M.E.S., Numéro 143, Septembre – Octobre 2025
https://www.mesrids.org
Dépôt légal : MR 3.02103.57117
N°ISSN (en ligne) : 2790-3109
N°ISSN (impr.) : 2790-3095

# *Revue Internationale des Dynamiques Sociales*
# *Mouvements et Enjeux Sociaux*

*Kinshasa, septembre - octobre 2025*

# LA PRATIQUE DU RECOURS AU MARCHÉ DE GRÉ À GRÉ À LA CROISÉE DE LA BONNE GOUVERNANCE. CRITIQUES ET PERSPECTIVES

par

**Gabriel OMONDJO WANDJOWO**
**Clovis OMBA LOKONGO**

(Tous) *Apprenants en Droit Public Interne, Faculté de Droit*
*Université de Kinshasa*

**Résumé**

*Ce texte analyse la pratique du recours au marché de gré à gré en République Démocratique du Congo à l'aune des principes de bonne gouvernance. Bien que la loi de 2010 relative aux marchés publics érige l'appel d'offres comme mode normal de passation, cette procédure – censée être exceptionnelle – tend à devenir la règle. L'étude montre que cette pratique, souvent justifiée abusivement par l'urgence, favorise la corruption, le favoritisme, le détournement des deniers publics et affaiblit la transparence administrative.*

*À travers des cas emblématiques (procès des "100 jours", forages, lampadaires, prisons), l'étude dénonce la déviation du cadre légal. Elle recommande un respect rigoureux de la loi, un contrôle renforcé de la DGCMP et des sanctions exemplaires contre les auteurs de dérives. En conclusion, l'étude plaide pour une rationalisation du gré à gré afin de restaurer la crédibilité et l'efficacité de la commande publique en RDC.*

**Mots – clés :** *recours, marché de gré à gré, bonne gouvernance, critiques, perspectives*

**Abstract**

*This text analyzes the practice of resorting to over-the-counter procurement in the Democratic Republic of Congo in light of the principles of good governance. Although the 2010 law on public procurement establishes competitive bidding as the normal method of awarding contracts, the negotiated procedure – supposed to be exceptional – tends to become the rule. The study shows that this practice, often abusively justified by urgency, promotes corruption, favoritism, the embezzlement of public funds, and weakens administrative transparency.*

*Thru emblematic cases (the "100-day" trial, drilling, streetlights, prisons), the study denounces the deviation from the legal framework. It recommends strict adherence to the law, enhanced oversight by the DGCMP, and exemplary sanctions against those responsible for abuses. In conclusion, the study advocates for a rationalization of direct procurement in order to restore the credibility and efficiency of public procurement in the DRC.*

## INTRODUCTION

Parmi les outils détenus par les pouvoirs publics pour accomplir sa mission régalienne d'intérêt général, les marchés publics occupent une place essentielle. Ils constituent un baromètre pertinent pour jauger le niveau d'engagement des dirigeants en matière de bonne gouvernance.

Dans plusieurs pays, les dépenses liées aux marchés publics avoisinent la moitié du budget de l'État. En République Démocratique du Congo, par exemple, les renseignements disponibles indiquent que le montant total destiné à l'achat public en 2017 serait de 2,6 milliards de dollars américains sur un budget de 7,7 milliards de dollars américains et de 3,6 milliards en 2018 sur un budget d'environ 5 milliards de dollars[1].

Partant de cette considération relative à la masse financière utilisée dans l'achat public, une discipline budgétaire a été mise en place, comprenant des règles dissuasives et contraignantes, afin d'assurer une gestion efficace et efficiente qui protège les deniers publics destinés à la satisfaction de l'intérêt général.

Compte tenu de l'objectif visant à assainir la gestion des marchés publics, son système de passation mis en place par l'ordonnance-loi n° 69-054 du 5 décembre 1969 et ses mesures d'exécution n'étant plus adaptés aux exigences de transparence, de rationalité et d'efficacité qui caractérisent actuellement ce secteur vital à travers le monde[2], une nouvelle loi prenant en compte les impératifs de la bonne gouvernance a vu le jour.

Il en résulte que l'adoption et la promulgation en avril 2010 de la nouvelle loi relative aux marchés publics instaurent les nouvelles règles et procédures relatives à la préparation, à la passation, au contrôle et à l'exécution des marchés publics. Parmi les innovations attribuées à la loi susmentionnée, on trouve la mise en place d'organes indépendants chargés d'exécuter des missions de gestion, de contrôle et de régulation, ainsi que la mise en évidence des règles et principes fondamentaux caractéristiques de la bonne gouvernance, qui ont été salués par divers acteurs et observateurs avisés dans le domaine des marchés publics.

[1] Évolution du système de passation des marchés publics de la RDC, rapport rédigé par l'ARMP avec l'assistance de la BM et des experts indépendants, 2022.

[2] Exposé des motifs de la loi relative aux marchés publics.

Ainsi, faut-il noter qu'aux termes de cette réforme, la sacralisation des principes fondamentaux relatifs à la bonne gouvernance des marchés publics, en l'occurrence, la liberté d'accès, l'égalité de traitement[3] et la transparence des procédures[4] a été instituée. Ces principes se rattachent, d'une part, aux notions d'efficacité des procédures et d'économie budgétaire, et, d'autre part, aux notions d'égalité des citoyens, de liberté de commerce et d'intégrité des procédures des marchés publics.

