ce questionnement, le présent livre s’est efforcé d’explorer l’hypothèse de la globalisation dans le champ des recours et des contrôles des contrats publics.

Conduire cette entreprise n’était pas évident tant un système juridictionnel peut être consubstantiel à son contexte juridique national. D’abord parce que dans le contentieux, peut-être plus encore que dans d’autres domaines du droit, se manifestent les caractéristiques des approches des pays dits de la Common Law et ceux du Droit continental (ou « romano-germanique » ou encore dit de « droit-civil » pour les Anglo-saxons). Mais, surtout, la dualité éventuelle des architectures juridictionnelles, avec d’un côté le modèle de la juridiction unique et de l’autre celui de la coexistence entre le juge administratif et le juge civil, est particulièrement questionnée par l’opération de la commande publique. En effet, cette opération se scinde en deux étapes, initiée par une procédure administrative (celle des procédures d’acquisition imposées aux acheteurs publics), elle se poursuit par un contrat, acte emblématique des rapports de droit privé. Ici l’analyse de droit comparé des recours mis en œuvre dans le cadre du contrat public déploie toute sa richesse puisque les fondements de ces recours, leurs procédures, leurs délais, la qualité des requérants admis à contester les décisions de la personne publique, la nature des actes attaquables, les pouvoirs alloués aux instances de recours, l’effet sur les contrats des solutions contentieuses, sont autant d’éléments où la connaissance des approches étrangères revêt une importance évidente. De surcroît, cette comparaison est d’autant plus nécessaire dans le cadre de l’Union européenne puisqu’elle permet de mesurer l’intégration d’exigences communes dans les procédures nationales des recours (v. le chapitre de Simone TORRICELLI dans cet ouvrage) au moment où les Etats membres voient de nouvelles exigences imposées à leurs contrats de commande publique par les récentes Directives de 2014.

A ce champ initial portant sur les lignes de force des contentieux liés aux contrats publics, l‘observation des évolutions en cours dans tous les pays, à de très rares exceptions près, amène à l’élargissement de la recherche vers les interventions juridictionnelles de toutes natures qui accompagnent la conduite des opérations d’achats de biens et de services menées par les personnes publiques ou personnes affiliées. L’enrichissement des règles applicables aux contrats publics, qui a caractérisé ce domaine du droit ces dernières années, s’est inéluctablement accompagné d’une multiplication des contentieux. D’abord devant le juge du contrat et/ou du juge de la procédure administrative de la phase d’attribution du contrat, s’il est distinct, mais au-delà, devant d’autres instances, témoignant de la centralité de l’acte d’achat public au sein des activités publiques et des enjeux qui s’y rattachent.

Un autre phénomène, parallèle et lié au précédent, devait également être exploré. Il s’agit du développement des contrôles attachés au déroulement de l’opération du contrat public. Ces contrôles, au premier rang desquels figurent les contrôles administratifs, sont non seulement très diversifiés mais leurs modalités ont évolué. Ils interviennent, notamment, dans le cadre de la politique d’intégrité et de lutte contre la corruption qui irradie désormais le droit de la commande publique, comme l’a démontré l’ouvrage *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally* (2014) dirigé par Gabriella RACCA et Christopher YUKINS. De ces nouvelles exigences jaillissent de nouvelles formes de contrôle. Dans les pays en voie de développement ou émergents, la lutte contre la corruption est également inscrite au fronton des règles de la commande publique mais pour des raisons souvent de manque de moyens et de faiblesse des institutions existantes, la mise en œuvre de cette politique oblige à de nouvelles répartitions des compétences de contrôle. Saisir les évolutions en ces nouveaux domaines en pleine mutation était également la deuxième raison de cette entreprise[[6]](#footnote-6).

Enfin, la multiplication des voies de contrôles et des possibilités d’intervention de juridictions parallèles nous ont conduits à nous interroger sur la place qu’occupe, dans les différents pays étudiés, le contentieux précontractuel, voire la place qu’il occupera demain. Contentieux central et emblématique de la construction du droit de la commande publique, qu’il a accompagné dans tous les pays pour assurer la réalité de la concurrence, pivot de la transparence et de la fiabilité des engagements publics, son rôle n’est-il pas en train de se transformer ? D’un outil de défense des droits des entreprises candidates, catégorie privilégiée parmi les tiers, n’assiste –t-on pas, dans de nombreux pays, à sa limitation progressive ? Ses conditions de déclenchement, peut-être trop aisées sous certains cieux, n’ont elles pas (comme le souligne R. NOGUELLOU dans son chapitre sur la France) été durcies afin de restreindre les actions mettant en danger les contrats conclus ou en devenir ? Restriction de l’intérêt à agir, frais financiers attachés au recours, encadrement des délais, discrétionnalité de la décision juridictionnelle remplaçant la discrétionnalité de la décision administrative, non publication des décisions, deviennent autant de leviers utilisés par les Etats pour circonscrire une voie de droit victime de son succès. Apparaît alors peut-être une forme d’instrumentalisation du recours, tantôt ouvert, tantôt limité, qui loin de devoir satisfaire le plus grand nombre doit avant tout servir à signaler les manquements les plus importants, les violations de la légalité les plus flagrantes, tout en préservant la flexibilité de l’action contractuelle publique. Le recours précontractuel deviendrait ainsi, et avant tout, un instrument au service de l’amélioration de la commande publique[[7]](#footnote-7). Cette hypothèse de la transformation de la fonction du recours précontractuel, faisant des candidats évincés les gardiens vigilants de la procédure de mise en concurrence, méritait d’être étudiée à travers les différents exemples. Si elle était vérifiée, elle pourrait ainsi contribuer à reconnaître la fonction de contrôle remplie à son tour par le recours précontractuel.

