

***AVERTISSEMENT***

*L'UNIVERSITÉ D'ABOMEY-CALAVI N'ENTEND DONNER NI APPROBATION, NI IMPROBATION AUX OPINIONS ÉMISES DANS CE MEMOIRE ; CES OPINIONS DOIVENT ÊTRE CONSIDÉRÉES COMME PROPRES A LEUR AUTEUR.*

*DÉDICACE*

A

*Mon Dieu Tout-Puissant*

*Mon Très Cher Epoux et à mes Enfants ...*

## ***REMERCIEMENTS***

*Nous exprimons notre reconnaissance :*

- *Au Directeur du Centre de Droit Administratif et de l'Administration Territoriale (CeDAT), le Professeur Ibrahim David SALAMI pour nous avoir donné l'opportunité de suivre cette formation à travers son centre de recherche ;*
- *Au Docteur Ludovic GUEDJE Maître Assistant en Droit Privé des Universités CAMES pour avoir accepté, malgré ses multiples occupations, de suivre ce modeste travail de recherche ;*
- *Aux membres du jury qui, malgré leurs diverses occupations, ont accepté d'apprécier ce travail en vue d'améliorer sa qualité ;*
- *A tout le corps professoral du CeDAT pour les enseignements reçus d'eux ;*
- *A tous les camarades de la 7<sup>ème</sup> promotion pour les inoubliables moments passés ensemble ;*
- *A Ma très chère Mère, pour ses prières inlassables ...*
- *A Mme Ernestine Goundété Denami pour son soutien indéfectible.*

## ***LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS***

**AAO** : Avis d'appel d'offres ouvert

**AC** : Autorité contractante

**AGPM** : Avis Général de Passation des Marchés

**ARMP** : Autorité de Régulation des Marchés publics

**BAD** : Banque Africaine de Développement

**BM** : Banque Mondiale

**CMP** : Code des Marchés Publics

**CCMP**: Cellule de Contrôle des Marchés Publics

**COE** : Commission d'Ouverture et d'Evaluation

**CRD** : Comité de Règlement des Différends

**DAO** : Dossier d'Appel d'Offres

**DNCMP** : Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics

**DP** : Demande de Propositions

**DRP** : Demande de Renseignements et de Prix

**INCOTERMS** : International Commercial Terms

**OHADA** : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

**PPMP** : Plan de Passation des Marchés Publics

**SYGMAP** : Système Intégré de Gestion des Marchés Publics

**UEMOA** : Union Economique et Monétaire Ouest Africaine

## **SOMMAIRE**

<i>INTRODUCTION GÉNÉRALE</i> .....	1
<i>PREMIÈRE PARTIE</i> : .....	8
<i>UN CONTRÔLE CONSACRÉ</i> .....	8
<i>CHAPITRE PREMIER : UN CONTRÔLE ADMINISTRATIF DYNAMIQUE</i> .....	10
<i>CHAPITRE 2 : UN CONTROLE NON JURIDICTIONNEL EFFECTIF ET UN CONTRÔLE JURIDICTIONNEL AFFIRMÉ</i> .....	30
<i>DEUXIÈME PARTIE : UN IMPACT MITIGÉ</i> .....	50
<i>CHAPITRE 1 : LES FORCES ET FAIBLESSES DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE</i> 52	
<i>CHAPITRE 2 : UNE NÉCESSITÉ DE RENFORCEMENT DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE</i> .....	71
<i>CONCLUSION GÉNÉRALE</i> .....	91
<i>BIBLIOGRAPHIE</i> .....	94

# *INTRODUCTION GÉNÉRALE*

Le système de contrôle des finances publiques au Bénin repose sur un certain nombre de contrôles qui commencent déjà avant la naissance de l'obligation à la charge de l'État (contrôle *a priori*), se poursuivent avec l'exécution (contrôle concomitant) et se terminent par la fin de la gestion (contrôle *a posteriori*). Quelle que soit l'importance des ressources financières consacrées à la réduction de la pauvreté, les résultats escomptés ne pourront être atteints sans le renforcement de la qualité et de l'efficacité du système de contrôle mis en place.

Depuis quelques années déjà, l'on est témoin en Afrique, d'une mutation des règles du droit public qui, au gré de l'évolution du contexte économique des Etats, a suscité pour ces derniers, la nécessité de définir un cadre harmonisé de leurs législations. Le lien ainsi établi entre le droit et l'économie semble a priori dénoter d'une part de l'importance que revêt un encadrement juridique pour la matière économique et d'autre part, de la volonté pour les États à se conformer aux exigences d'un organe supranational dans le but d'atteindre les objectifs de développement économique et de bonne gouvernance. De cette configuration bâtie sur une dynamique d'intégration sous régionale, naquit un droit dit des «marchés publics ».