Considérant l'importance économique des marchés publics, découlant de la masse monétaire qui s'y déverse, le législateur de 2010[5], contrairement à son devancier de 1969, institue l'appel d'offres comme mode principal de passation de marchés publics, tandis que le gré à gré bien encadré comme l'exception. Cela entraine que tout marché public soit passé prioritairement par appel d'offres, c'est-à-dire que, lorsque l'autorité contractante souhaite obtenir des biens ou services destinés à l'usage du public, elle est tenue d'appeler plusieurs entrepreneurs afin de choisir l'offre de celui d'entre eux qui satisfait le mieux aux besoins préalablement définis. Ce n'est que dans certaines circonstances exceptionnelles limitativement énoncées par la loi qu'il est permis à l'Administration d'acheter des biens auprès d'un entrepreneur de son choix suivant la procédure négociée, autrement appelée « gré à gré ».

Par définition, l'appel d'offres est la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit, sans négociation avec des candidats, l'offre économiquement la plus avantageuse. Celle-ci est évaluée sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats et exprimés en termes monétaires[6]. Cette procédure a l'avantage d'ouvrir les marchés au plus grand nombre d'entrepreneurs dans l'idée d'obtenir des biens et services au mieux-disant basé sur le choix de ceux répondant à la combinaison des critères qualité-prix. En d'autres termes, l'appel d'offres qui consiste à comparer plusieurs soumissions en vue de choisir la plus économiquement avantageuse en termes de prix et de qualité, permet de mettre en évidence la concurrence sur le marché des biens et services et de garantir la bonne utilisation des deniers publics, gage de bonne gouvernance.

À la différence de l'appel d'offres, le gré à gré ou entente directe, comme son nom l'indique, donne la possibilité à l'autorité contractante de s'approcher d'un fournisseur ou d'un entrepreneur de son choix afin d'engager des négociations directes sur les biens et services à acquérir. Cette procédure, sans être illégale, peut conduire, en cas d'abus, à des actes d'improbité, notamment la corruption, le détournement, le conflit d'intérêt, le clientélisme et le favoritisme.

Cependant, dans la pratique, il est décrié le recours fréquent à la procédure de gré à gré alors que son usage n'est qu'une exception limitée aux cas bien spécifiés par la réglementation en la matière.

C'est pourquoi, car le cadre juridique des marchés publics vise essentiellement la gestion saine, efficace et efficiente des deniers publics destinés à la réalisation de l'intérêt général, la présente étude essaie de recadrer le procédé de gré à gré aux exigences de la bonne gouvernance.

De toute évidence, il est nécessaire de saisir, avant tout, la portée du procédé de gré à gré avant d'examiner son incidence en matière de bonne gouvernance à travers les pratiques institutionnelles malencontreuses.

## I. NOTION DE GRÉ À GRÉ ET CAS PERMETTANT SON USAGE

### 1.1. Notion de gré à gré

Légalement, la procédure de gré à gré consiste à passer le marché public sans appel d'offres, après autorisation du service chargé du contrôle des marchés publics[7].

Il se dégage qu'un marché sans appel d'offres exclue toute publicité ou toute concurrence préalable, il constitue ainsi, une dérogation à la règle qui recommande que les marchés publics soient passés par appel d'offres[8].

Du moins, l'on ne peut se tromper qu'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable, appelée couramment « gré à gré » ou improprement « *hors marché* »[9] ne puisse être passé que dans les cas limitativement énumérés par les textes.

---

[3] Article 5 du décret n° 23/12 du 3 mars 2023 portant manuel de procédures des marchés publics, in *JORDC*, 64e année, n° spécial, Kinshasa, 7 mars 2023.
[4] Article 6 *idem*.
[5] Exposé des motifs de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.
[6] Article 20 de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, in *JORDC*, 51e année, numéro spécial, Kinshasa, 30 avril 2010.
[7] Article 41 de la Loi relative aux marchés publics.
[8] Article 17 de la Loi relative aux marchés publics.
[9] Marché sans publicité ni mise en concurrence préalables, www.Https marché-public.fr.

En cas de survenance de l'une des conditions énumérées par la loi, l'autorité contractante est en droit de choisir le titulaire du marché après négociation des conditions y relatifs avec un ou plusieurs d'entre eux.

La loi relative aux marchés publics restreint la procédure de passation de gré à gré de telle sorte que son recours abusif donne lieu à son annulation par voie d'avis de non objection émis par la Direction Générale de Contrôle des marchés publics.

En République Démocratique du Congo, la fréquence de la procédure de gré à gré inquiète l'opinion qui s'interroge sur les motivations qui en justifient le recours au détriment de l'appel d'offre qui est un principe dans la passation des marchés publics au sens de la loi y afférente.

De ce point de vue, d'aucuns considèrent que le recours intempestif à la procédure sans publicité ni mise en concurrence occasionne, comme on le verra plus tard, la corruption et le favoritisme, voire la mauvaise utilisation des deniers publics. Les multiples procédures judiciaires sur les travaux de 100 jours, la construction de forages et de lampadaires ainsi que la construction de prisons suffisent pour relever les abus entourant la procédure de gré à gré.

C'est pour cette raison que la loi prévient toute tentative au favoritisme en soumettant le recours à la procédure de gré à gré à une autorisation du service chargé du contrôle à priori afin de veiller au respect, non seulement de la procédure, mais aussi des cas exclusivement édictés par la loi.

**1.2. Des cas entrainant le recours au gré à gré**

D'emblée, il est nécessaire de rappeler que le marché de gré à gré est celui passé sans appel d'offres. En d'autres termes, c'est un marché qui ne suit pas la procédure ordinairement requise et qui est passé dans les conditions autres que celles prévues pour un marché destiné à être attribué au prestataire à la suite d'un concours.