1. Premières analyses

5.1. *Un contentieux installé*

La très grande majorité des Etats dispose aujourd’hui d’un mécanisme de recours précontractuel, plus ou moins sophistiqué. Dans son étude analysant le droit des marchés publics dans 180 Etats, publiée en 2017, la Banque Mondiale[[8]](#footnote-8) mentionne encore quelques rares pays qui ne connaissent aucune forme de recours : Antigua, l’Iraq[[9]](#footnote-9), l’Erythrée et le Salvador. Dans la grande majorité des cas, la forme minimale de recours la plus répandue correspond au recours administratif gracieux. Ainsi en Afrique sur 44 pays étudiés, 34 ne s’appuient que sur le recours administratif devant l’autorité contractante, 7 devant une autorité administrative indépendante (AAI) et 3 directement devant les tribunaux. En Europe et Asie centrale, le Rapport établit une proportion inverse : 17 Etats organisent un recours direct devant une AAI et 8 devant l’autorité administrative initiale. D’autres Etats préfèrent solliciter un recours administratif hiérarchique, par exemple en Australie, en Gambie, Mauritanie, et au Népal. A ces différentes solutions, il faut ajouter des pratiques qui varient considérablement d’un pays à l’autre dans le traitement de ces contestations avec des durées trop courtes pour permettre un examen sérieux des arguments soulevés par le requérant (par ex : 2 jours en moyenne au Mali, 3 jours au Taijikistan) ou alors des délais excessivement longs qui traduisent des systèmes défaillants : 1 an en moyenne en Inde, 247 jours au Liban ou 180 jours au Zimbabwe. Plus surprenant dans le cadre européen, le Rapport de la Banque Mondiale affirme qu’il faut 450 jours en moyenne en Irlande et 360 jours au Luxembourg pour obtenir une première décision. Quant à l’appel de la décision rendue, il est possible dans la très grande majorité des Etats. Mais dans les 153 Etats où l’appel est organisé, il est le plus souvent coûteux : 89 pays imposent des frais de justice, parfois prohibitifs (jusqu’à 6 % de la valeur du contrat en Hongrie). Il existe également une grande disparité dans les pouvoirs conférés à l’entité en charge d’examiner l’appel et sa décision n’est pas toujours publiée dans plus d’une quarantaine d’Etats.

Certes, les traditions juridiques fondent des réponses originales dans les dispositifs déployés mais les buts sont identiques : assurer la régularité du déroulement de l’opération du contrat de commande publique (phase administrative de passation et exécution contractuelle). Les pays qui ont historiquement assis leur contrôle sur la vérification de la régularité financière et budgétaire des contrats publics ont ainsi confié le recours précontractuel à une juridiction/organe budgétaire (aux Etats-Unis avec le GEO : voir le chapitre de P. McKEEN, au Brésil ou encore au Portugal), tandis que ceux qui s’étaient efforcés d’encadrer l’activité administrative en général ont simplement étendu le contrôle en vigueur pour les actes administratifs aux contrats publics (approche française), quand d’autres y voyaient surtout une question de respect de la concurrence (approche allemande) ou plus récemment de bonne gouvernance (Etats d’Afrique du Nord après le Printemps Arabe, Etats Africains, Inde), sans oublier ceux qui ont introduit le droit au recours précontractuel essentiellement pour répondre à une obligation en matière de commerce international (Australie, Nouvelle-Zélande, Singapour) ou d’entrée dans une Union économique régionale (telles que l’Union européenne pour les pays de l’Europe de l’Est ou l’UEMOA pour les Etats de l’Ouest Africain).

* 1. *Un contentieux divisé*

Dans la plupart des pays étudiés, le contentieux des contrats publics est un contentieux divisé, le plus souvent pour accompagner la chronologie de l’opération contractuelle marquée par la phase de la procédure de mise en concurrence, dont le formalisme appelle un contrôle de régularité des actes de l’entité publique, et qui se distingue de la phase du contentieux de l’exécution du contrat. Mais à cette division chronologique, une division matérielle vient parfois s’ajouter en fonction des actes mis en causes (unilatéraux, préparatoires ou contractuels) quand ne vient pas, de surcroît, se superposer le jeu du dualisme juridictionnel lorsqu’il existe. C’est aussi souvent un contentieux à plusieurs vitesses : très rapide lorsqu’il intervient en amont du contrat, grâce différents procédés qui vont du référé devant le juge à la compétence de 1er ressort confiée à un organisme administratif indépendant, il peut se diluer lors de l’exécution du contrat, quand l’enjeu ne concerne apparemment que les parties, et que les procédures exceptionnelles cèdent la place au droit commun, justifiant alors la voie de l’arbitrage. Derrière l’apparente cacophonie, les variations du vocabulaire[[10]](#footnote-10), les détails procéduraux divergents, on relève quand même, au niveau macro-juridique, une convergence indéniable des solutions.

* 1. *L’émergence d’un modèle de recours précontractuel*
	2. Les sources internationales de l’harmonisation

Des sources de droit souple mais aussi des sources internationales contraignantes ont contribué faire émarger un modèle de recours ouvert aux candidats évincés lors de l’attribution du contrat. Avec ce constat partagé dans pratiquement tous les pays, le phénomène de la globalisation du contentieux des contrats publics, et plus précisément du contentieux précontractuel, prend toute son ampleur.

Au titre du droit souple figure tout d’abord la Loi-type sur les marchés publics de la CNUDCI révisée en 2011. Dédiée à la régularité des procédures d’attribution, cette loi-type prône les principes désormais classiques du droit des marchés publics tels que la transparence, l’égalité de traitement, l’intégrité, l’efficacité et le droit au recours. Elle contient notamment un chapitre très détaillé sur les procédures de recours, qui reprend, par exemple, le principe du délai suffisant pour exercer un droit de recours grâce à la suspension de la signature du contrat (*standstill*). Si elle a pu être transposée directement par certains Etats, elle a surtout contribué à forger une approche commune des exigences d’un système pertinent de recours pour les candidats évincés.