A l'évidence, si les marchés publics<sup>1</sup> voient leur complexité croître au fil des années sous l'influence de certaines pratiques, le droit communautaire œuvre quant à lui, à redorer leur blason, tant dans leur passation que dans leur contrôle et exécution. Depuis la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement du 2 mars 2005, le Bénin s'est résolument engagé dans un vaste programme de réformes au niveau des finances publiques et des systèmes nationaux de passation des marchés publics. Parmi ces réformes on note l'harmonisation de son système de passation des marchés pour le hisser au rang des meilleures pratiques internationalement admises<sup>2</sup>. C'est donc dans ce contexte que l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) a mis en œuvre un programme sous régional de refonte des systèmes nationaux de passation des marchés, visant à limiter autant que possible, les irrégularités tant décriées dans ce domaine particulier du droit public économique<sup>3</sup>.

Mais pour en arriver là, l'instance communautaire a adopté le 9 décembre 2005, deux textes fondamentaux. Il s'agit d'une part de la directive N°04/2005/CM/UEMOA portant

<sup>1</sup> Il convient de faire la différence entre marchés publics, convention de service public et accord de partenariat, tous des contrats administratifs mais n'étant pas définis par les mêmes critères.

<sup>2</sup> Cf. le point 28 de la Déclaration de Paris, relatif au renforcement des systèmes nationaux de passation des marchés.

<sup>3</sup> Le droit public économique est un droit de l'intervention de l'Etat et des personnes publiques dans la sphère économique.

procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, et d'autre part de la directive N°05/2005/CM/UEMOA portant Contrôle et Régulation des marchés publics et délégation de service public, permettant ainsi au Bénin d'ajuster sa réglementation en la matière.

En effet, ces nouveaux textes ont apporté de nombreuses innovations, notamment la rationalisation des procédures de passation des marchés publics, l'amélioration du contrôle *a priori*, la responsabilisation des structures dépensières et surtout la systématisation du contrôle *a posteriori*. Dans ce contexte, la création d'un organe en charge du contrôle et de la régulation des marchés publics, a été perçue comme une des innovations majeures en droit positif béninois.

La loi créant cet organe, tout en définissant le cadre institutionnel des marchés publics, qui d'ailleurs repose sur le principe de la séparation des fonctions de passation, de contrôle<sup>4</sup> et de régulation<sup>5</sup>, précise l'indépendance de cette institution de régulation<sup>6</sup>.

Par ailleurs, la mise en œuvre des directives de l'UEMOA s'est faite conformément aux accords et grands principes qui gouvernent la commande publique<sup>7</sup> et qui sont communément admis par les standards internationaux à savoir la liberté d'accès<sup>8</sup> à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats<sup>9</sup>, l'efficience<sup>10</sup> de la dépense publique mais aussi et surtout la transparence des procédures.

<sup>4</sup> La fonction de contrôle consiste à s'assurer de la bonne application de la réglementation sur l'ensemble des autorités contractantes.

<sup>5</sup> La fonction de régulation est de la compétence de l'ARMP. Elle consiste à assurer le bon fonctionnement du système de passation des marchés publics.

<sup>6</sup> Elle se conçoit sous trois formes : indépendance vis-à-vis des entreprises régulées et des autres intérêts privés; indépendance vis-à-vis des autorités publiques et indépendance sous forme d'autonomie institutionnelle.

<sup>7</sup> La commande publique est une notion « globalisante ». Elle renvoie littéralement à un ordre de l'administration par lequel il est, entre autres, demandé à un fournisseur la livraison d'une marchandise ou l'exécution d'un service. L'expression « commande publique » a été employée pour la première fois dans une acception juridique à l'article 1er du Code des marchés publics française issu du décret du 7 mars 2001. Voir sur cette question, Jean-Matthieu Glatt, « La catégorisation des contrats de commande publique : source d'insécurité juridique », note sous CJCE, 10 septembre 2009, EURAWASSER, in Les petites affiches, 11 février 2010, p. 3 et S., spéc. p. 12. V. Grégory KALFLECHE, Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics, Thèse, Paris II, 2004, p. 25

<sup>8</sup> Ce principe suppose la possibilité pour toute personne remplissant les conditions requises, de se porter candidate à un marché public

<sup>9</sup> Les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats sont complémentaires. Ils résultent du principe constitutionnel plus général d'égalité des citoyens devant la loi, ainsi que des principes de libre concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie.

<sup>10</sup> L'efficience correspond à une utilisation rationnelle des deniers publics dans la passation des marchés. C'est pour cela qu'un marché public doit être attribué au candidat ayant présenté une offre techniquement conforme et financièrement avantageuse (moindre coût) pour l'autorité contractante.