Pour Félix Vunduawe et Jean-Marie Mboko, le marché est dit de gré à gré ou par entente directe lorsqu'il est passé sans appel d'offres après autorisation de la Direction générale de Contrôle des Marchés Publics, à la suite d'une demande motivée de l'autorité contractante[10]. Il apparaît clairement que le gré à gré implique préalablement que les parties prennent langue avant d'aboutir à l'attribution. Cette consultation supposée occulte la crédibilité dans le choix du prestataire dans la mesure où elle peut donner lieu à un favoritisme envers certaines personnes qui auraient de contacts suffisants avec les autorités contractantes.

Il convient de noter que le recours à la procédure de gré à gré ne se décrète pas d'office, si bien que les circonstances dans lesquelles l'autorité contractante peut légitimement en faire usage sont limitées par la loi relative aux marchés publics.

En effet, il ressort de l'article 42 de la loi relative aux marchés publics qu'il ne peut être passé de marché de gré à gré que dans l'un des cas suivants :

- lorsque les besoins ne peuvent être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs détenus par un seul entrepreneur, un seul fournisseur ou un seul prestataire ;
- lorsque les marchés ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques ou artistiques ;
- dans les cas d'extrême urgence, pour les travaux, fournitures ou services que l'autorité contractante fait exécuter en lieu et place de l'entrepreneur, du fournisseur ou du prestataire défaillant ;
- dans le cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel d'offres, nécessitant une intervention immédiate ;
- lorsqu'il s'agit des marchés spéciaux relatifs à la défense nationale, à la sécurité et aux intérêts stratégiques de l'Etat.

Au surplus, il ne suffit pas de se trouver dans l'un des cas énumérés par loi pour passer automatiquement le marché sans appel d'offres, il faudra en plus choisir les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services qui ont l'expertise requise ou qui ont exécuté des travaux analogues dans le passé et acceptent de se soumettre à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des prestations[11].

[10] VUNDUAWE te PEMAKO F. et MBOKO DJ'ANDIMA J.-M., *Traité de droit administratif de la République démocratique du Congo*, Bruxelles, Bruylant, 2ème édition, 2020, p. 844.

[11] Article 43 de la Loi relative aux marchés publics.

Par ailleurs, les marchés d'un montant inférieur au seuil d'appel d'offres peuvent être passés sans publicité préalable à condition de faire application des règles de bonnes pratiques de la commande publique, à savoir :

- la mise en concurrence d'au moins trois fournisseurs ;
- la publication de l'attribution de ces marchés par l'autorité contractante sur le site Internet de l'Autorité de régulation des marchés publics et dans la revue des marches publics. L'absence de cette publication rend le marché nul[12].

Comparativement au droit communautaire de l'union européenne, il peut être passé un marché de gré à gré « lorsqu' aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune demande ou aucune demande appropriée de participation n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la commission à sa demande[13].

Dans cette perspective, la Directive du parlement européen prévoit qu'une offre n'est pas considérée comme appropriée lorsqu'elle est sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences du pouvoir adjudicateur spécifiés dans les documents de marché[14].

Toutefois, bien qu'elle soit autorisée, la procédure de gré à gré ne peut être diligentée que dans les conditions limitativement édictées par la loi. Ainsi, la tentation au recours abusif au mode de gré à gré dénote l'intention de détourner les marchés publics de leurs objectifs en vue de se lancer dans les actes d'improbité comme la fraude. C'est ainsi qu'il est recommandé non seulement la rigueur dans le contrôle, mais surtout la discipline dans l'accomplissement des charges.

Il faut considérer que le recours à la procédure de gré à gré se justifie généralement par l'intention de se lancer dans la fraude à travers la mauvaise interprétation de certains concepts justifiant le recours au gré à gré, notamment l'extrême urgence ou l'urgence impérieuse dont il sied de scruter.

#### 1.2.1. Notion d'urgence justifiant le gré à gré

Pour maintenir l'efficience et assurer la protection des deniers publics, la règlementation relative aux marchés publics prescrit des règles et procédures à observer impérativement dans toutes les étapes de passation, d'exécution et de contrôle des marchés publics.

Il est de principe que les marchés publics doivent être passés par le procédé d'appel d'offres. Cette procédure obligatoire a l'avantage « *d'offrir un cadre approprié de conformité aux principes directeurs en matière de passation des marchés publics, notamment la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des soumissionnaires* »[15]

Toutefois, certaines circonstances ne permettent pas de suivre scrupuleusement la longue procédure contraignante d'appel à concurrence, c'est cas de l'urgence.

En effet, l'urgence est une situation qui empêche le titulaire de marché à exécuter dans le délai ses obligations contractuelles et satisfaire ainsi aux besoins de l'autorité publique[16]. Il peut s'agir d'une catastrophe naturelle[17] ou de défaillance d'un titulaire initial pour que la loi autorise la réduction de ce délai en vue de permettre la satisfaction rapide du besoin faisant l'objet du marché.

C'est pourquoi, en cas des situations nécessitant une intervention rapide, l'acheteur public, appelé autorité contractante est en droit de passer un marché sans publicité ni concurrence préalable, c'est-à-dire le gré à gré.

---

[12] Article 9 du Décret n° 010/34 du 28 décembre 2010 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics.

[13] Article 32 Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

[14] Alinéa 2 de l'article 32 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

[15] ESAMBO KANGASHE J.-L., *Droit congolais des marchés publics*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 107.

[16] *Idem*, p. 111.

[17] C'est ce que Néhémie Mwilanya qualifie de conditions climatiques. Lire MWILANYA WILONDA N., *Le droit congolais des marchés publics*, Paris, L'Harmattan, 2016.