Plus contrètes, les réformes structurelles prônées par les Institutions internationales de financement, comme la Banque Mondiale[[11]](#footnote-11) et les autres Banques Multilatérales, ou encore l’OCDE[[12]](#footnote-12), ont bouleversé le paysage de la commande publique ces 10 dernières années. Afin d’établir la confiance des investisseurs[[13]](#footnote-13) et des acteurs économiques, ces organisations internationales ont participé à la mise en place récente de nouvelles règles et de nouvelles institutions en charge de la commande publique dans des dizaines d’Etat en voie de développement ou émergents. Clients de ces institutions, ils se retrouvent aujourd’hui avec des règles très similaires, qui traduisent une défiance à l’égard des juridictions traditionnelles et la volonté d’instaurer des organes administratifs, si possible à composition tripartite (représentants de l’Administration, des entreprises et de la société civile) pour accueillir les recours. Ces pays partagent aussi parfois les mêmes difficultés face à des modèles qui ont parfois été transposés dans leur droit national sans tenir compte des particularismes locaux, comme en témoigne le chapitre de R. CARANTA, M. COMBA et C. CRAVERO.

Il faut aussi relever que ces standards internationaux, dans le domaine du recours précontractuel, ont été fortement influencés par le texte de l’Accord sur les marchés publics (AMP), dont la dernière révision négociée dans le cadre de l’OMC est entrée en vigueur en 2014. Son article XVIII sur les procédures de recours internes, exige à titre liminaire que « Chaque Partie établira une procédure de recours administratif ou judiciaire s'appliquant en temps opportun, efficace, transparente et non discriminatoire au moyen de laquelle un fournisseur pourra déposer un recours ». Il constitue le premier exemple d’un accord plurilatéral qui s’immisce ainsi dans l’organisation contentieuse interne des Etats. Surtout son effet contraignant pour les Etats signataires de l’Accord (dont l’Union Européenne qui doit y conformer ses Directives ou encore la Suisse comme l’explique E. POLTIER dans son chapitre) s’accompagne d’un effet harmonisateur redoutable : ses 43 Etats parties utilisent à leur tour le texte de l’AMP dans la négociation de leurs accords commerciaux avec des pays tiers lorsqu’ils envisagent l’accès des entreprises étrangères aux marchés publics. Ainsi les règles de l’AMP, y compris celles relatives aux caractéristiques des recours précontractuels, deviennent peu à peu le plus petit dénominateur commun partagé par un nombre croissant de pays sur toute la planète[[14]](#footnote-14).

* 1. Un contentieux direct contre le contrat réservé aux candidats

 Dans son chapitre sur « les recours des tiers contre la formation du contrat de la commande publique », Nina AOUDJHANE réunit les solutions exposées dans les monographies nationales afin de démontrer que ni les procédures administratives ni les procédures juridictionnelles ne font véritablement une place aux tiers autres que les candidats évincés, sauf dans certains systèmes et suivant des conditions précises, comme en France. Pourtant la pression est de plus en plus forte pour leur ouvrir l’accès au prétoire, comme le suggère Gabriella RACCA dans son chapitre consacré aux recours des tiers lors de l’exécution du contrat. Ce sera certainement l’un des enjeux de l’évolution future du droit des contrats de la commande publique : faire une place aux tiers (usagers, citoyens) soit en les associant au déroulement des procédures, soit en leur ouvrant l’accès à des mécanismes de recours.

c. Le souci de concilier l’efficacité de la commande publique avec le droit au recours

Les différentes contributions nationales ont toute relevé la marge laissée au juge ou à l’organe en charge d’apprécier les conséquences d’une illégalité constatée sur la survie du contrat. Le caractère le plus souvent facultatif de l’effet suspensif du recours est venu renforcer l’impression que la procédure du recours doit s’efforcer de ménager le contrat afin de ne pas entraver l’action de l’Administration.

Peu de pays accordent des dommages et intérêts en cas de perte de la chance de remporter si la procédure est annulée par le juge. Tout au plus permettent-ils au candidat évincé d’obtenir le remboursement des dépenses engagées lors de l’appel d’offres. C’est d’ailleurs conforme aux exigences de l’AMP qui dispose : « dans les cas où un organe de recours aura déterminé qu'il y a eu violation ou non respect (…), des mesures correctives ou une compensation pour la perte ou les dommages subis, qui pourront être limitées aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents au recours, ou à l'ensemble de ces coûts » (article XVIII – 7 –b).

Par l’encadrement de ces conditions, les limitations des dommages et intérêts auxquels il peut ouvrir droit, on peut s’interroger quant à la transformation de la fonction du recours précontractuel  qui devient un élément de contrôle de l’action de la personne publique à travers l’objectivisation du recours. Présenté comme une avancée de la défense des droits subjectifs des candidats évincés, le recours précontractuel a séduit les Gouvernants car il permet d’externaliser la fonction du contrôle de la régularité administrative de la passation.

* 1. *L’émergence d’un système de recours et de contrôles publics*

La notion de système ici doit être comprise au sens de l’analyse systémique : on observe l’élaboration progressive d’un dispositif de recours et de contrôles parallèles, au mieux complémentaires et parfois interdépendants, qui s’efforcent d’appréhender toutes les facettes de l’opération du contrat public, chaque Etat adaptant ces objectifs à sa tradition juridique. Il s’agit cependant d’un système en formation dans la plupart des Etats, ce qui explique parfois les trous noirs (le sort des tiers au contrat, notamment des sous-traitants et des usagers), les zones grises (entre sanctions pénales et sanctions administratives des atteintes à l’intégrité) et les nébuleuses : plusieurs pôles de contrôle, plusieurs Juges, plusieurs organes administratifs dont les compétences parfois s’enchevêtrent. Tout comme on a pu plaider pour une approche systémique de la commande publique, la nécessité d’une approche systémique des modes de contrôles et des recours gagne en pertinence.

