

## La mise en œuvre des principes de la commande publique dans la nouvelle réglementation algérienne de la délégation de service public

### *The implementation of the Principles of Public Procurement in the New Algerian Regulation of Public Service Delegation*



**Dr./ AHMANE Kheira<sup>1,2,3</sup>**

<sup>1</sup> Université d'Oran 2, (L'Algérie)

<sup>2</sup> Laboratoire Investissement et Développement Durable, Université Oran2

<sup>3</sup> Auteur Correspondant: ahmane.kheira@univ-oran2.dz

*Date de soumission: 18/01/2021    Date d'acceptation: 23/11/2021    Date de publication: 28/04/2022*



**Révision de l'article:** Langue Française: Dr./ BASSI Mohamed ElHadi (Univ.d' El Oued)  
English Language: Dr./ GHEDEIR BRAHIM Mohammed (Univ. of El Oued)

#### **Résumé:**

*La nouvelle réglementation algérienne régissant la convention de délégation de service public a soumis l'attribution de cette dernière aux principes universels de la commande publique. Il s'agit du principe d'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures de sélection et la liberté d'accès dans des contrats conclus traditionnellement selon l'intuitu personae. Ainsi, Nous allons élucider les mécanismes de mise en œuvre des principes de la commande publique, à la lumière du droit algérien et plus spécifiquement, le décret exécutif 18-199 relatif à la délégation de service public, tout en conciliant avec l'intuitu personae comme critère de sélection.*

**Mots clés:** *Délégation de service public; égalité; transparence; appel à la concurrence; corruption.*

#### **Abstract:**

*The new Algerian regulations governing the public service delegation agreement, have submitted it to the universal principles of public procurement. This concerns the principle of equal treatment of candidates, the transparency of selection procedures and freedom of access. This is in contracts traditionally concluded according to the intuitu personae.*

*Thus, we will study the mechanisms for implementing the principles of public procurement, in the light of Algerian law and more specifically, executive*

*decree 18-199 relating to the delegation of public service, while reconciling with the intuitu personae as a selection criterion.*

**Key words:** *Public service delegation; Equality; transparency; Call of tender; Corruption.*

## **Introduction:**

Avec la transition de l'Algérie vers la sphère de l'économie de marché au début des années 1990, un nouvel arsenal juridique adapté avait été introduit, permettant de libéraliser l'économie. On assiste ainsi à l'émergence des textes juridiques régissant la gestion privée des services publics.

Le recours aux contrats de concession pour la gestion des services publics communaux par le secteur privé était autorisé par l'ancien code communal de 1990 en vertu de son article 138. Ce dernier prévoyait que la concession était un mode dérogatoire de gestion des services publics communaux, la priorité était pour la gestion publique en régie ou en établissement public (la loi n°90-08, 1990). Puis plusieurs textes ont permis le recours à la concession mais dans des textes sectoriels et épars, dans des secteurs différents (ZOUAIMIA, 2012). Ces différents textes ont traité la concession d'une façon sommaire et ont laissé à l'administration concédante la liberté de choisir son concessionnaire et aussi, la liberté des parties pour rédiger les clauses contractuelles en respectant des cahiers de charges-type approuvés par voie réglementaire.

Ultérieurement, le concept de concession en matière de gestion des services publics locaux s'est rétréci et s'est introduit dans une catégorie générique qu'est la délégation de service public (DSP). Ceci est en vertu du décret présidentiel 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public (décret présidentiel 15-247, 2015). Ce texte a permis le recours à la DSP pour tous les services publics locaux pouvant être délégués ou bien les services publics non régaliens.

Puis, le décret exécutif n°18-199 relatif à la DSP a tracé les contours de la DSP. Ainsi, la délégation de service public est un contrat administratif entre une personne morale de droit public, chargée de la gestion d'un service public local et un délégataire devant être une personne morale de droit algérien, publique ou privée. Ce contrat vise à transférer, pour une durée limitée, certaines missions non régaliennes, relevant de l'autorité délégante, au délégataire (Décret exécutif n°18-199, 2018). La réglementation algérienne a énoncé à titre indicatif, les principales formes de la délégation de service, qui se distinguent en fonction des charges supportées par le délégataire, le mode de sa rémunération et le taux des risques mis à sa charge. Il s'agit de la concession, l'affermage, la régie intéressée et la gérance. Dans toutes ces formes, le délégataire assure dans sa mission de gestion de service

public dans le respect des principes des services publics, en l'occurrence, le principe de l'égalité des usagers devant le service public, de continuité de service public et son adaptabilité, ainsi que le respect des critères de qualité et de performance des prestations mises à sa charge.

Le décret présidentiel n°15-247 a soumis aussi la conclusion de la convention de DSP aux principes de la commande publique au même titre que les marchés publics. Cependant, la longévité du contrat et la prise de risque par le délégataire privé, des charges de construction et d'exploitation des services publics, évoque le droit du délégataire à la négociation de son contrat. En effet, et depuis leur apparition multiséculaire, l'attribution du contrat de concession de service public, une des principales formes de DSP, se faisait selon l'intuitu personae. Ce qui va à l'encontre de l'application des principes de la commande publique.

Nous allons voir dans cet article comment la réglementation algérienne pourrait concilier entre l'application des principes de la commande publique et le principe traditionnel de la liberté de l'administration de choix de son délégataire, à propos de tels contrats connus par l'importance de l'intuitu personae du délégataire. Ainsi, on va étudier les principes régissant la conclusion de la DSP (Première partie). Puis, les mécanismes réglementaires de la mise en œuvre de ces principes (Deuxième partie).