En droit de la commande publique, l'urgence se définit comme une situation de fait qui justifie un réajustement en termes de procédure applicable. Elle doit être imprévisible dans sa survenance, irrésistible dans ses effets et extérieure à l'autorité qui l'invoque.[18]

À la lumière de la réglementation en vigueur, en cas d'urgence, l'autorité contractante apprécie au cas par cas pour soit recourir à la procédure sans publicité ni concurrence, soit lancer l'appel d'offre avec abréviation de délai de publicité et de dépôt des offres.

C'est la raison d'être de la différence entre urgence simple et urgence extrême ou impérieuse.

1.2.2. Urgence simple

En RDC, l'urgence simple est celle qui réduit les délais de publicité et de réception des candidatures ou des offres de trente (30) à quinze (15) jours. Concernant le délai de publicité, il est disposé que le délai minimum requis pour la publicité est fixé à trente (30) jours calendrier à compter de la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence jusqu'à la date limite de dépôt des offres. Ce délai peut être ramené à quinze (15) jours, en cas d'urgence dûment motivé et après autorisation spéciale de la direction générale du contrôle des marchés publics[19].

Le même délai de 30 jours s'applique en matière de réception des offres où il est autorisé une abréviation de quinze 15 jours en cas d'urgence dûment motivée, ne nécessitant toutefois pas une intervention immédiate[20].

Il faut prendre précaution qu'en dépit de l'absence d'une définition légale claire du concept urgence qui pourrait être assimilé à une situation qui peut entrainer un préjudice irréparable s'il n'est pas porté remède à bref délai, il faut l'appréhender à la lumière du code français de la commande publique qui l'a circonscrit par l'impossibilité de respecter le délai minimal prévu par le texte.[21]

En plus, bien que le délai de mise en concurrence soit réduit en cas d'urgence simple, l'acheteur public est tenu de motiver les raisons de l'urgence dans l'avis d'appel d'offre et obtenir l'autorisation de l'organe chargé de contrôle à priori. Ce dernier doit veiller à ce que la situation qualifiée d'urgence ne soit pas un montage personnel de l'acheteur public ou la défaillance de son service.

Les exemples fournis par la jurisprudence française résultent encore de cette distinction liée à l'extériorité.

En effet, le juge administratif a admis l'abrègement des délais procéduraux lorsqu'une situation d'urgence résulte du fait d'un tiers, par exemple en cas de retard d'un tiers dans la remise à l'acheteur d'ouvrages de voirie nécessaires à l'ouverture imminente d'un parc d'attraction[22] ou pour tenir compte des demandes d'entreprises destinées à s'implanter sur une zone d'aménagement[23]. À l'inverse, il a rejeté l'existence d'une situation d'urgence lorsqu'un retard est imputable au fait du maitre d'ouvrage, quand bien même l'ouverture de l'établissement projeté est imminente[24].

Notons clairement qu'hormis l'abréviation des délais de publicité et des offres, l'urgence simple ne peut entrainer l'inapplication des principes directeurs des marchés publics, en l'occurrence l'autorisation préalable de la DGCMPc, le délai de recours et l'approbation du marché.

De ce qui précède, il y a lieu de noter qu'en cas d'urgence simple, le recours au gré à gré n'est pas autorisé, dans ce cas c'est la procédure d'appel d'offres avec abréviation des délai qui s'applique, le gré à gré n'étant possible que face à une urgence impérieuse ou d'extrême urgence.

1.2.3. Cas d'urgence impérieuse et d'extrême urgence

Le droit congolais marque la différence entre le cas d'urgence impérieuse et d'extrême urgence, tous les deux justifiant le recours à la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalable.

Sans les définir, la loi se borne à circonscrire que l'extrême urgence, concerne les travaux, fournitures ou services que l'autorité contractante fait exécuter en lieu et place de l'entrepreneur, du fournisseur ou du

[18] WWW.armp.sn, site de l'autorité de régulation des marchés publics au Sénégal.
[19] Art. 88 du Décret n°23/12 du 03 mars 2023 portant manuel de procédures des marchés publics, in *JORDC*, 64ème année, n° spécial, Kinshasa, 7 mars 2023.
[20] Art. 35 et 36 de la Loi relative aux marchés publics.
[21] Articles R. 2161-3, R.2161-6, R.2161-8, R.2161-12, R.2161-15 du Code de la Commande Publique,
[22] CE, 30 septembre 1996, Préfet de la Seine-et-Marne, req. n° 164114 https://www.legifrance.gouv.fr consulté le 31 08 2024.
[23] CAA Lyon 18 décembre 2003, Préfet du Rhône, req. n° 99LY02245 https://www.legifrance.gouv.fr
[24] CE 4 avril 1997, Département d'Ille-et-Vilaine, req. n° 145388. https://www.legifrance.gouv.fr

prestataire défaillant [25] ; tandis que l'urgence impérieuse est motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel d'offres, nécessitant une intervention immédiate[26].

À la lumière de la jurisprudence française, le recours au marché de substitution pour défaillance du titulaire initial n'entraine pas d'office l'application de marché de gré à gré. Il est question d'analyser cas par cas s'il existe une urgence impérieuse au moment de la substitution.

En l'espèce, un acheteur avait conclu deux accords-cadres à bons de commande pour des prestations de maintenance. Ultérieurement, le pouvoir adjudicateur avait résilié ces deux contrats aux torts exclusifs du titulaire et conclu deux marchés de substitution selon la procédure de marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence. À cet effet, selon la Cour administrative d'appel de Nancy, l'acheteur était bien dans une situation d'urgence impérieuse lui permettant régulièrement, afin d'assurer la continuité de l'exécution des prestations d'entretien garantissant la sécurité des usagers, de passer un marché de substitution sans publicité ni mise en concurrence préalables. Il convient de noter que ces marchés dérogatoires avaient été conclus pour une durée courte (six mois) conformément aux dispositions de la réglementation qui impose que le marché négocié dérogatoire « est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence »[27].