Malgré ces multiples initiatives et l'effort déployé jusque-là par les gouvernements successifs, les systèmes de passation des marchés, présentent encore d'importantes faiblesses dans la plupart des pays en voie de développement (PVD). Ces faiblesses résultent notamment de l'insuffisance ou de la caducité des législations, de la lenteur et de la complexité des règles et procédures, de la corruption et de la fraude mais également de l'absence ou de l'inefficacité des mécanismes de responsabilité et de contrôle. Ce dernier point qui, de toute évidence constitue le socle de l'efficacité, sera la substance centrale autour de laquelle seront bâtis nos travaux. En effet, ces lacunes qui ont nécessairement un impact négatif sur les finances de l'Etat et freinent le développement de ces pays<sup>11</sup> devraient être repérées par le contrôle, à tout de moins a posteriori. C'est pour l'évaluation de la contribution de la fonction contrôle que nous avons entrepris d'étudier « **l'impact du contrôle a posteriori sur l'efficacité du système de passation marchés publics au Bénin** ».

Pour une compréhension plus adéquate de ce sujet de recherche, il convient d'apporter une définition plus large et complète des termes qui le constituent.

*L'Impact* est aujourd'hui employé non seulement dans son premier sens de « heurt d'une chose contre une autre, choc », mais également au sens figuré de « influence forte », voire d'« influence en général » : *une étude d'impact* = (étude de l'influence qu'aura sur le milieu naturel une installation industrielle) ; *l'impact d'un écrivain, l'impact d'une publicité*. Cet emploi est aujourd'hui si courant qu'il ne peut plus être considéré comme fautif. On pourra toutefois préférer, dans l'expression soignée, et hors de tout contexte technique, les équivalents *influence, ascendant, pouvoir, éclat, rayonnement*, etc. en fonction du contexte<sup>12</sup>. Même si une telle définition souffrirait de quelques insuffisances aussi car n'étant pas spécifique à la matière, le contrôle lui paraît plus adapté. Le contrôle est une inspection de la régularité d'un acte ou encore le service chargé de contrôle. Il est dit a posteriori lorsqu'il intervient à la fin de la mise en œuvre de l'action contrôlée pour en vérifier la conformité aux normes, aux prévisions, à la réglementation applicable etc.

Le contrôle a posteriori serait donc l'ensemble des dispositifs et moyens prévus pour vérifier en aval de la régularité des opérations de passation et d'exécution des marchés publics.

<sup>11</sup>Organisation Internationale de Droit du Développement, « Les marchés publics dans les pays en développement leçons apprises des activités récentes de l'IDLO », in Actualités du droit du développement - N° 1/2007, P1, [www.idlo.int](http://www.idlo.int) consulté le 15/01/2021.

<sup>12</sup> <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/impact/41780>

Il s'agit donc des institutions bien organisées afin de superviser les opérations de passation et d'exécution et garantir des pratiques saines et orthodoxes, ceci, pour avoir un cadre efficace et performant des marchés publics. Il doit notamment exister un dispositif institutionnel des marchés publics avec des capacités techniques et matérielles nécessaires pour assurer l'application, le suivi et l'interprétation des règles. C'est sous cet angle qu'il faut entendre l'impact de contrôle a posteriori.

Quant au marché public, il se définit légalement comme un « *contrat écrit passé, par lequel un ou plusieurs entrepreneur(s), fournisseur(s) ou prestataire (s) de service (s) s'engage envers une ou plusieurs autorité (s) contractante (s) soumis au présent code, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant rémunération* »<sup>13</sup>. Il arrive que le législateur, qualifie directement un contrat de « public », ou lui donne ce caractère indirectement en attribuant le contentieux au juge administratif. Ainsi 3 types de contrats obéissent à ce principe : D'abord il s'agit des contrats relatifs à l'exécution des travaux publics et les ventes d'immeubles de l'Etat (Loi du 28 Pluviôse An VIII, article 4), ensuite des contrats portant occupation du domaine public et enfin des contrats soumis au code des marchés publics dans certaines législations. La nature administrative du contrat ne figure pas dans la définition légale au Bénin mais mention est faite dans celle burkinabè qui considère depuis le décret de 2008<sup>14</sup> portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, que les « *Marchés publics sont des contrats administratifs écrits conclus à titre onéreux par une autorité contractante visée aux articles 5 et 6 du présent décret avec des entités privées ou publiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

La lecture combinée de ces définitions nous renseigne que le marché public est un contrat qui met en relation d'une part un entrepreneur ou un fournisseur et d'autre part une personne morale de droit public ou de droit privé ayant en charge l'exécution d'un service public pour l'exécution d'une tâche moyennant rémunération. Pour la doctrine, « *le marché public est un contrat par lequel une personne privée réalise pour le compte d'une personne publique des travaux, des fournitures, des services en contrepartie d'un prix payé par*

<sup>13</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin.

<sup>14</sup> Décret n° 2008 - 173 /PRES/PM/MEF portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso.

*l'administration* »<sup>15</sup>. Aussi Laurent RICHIER indique-t-il que « *par leur objet, les marchés publics sont semblables aux contrats que concluent entre eux des particuliers* »<sup>16</sup>.