## **PREMIERE PARTIE:**

### **Les principes régissant les procédures de choix du délégataire dans la convention de DSP**

La DSP ,et particulièrement, son ancienne formule, la concession avait été conclue traditionnellement, selon le principe de la liberté du choix du délégataire. Cela est dû à la particularité de la DSP et l'importance accordée à la personne du délégataire (Chapitre1). Toutefois, au fil du temps et avec l'émergence d'un marché concurrentiel, on assiste à une nécessité d'introduire des principes de la mise en concurrence et de publicité au même titre que les marchés publics. A cet effet, des procédures formalistes pèsent sur le choix du délégataire. Ces procédures visent à favoriser la concurrence et tirer profit de leur efficacité économique en termes de qualité de service et pour rendre le tarif payé par l'utilisateur du service public de plus en plus accessible. Elles visent aussi, à rendre l'attribution du contrat plus transparente et prévenir ainsi, contre la corruption et ses effets néfastes sur l'économie (Chapitre2).

## **CHAPITRE 1: Le principe traditionnel de la liberté du choix du délégataire**

Traditionnellement, l'autorité délégante jouissait pendant longtemps d'une liberté absolue de choix de son délégataire privé, surtout en matière de concession et d'affermage. Ces derniers constituent des anciennes formules de délégation de service public.

En dépit de cette liberté de choix du délégataire par l'autorité délégante, cette dernière est toujours libre dans son choix de la forme de DSP la plus pertinente suivant ses besoins soit en financement et/ou en savoir-faire du délégataire et ce avant même le lancement de l'appel à la concurrence. A titre d'exemple, le contrat de concession constitue la formule la plus pertinente lorsque les moyens de financement des installations manquent tandis que les autres formes seraient choisies suivant le besoin de l'administration en savoir-faire managérial, technique ou commercial du délégataire et suivant la volonté de l'administration de maintenir son contrôle sur le délégataire.

Revenant au principe de liberté du choix du délégataire, ce dernier est lié à la spécificité des contrats de concession et d'affermage, les parents des autres formes de DSP. Cette liberté de choix était traduite, pendant longtemps, par la conclusion selon la procédure de gré à gré de ces formules contractuelles. Ceci est dû à l'importance traditionnellement donnée à la personne du concessionnaire et à l'intuitu personae.

D'autres arguments avaient été avancés pour justifier cette liberté de choix et écarter les procédures formalistes de passation des DSP et surtout en matière de contrat de concession. Parmi ces arguments, ces contrats sont des contrats complexes, combinant plusieurs obligations mises à la charge du délégataire, qui contrairement à un titulaire d'un marché public, ne se contente pas de livrer un produit ou un service ou réaliser des travaux. En effet, dans une convention de DSP, les obligations du délégataire sont diverses dont la plus pesante est la gestion et l'exploitation d'un service public avec tous les risques pouvant être engendrés de cette exploitation et mis à la charge du délégataire. Ces obligations peuvent même être une obligation de financement d'une infrastructure support d'un service public. La complexité du contrat rendrait la mise en concurrence impraticable. En deuxième lieu, l'argent public n'est pas en jeu comme c'est le cas en matière des marchés publics, puisque c'est le concessionnaire qui prend en charge les frais d'établissement dans les contrats de concession. Enfin, la négociation de certaines clauses est nécessaire en raison des risques éventuels mis à la charge du délégataire privé, et même la renégociation des clauses qui est fréquente en raison de la longévité de ces contrats et l'éventuel changement des circonstances. Cette négociation est, quant à elle, incompatible dans une certaine mesure avec la procédure classique de l'adjudication (RICHER & LICHERE, 2016).

En Algérie, le contrat de concession est paru avant la parution du terme DSP. Ainsi, le contrat de concession comme étant une forme de DSP, a été traité depuis longtemps dans des textes sectoriels et épars tels que le code de la commune de 1990 abrogé en 2011 ; la concession dans le domaine des autoroutes selon l'article 166 et 167 de la loi de finances pour 1996 (Ordonnance n°95-27, 1995) et le décret exécutif 96-308 relatif aux concessions d'autoroutes (décret exécutif n°96-308, 1996); le transport maritime dans la loi 98-05 portant modification du code maritime (La loi n°98-05, 1998), dans la loi relative à l'aviation civile (La loi n°08-02, 2008), ou bien dans l'ancienne loi sur la poste et télécommunication (La loi n°2000-03, 2000).

Ultérieurement, le concept de la délégation de service public est apparu pour la première fois à notre connaissance, au début des années 2000, et ce pour le service public de l'eau. Il s'agit en l'occurrence, du décret exécutif portant création de l'Algérienne des Eaux (décret exécutif n°01-101, 2001) et le service public de l'assainissement dans le décret exécutif portant création de l'Office National de l'Assainissement (Décret exécutif n°01-102, 2001). Selon ces textes, l'Algérienne des Eaux (ADE) et l'ONA sont des EPIC qui peuvent recourir librement, telle qu'une société commerciale et sans dépendre des formalités de mise en concurrence, à la délégation de service ou toutes autres formes de partenariat. Ces deux EPIC peuvent choisir aussi librement leurs délégataires selon les règles commerciales, ce qui leur a permis de déléguer la gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement de la Wilaya d'Alger à la Société Suez Environnement sans appel formel à la concurrence. Plus tard, ces deux EPIC ont constitué une filiale commune à parité, dénommée Société d'Eau et d'Assainissement d'Alger (SEAAL) gérée par SUEZ Environnement par un contrat de gérance, une des formes de DSP (AHMANE, 2014).