Certes, le Conseil d'Etat a jugé que l'infructuosité d'un appel d'offres pouvait créer une situation d'urgence impérieuse. Toutefois, cette décision est isolée[28].

Par ailleurs, l'urgence impérieuse correspondant à une situation imprévisibles ou de force majeure « *commande une action immédiate, tout retard étant susceptible d'exposer à un danger ou de conduire à des dommages difficilement réparables.* »[29]

Toutefois, la jurisprudence exige la réunion de trois conditions :

- la survenance d'un événement imprévisible ;
- l'existence d'une urgence incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures ;
- la réalité d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence invoquée.[30]
- les conditions de passation du marché doivent être incompatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalables.

D'interprétation stricte [31], l'urgence impérieuse est circonscrite aux phénomènes extérieurs, imprévisibles et irrésistibles pour l'acheteur public. Elle ne peut pas résulter d'irrégularités ou de négligences commises dans la passation du marché, par exemple la mauvaise définition du besoin initial de l'autorité contractante, l'inefficacité de cette dernière à rédiger un cahier des charges et lancer un appel d'offres, l'annulation par le CRD de la procédure de passation d'un marché pour irrégularité.

Un autre exemple ne justifiant pas le recours à la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalable est, « *la signature de marchés de rénovation de collèges à quelques semaines de la rentrée scolaire a été considérée comme illégale car cette échéance n'était pas imprévisible et le retard pour la réalisation de ces travaux était imputable à la collectivité* »[32].

---

[25] Article 42 point 3 de la Loi relative aux marchés publics.
[26] Article 42 point 4 de la Loi relative aux marchés publics.
[27] https://www.weka.fr/ Une résiliation aux torts peut justifier la passation sans mise en concurrence et pour urgence impérieuse d'un marché de substitution.
[28] (CE,11 octobre 1985, « Compagnie générale de construction téléphonique », n° 38788.
[29] WWW.armp.sn, site de l'autorité de régulation des marchés publics au Sénégal.
[30] CE, 8 février 1999, Préfet de la Seine-et-Marne, n° 150919https://www.legifrance.gouv.fr
[31] CJUE, 10 avril 2003, *Commission contre Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, point 28.
[32] CE, 1er octobre 1997, « M. Hemmerdinger», n°151578, dans cette affaire, le Conseil provincial avait autorisé son président pour signer six marchés négociés pour la rénovation et le gros entretien de six lycées ; ces travaux s'inscrivaient dans un programme de rénovation des lycées adopté deux ans auparavant. Ces marchés furent contestés devant le juge administratif au motif qu'ils n'avaient été précédés d'aucune mise en compétition. La région répondait à cette critique que la proximité de la rentrée scolaire constituait un cas d'urgence impérieuse permettant de déroger à l'obligation d'une consultation écrite au moins sommaire. Le Conseil d'Etat avait décidé comme suit :
Selon le Code des marchés publics « l'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles... » constitue un des cas où, par exception à la règle générale, un marché négocié peut être conclu sans aucune mise en compétition préalable. Mais le Conseil d'Etat a estimé que les circonstances de l'espèce ne correspondaient pas à une telle hypothèse : peut-être la prise en considération de la rentrée scolaire de septembre permettait-elle de parler d'urgence au mois de mai ; mais cette urgence n'était pas « ...motivés par des circonstances imprévisibles » ; rien n'est moins imprévisible que la

Il en découle « qu'elle soit simple ou impérieuse, l'urgence doit résulter de circonstances factuelles réelles et non construites de manière artificielle dans une stratégie d'évitement et de contournement des procédures régulières de la commande publique. »[33]

La loi relative aux marchés publics ne donne pas d'exemples des circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de recourir à l'appel à concurrence.

Toutefois, faisant allusion aux circonstances imprévisibles, la doctrine donne l'exemple de catastrophes naturelles, c'est le cas de l'irruption volcanique, les inondations ou la survenance d'une épidémie comme covid 19. « Ces marchés ne pourront porter que sur des interventions immédiatement et strictement nécessaires après la catastrophe (exemples : déblaiements, mise hors d'eau, démolition à titre préventif d'ouvrages menaçant ruine, délimitation d'un périmètre de sécurité, fourniture de couvertures, rétablissement du fonctionnement des réseaux d'eau, d'éclairage public, etc.) (…) et ne pourront pas porter sur la reconstruction des bâtiments publics effondrés, sur la réalisation de nouveaux ouvrages ou même sur des prestations permettant d'assurer le relogement pérenne des sinistrés »[34].

A l'état actuel de la législation congolaise, l'autorité contractante a la latitude de qualifier des circonstances imprévisibles susceptibles de motiver l'urgence.

Néanmoins, cette liberté ne constitue pas un blanc-seing général et est limitée par la stricte interprétation des circonstances imprévisibles comprises comme situations étrangères à l'autorité et qui nécessite une réponse immédiate de par sa gravité. Le droit d'appréciation de l'autorité contractante est également limité par le pouvoir de contrôle détenu par l'organe de contrôle *a priori* qui est tenu de mettre en évidence toutes les compétences pour requalifier ou disqualifier les éléments ayant motivé l'urgence.

À ce sujet, il est écrit que « *si l'on admet à l'autorité contractante le droit de recruter les faits susceptibles de caractériser son urgence, il devient fort compréhensible que l'autorité chargée d'en vérifier la réalité puisse disposer d'une marge de liberté symptomatique de son pouvoir souverain dans ce domaine* »[35].