* 1. La complémentarité entre le contentieux du contrat et les contentieux périphériques

La centralité de l’opération d’acquisition publique au sein de l’action administrative, et les enjeux économiques (programme de relance, développement, économies budgétaires), politiques (lutte contre la corruption, bonne gouvernance) et sociétaux (protection des minorités, objectif de développement durable) qui se sont désormais greffés sur cette opération, appellent aujourd’hui des réponses plus diversifiées. Le recours précontractuel, soulevé par les seuls candidats à l’acte d’achats, aussi perfectionné soit-il, ne répond plus à la diversification des enjeux de la commande publique.

Les études menées dans cet ouvrage démontrent qu’aujourd’hui les contrats de la commande publique peuvent déclencher l’intervention de juridictions qui ne sont pas en principe en charge des contentieux directs portant sur ces contrats, telle que la juridiction pénale à la suite de la détection d’un comportement frauduleux ou une juridiction financière après la découverte d’une irrégularité administrative ou financière. La pénalisation du droit des contrats publics est un phénomène notable dans plusieurs pays : le juge pénal, à travers l’amélioration de la préhension des faits de corruption, de fraude et plus largement d’atteinte à l’intégrité se retrouve à apprécier les conditions de déroulement de l’opération du contrat public afin d’identifier les comportements publics ou privés répréhensibles. Pour déceler des manquements dans la gestion de l’argent public, les juridictions financières sont également de plus en plus appelées à vérifier la régularité comptable et budgétaire de l’acte d’achat public. Certes indirecte, subordonnée le plus souvent à des mécanismes de questions préjudicielles devant les juridictions principalement en charge des litiges contractuels, cette irruption des contentieux connexes dans le contentieux principal de la commande publique appelle à considérer la coexistence de ces différentes voies juridictionnelles et les mécanismes éventuellement mis en place dans les pays pour les articuler, voire prévenir les conflits de juridictions. De plus, cette diversification des interventions juridictionnelles vient peut-être remettre en cause les contentieux directs traditionnels, c’est-à-dire, pour le contentieux précontractuel, un format de recours essentiellement conçu pour défendre les intérêts des candidats évincés attachés à la finalité du respect de la concurrence, et, pour le contentieux contractuel, avant tout un dispositif tourné vers le respect de l’équilibre des rapports contractuels entre les parties.

* 1. La complémentarité entre les contrôles juridictionnels et les contrôles non juridictionnels

Les réformes les plus récentes, notamment celles menées dans les Etats en voie de développement sous l’influence des Institutions financières internationales, ont largement reproduit le modèle d’une autorité de régulation des marchés publics (ou de la commande publique) dotée également d’une compétence pour connaître des recours précontractuels (v. R. CARANTA, M. COMBA et C. CRAVERO, « *Remedies and Administrative review in award procedures for public procurement in selected African countries »*). Derrière la promotion de ce dispositif institutionnel, la recherche de l’indépendance de cette autorité pour renforcer la confiance dans le recours cache à peine la méfiance à l’égard des juridictions traditionnelles considérées comme peu fiables, mal préparées, voire corrompues. Des critiques, qui résonnent également à propos du règlement des litiges contractuels pour, souvent, justifier le recours à l’arbitrage (voir *infra*).

* 1. La diversification des contrôles administratifs

L’accent mis sur les recours ouverts aux entreprises évincées, conçu initialement pour renforcer l’effectivité de la concurrence, montre aujourd’hui ses limites. S’il est nécessaire, ce recours n’est pas suffisant. Les différents enjeux attachés à la commande publique suscitent d’autres angles de vérification de la régularité des décisions prises. Comme le montre le chapitre de Gabriella RACCA, le contrôle et donc les recours qui y sont associés doit aussi désormais ouvrir la porte aux autres acteurs de la commande publique : les sous-traitants, les usagers et les citoyens. Mais ces derniers souhaitent aussi être associés en amont : participer à la définition des besoins, siéger dans les commissions d’appel d’offres, parfois siéger dans les organes de recours. Mais on peut aussi leur préférer des représentants du secteur privé, comme c’est le cas dans le modèle institutionnel défendu par les Banques Multilatérales qui n’est pas sans évoquer une forme d’auto-contrôle ou d’auto-régulation. Le rythme même des contrôles évolue : alors que longtemps on a privilégié les contrôles *a priori* (ou *prior review*), exercés en amont du choix du contractant, le recours précontractuel, voire contractuel (c’est-à-dire exercé contre le contrat lui-même), témoigne de la volonté de se tourner vers une vérification *a posteriori* (ou *post-review*) qui n’entrave pas, ou alors dans une moindre mesure, la marche administrative.

* 1. L’émergence d’un nouvel outil de contrôle : les sanctions administratives des entreprises

Les sanctions d’interdiction de candidater sont de plus en plus présentes dans les systèmes nationaux mais à quelles règles, à quelles procédures obéissent-elles[[15]](#footnote-15)? Comment sont-elles articulées, par exemple, avec les sanctions pour entrave à la concurrence ? Quelle autorité peut les prononcer ? De quelles garanties les entreprises  peuvent –elles bénéficier ? Quelle mesure de publicité doit les accompagner tout en ménageant le droit à protection des intérêts privés ? Vaut-il mieux prévenir que réprimer ? La plupart des Etats (sauf les Etats-Unis qui ont déjà un éventail de dispositions d’interdiction v. P. Mc KEEN, cet ouvrage) tâtonne encore face à ces nombreuses questions. Si l’Italie explore les Pactes d’intégrité comme l’explique Carole CRAVERO, de nombreux gouvernements s’appuient sur les analyses menées par les organisations internationales, telles que l’OCDE[[16]](#footnote-16) qui inventorient les solutions étatiques, tandis que les Banques multilatérales, en pointe sur ces questions, explorent les possibilités de sanctions croisées (ou *cross-debarment*) qui, transposées dans le droit des Etats, viseraient à conférer un effet extra-territorial aux sanctions prononcées.