En règle générale, l'application du principe de liberté de choix du concessionnaire était majoritaire avant le décret présidentiel n°15-247 précité. Ainsi, les textes sectoriels régissant le contrat de concession n'ont pas prévu des procédures formalistes de mise en concurrence pour l'attribution du contrat pour les raisons qu'on a déjà évoquées. Hormis quelques cas où on exige des formalités comparables à celles des marchés publics, en mettant en œuvre les obligations de publicité et de mise en concurrence. Tel est le cas de petites délégations comme les droits de place dans les marchés où l'adjudication faisant l'objet d'enchères publiques (ZOUAIMIA, 2012).

## **CHAPITRE 2: L'introduction des principes de la commande publique pour l'attribution des contrats de DSP**

Le décret présidentiel 15-247, dans son article 209, a soumis la conclusion des conventions de DSP aux principes universels de la commande publique, prévus dans l'article 5 du même décret. Il s'agit du principe de l'égalité de traitement des

candidats, de la liberté d'accès à la commande publique et le principe de transparence des procédures de sélection.

Les principes de la commande publique sont promus et défendus aussi, par les institutions internationales, telles que la CNUDCI dans ses travaux sur les projets d'infrastructures à financement privé (CNUDCI, 2000). Ils ont été adoptés aussi en droit comparé, en instaurant des mécanismes de passation visant à favoriser la transparence et la mise en concurrence (MONDOU, 2006). Ces principes visent aussi la prévention contre la corruption et de la moralisation de la vie publique. Ce qui favorise l'efficacité économique tirée de leur application, puisque la corruption est anti économique par nature et inverse la relation marchande ordinaire. En effet, c'est l'utilisateur final qui se fait payer ce que le délégataire corrupteur a payé. En outre, la corruption induirait à un choix d'un délégataire ne répondant pas à des critères objectifs de sélection, mais plutôt subjectifs, ce qui va impacter négativement la qualité des prestations rendues.

Nous allons voir dans la deuxième partie, qu'une série de mécanismes ayant été édictés dans la phase de conclusion de la convention de délégation de service public mettant en œuvre les principes de la commande publique. Ainsi, pour mettre en place le principe de la mise en concurrence, le corollaire du principe d'égalité de traitement, la nouvelle réglementation algérienne a prévu l'appel à la concurrence comme la règle générale pour conclure un contrat de DSP.

Ce décret présidentiel a mis l'accent sur la phase de conclusion vu la spécificité des délégations de services publics, connues par l'absence de « concurrence sur le marché » entre les opérateurs après l'attribution du contrat. Il s'est focalisé donc sur des mécanismes ex ante prévus dans la phase de conclusion du contrat ou bien « la concurrence pour le marché des DSP ». (RICHER, 2003). C'est ainsi que la réglementation algérienne a réglementé sur cette phase pour réguler le marché. Ceci en dépit de l'existence de quelques règles régulant la phase d'exécution comme la limitation de la durée du contrat, le contrôle exercé par l'autorité délégante ou les autorités de tutelle sur l'exécution ou bien quelques solutions jurisprudentielles octroyant à l'administration des pouvoirs exorbitants comme la possibilité de modifier ou de résilier unilatéralement le contrat pour faute du délégataire ou pour cause d'intérêt général.

A vrai dire, le décret présidentiel n°15-247 n'est pas le premier texte ayant soumis ce type de contrats à des procédures formalistes concrétisant les principes de commande publique. Des prémisses de l'application de ces principes ont été constatées avant la parution de cette réglementation. En effet, l'article 2 du cahier des charges type applicable aux concessions d'infrastructures à caractère marchand, destinées à des missions de service public, approuvé par le décret exécutif n°15-305 du 6 décembre 2015, a soumis l'octroi de la concession à « une procédure de consultation préalable organisée par tous moyens écrits appropriés » (décret exécutif n°15-305, 2015). D'autre part, la loi 05-12 relative à l'eau est allée

plus loin en mettant l'appel à la concurrence comme le mode unique de passation de la délégation de service public de l'eau et de l'assainissement (AHMANE, 2014). Puis, le concept de DSP est réapparu dans la nouvelle loi relative à la commune comme un mode de gestion des services publics communaux, et ce à côté de la concession de service public, la régie et l'établissement public. Cependant, cette loi a considéré la concession de service public comme un mode distinct de la délégation de service public et pas une de ses formes. Cette loi a soumis la conclusion de la DSP à la réglementation régissant les marchés de commande ou contrat programme. Elle a soumis aussi, la conclusion de la concession à la réglementation en vigueur en obéissant à un cahier des charges-type approuvé par voie réglementaire (La loi 11-10, 2011).

En droit comparé, la France était le berceau de la délégation de service public. En effet, la loi n°93-122 parue le 29 janvier 1993 relative à « la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques » connue sous le nom SAPIN 1, a soumis l'attribution de la convention de DSP à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Ces réformes ont été apportées après avoir tenu pour acquis que la liberté du choix du délégataire entraînerait l'écrasement des collectivités locales par les grandes entreprises et des affaires de détournement de l'argent public (RICHER & LICHERE, 2016)

Ces règles s'étaient heurtées au lendemain de la parution de cette loi, à de fortes résistances au nom de la particularité de la DSP et de l'intuitu personae dans l'opération du choix du délégataire. Ces critiques s'articulent selon Laurent RICHER sur « l'absence de conformité aux exigences de l'efficacité économique et leurs effets néfastes sur l'économie contractuelle de la DSP héritière de la concession et de l'affermage » (RICHER, 2003). Cependant, cela n'est qu'en partie justifié. Les arguments avancés pour l'application du principe de la liberté de l'administration sus évoqués ont été réfutés et ne constituent plus des obstacles insurmontables. Ainsi, même si l'argent public n'est pas en jeu comme c'est le cas en matière des marchés publics, la protection de l'utilisateur peut justifier la nécessité de la mise en place de plus de rigueur financière. En deuxième lieu, on peut également ajuster la procédure de l'appel d'offres pour qu'elle soit compatible avec l'intuitu personae, en instaurant des techniques réglementaires conciliateurs. Enfin, si les spécifications techniques et financières ont été bien rédigées, la complexité du contrat devancée ci-haut ne pourraient empêcher la comparaison entre plusieurs offres (RICHER & LICHERE, 2016).