Il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'en République Démocratique du Congo, le recours à la pratique de gré à gré comme technique de passation de marchés publics est fréquent au point d'en constituer un principe général de passation des marchés publics au détriment de la technique d'appel d'offre à laquelle les autorités contractantes ne semblent accorder l'attention. Pourtant, bien que prévue exceptionnellement par la loi, la pratique de gré à gré peut porter atteinte à la bonne gouvernance en ouvrant notamment la brèche à la corruption, au blanchiment des capitaux, à la discrimination ou encore au détournement des deniers publics ou privés dont les conséquences juridiques s'apprécient à partir des critiques formulées contre le gré à gré en défaveur de la bonne gouvernance.

## II. CRITIQUES ET PERSPECTIVES DE LA PRATIQUE DE GRÉ À GRÉ

La pratique de gré à gré s'inscrit parfois aux antipodes de la bonne gouvernance considérée par les Nations Unies comme le remodelage des politiques de gestions publiques en vue de faire face au défi de développement[36] et dont les principes y afférents se focalisent sur la responsabilité, l'implantation d'un cadre juridique approprié, la transparence, l'information, la règle de droit, la lutte contre les anti-valeurs.

Bien que la plupart de procédures judiciaires initiées pour identifier les déviations en matière de passation des marchés publics suivant la voie de gré à gré n'aient peut-être pas abouti aux condamnations irrévocables, il y a lieu d'indiquer que la pratique de gré à gré exhume l'odeur de la corruption, du détournement et abus de confiance qui fragilisent des marchés passés de gré à gré en remettant en cause leur efficacité au point de les exposer aux différentes critiques (A) sur lesquelles il faille proposer les perspectives en vue de ne pas occulter la bonne gouvernance (B).

### 2.1. Critiques de la pratique de gré à gré

Il est de notoriété publique que la technique de gré à gré est une exception par rapport à celle d'appel d'offres qui met en place plusieurs techniques afin d'assurer la transparence lors de l'attribution des marchés publics aux prestataires.

Partant de l'article 43 de la Loi relative aux marchés publics qui précise que : *Le marché de gré à gré ne peut être passé qu'avec des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services qui ont l'expertise requise ou ont exécuté des travaux analogues dans le passé et acceptent de se soumettre à un contrôle des prix spécifiques durant*

---

date d'une rentrée scolaire, disponible en ligne https://www.lemoniteur.fr/article/marches-negocies-mise-en-competition-et-urgence-imperieuse.1645054 consulté le 30 août 2024.

[33] WWW.armp.sn, site de l'autorité de régulation des marchés publics au Sénégal.

[34] SOPHIE LAPISARDI Avocat au barreau de Paris, Quand l'urgence commande… Le Moniteur 19 mars 2010

[35] WWW.armp.sn, site de l'autorité de régulation des marchés publics au Sénégal.

[36] PNUD, *Bonne gouvernance et croissance économique*, http://www.inf.org/external,contry/civ/rr/2007102207.pdf.

*l'exécution des prestations*[37], la pratique de l'attribution des marchés publics par voie de gré à gré en République démocratique du Congo n'obéit pas fondamentalement à la volonté du législateur.

Généralement, les autorités contractantes ne proposent la procédure de gré à gré que pour les marchés publics dont les prix globaux sont faramineux et leur permettent de négocier en amont avec les futurs prestataires qui seraient retenus et connus par elles.

Pour s'en convaincre, les faits résultant du procès de 100 jours, de la construction de forages et l'installation des lampadaires ainsi que du parc agroindustriel de Bukangalozo font transparaître l'opacité et les manœuvres dans lesquelles sont organisées les procédures de gré à gré en République démocratique du Congo.

La corruption, le clientélisme, la discrimination, le détournement, l'enrichissement et le blanchement des capitaux caractérisent les pratiques congolaises des marchés publics passés de gré à gré. En plus, les prestataires desdits marchés ne répondent, généralement, pas aux critères consacrés à l'article 43 de la loi relative aux marchés publics.

Le choix de Samibo Sarl pour la construction de maisons préfabriquées, de la Société Africom Commodities Pty Ltd pour le parc agro industriel de Bukangalozo, du consortium Stever Construct Cameroun SARL et Sotrad Water pour la construction des lampadaires et le forage, de la société Zion construction pour la construction de la prison à Kisangani, atteste effectivement que la pratique de gré à gré fait l'apologie des anti-valeurs dont la corruption et le détournement mettant en péril la bonne gouvernance avec les décaissements des fonds publics pour des projets peu crédibles.

Plus souvent, les marchés à passer par gré à gré sont attribués aux prestataires qui ont des relations directes ou indirectes avec les autorités contractantes ou, du moins, certaines personnalités politiques qui exercent une certaine influence auprès des autorités contractantes.

Il se dégage que les pratiques congolaises de passation des marchés publics par voie de gré à gré dégagent l'odeur de la corruption, de négociations au détriment des intérêts de la République et favorisent, en fin de compte, le détournement des deniers publics.

Outre la corruption, le gré à gré limite certains principes requis pour la passation des marchés publics notamment le principe d'égalité, de la concurrence, de la participation à la commande publique, la transparence ainsi que l'efficacité des procédures qui conduit, sans doute, à la rentabilité de la commande publique et, conséquemment, de la bonne utilisation des derniers publics[38].

Pourtant, les conditions requises pour octroyer l'autorisation spéciale préalable pour le marché de gré à gré sont connues et établies par la loi et les actes réglementaires subséquents.

Souvent, la Direction Général de Contrôle des Marchés publics, en sigle « DGCMP », organe de contrôle et d'autorisation de la procédure de gré à gré, subit des pressions des autorités contractantes au point de biaiser ou empiéter sur les prérogatives qui leur sont reconnues par la loi qui n'autorise pas la régularisation en matière d'autorisation spéciale pour les marchés de gré à gré.