A sa manière, le cadre européen fait écho à ces nouvelles exigences avec l’article 57 de la Directive 2014/24 qui a, à la fois, multiplié les cas d’interdiction des entreprises candidates et diversifié la nature des manquements reprochés : ne sont plus seulement retenus au titre de la liste des cas obligatoires des cas d’infraction pénale constatée, puisque désormais la liste des hypothèses d’exclusion facultatives a été largement enrichie, y compris pour réprimer la mauvaise exécution d’un contrat antérieur. On assiste, sinon à un recul de l’approche pénale, au moins à une montée en puissance de la sanction administrative.

1. De la répression à la prévention

Ici aussi la volonté de ne pas entraver l’action publique et de permettre la passation et l’exécution des contrats dans les meilleures conditions possibles justifie un changement de paradigme. L’idée de la répression cède le pas à celle de la préservation des intérêts de la personne publique assurée grâce à la sanction des prestations insuffisantes : le nouveau dispositif s’efforce de favoriser (1) la prévention à travers des engagements unilatéraux des différents participants à l’opération de contrat public, (2) la « compliance » par rapport à de nouvelles obligations éthiques, environnementales et sociales qui viennent s’ajouter aux obligations contractuelles, voire (3) la « rédemption » des entreprises qui pourront échapper à la sanction de l’interdiction si elles démontrent une volonté claire de vouloir transformer leur mode opératoire.

* 1. *L’absence de convergence, pour l’instant, autour du règlement des litiges contractuels*

Alors que la phase administrative de l’attribution des contrats, confortée par le recours ouvert aux candidats évincés a été largement balisée par les standards internationaux mentionnés plus haut, et qu’elle a été reprise dans le cadre européen par les Directives Recours, il n’existe aucune règle internationale de portée équivalente qui vienne commencer un début d’harmonisation en matière d’exécution des contrats et de règlement de leurs litiges. Face à cette disparité, l’audace des Directives européennes de 2014 avec leurs premiers articles sur la modification et l’exécution des contrats est particulièrement intéressante à suivre tant les solutions au sein des Etats membres sont disparates et plus encore traversées par le sillon qui divise le droit civil et le droit public. A cet égard, les chapitres « nationaux » de cet ouvrage portant sur les Etats membres sont particulièrement révélateurs du désarroi dans lesquels ces nouvelles dispositions ont plongé certains Etats. Certes, les Directives de 2014, puisqu’elles ne portent que sur le droit des contrats, ne révisent pas la Directive Recours (ce que … regrette dans son chapitre…) mais on devine déjà que l’éclatement des solutions aujourd’hui pratiquées dans le droit substantiel du règlement des litiges contractuels publics en Europe appellera rapidement des interventions de la Cour de Justice, au moins pour résoudre des litiges liés à la modification ou à la résiliation de ces contrats. La Cour se trouvera ainsi appelée à trancher des litiges liés à l’exécution des contrats conclus entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques, jetant ainsi les bases d’un régime commun des contrats publics en Europe qui aura nécessairement un impact sur la globalisation du droit des contrats publics.

Mais la question n’est pas seulement celle du droit substantiel. Elle est aussi celle du droit processuel qui doit régir le règlement des litiges contractuels. Le débat autour du recours à l’arbitrage dans les contrats publics, s’il est évidemment fondamental pour la matière, n’a pas été exploré en détails dans cet ouvrage. En effet, le livre dirigé par M. AUDIT a déjà abordé la question et il s’agissait ici d’éviter la redondance des analyses. Néanmoins, le thème a été abordé dans le questionnaire, et certains contributeurs y ont porté grande attention, à l’instar de leur système national.

Indubitablement, une forte influence du modèle international de l’arbitrage peut aujourd’hui être relevée. On ne compte plus les instruments de *soft law* qui prônent le recours à l’arbitrage, ou, plus largement aux modes alternatifs de règlement des litiges. Ils manifestent clairement une méfiance à l’égard du règlement juridictionnel des litiges contractuels, comme la MAPS (2017) élaborée par l’OCDE qui la formule distinctement à propos de l’indicateur relatif à la gestion des contrats[[17]](#footnote-17). Pourtant, et en particulier au sein de l’Union européenne, certains Etats, soit conservent une position de principe hostile à l’arbitrage des contrats publics (comme la France mais avec de nombreuses exceptions), soit reviennent vers cette attitude après avoir admis l’arbitrage pendant quelques temps. On peut rattacher à cette réticence la solution d’un arbitrage institutionnalisé et public qui a été retenu récemment à l’occasion de la négociation du CETA entre l’Union Européenne et le Canada.

* 1. *Différences nationales et richesse des traditions juridiques. L’harmonisation, est-elle inéluctable ?*

Les analyses contenues dans l’ouvrage attestent de la grande variété des modèles de protection et de contrôle déployés dans le secteur de la commande publique. Alors que le cadre général constitué par les droits supra-étatiques est de plus en plus rigide à propos de l’exigence d’assurer la légalité de l’action administrative, en tant que telle, ou afin de protéger les intérêts des particuliers, le cadre des droits nationaux/locaux est caractérisé par un polymorphisme qui traduit la diversité et la richesse des traditions nationales. C’est particulièrement vrai pour les Etats Membres de l’Union Européenne, comme le montre le chapitre de Simone TORRICELLI. L’histoire, les traditions juridiques, les coutumes, les liens sociaux, l’idée même de l’Administration et de son rôle : tous ces facteurs expliquent l’hétérogénéité des choix étatiques qui s’imposent en dépit de la force d’homogénéisation qui accompagne les phénomènes de globalisation, y compris et c’est encore plus surprenant, d’européisation.