## **LA DEUXIEME PARTIE:**

### **Les mécanismes réglementaires de mise en œuvre des principes de la commande publique**

La réglementation algérienne a mis en place une série de mécanismes mettant en œuvre les principes de la commande publique dans les procédures d'attribution des conventions de DSP. Ainsi, un corpus de règles de passation de la convention de DSP a été édicté, prenant en compte ces principes (Chapitre 1)

En revanche, la nouvelle réglementation algérienne a connu des tempéraments à l'application de ces principes, en autorisant exceptionnellement des règles de passation basées sur le principe de liberté du choix du délégataire (Chapitre 2)

#### **CHAPITRE 1: L'adaptation des règles de passation de la convention de la DSP avec les principes de la commande publique**

En vertu du décret exécutif n°18-199 relative à la DSP, la passation des conventions de DSP est désormais soumise à des règles spécifiques d'une nature impérative pour incarner les principes de la commande publique.

Toutefois, ces mécanismes doivent concilier entre deux types de principes opposés déjà évoqués. Cela en mettant en œuvre les principes de la commande publique favorisant la mise en concurrence et prévenant contre la corruption sans mettre en péril l'intuitu personae et la particularité des conventions de DSP.

Le décret exécutif n°18-199 relatif à la délégation de service public a prévu la procédure de l'appel à la concurrence comme la règle générale pour passer une convention de délégation de service public. Cette procédure devrait s'adapter avec les spécificités de la convention de la DSP (Section 1). En revanche, d'autres mesures de nature répressive viennent s'ajouter et consolider les règles de passation de la convention de DSP (Section 2).

##### **Section 1: L'adaptation de la procédure de l'appel à la concurrence**

L'article 8 du décret exécutif 18-199 prévoit que l'appel à la concurrence constitue la règle générale. Toutefois, contrairement aux marché public, l'appel à la concurrence simple n'est pas la solution adaptée pour les contrats de DSP ayant une grande durée de vie et jugés risqués et coûteux pour l'opérateur privé. Il va aussi, priver l'opérateur privé de son droit à la négociation. D'autre part, l'administration délégante ne peut comparer un nombre très élevé des offres à cause de la complexité et la diversité des prestations mis à la charge du délégataire.

C'est pour ces raisons que d'autres mesures accompagnant l'appel à la concurrence, ont été créées. Il s'agit de la procédure de la présélection des opérateurs économiques. Ainsi, les candidats présélectionnés peuvent retirer les

cahiers des charges et soumettre leurs offres. La procédure de présélection est prévue en droit algérien avant la soumission des offres finales. En fait, la soumission de plusieurs opérateurs dans les projets risqués prend beaucoup de temps pour évaluer les offres et négocier avec les opérateurs. D'autre part, la soumission d'un nombre important de candidats serait coûteuse pour les opérateurs économiques, puisque la préparation des dossiers de l'offre a des coûts élevés supportés par les soumissionnaires ce qui dissuaderait les opérateurs potentiels de présenter leurs offres. Selon le guide de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, la limitation de nombre de candidats par la présélection, ne signifie pas nécessairement, l'atteinte au principe de la mise en concurrence. Ainsi, la présélection a beaucoup d'avantages pratiques, surtout dans les grands projets où l'État a le droit de limiter le nombre des candidats pour maîtriser son choix (CNUDCI, 2000). C'est ainsi que cette solution a été adoptée par le décret exécutif 18-199 ayant prévu la présélection des candidats comme une étape importante de l'appel à la concurrence.

Ensuite, l'autorité délégante procède à la négociation entre l'administration et les soumissionnaires sélectionnés après l'évaluation des offres par les commissions compétentes. Cette procédure permet à la fois, la mise en compétition de plusieurs candidats sans compromettre leur droit à la négociation et à la répartition adéquate des risques de projets. Ainsi, après la procédure de présélection, les candidats présélectionnés sont invités à retirer les cahiers des charges et déposer leurs offres finales après leur évaluation selon les critères de notations établis dans le cahier des charges. L'évaluation des offres est effectuée par la commission de sélection et de choix des offres composée de six fonctionnaires désignés par l'autorité délégante. La collégialité permet aussi de prévenir contre la corruption.

Les candidats, présélectionnés et classés selon l'ordre préférentiel, négocient individuellement avec l'autorité délégante les termes du contrat. Cette négociation ne peut pas porter sur l'objet de la délégation ou sur les critères d'évaluation des offres établis dans le cahier des charges. Toutefois, ils peuvent négocier, notamment la durée du contrat dans la limite autorisée par le décret exécutif, le tarif perçu sur l'utilisateur, la redevance annuelle versée à l'autorité délégante en cas d'affermage ou le cas échéant, la rémunération versée par l'autorité délégante. Ils peuvent aussi, selon l'article 40 du décret exécutif 18-199, négocier les propositions relatives à l'amélioration de la gestion du service public en question.