Les Personnes et opérations (objets) assujetties, la forme ainsi que le caractère onéreux du contrat sont les éléments qui ont constamment fondé le raisonnement du juge dans la qualification des marchés publics<sup>17</sup>.

Au plan organique, l'article 3 de la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des Marchés Publics énumère les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé auxquelles il s'applique. Il peut s'agir de l'Etat, les collectivités territoriales décentralisées ; les établissements publics, les autres organismes, agences ou offices créés par eux ou d'une association formée par ces personnes morales de droit public il peut s'agir également des personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'État, d'une collectivité territoriale décentralisée, d'une personne morale de droit public, d'un établissement public et de toute société dans laquelle l'Etat et les personnes morales visées plus haut sont actionnaires majoritaires ou encore d'une association les personnes morales de droit privé.

Au plan matériel, les opérations assujetties rattachés aux marchés publics sont de plusieurs ordre notamment l'exécution des travaux, la livraison de fourniture et la prestation de services. Le droit communautaire de l'UEMOA conçoit le marché public comme « *le contrat écrit conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fourniture ou de service...* »<sup>18</sup>

Dès lors, face aux enjeux financiers<sup>19</sup>, la nécessaire protection des deniers publics et afin de permettre une concurrence loyale entre les fournisseurs potentiels, l'Etat, voire les Organisations d'intégration comme l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) a très tôt décidé d'encadrer la commande publique.

La passation et la gestion des marchés publics sont assujetties à un formalisme important. Ce formalisme n'a de sens que si son respect fait l'objet de contrôles efficaces<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> CLIQUENNOIS (M.) *Droit public économique*, Paris Ellipses 2001, P.238

<sup>16</sup> RICHIER (L.), « Droit des contrats administratifs », LGDJ,2006, p.345

<sup>17</sup>GOUNOU SALIFOU (A.), « *Droit et pratique des marchés publics en Afrique de l'ouest francophone : cas de la République du Bénin* », thèse de droit public soutenue à l'Université de Lomé, 2008, p 10.

<sup>18</sup> Article 1<sup>er</sup> de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

<sup>19</sup> Au Bénin comme partout ailleurs, la commande publique atteint des volumes financiers considérables.

<sup>20</sup>Mémento de Droit des marchés publics, *op.cit.*, p.137.

C'est pour appréhender ce contrôle dans sa phase a posteriori que la présente étude se propose de répondre aux deux questionnements ci-après. Le Bénin dispose-t-il de mécanismes de contrôle a posteriori ? S'ils existent, sont-ils efficaces ? En d'autres termes l'étude permettra d'aborder *l'évaluation de l'efficacité du contrôle a posteriori des marchés publics en vue de faire le cas échéant des propositions pour le renforcement de ce mécanisme de contrôle.*

L'intérêt du sujet est de démontrer d'une part l'effectivité des mécanismes de contrôle a posteriori sur la base des directives<sup>21</sup> de l'UEMOA, du nouveau code<sup>22</sup> des marchés publics et ses décrets d'application en vue d'évaluer sa plus-value sur le système de passation des marchés publics et de ressortir par la même occasion leur limite pour déboucher sur des solutions qui permettront de renforcer ledit mécanisme. D'autre part, le contrôle a posteriori a pour objectif de rendre fiables les procédures nationales de passation afin d'assurer la rationalisation de la dépense publique. Cette étude s'inscrit donc dans le cadre d'une contribution à l'assainissement des dépenses publiques dont les marchés publics sont une part très importante.

Dès lors, pour bien mener ce travail, nous l'avons basé d'une part sur le droit positif communautaire et national, la jurisprudence ainsi que la doctrine et d'autre part sur les ouvrages généraux et spécifiques en la matière. Outre cela, nous avons procédé à une analyse approfondie et comparée des données statistiques produites par les différents organes de contrôle et de régulation ce qui nous a permis d'avoir un aperçu sur l'état du contrôle a posteriori des marchés publics, et de voir dans quelles mesures les manquements constatés peuvent être corrigés.

In fine, c'est à un raisonnement en deux temps que nous ont conduit les résultats de la méthodologie empruntée, inductif d'abord par la description du contrôle a posteriori dans ses formes les plus répandues et reconnues, déductif ensuite par un exposé des différents facteurs qui résultent des insuffisances qui compromettent son effectivité.

De cette dialectique dont on espère qu'elle pourrait éclairer des zones d'ombre, découle le plan de cette étude. Ainsi, face à un contrôle a posteriori consacré par les textes communautaires puis nationaux (**Première Partie**), se dresse telle une arlésienne au regard de sa difficile effectivité, un contrôle à impact mitigé (**deuxième partie**).

---

<sup>21</sup> Les Directives N°04/2005/CM/UEMOA, N°05/2005/CM/UEMOA et celle portant sur la concurrence.