Cela pose la question cruciale de la nécessité et de l’opportunité de l’harmonisation. La réponse doit être, sans hésitation, positive en ce qui concerne les standards de protection. Les exigences générales, telles que la promotion de l’intégration et de la concurrence, la protection des investissements, la promotion de la participation des particuliers à la réalisation des intérêts publics, la dissuasion, la prévention et le contrôle des irrégularités et des atteintes à l’intégrité, appellent la convergence voire l’harmonisation. La protection juridictionnelle, comme un droit fondamental, doit rester le noyau dur commun. En revanche, les réponses ou les antidotes aux illégalités peuvent être très différentes, car elles relèvent de l’identité nationale. La ligne de distinction, théoriquement claire, est en réalité très subtile car elle repose sur un équilibre circonstanciel propre à chaque système de contrôles et de protection attachés aux contrats publics. Ici encore, l‘outil d’analyse du droit comparé s’avère indispensable.

6. - Le secteur des contrats de la commande publique : un champ d’expérimentation à potentialités expansives ?

Les spécificités de l’activité contractuelle des Administrations publiques, qu’on a déjà évoqué plusieurs fois, ont obligé les Etats et les autres organismes internationaux qui se sont penchés sur le sujet, à élaborer des solutions originales pour faire faces aux problèmes de légalité que la passation et l’exécution des contrats posent. Les analyses contenues dans cet ouvrage montrent l’effort généralisé de création d’outils adaptés, qui permettent de dépasser les modalités traditionnelles des contrôles. Il s’agit parfois de l’adaptation d’instruments classiques, parfois de formes d’intervention complètement nouvelles, voire originales. On assiste alors à la multiplication des contrôles (qui, après une phase de reflux, sont désormais très fortement valorisés), à la prolifération des recours administratifs (qui ne sont plus enfermés dans l’image dépassée de l’Administration-Juge et qui, au contraire, montrent une grande potentialité), à la création de nouvelles voie de recours au juge ou à la transformation des recours existants portés devant des juridictions ou des organes indépendants exerçant des pouvoirs quasi-juridictionnels. Les situations des différents systèmes sont très diversifiées, car la combinaison et la synergie entre « contrôles » et « contentieux », pour évoquer le titre de cet ouvrage et en souligner le fil rouge, engendrent une vraie pluralité de solutions. Leur trait commun consiste à dépasser le formalisme afin d’assurer la légalité et l’efficacité des actes contractuels issus de l’activité administrative.

On observe ainsi que la mise au point de remèdes les plus adaptés dans le domaine des contrats a imposé aux systèmes juridiques de revoir en profondeur la pertinence de leur mécanismes de réactions aux violations entourant les opérations contractuelles et d’accepter la nécessité d’une modernisation drastique, bouleversant les frontières des contentieux et intégrant la dimension transnationale ou transfrontalière de la commande publique. Déjà peut-on percevoir que les résultats de cette réflexion dépassent le seul champ de cet ouvrage et qu’ils portent en germe une réflexion que le Réseau pourra continuer à développer.

7.- Remerciements

Nous tenons enfin à conclure ces propos introductifs par l’expression de nos plus vifs remerciements. Au Réseau des Contrats Publics dans la Globalisation Juridique (« *Public Contracts Network in Legal Globalisation* »), tout d’abord, et à son Président en particulier, le Professeur Jean-Bernard AUBY, pour la confiance qu’il nous a exprimée mais surtout pour la clairvoyance de son analyse prospective du droit administratif. Il est aujourd’hui un penseur mondialement reconnu de l’action publique et c’est un honneur pour nous d’avoir pu travailler pendant toutes ces années à ses côtés. Aux auteurs, ensuite, qui ont fait preuve d’une grande détermination, souvent obligés de rédiger dans une langue, anglais ou français, qui n’est pas la leur, et qui ont également fait preuve d’une grande patience car ce projet, impliquant de nombreuses corrections, aura pris trois longues années. Enfin, aux doctorants du Centre de Recherches sur le Droit Public (CRDP) de l’Université de Nanterre, en particulier Nina AOUDJHANE aidée par William ALMEIDA PIRES, qui ont apporté un concours décisif pour la mise en forme de cet ouvrage.

Questionnaire

**Actions relating to the procurement phase of the public contract: challenging the public authority’s decisions**

1.0 Is there a particular judge and / or a specific administrative body to deal with pre-contractual disputes/protests in the case of a public contract? If several legal actions are open in parallel, is there a stay or suspension mechanism? What are the mechanisms used to organize or limit parallel remedies?

1.1 What are the laws governing the remedies related to the procurement phase of public contracts? Are there statistics on the controls and the remedies? Are they available on a website (please, enter the website or related link)?

1.2 What are the organs (administrative and / or judicial) in charge of challenge and protest against the administrative procedure for awarding the contract? What are the procurement acts/decisions that can be appealed during the bidding procedure? Is it possible to directly challenge the future contract? What are the possible remedies? Is the action necessarily an appeal against a decision (cancellation remedy) or are there other remedies of a different nature (such as: arbitration? Mediation? Compensation/damages?) What are the consequences for the contract if it is already in force? What are the other remedies available if the contract is not actually canceled or void?

1.3 Where there is an administrative body to rule on the legality/validity of the award procedure, is it independent vis-à-vis the contracting authorities? What are the investigative measures it may order? What are its powers? What is the scope of its interventions (single opinion or decision)? Should the decision to intervene within a specific time? Is it published (if so, please specify the website or document)? Is its decision subject to judicial appeal?

1.4 Is there a particular judge/court dealing with disputes related to the award of public contracts? If not, what are the courts that may be in charge (administrative court, civil court, criminal court, financial judge, competition court or other)? What decisions it can take (suspension, cancellation, modification, awarding the contract to another candidate, compensation, damages, fine)? Is the judge bound by the request or can he decide by himself? Are its decisions published and easily accessible (insert website reference and/or document)? Is there a specific time frame?