Pour une transparence efficace des procédures de sélection, le décret exécutif a soumis les procédures de passation à la publicité obligatoire dans, au moins, deux quotidiens en langue nationale et en langue étrangère, pour une large diffusion auprès des opérateurs économiques. La publicité doit avoir lieu depuis la publication du dossier de candidature à la présélection, jusqu'à l'attribution finale du projet (les articles 12 et 25 du décret exécutif 18-199). La publicité permet

aussi aux candidats évincés d'exercer leur droit au recours. C'est à travers la publicité que les candidats évincés peuvent être au courant de tout manquement aux obligations prévues par la réglementation en vigueur.

Quant à la limitation de la durée du contrat, le droit algérien a limité la durée de vie des contrats de la DSP au-delà de laquelle les parties ne peuvent pas convenir. Ainsi, les parties ne peuvent pas négocier une durée excédant la limite autorisée par la réglementation algérienne. En effet, la liberté absolue des parties pour la fixation de la durée n'est pas à la faveur du principe de liberté d'accès des opérateurs économiques à la commande publique. Elle est anticoncurrentielle puisqu'elle favorise le monopole de l'opérateur en place. On constate aussi que la limite autorisée pour la vie du contrat se diffère d'une forme de DSP à une autre. Cela se justifie par le taux des risques supportés par les deux parties. A titre d'exemple, le taux des risques supportés par l'autorité délégante dans les contrats de gérance et de régie intéressée est beaucoup plus élevé à celui de la concession. En revanche, dans le contrat de concession, le délégataire concessionnaire supporte un risque élevé d'investissement. Par conséquent, il lui faut une durée relativement longue pour amortir ses investissements.

Enfin, on doit poser la question de l'effectivité de ces règles sur l'efficacité économique. On prend l'exemple de la France où l'application de ces mesures a été intervenue en 1993 avec la loi SAPIN1 et où le nombre de contrats de DSP dans la pratique est beaucoup plus élevé par rapport à l'Algérie où le recours à la DSP reste exceptionnel et la gestion publique, en régie ou en établissement public, reste prédominante.

En effet, à peine dix ans passés après l'entrée en vigueur de la loi SAPIN 1, le bilan était mitigé. Ainsi, les résultats escomptés n'ont pas été tous atteints. L'accès à de nouveaux entrants ou PME reste limité. En outre, on constate que le marché reste dominé par les délégataires traditionnels avant et après la loi SAPIN1. Ceci est constaté dans les principaux secteurs où la DSP est pratiquée tels que la gestion de l'eau potable, l'assainissement, le transport ou bien le traitement des déchets ménagers. Dans ces secteurs, l'obligation de publicité et de mise en concurrence aurait une portée réduite face à la force de la prime au sortant. D'autre part, il semble que cette loi encadrant la concurrence, a eu des effets pervers. A titre d'exemple, cette loi a poussé la concentration des petites entreprises dans le service des transports pour être en mesure de répondre à des appels à la concurrence. Ces mêmes entreprises pouvaient auparavant conclure librement des contrats avec les collectivités publiques (RICHER, 2003).

En revanche, on ne peut que dédramatiser les effets de la loi SAPIN1 sur la concurrence avec l'existence d'autres effets bénéfiques dans certains secteurs où le taux de réattributions tend à la baisse. Dans le secteur de l'eau, on assiste à l'entrée potentielle de nouvelles entreprises de type PME et une tendance d'entités publiques à concurrencer le secteur privé. Ce qui a entraîné une véritable pression

sur le prix de l'eau et une pression sur les opérateurs en place à faire plus d'efforts. Toutefois, l'absence de nouveaux entrants dans d'autres secteurs n'est pas un signe d'une absence de concurrence mais un signe de l'efficacité économique des grands opérateurs en place. Enfin, il faudrait apprécier les effets des règles de publicité et de mise en concurrence sur une durée suffisamment longue et sur un secteur par secteur (RICHER, 2003)

## **Section 2: Les mesures coercitives contre l'atteinte aux principes de la commande publique**

Pour revêtir un caractère contraignant aux mécanismes de passation, le droit algérien a prévu une série de mesures coercitives en cas de manquement aux règles de passation des DSP. Ainsi, le droit algérien a établi des mesures sanctionnant la violation des règles de passation des conventions de DSP. À titre d'exemple, les voies de recours pour lutter contre toute violation des règles réglementaires de mise en concurrence et de comportement touchant aux principes de la commande publique. Il s'agit des voies de recours administratifs et judiciaires contre toute violation des règles de passation.

Concernant les voies de recours administratifs, le décret exécutif a permis aux candidats évincés d'exercer leur droit à contester l'avis de l'attribution provisoire, auprès de la commission de DSP. Le décret donne aux soumissionnaires un délai de 20 jours, à compter de la publication de l'avis d'attribution provisoire. Toutefois, cette procédure de contestation de choix devant un organe relevant de l'administration contractante considérée, à la fois, comme juge et partie, touche au principe de l'impartialité. Et c'est ainsi que le législateur algérien a instauré le référé précontractuel.

A cet effet, le code de procédure civile et administrative a introduit un autre moyen de recours devant le juge du référé précontractuel en vertu de ses articles 946 et 947 (Loi 08-09, 2008). Cette procédure accorde aux opérateurs économiques et plus généralement, toute personne ayant un intérêt pour agir, en cas de manquement aux obligations de mise en concurrence et de transparence auxquelles est soumise la passation d'un marché public ou un contrat administratif, le droit de saisir le juge du référé administratif.