<sup>22</sup>La loi n°2020-26 Op.cit.

***PREMIÈRE PARTIE :***  
***UN CONTRÔLE CONSACRÉ***

Il y a plus de sept ans, la loi organique n°2013-14 du 27 septembre 2013 relative aux lois de finances (LOLF) était adoptée pour modifier profondément la structure et l'exécution budgétaire en y introduisant, notamment, une logique de performance. En ce sens, elle donne à l'ensemble des ministères plus de liberté et de responsabilité en matière financière. Mais les transformations qu'elle induit dépassent le seul domaine budgétaire pour prendre en compte, notamment, le contrôle des dépenses publiques y compris le contrôle des marchés publics.

La réglementation des marchés publics s'adapte aujourd'hui à la mondialisation de l'économie et à un environnement très fortement concurrentiel recherchant croissance et compétitivité. Les contrôles ne visent plus seulement à protéger les intérêts de l'administration vis-à-vis de ses fournisseurs mais aussi à sauvegarder le tissu économique du pays ainsi que les droits des entreprises dans l'accès à la commande publique.

Cela découle des exigences du monde moderne que sont, entre autres, la libéralisation du commerce extérieur, la rationalisation de la gestion des finances publiques, l'amélioration des procédures administratives, la modernisation de l'Etat, la lutte contre la pauvreté, la bonne gouvernance, ainsi qu'un développement dynamique et cohérent du tissu économique.

Le rôle du contrôle a posteriori dans ce contexte est de permettre d'identifier les responsabilités des parties en cause et de réparer les préjudices subis le cas échéant. Il est susceptible en outre d'empêcher la répétition des infractions commises.

L'analyse du droit positif national fait ressortir deux types principaux de contrôle a posteriori : il s'agit d'un ensemble de mécanismes de contrôle administratif (chapitre I), auquel s'ajoute un dispositif juridictionnel de contrôle des marchés publics.

## ***CHAPITRE PREMIER : UN CONTRÔLE ADMINISTRATIF DYNAMIQUE***

Une bonne gestion des marchés publics permet de réaliser des économies sur les dépenses de l'Etat, de contribuer efficacement à la lutte contre la pauvreté et à la réalisation des Objectifs de développement durable (ODD).

Dans l'une de ses études<sup>23</sup>, l'Organisation Internationale de Droit du Développement affirmait que les systèmes de passation des marchés présentent d'importantes faiblesses dans la plupart des pays en développement (PVD). Elles résultent notamment de l'insuffisance ou de la caducité des législations, de la lenteur et de la complexité des formalités, de l'absence des mécanismes de contrôle et de responsabilité, mais également de la corruption et de la fraude. Ces lacunes ont nécessairement un impact négatif sur les finances de l'Etat et freinent le développement de ces pays.

C'est en réponse à ces genres de faiblesses que sur la houlette du législateur communautaire de l'UEMOA, le Bénin a mis en place un ensemble de mécanismes de contrôle administratif a posteriori des marchés publics. Il s'agit principalement dans ce chapitre de mettre en lumière le cadre institutionnel du contrôle administratif a posteriori (section 1) et l'essentiel du contenu de ce contrôle administratif a posteriori (section 2).

### ***Section 1 : Le cadre institutionnel du contrôle administratif a posteriori***

Dans cette partie de l'étude, seront successivement évoqués les organes spécifiquement dédiés au contrôle des marchés publics notamment la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics et de ses démembrements (paragraphe 1) et les autres organes de l'ordre administratif notamment le contrôle des engagements de dépenses, du contrôle de l'inspection générale des finances ainsi que le contrôle a posteriori des bailleurs de fonds (paragraphe 2)

#### ***Paragraphe 1 : Le rôle des organes de contrôle dédiés***

Suivants les seuils de compétences définis, le contrôle a posteriori des procédures de passation et d'exécution est fait par la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) (A) ou la Cellule de Contrôle des Marchés Publics (CCMP) rattachée à chaque Autorité contractante (B).

---

<sup>23</sup>Actualités du droit du développement *op.cit.*, p.1

### *A- Le contrôle a posteriori de la DNCMP*

La Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics un service public est l'organe central de contrôle des marchés publics. Elle est placée sous l'autorité directe du Ministère en charge des finances<sup>24</sup>.