1.5 What are the consequences of the challenge/protest? Is there an automatic suspension of the award of the contract? Is the appeal/review body able to adapt the duration of the suspension? Is there a way for the contracting entity to overcome the suspension?

1.6 Are there emergency or interim procedures?

1.7 Is the litigation objective or subjective in nature? Who has locus standi/standing to bring an action challenging the procurement phase? Do third parties not participating in the award procedures (ex: citizens, tax payers, associations, sub-contractors, banks and financiers, other public authorities) have ways of action against the procurement phase or the awarded contract?

1.8 How is the challenge/protest organized? Is the initial complaint/challenge necessarily subject to the Contracting entity in the first instance? Is it subject to time limits or specific procedures? What are the guarantees offered to the applicant? Are there techniques or legal means used to reduce the number of challenges/protests from competitors? What's happening in case of dilatory conduct?

1.9 Is the challenge subject to the payment of a fee? What is its value? What will happen if the tax is not paid?

2.0 Is the contracting entity entitled to cancel or withdraw the award of the contract? What are the consequences on the contract? What are the remedies?

**Actions relating to the performance phase of the public contract**

2.1. Does the national legislation on public contracts provide for any provisions relating to dispute settlement? Can the parties refer to an administrative authority or a judge (which one?) to settle their dispute? Are there special procedures for public contracts or PPP?

2.2 Are there alternative dispute resolution mechanisms used for public contracts claims, such as: Mediation? Conciliation? Institution in charge of amicable settlement? Ad-hoc body installed by the parties to the contract? Is the intervention of the judge needed to validate non-contentious decisions? What are the possible remedies against these solutions? How is the transparency of such solutions organized? Are third parties informed?

2.3. Is Arbitration available for all public contracts?

Is the Arbitration Act providing for any specific procedures for public contracts? Are there distinctions between domestic arbitration and international arbitration of public contracts? Are there limits to the powers of arbitrators? Is it possible to challenge the arbitration award? Is the arbitration award published and accessible? Can third parties participate in the proceedings or can they challenge the award? What is the role of the judge, if any?

2.4 Can third parties (users, competitors, subcontractors, for example) exercise litigation or administrative proceedings during the performance of the public contracts? What contractual acts and decisions can be challenged contract amendment, suspension, termination)?

2.5 How can the other party deny a modification of the contract? Can he rely on stabilization clauses and / or clauses on the financial balance of the contract?

2.6. Are the judge's powers in respect of a public contract similar to those they can exercise in respect of a commercial contract - or a private law contract concluded by the administration?

2.7 What are the powers of the judges towards the public contract? For example:

- Can he change/modify the contract terms?

- Can he issue injunctive orders against the public entity? Can he order the continuation of the contract?

What can he decide when there are delays? When there is a fault committed by the contracting party? Or when there is a fault committed by the contracting public authority? What about the consequences of a decision taken by a public authority external to the parties/contract?

2.8 What are the consequences of discovering the illegality of the existing contract? Is it void *ab initio* (*Ex tunc*)? Or may it be only cancelled for the future (*Ex nunc*)? What are the consequences on related contracts (financing contracts, outsourcing contracts, subcontracts)?

2.9 What are the (judicial) methods of interpretation of the contract? Is the principle of good faith considered? How the judge appreciate the change of facts or change of the law during the life of the contract? Can the judge modify the terms of the contract? What are the consequences of the enactment of a law or of an international treaty which contradicts the existing contract?

**Actions relating to controls over public contracts**

3.1 From the procuring entity point of view, (= the administrative point of view, and not the contractor’s) what are the organs (administrative and / or judicial, including financial courts/auditors) which are responsible for the oversight of administrative acts and procedures during the procurement phase? How to articulate the various controls on this phase? Are there any prior controls preventing the award of an irregular contract or correcting the award?

3.2. Can financial jurisdictions control public contracts? What are the audits and controls over the procuring phase and / or the execution phase? Are the auditing reports and surveys published? What are their consequences (legal action, disciplinary, civil or criminal))?

3.2 What are the possible actions before the Authority in charge of Competition, in public contracts? Is this role clearly identified in the national system? What powers are vested into the Anti-trust/Competition Body in case of collusion in public contracts? What are the possible sanctions? What are their effects with regard to the contract and contractors? Is it possible to challenge the sanctions?

3.3 Which is the authority responsible for preventing corruption in public contracts? Which powers are implemented in cases of fraud or corruption? Or in case of conflict of interests? What are their effects with regard to the contract and contractors? How these decisions are articulated with the decisions made by other bodies responsible for monitoring the award of contracts? Is it possible to challenge these decisions?

3.4. What are the possible actions before a criminal court in the context of public contracts? What are its powers? What are their effects with regard to the contract and contractors?

3.5 Can companies be prohibited from participating in the award of public procurement contract (debarment)? Which is the competent authority for deciding debarment? Following which procedures and on what basis? How do the companies regain their right to participate in bidding process? What remedies do they have? Are the debarment decisions published and available on the Internet under a blacklist (please provide website)?

3.6 What other forms of checks are in place (parliamentary control, political, administrative by a higher authority, ombudsman, central control in the context of decentralization, societal control (monitoring, referendum ...)?