Contrairement au recours administratif, la voie judiciaire a élargi la qualité du requérant en permettant à toute personne ayant un intérêt à agir même si elle n'est pas soumissionnaire. Elle a élargi en outre, le délai du recours en permettant de saisir le juge avant la signature du contrat et même la faculté du requérant de demander de différer la signature du contrat jusqu'à la prononciation de l'ordonnance du juge dans un délai de 20 jours à compter de sa saisine. Le juge du référé a la faculté d'ordonner l'administration de se conformer aux obligations de publicité et de mise en concurrence dans un délai donné. Il peut également prononcer une astreinte.

Enfin, il existe des mesures répressives plus poussées. Ainsi, l'atteinte aux principes de mise en concurrence et de transparence dans les contrats publics, est incriminée. La loi 06-01 relative à la prévention et la lutte contre la corruption a incriminé deux faits : Les avantages injustifiés accordés à un opérateur économique lors de l'octroi d'un visa, d'un contrat, d'une convention ou avenant, en violation des dispositions législatives et réglementaires relatives à la liberté d'accès, à l'égalité des candidats et à la transparence des procédures. Est incriminée également, la perception par l'agent public d'une rémunération ou avantage de quelque nature qu'il soit, lors de la conclusion, négociation ou exécution d'un marché, contrat ou avenant, conclu au nom de l'État, collectivités locales ou établissement public (Loi 06-01, 2006). Les sanctions sont prévues pour les deux parties : l'agent public et le commerçant ou l'agent économique avantagé.

Enfin, ces mesures renforcent la mise en œuvre des principes de la commande publique. Néanmoins, elles créent une psychose chez les décideurs publics et une focalisation sur l'application stricte de la réglementation au détriment du choix basé sur les meilleures conditions économiques. Il a été déjà établi en matière des marchés publics que l'application stricte des règles de passation engendre un choix basé sur le prix le plus bas au détriment de l'achat aux meilleures conditions économiques. C'est aussi le cas pour les DSP, où les décideurs ont tendance à choisir les opérateurs offrant les tarifs les plus bas au détriment de la qualité des services. Cette tendance est due aussi à la crainte des décideurs d'être accusés de favoritisme (RICHER, 2003). En effet, ces mesures répressives tendent à créer une sorte de psychose chez les décideurs pouvant aller jusqu'à l'exclusion du recours à la DSP et ne plus tirer profit de ses avantages en cas de manques de financements publics et/ou savoir-faire, et se contenter sur la gestion publique. C'est le cas en Algérie où le recours à la DSP est assez rare malgré le manque des financements au niveau local. Ce qui a été révélé par une instruction du président de la république portant le n°2/2021 parue le 25 août 2021. Cette dernière soulève la problématique du manque de recours à l'investissement et la réticence des décideurs locaux due à la crainte d'être poursuivis judiciairement et freinant ainsi, leur liberté d'entreprendre. Cette instruction a chargé le ministre de la justice de ne plus déclencher l'action pénale contre les responsables locaux qu'après avoir consulté le ministre de l'intérieur et des collectivités locales et l'aménagement du territoire le temps de préparer des dispositions juridiques aménagées avec la conjoncture économique actuelle, notamment celles relatives à la dépenalisation de l'acte de gestion (Instruction Présidentielle, 2021).

D'autre part, la comparaison entre les offres en matière de DSP paraît beaucoup plus difficile par rapport à celle en matière de marchés publics. Cela est dû à la complexité et la technicité de la DSP. Ainsi, c'est difficile pour une juridiction administrative ou pénale de contrôler efficacement l'application des principes de la commande publique et concilier avec le choix basé sur l'intuitu

personae. A cet effet, afin d'éviter des décisions judiciaires arbitraires, nous recommandons l'attribution de contrôle adéquat de l'application des principes de la commande publique, à des autorités de régulation indépendantes composées d'experts en matière de DSP et des représentants des parties de la DSP, en l'occurrence, l'autorité délégante, délégataire et usagers. Cela en réformant l'article 2 al.2 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence, pour qu'elle régisse la phase de passation de la convention de DSP au même titre que les marchés publics et la soumettre au contrôle du conseil de la concurrence. Ou bien, d'attribuer la mission de trancher les litiges relatifs à la conclusion de la DSP et touchant aux principes de la DSP, à l'autorité de régulation des marchés publics et des DSP, instituée par l'article 213 du décret présidentiel 15-247 précité. Il paraît nécessaire également, de former les acteurs locaux pour débloquer cette situation de crainte et de psychose envers le recours à la DSP.

## **CHAPITRE 2: Les tempéraments des principes de la commande publique**

Le principe de libre choix de l'administration délégante trouve une application exceptionnelle dans certains cas où la réglementation algérienne a autorisé le gré à gré pour attribuer le contrat de DSP (Section 1). D'autre part, la réglementation algérienne a exclu certains opérateurs de la participation à l'appel à la concurrence pour des raisons qu'on va évoquer (Section 2).

### **SECTION 1: Le recours exceptionnel au gré à gré pour l'attribution du contrat de DSP**

La procédure de gré à gré est une procédure exceptionnelle. Elle consiste en l'octroi de la convention de la DSP sans appel formel à la concurrence. Elle est exceptionnelle car elle exclut les autres opérateurs économiques et touche ainsi, au principe de l'égalité de traitement des opérateurs économiques. En effet, cette procédure est justifiée par des cas précis dans les textes régissant la convention de délégation de service public. Elle existe dans presque tous les droits comparés. Et c'est ainsi que les recommandations de la CNUDCI dans le guide législatif sur les projets d'infrastructures à financement privé défendant la mise en œuvre des principes de mise en concurrence, a autorisé le gré à gré (Selon les termes de la CNUDCI « La sollicitation des propositions à une source unique ») à condition qu'elle soit justifiée par des cas prévues dans les textes juridiques régissant le contrat.