En plus, cet établissement public qui ne jouit qu'une autonomie administrative, ne peut s'opposer aux injonctions de l'autorité de laquelle elle se trouve sous tutelle. Il se dégage des pratiques contraires à la loi empiétant considérablement sur l'indépendance supposée de cet organe qui, sans doute, peut participer au processus de détournement des deniers publics ainsi que des abus au niveau de passation des marchés publics par voie de gré à gré.

Au regard de toutes les préoccupations-critiques formulées précédemment, il convient d'envisager quelques pistes de sortie afin de permettre un processus crédible de contrats de marchés publics suivant la procédure de gré à gré, gage de la protection de la bonne gouvernance.

### 2.2. Les perspectives

Les pratiques déviationnistes du cadre légal et réglementaire établi dans le processus de gré à gré méritent d'être extirpées afin de rationaliser le droit des marchés publics.

Tenant compte des manquements à la loi et aux tentatives de corruption, de débouchage, d'intimidation, de favoritisme, du clientélisme et d'incertitudes voire d'immoralité qui gangrènent le mode de passation par la voie de gré à gré, il importe d'envisager les perspectives législatives conséquentes (1) assorties des poursuites et sanctions pénales adéquates (2).

---

[37] Article 43 al. 1er de la Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.

[38] LAJOYE C., *Droit des marchés publics*, Mémentos L.M.D., Gualino L'extenso éd., 3ème édition, 2008, p. 114.

2.2.1. Du respect de la loi relative aux marchés publics

L'instauration des négociations en amont avec le futur prestataire du marché de gré à gré et surtout la détermination, en second lieu, par l'autorité contractante des raisons tendant à solliciter l'autorisation de procéder au gré à gré, consacrent une certaine anarchie voilée au travers le pouvoir discrétionnaire reconnu à ladite autorité contractante qui dispose de son pouvoir d'appréciation auquel elle attachera l'urgence et la force majeure.

Dans ce cas, il serait recommandé de demeurer dans la logique de l'article 20 de la loi relative aux marchés publics qui érige l'appel d'offres comme étant la procédure par laquelle l'autorité choisit, sans négociation avec les candidats, l'offre économiquement la plus avantageuse, évaluée sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats et exprimés en termes monétaires.

Certes, le choix sans négociation avec les candidats garantirait une certaine transparence bien qu'il n'est pas exclu que certaines pratiques décriées dans le gré à gré soient vécues même à la procédure d'appel d'offres, du moins, il existe une Cellule chargée d'examiner systématiquement les dossiers de chaque soumissionnaire. En plus, même dans l'hypothèse où il serait fait écho de certaines manœuvres, les risques de corruption dans l'appel d'offres sont de plus en plus réduits par rapport au gré à gré.

À défaut de l'appel d'offres, le recours au gré à gré devrait être circonscrit conformément aux dispositions des articles 41 à 43 de la loi susmentionnée ainsi que de ses actes réglementaires et ce, en demeurant dans l'esprit et la lettre du législateur du 27 avril 2010.

Ainsi, le marché de gré à gré ne peut être passé qu'avec des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services qui ont l'expertise requise ou ont exécuté des travaux analogues dans le passé et acceptent de se soumettre à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des prestations.

En outre, il serait recommandé que l'autorité contractante qui propose le recours au gré à gré annexe, à sa demande adressée à l'organe chargé d'en autoriser, la liste de probables prestataires et leurs dossiers afin de permettre à la DGCMP d'examiner les mérites de la demande formulée par l'autorité contractante axée sur l'urgence.

En effet, la restriction de l'usage du gré à gré s'est avérée peu efficace dans la mesure où cette pratique apparaît comme un principe alors qu'elle demeure une exception. S'appuyer sur l'urgence comme situation justifiant le gré à gré peut s'avérer efficace car elle réduira le pouvoir de qualification de l'urgence. On tomberait dans une situation où l'urgence ne sera plus objet forcément d'appréciation, mais matière de constat.

Apprécier l'urgence augmente les chances de tomber dans une mauvaise constatation. Une définition par extension limitative sera dans une certaine mesure un moyen de justifier le gré à gré par l'urgence.

Or, l'urgence est, par définition, imprévisible. Une définition trop étroite peut induire à considérer une situation qui, dans les faits, est urgente, mais, au regard de la définition légale, ne l'est pas. Une énumération limitative des cas relevant de l'urgence pourrait aboutir à une insécurité juridique.

Toutefois, une définition plus large évitera le danger que peut provoquer une définition restreinte. Elle invoquera les principes et les attributs de manière générale de ce qu'on pourra qualifier d'urgence. On le voit, une telle approche rencontrera suffisamment le caractère imprévisible de l'urgence qui peut résulter d'une force majeure. L'intention dans la définition du risque sera une sorte de sécurité dans l'appréhension de l'urgence.

Cependant, il existe un danger dans un tel cheminement. Plus la compréhension est grande, plus le danger d'une mauvaise interprétation sera grand. Une situation qui ne relève pas de l'urgence peut, par le bais d'une mauvaise interprétation ou d'une mauvaise compréhension, relever de l'urgence.

Pour s'en convaincre, le nombre impressionnant des marchés de gré à gré enregistrés en RDC justifiés par l'urgence notamment, est un frein à la réforme de 2010. Dans ce cas, il faudra réduire le champ de l'urgence en optant pour une définition à la fois, par compréhension et par extension.

Au regard de tous les cas d'urgence soulevés par les autorités contractantes, l'on peut aboutir d'abord à une énumération des cas relevant de l'urgence en précisant minutieusement les circonstances qui donneront lieu à une telle qualification ; ensuite à une liste des cas ne pouvant pas être considérés exclus de l'urgence et enfin trouver une place pour d'autres cas[39].