Elle a été créée par la loi n° 2009-02 du 07 Août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public au Bénin en son article 11, et reconduite dans les lois successives qui encadrent les marchés publics notamment la loi n° 2017-04<sup>25</sup> du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en république et la loi 2020-26<sup>26</sup> portant code des marchés publics en république du Bénin. Il ne peut en être autre quand on sait que cet organe résulte du droit communautaire de l'UEMOA. Le législateur communautaire dispose en effet que les « Etats membres s'engagent à mettre en place des entités administratives centrales, déconcentrées, ainsi que décentralisées de contrôle des marchés publics et des délégations de service public ayant pour fonction notamment de contrôler l'application de la législation et de la réglementation sur les marchés publics sans préjudice de l'exercice des pouvoirs généraux de contrôle des autres organes de l'Etat »<sup>27</sup>. Les missions de la DNCMP sont précisées dans les dispositions dans les Codes des marchés publics successifs et les décrets successifs portant AOF. Ses missions consistent à contrôler a priori la procédure de passation des marchés publics d'un montant supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire et a posteriori, les procédures de passation des marchés d'un montant inférieur audit seuil.

Au titre de contrôle a posteriori, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics exerce un contrôle a posteriori<sup>28</sup> sur :

- les procédures de passation de marchés ne relevant pas de son contrôle a priori au regard des seuils de passation des marchés publics ;
- l'exécution de tous marchés publics sans préjudice du contrôle exercé par les autres organes de contrôle.

<sup>24</sup> Article 1<sup>er</sup> du Décret n° 2020-598 du 23 Décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des marchés Publics (DNCMP).

<sup>25</sup> Cf. Article 14 de la loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin

<sup>26</sup> Cf. Article 14 de la loi n° 2020-26 du 29 Septembre 2020 Portant Code des Marchés Publics en République du Bénin.

<sup>27</sup> Cf. article 4 directive n°05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine

<sup>28</sup> Article 4 du décret n° 2020-598 2020 Op.cit.

A ce titre, la DNCMP a, entre autres, pour rôle de vérifier le contenu des dossiers d'appel d'offres ayant servi à la mise en concurrence et les conditions de sa publication ; vérifier la conformité du rapport d'analyse comparative des propositions et du procès-verbal d'attribution provisoire du marché, élaborés par la commission de passation des marchés publics, examiner le marché pour s'assurer de sa conformité juridique et technique ainsi que son approbation. La DCMP a le pouvoir d'examiner la bonne gestion de la phase de l'exécution et la qualité des biens livrés. Elle apporte, un appui technique aux autorités contractantes à travers la séance de restitution.

Au regard de ce qui précède, la DNCMP devrait permettre au Bénin d'améliorer son système de passation des marchés publics à travers une bonne gouvernance et la fin du favoritisme dans le secteur.

Cependant, elle rencontre dans son fonctionnement des difficultés qui altèrent son efficacité. La DNCMP est confrontée à une série de difficultés qui la freinent dans l'accomplissement de sa mission.

En application de l'article 14 du Code des Marchés Publics et conformément à l'article 13 du décret portant attributions, organisation et fonctionnement en vigueur, la Direction Nationale de Contrôle des marchés Publics comprend les organes ci-après :

- une cellule d'étude et d'analyse ;
- une direction de la gestion des ressources ;
- une direction du contrôle (qui assure aussi bien le contrôle à priori que le contrôle a posteriori) ;
- une direction de l'information, de l'archivage et des statistiques ;
- les directions départementales du contrôle des marchés publics.

### ***B- Le contrôle a posteriori des CCMP***

Il est créé auprès de chaque autorité contractante une Cellule de contrôle des marchés publics (CCMP)<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Article 15 de la loi n° 2020-26 du 29 Septembre 2020 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin

Pour chaque autorité contractante, l'ensemble des opérations de passation de marchés dont les montants sont dans la limite de compétence de la Cellule de contrôle des marchés publics, depuis la phase de planification jusqu'à l'attribution du marché, est soumis à l'avis conforme de ladite Cellule.

L'une des innovations majeures de la réglementation depuis la loi de 2017 et reconduite dans le nouveau code des marchés publics est le renforcement du système de contrôle des marchés publics par la mise à la disposition des ministères, institutions de l'Etat et préfectures, des Délégués de Contrôle des Marchés Publics nommés par le Ministre de l'Economie et des Finances sur proposition du Directeur National de Contrôle des Marchés Publics, en remplacement des anciens Chefs de Cellule de Contrôle (autrefois nommés par les autorités contractantes).

Ainsi pour les départements ministériels, les institutions de l'Etat et les préfectures, les chefs des Cellules de contrôle des marchés publics sont désignés par la Direction nationale de contrôle des marchés publics (DNCMP), en tant que Délégué de contrôle des marchés publics auprès desdites autorités contractantes.

Les autres règles fixant les modalités de création, d'organisation et de fonctionnement de la Cellule de contrôle des marchés publics sont fixées par décret pris en Conseil des ministres.

La Cellule de contrôle des marchés publics est structurée en fonction des besoins du système de passation des marchés de l'autorité contractante. Elle comprend les profils ci-après :

1. un chef de cellule qui est un spécialiste en passation des marchés publics ou un délégué de la Direction nationale de contrôle des marchés publics ;
2. un juriste ;
3. un spécialiste du domaine d'activité dominante de l'autorité contractante, de la catégorie A ou à défaut, B1 ou équivalent.