En droit algérien, le décret exécutif a énoncé les cas où le gré à gré est autorisé. Il a distingué entre deux formes de gré à gré : le gré à gré simple, c'est-à-dire la conclusion directe de la convention de DSP avec un seul opérateur économique, après la vérification de ses qualifications professionnelles, techniques et financières. Cette procédure n'est autorisée que dans deux cas, le cas où les prestations ne peuvent être déléguées qu'à un seul opérateur économique en

situation de monopole. Elle est autorisée aussi, en cas d'urgence, et on entend par ça, le cas où la convention de DSP en cours, fait l'objet d'une procédure de résiliation ; le cas de l'impossibilité pour un délégataire d'assurer la continuité du service public et ici, l'autorité délégante est tenue de prendre les mesures nécessaires pour en assurer la continuité, entre autres la subrogation ; ou bien dans le cas où le délégataire refuse de signer un avenant ayant pour objet la prolongation des délais du contrat.

La deuxième forme est le gré à gré après consultation. C'est-à-dire, le choix d'un opérateur après la consultation d'au moins trois opérateurs économiques qualifiés. Cette procédure est autorisée aussi, dans deux cas prévus dans l'article 19 du décret exécutif 18-199 relatif à la DSP.

Le premier cas est l'infirmité après deux appels à la concurrence. Ainsi, après un appel à la concurrence infructueux, l'autorité délégante devrait lancer un autre appel à la concurrence, et si cet appel serait infructueux aussi, l'autorité devrait choisir le délégataire parmi les candidats ayant participé dans l'appel à la concurrence, selon les termes de l'article 19 du décret exécutif précité. Néanmoins, ce n'est pas toujours évident l'existence de candidats ayant participé dans l'appel d'offres.

En effet, l'article 15 dudit décret prévoit deux cas d'infirmité. Le premier est lorsqu'aucune offre n'a été reçue, ou bien qu'une seule offre reçue, dans le premier appel à la concurrence, ou bien les offres reçues ne sont pas conformes aux cahiers des charges. Ici, l'autorité délégante devrait lancer un second appel d'offres, ce deuxième appel serait infructueux lorsqu'aucune offre n'a été reçue ou si la seule offre reçue n'est pas conforme au cahier des charges. Si c'est le contraire, cette offre unique en conformité avec le cahier des charges sera retenue. Cependant, il ne paraît pas logique que l'autorité délégante devrait choisir son délégataire parmi les candidats ayant participé à l'appel à la concurrence, à l'issue du deuxième avis d'infirmité. Logiquement, si aucune offre n'a été reçue, aucun opérateur n'aurait participé à l'appel. Alors l'autorité délégante irait consulter et choisir qui ? Pareil dans le deuxième cas de figure, où les offres reçues ne sont pas conformes aux cahiers des charges. Est-il logique que l'administration devrait choisir parmi des opérateurs n'ayant aucune relation avec les besoins de l'administration exprimés dans le cahier des charges ? Ainsi, il faudrait revoir cet article

Le deuxième cas pour le recours au gré à gré après consultation est le cas de certains services publics ne nécessitant pas le recours à l'appel à la concurrence. Ces services sont à déterminer par un arrêté conjoint du ministre des finances et du ministre chargé des collectivités territoriales. Pour ces services, l'autorité délégante doit établir préalablement, une liste des opérateurs qualifiés pouvant être choisis ultérieurement, selon la procédure de gré à gré après consultation. Ces opérateurs auraient tous les droits de recours prévus pour les soumissionnaires dans le cadre

d'un appel à la concurrence ordinaire, tels que le droit de recours administratif devant la commission de choix et de sélection des offres ou le référé précontractuel.

Finalement, le décret exécutif n'a pas prévu des procédures adaptées aux contrats dont la valeur ne dépassant pas certains seuils comme c'est le cas en droit européen où on assiste à une application de procédures adaptées et plus allégées. Ainsi, on déduit que la procédure de l'appel à la concurrence est obligatoire en droit algérien, pour toutes les conventions de DSP et ce quoi que ce soit leurs montants.

## **SECTION 2: L'exclusion de certains opérateurs économiques de la soumission des offres**

Certains opérateurs économiques ne peuvent pas soumissionner en raison soit des mesures les sanctionnant ou bien de leur établissement hors du territoire algérien.

Pour le premier cas, cette exclusion est le résultat d'une sanction prononcée à l'encontre d'un opérateur économique, soit à l'occasion d'un marché public ou DSP précédents, (exemple de ceux qui n'ont pas complété leurs offres ou bien se désister avant l'expiration du délai de validité des offres) soit, à l'occasion d'autres situations telles que la faillite et la liquidation judiciaire, ou bien les opérateurs n'étant pas en règle dans leurs obligations fiscales et parafiscales (exemple : la non déclaration des travailleurs).

Par ailleurs, pour encourager l'investissement et favoriser la participation des sociétés résidentes en Algérie aux DSP, le décret exécutif 18-199 relative à la DSP, a exclu les opérateurs non-résidents sur le territoire algérien. Ainsi, ce décret prévoit que l'appel à la concurrence doit être national. Ainsi, il n'est pas possible de lancer un appel d'offre international.