1. Bénin, Burkina Faso, Congo Brazaville, Île Maurice, Madagascar, Soudan, Tanzanie, Togo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement. On notera que les Directives de 2004 dans la version anglaise portaient sur les « contrats publics », notamment : Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. Cette évolution sémantique recèle en fait une évolution remarquable des concepts juridiques et de leurs périmètres respectifs. En revanche, la version espagnole des Directives de 2014 n’a pas été modifiée : « contratación pública ». [↑](#footnote-ref-2)
3. Le droit français a désormais officialisé cette expression : utilisée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, elle est également reprise dans le cadre du futur *Code la commande publique* qui doit être adopté à la fin de 2018, comme l'indique la Lettre de la DAJ du 9 mars 2017, l'article 38 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (dite Sapin 2) habilite en effet le gouvernement à codifier par ordonnance les règles de l'achat public. [↑](#footnote-ref-3)
4. Clefs / Politique, Montchrestien, 2003, en particulier p. 37 et s. [↑](#footnote-ref-4)
5. J.-B. AUBY, « L’internationalisation du droit des contrats publics », *Mélanges Th. Flory*, Bruylant, 2003 et « Les problèmes posés par le développement du contrat en droit administratif comparé », in : Mélanges Michel GUIBAL, Tome I, 2006, p. 411 [↑](#footnote-ref-5)
6. Une première recherche collective avait déjà permis d’identifier certaines de ces questions dans le domaine plus circonscrit des marchés publics : G. MARCOU, L. FOLLIOT-LALLIOT, D. I. GORDON, S. L. SCHOONER, Ch. YUKINS (dir.), *Le contrôle des marchés publics*, 2009. [↑](#footnote-ref-6)
7. “Complaint mechanisms introduce a relatively low-cost form of accountability into procurement markets by providing an opportunity for citizens to hold public officials involved in tendering accountable for their decisions and behaviors”, in World Bank Benchmarking Public Procurement 2017 préc. V. aussi : D. GORDON, “Constructing a Bid Protest Process: Choices Every Procurement Challenge System Must Make”, Public Contract Law Journal (2006-3) 2013 and “Bid Protests: the Costs are real, But the Benefits Outweight Them”, GWU Legal Studies Research papers n° 2013-41, GWU Law School, Washington DC. [↑](#footnote-ref-7)
8. World Bank, Benchmarking public procurement. Assessing public procurement regulatory systems in 180 economies, 2017. http://bpp.worldbank.org/~/media/WBG/BPP/Documents/Reports/Benchmarking-Public-Procurement-2017.pdf [↑](#footnote-ref-8)
9. Encore que, dans ce pays, le recours existe en théorie, porté devant le Conseil d’Etat Irakien (Shura Council), mais il n’est jamais mis en œuvre, pour des raisons de situations sur le terrain que l’on peut aisément comprendre. [↑](#footnote-ref-9)
10. Dans les pays francophones, on parle de “recours”, “réclamations”, “plaintes”. Dans les pays anglophones : “challenges”, “reviews”, “protest”, “remedies”, “appeal”. [↑](#footnote-ref-10)
11. World Bank Procurement reform 2015-2016, Bank Policy – Procurement in IPF and Other Operational Procurement Matters https://policies.worldbank.org/sites/ppf3/PPFDocuments/Forms/DispPage.aspx?docid=4002 [↑](#footnote-ref-11)
12. L’OCDE, conjointement avec des Institutions internationales, vient de réviser sa méthodologie d’évaluation des systèmes nationaux de marchés publics, la MAPS (2017). Au nombre de ses indicateurs, celle-ci évalue si l’Etat s’est doté d’un « système efficace de recours » grâce à des procédures de recours structurées, des mécanismes d’appel, des délais suffisants, des procédures transparentes qui assurent les droits de la défense. Methodology for Assessment of National Procurement Systems Version of 2016 (Draft for Public Consultations, July 2016), available at http://www.oecd.org/gov/ethics/benchmarking-assessment-methodology-public-procurement-systems.htm. Voir aussi : OECD, *Public Procurement for Sustainable and Inclusive Growth. Enabling reform through evidence and peer review*, available at [*http://www.oecd.org*](http://www.oecd.org), p. 15. [↑](#footnote-ref-12)
13. “Enhanced trust in the system will not only preserve the integrity of the process, but can act as an incentive that triggers increased participation of suppliers in public tenders, thus making prices more competitive and improving the quality of goods, works, and services”. World Bank Benchmarking Public Procurement 2017 (préc.). [↑](#footnote-ref-13)
14. Par exemple, l’article XVIII.3 dispose: « Il sera ménagé à chaque fournisseur un délai suffisant pour lui permettre de préparer et de déposer un recours, qui ne sera en aucun cas inférieur à dix jours à compter de la date à laquelle le fournisseur a eu connaissance du fondement du recours, ou aurait dû raisonnablement en avoir eu connaissance ». Voy. R. ANDERSON, “The WTO Agreement on Government Procurement: an emerging tool of global integration and good governance”, EBRD, *Law in transition - online*, oct. 2010. [↑](#footnote-ref-14)
15. Voy. J.-B. AUBY, E. BREEN and Th. PERROUD (eds.), *Corruption and Conflicts Of Interest. A Comparative Law Approach*, Edward Elgar Publishing, 2014. [↑](#footnote-ref-15)
16. OECD, *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, *2009*. [↑](#footnote-ref-16)
17. La version d’origine est en anglais : « The legal framework should determine the conditions for contract amendments and extensions to ensure economy and avoid the arbitrary limitation of competition. The legal framework should also define suppliers’ rights in case of late payment. Disputes during the performance of a contract are a common occurrence. Naturally, disputes can be resolved through judicial proceedings. In some countries, litigation may however take very long, sometimes years, and the costs may be deterrent. To avoid long delays in resolving disputes, it should be the policy of the country to accept alternative dispute resolution (ADR). Methods of ADR refer to any means of settling disputes outside of the courtroom. Arbitration and mediation are two major forms of ADR. A framework should be in place that provides for fair and timely resolution including procedures to enforce the final outcome of a dispute resolution process. For example, there should be an Arbitration Law in the country and the law should be consistent with generally accepted practices for neutrality of arbitrators, due process, expediency and enforceability. The country could accept as a matter of course international arbitration as appropriate. The following are some proposed examples providing for enforcement of the final outcome of an arbitration process: a) the country is a member of the New York Convention on enforcement of international arbitration awards; and b) the country has procedures to enable the winner in a dispute to seek enforcement of the outcome by going to the courts”. [↑](#footnote-ref-17)