La Cellule de contrôle des marchés publics dispose d'un secrétaire des services administratifs de la catégorie B ou équivalent.

Mais comme évoqué plus haut, les opérations de passation des marchés publics sont soumises au contrôle à priori d'une cellule de contrôle des marchés publics constituée auprès

de l'autorité contractante pour les marchés publics d'un montant inférieur à un seuil fixé par décret<sup>30</sup>.

Au titre de rôle de contrôle a posteriori, la Cellule de contrôle des marchés publics des autorités contractantes assure le contrôle a posteriori des marchés publics passés par la procédure de demandes de cotation<sup>31</sup>.

Les seuils de contrôle sont réglementés par voie réglementaire<sup>32</sup>.

En dehors de ces organes spécialement dédiés à la fonction de contrôle des marchés publics, il y a ceux consacrés au contrôle des engagements de dépenses et l'inspection générale des finances.

### ***Paragraphe 2 : Les autres organes de contrôle a posteriori***

Il s'agit notamment des corps de contrôle de l'état (A) et le contrôle a posteriori des bailleurs de fonds (B).

#### ***A- Les corps de contrôle de l'ordre administratif***

Le conseil des ministres du mercredi 4 juillet 2018 a adopté le nouveau cadre institutionnel au niveau des ministres. Il s'agit des corps de contrôle de l'ordre administratif ci-après : - le corps des inspecteurs des finances ; le corps des inspecteurs des services et emplois publics ; le corps des Inspecteurs de ministère<sup>33</sup>.

En vue de répondre aux contraintes qui affectent le fonctionnement normal des organes de contrôle de l'ordre administratif, le gouvernement a mis en place un nouveau cadre institutionnel ». Ce nouveau cadre institutionnel vise non seulement à remettre les ministres sectoriels au cœur du dispositif de contrôle interne des ministères et spécialiser les corps de contrôle pour optimiser les actions de formation, mais aussi ériger l'Inspection générale des services et emplois publics (IGSEP) et l'Inspection générale des finances (IGF) en organes de contrôle à compétence normale. Ce cadre fait de l'inspection générale des finances l'organe

<sup>30</sup> Article 1 du décret n°2020-597 du 23 Décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Cellule de Contrôle des Marchés Publics (CCMP).

<sup>31</sup> Cf. Article 12 du décret n°2020\_605 du 23 décembre 2020 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix.

<sup>32</sup> Décret n°2020\_599 du 23 décembre 2020 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, de contrôle et d'approbation des marchés publics ;

<sup>33</sup> Article 2 du décret n° 2018 - 398 du 29 août 2018 portant statuts particuliers des corps de contrôle de l'ordre administratif en République du Bénin.

central chargé de la coordination opérationnelle des activités des structures de contrôle et d'audit interne de l'Etat et du suivi des suites données aux principales recommandations.

L'Inspection Générale des Finances est chargée d'effectuer les vérifications des services du Ministère des Finances et des autres ministères, des collectivités locales<sup>34</sup> et des établissements publics. Les inspecteurs des finances s'assurent de la régularité des opérations enregistrées par les ordonnateurs. Ce contrôle s'étend aux marchés publics. Ses contrôles sont inopinés. L'inspection Générale des Finances peut faire des audits des procédures de passation et de l'exécution des marchés financés par des organismes extérieurs.

Ces dispositions nouvelles mises en place visent une gestion efficace de l'administration publique. Ainsi, dans chaque ministère, il est créé un comité ministériel de maîtrise des risques et un comité ministériel d'Audit interne.

Le premier comité a pour mission de définir et d'accompagner la mise en place des procédures ou mesures visant à renforcer la sécurité, l'efficacité et l'efficience des directions centrales, techniques et autres structures rattachées ou sous tutelle du ministère. Quant au second comité, il veille à la vérification du bon fonctionnement des systèmes de contrôle interne mis en place sous l'égide du comité ministériel de maîtrise des risques.

L'inspection générale du ministère a vocation à conduire des missions générales d'Audit interne, d'étude et d'évaluation relevant des domaines de compétence du ministère. Le décret fixant structure des ministères a prévu de placer une inspection générale auprès du Ministre concerné<sup>35</sup>. Cette inspection est placée sous son autorité et a pour rôle d'exécuter des missions d'inspections dans les services centraux et extérieurs dudit ministère. Les marchés publics sont parmi les domaines privilégiés de leur intervention.

En vue d'assurer la conduite efficace de tout ce dispositif qui participe de l'amélioration de la gouvernance dans l'administration publique, il est créé des corps spécialisés. Ces corps spécialisés sont composés des agents recrutés pour y servir et y faire carrière. Il s'agira du « Corps des inspecteurs des finances », du « Corps des inspecteurs des services et emplois publics » et du « Corps des inspecteurs du ministère ».