De surcroît, Si on admet la possibilité de recourir à la procédure de gré à gré, la définition de la DSP donnée par le décret exécutif exige que le délégataire doit être une personne morale de droit algérien. C'est-à-dire, ce n'est pas autorisé par le décret la contractualisation avec le secteur privé étranger à moins qu'il s'établisse sur le sol algérien. Ou bien en cas de procédure de gré à gré, à moins que l'autorité délégante exige de l'opérateur privé étranger, la création d'une filiale de droit algérien aux fins de la DSP. Même si dans la pratique de la DSP qui reste très rare, on trouve que les grands contrats de DSP ont été conclus avec des firmes étrangères, avant la promulgation du décret présidentiel 15-247 et le décret exécutif 18-199 régissant la DSP. Comme les contrats de gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement dans la ville d'Alger, Oran, Constantine, Annaba/Taref. (AHMANE, 2015)

## Conclusion:

L'application des principes de la commande publique est bénéfique pour l'économie nationale dans la mesure où ces principes encouragent la compétitive des opérateurs économiques potentiels. Il est bien clair que la mise en concurrence nous donne un meilleur service avec un coût concurrentiel ce qui protège l'argent public et engendre la satisfaction des besoins des usagers des services publics. Cependant, la prise en compte rigoureuse de ces principes peut dissuader les opérateurs économiques dans des contrats jugés risqués si on les compare avec les marchés publics, surtout la forme de contrat de concession. En revanche, les collectivités publiques vont trouver des difficultés pour maîtriser leur choix de l'opérateur. Cet état peut freiner la roue des réformes de gestion des services publics et la recherche des financements en cas de déficit de l'argent public.

Par conséquent, la réglementation doit être adaptée et doit concilier entre ces deux données, la prise en compte des principes de mise en concurrence sans mettre en péril les intérêts des deux parties du contrat de DSP et l'utilisateur. Ainsi, nous avons mis en exergue dans cet article les différents mécanismes en droit algérien qui a relativement pris en compte ces deux exigences ainsi que l'étude de leur efficacité, en recommandant la formation des décideurs publics et consolider le rôle des autorités de régulation spécialisées en la matière.

## Références:

1. AHMANE, K. (2014). *Le contrat international de l'eau : Contribution à une étude de partenariat public-privé.*
2. AHMANE, K. (2015). *Les partenariats public-privé en droit algérien : le cas des ppp dans le secteur de l'eau.* Éditions Universitaire Européennes, Berlin, juillet 2015.
3. CNUDCI. (2000). *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé.* Washington, USA: CNUDCI.
4. MONDOU, C. (2006) *Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales.* PAPHYRUS, Montreuil.
5. RICHER, L. *10 ans de loi Sapin (3ème volet) : Délégations de service public Trois vœux pour améliorer le système des délégations.* Le Moniteur, Paris, 24 janvier 2003.
6. RICHER, & LICHERE, L.F. (2016). *Droit des contrats administratifs,* Paris : LGDJ, Lextenso.
7. ZOUAIMIA, R. (2012). *La délégation de service public au profit de personnes privées.* Belkeis. Alger.
8. Loi n°90-08, L. (1990, 4 07). *code communal.* JORADP n°15 du 11 avril 1990.
9. Ordonnance n°95-27, O. (1995, 12 30). *loi de finances pour 1996.* JORADP n°95 du 31 décembre 1995.

10. Ordonnance n°96-13, O. (1996, 06 15). modifiant et complétant la loi 83-17 portant code des eaux, (abrogée par la loi 05-12 relative à l'eau). JORADP n°37 du 16 juin 1996.
11. La loi n°98-05. (1998, 06 25). modifiant et complétant le code maritime de l'ordonnance 76-80. JORADP n°47 du 27 juin 1998.
12. Loi n°2000-03, L. (2000, 08 05). fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications (abrogée par la loi n°08-04 du 10 mai 2018 JORADP n°27 du 13 mai 2018). JORADP n°48 du 06 août 2000.
13. Loi n°05-12 , L. (2005, 08 04). relative à l'eau (article 100) . JORADP n°60 du 04 septembre 2005.
14. Loi 06-01, L. (2006, 2 20). relative à la prévention et la lutte contre la corruption (article 27). JORADP n°29 du 23 mai 2006.
15. La loi n°08-02. (2008, 01 23). modifiant et complétant la loi 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales de l'aviation civile. JORADP n°04 du 27 janvier 2008.
16. Loi 08-09, L. (2008, 02 25). code de procédure civile et administrative. JORADP n°21 du 23 avril 2008.
17. Décret exécutif n°96-308, d. (1996, 09 18). relatifs aux concessions d'autoroutes. JORADP n°55 du 25 septembre 1996.
18. Décret exécutif n°01-101, D. (2001, 04 21) portant création de l'Algérienne des Eaux (article 6). JORADP n°24 du 22 avril 2001.
19. Décret exécutif 10-275, D. (2010, 11 04). fixant les modalités d'approbation de la convention de la convention de délégation de services publics de l'eau et de l'assainissement. JORADP n°68 du 10 novembre 2010.
20. Décret présidentiel 15-247, D. (2015, 09 16). portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public. JORADP n°50 du 20 septembre 2015.
21. Décret exécutif n°15-305 du 06 décembre 2015, portant approbation du cahier des charges et de la convention types applicables aux concessions d'infrastructures à caractère marchand destinées à des missions de service public. JORADP n°66 du 09 décembre 2015.
22. Décret exécutif n°18-199, D. (2018, 08 02). relatif à la délégation de service public (Les article 02-04-05-06). JORADP n°48 du 05 août 2018.
23. Instruction Présidentielle n°2/2021, (2021, 08 25), Inédite.