[39] Certains législateurs ont opté pour cette méthode définition. C'est le cas du législateur du droit du travail : « Rémunération : la somme représentative de l'ensemble des gains susceptibles d'être évalués en espèces et fixés par accord ou par les dispositions légales et réglementaires qui sont dus en vertu d'un contrat de travail, par un employeur à un travailleur. Elle comprend notamment : le salaire ou traitement (…) Ne sont pas éléments de la rémunération : les soins de santé… » (Article 7 de la Loi n° 015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code du Travail

Il ne faudrait pas, pour les raisons que nous avons données, tomber dans une énumération exhaustive à cause du caractère imprévisible de l'urgence. Il conviendra, pour certains cas, laisser aux autorités compétentes la possibilité de juger le cas échéant une situation d'urgente.

Ainsi, les marchés qui seraient accordés suivant le gré à gré sans l'autorisation spéciale préalable, assortiraient leurs auteurs de sanctions pénales ainsi que des poursuites y relatives.

2.2.2. Des sanctions

Face aux pratiques *contra legem* qui gangrènent le secteur de marchés publics congolais passés par la technique de gré à gré particulièrement, il importe de les décourager en infligeant à leurs auteurs, coauteurs et complices les sanctions exemplaires.

Ces sanctions doivent être proportionnelles à l'acte, il s'agit notamment des sanctions administratives allant jusqu'à la révocation de l'auteur lorsqu'il s'agit d'une violation de la procédure et des sanctions pénales lorsque l'intention de violer la loi conduit à une infraction punie par la législation en la matière.

**CONCLUSION**

Soumise à l'autorisation spéciale préalable de la Direction générale du Contrôle des Marchés Publics, la technique de gré à gré telle que consacrée par le législateur congolais est une procédure exceptionnelle de passation des marchés publics qui ne sont pas soumis par appel d'offres.

Il se dégage, au terme de cette étude, que les pratiques congolaises des marchés publics par gré à gré s'inscrivent parfois aux antipodes même de la législation en la matière qui détermine, non seulement, les conditions pouvant ouvrir la brèche au gré à gré, mais également, les critères de préférence quant aux prestataires desdits marchés.

Il en résulte que le marché de gré à gré ne peut être passé qu'avec des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services qui ont l'expertise requise ou ont exécuté des travaux analogues dans le passé et acceptent de se soumettre à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des prestations.

La passation de gré à gré n'est possible que dans les circonstances décrites à l'article 42 de la loi relative aux marchés publics. Cependant, il s'observe, en République Démocratique du Congo, que les marchés passés de gré à gré dépassent largement ceux obtenus suivant la procédure d'appel d'offre. Pourtant, plusieurs abus sont déplorés et dénoncés attachant ainsi la crédibilité des institutions du fait de la violation de la loi, du détournement, de la corruption, de la discrimination en mettant en branle la bonne gouvernance étatique.

Au regard de la mentalité congolaise ancrée vers la corruption, le favoritisme, le népotisme, le clientélisme et tant d'autres pratiques immorales, la technicité de gré à gré n'est pas transparente dans la mesure où la plupart des marchés publics qui ont suivi cette voie n'ont pas apporté des résultats escomptés. Les procès 100 jours, de forages et lampadaires, prison centrale de Kisangani, en sont révélateur des manœuvres qui entourent inconsidérément la technique de gré à gré.

Face aux pratiques *contra legem* qui gangrènent le secteur de marchés publics congolais passés par la technique de gré à gré, il importe de les décourager en infligeant à leurs auteurs, coauteurs et complices les sanctions exemplaires à l'instar de celles prononcées dans l'affaire RP 0002 de la Cour constitutionnelle qui a reconnu coupables les prévenus qui ont été impliqués dans la corruption et le détournement des deniers publics.

En plus, le respect des dispositions de la loi relative aux marchés publics ainsi que les compétences dévolues à chaque organe qui intervient dans le processus du marché de gré à gré, serait d'un apport incommensurable pour la rationalisation de ladite technique voulue transparente par la volonté du législateur.

Toutefois, la présente étude n'a pas la prétention d'épuiser la matière relative à la technique de gré à gré. Elle est une pierre apportée à la construction du droit congolais des marchés publics. Dans ce sens, chacun peut y planter son drapeau.

---

telle que modifiée et complétée par la Loi n° 16/010 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la Loi n° 015-2002 portant Code du Travail, in *JORDC*, numéro spécial, 57ème année, Kinshasa, 29 juillet 2016).

**BIBLIOGRAHIE**


**I. Textes législatifs et règlementaire**

- Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, in *JORDC*, 51ème année, numéro spécial, Kinshasa, 30 avril 2010.
- Décret n°23/12 du 03 mars 2023 portant manuel de procédures des marchés publics, in *JORDC*, 64ème année, n° spécial, Kinshasa, 7 mars 2023.
- Décret n° 010/34 du 28 décembre 2010 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics.

**II. Doctrine**

- ESAMBO KANGASHE J.-L., *Droit congolais des marchés publics*, Paris, L'Harmattan, 2016.
- LAJOYE C., *Droit des marchés publics*, Mémentos L.M.D., Gualino L'extenso éd., 3ème édition, 2008.
- MWILANYA WILONDA N., *Le droit congolais des marchés publics*, Paris, L'Harmattan, 2016.
- VUNDUAWE te PEMAKO F. et MBOKO DJ'ANDIMA J.-M., *Traité de droit administratif de la République démocratique du Congo*, Bruxelles, Bruylant, 2ème édition, 2020.