---

<sup>34</sup> L'article 11 du décret n° 2008-276 du 19 mai 2008 portant création du FADeC, dispose que : « les communes et structures intercommunales sont soumises au contrôle de l'Inspection Générale des Finances et de l'Inspection Générale des Affaires Administratives ».

<sup>35</sup> Article 24 du décret n° 2016-292 du 17 mai 2016 fixant la structure type des ministères

Trois décrets organisent désormais des corps de contrôle de l'ordre administratif : le décret portant réorganisation des organes de contrôle de l'ordre administratif en République du Bénin, celui portant approbation du cadre de référence de l'audit interne dans l'administration de l'Etat en République du Bénin et celui relatif aux Statuts particuliers des corps de contrôle de l'ordre administratif en République du Bénin ».

### ***B- Le contrôle a posteriori des bailleurs de fonds***

La bonne exécution d'un projet de développement tient aussi de l'efficacité de l'organe de contrôle mis en place pour s'assurer de la gestion efficiente des ressources allouées. En tout cas, presque tous les bailleurs disposent de mécanismes visant à veiller à une mise en œuvre correcte des activités financés surtout celles qui font appel aux marchés publics. Le rôle des bailleurs dans la passation de marchés porte principalement sur le contrôle des transactions sous forme de revues ex-ante ou ex-post des activités des emprunteurs dans la passation de marchés et/ou sur la fourniture de services de conseil, y compris la réalisation d'études diagnostiques aux niveaux national, sectoriel et de chaque projet.

Le contrôle a posteriori des bailleurs de fonds se font prioritairement au moyen des audits internes et/ou externes.

Au titre des illustrations d'initiative d'audits internes, la Banque mondiale a organisé le lundi 25 février 2019 à son siège à Cotonou, une session de formation des corps de contrôle de l'Etat sur la fonction audit interne dans ses projets et programmes. Il s'agit d'outiller les organes de contrôle pour leur utilisation progressive dans la gestion des projets financés par la Banque mondiale.

La clé du développement se trouve dans la capacité à développer une bonne gouvernance, à gérer les fonds publics dans la transparence et l'efficacité en s'appuyant sur des institutions de contrôle fortes. C'est conscient de ce défi que la Banque mondiale a initié cet atelier de renforcement des capacités des équipes des organes de l'Etat en charge de la fonction audit interne dans les projets et programmes qu'elle finance.

*« Cette rencontre vise à outiller les participants afin de rendre effective l'implication des organes de contrôle de l'Etat dans la mise en œuvre des projets et programmes financés par l'institution financière internationale »<sup>36</sup>. Leur implication devrait contribuer à améliorer*

---

<sup>36</sup> Katrina Sharkey, représentante résidente de la Banque mondiale pour le Bénin

la performance des projets à travers une bonne gouvernance et une utilisation efficiente des ressources. « *L'organisation d'une telle formation découle des recommandations d'une évaluation des procédures des finances publiques en vue de leur utilisation pour la gestion des Projets d'investissement financés par la Banque mondiale, conformément à la déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement* »<sup>37</sup>. Cette évaluation avait recommandé une utilisation progressive des différentes composantes de la gestion des finances publiques dans la gestion des projets et une mise à niveau des organes de contrôle de l'Etat.

La formation s'est articulée autour des thématiques que sont : les règles et procédures de la Banque mondiale en matière de gestion financière et de passation des marchés ; les principes généraux de l'audit interne et son rôle dans la mise en œuvre des projets et programmes financés ; les mesures de prévention et de détection des irrégularités dans les projets et programmes financés par la Banque mondiale ; les modalités d'intervention de l'Inspection Générale des Finances.

A titre illustratif, il a été prévu dans l'accord de financement du Programme Aqua-Vie en date du 14 juin 2018 en son annexe 5, paragraphe 44 du point D1, des missions d'audit interne périodiques par une commission de l'Inspection Générale des Finances (IGF), incluant l'Inspection Générale du Ministère en charge de l'Eau (IGM Eau) et la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP)<sup>38</sup>.

Quant aux audits externes, ils sont souvent exigés à la fin du projet notamment pour les marchés publics afin d'identifier et de mettre en place les axes d'amélioration et d'en suivre la mise en œuvre.

- l'audit financier et technique du Projet de Protection de la Côte à l'Est de Cotonou (Phase I) ;
- l'audit des acquisitions du projet d'aménagement et de bitumage de la route Djougou-Péhunco-Kérou-Banikoara (210km) ;
- l'audit comptable et financier des marchés du projet de réhabilitation de la route Lomé-Cotonou (phase 2) et de protection côtière ;

---

<sup>37</sup> Ibidem

<sup>38</sup> Dans le cadre de l'opérationnalisation de cette disposition, un protocole d'accord a été signé le 15 novembre 2019 entre l'Agence Nationale pour l'Approvisionnement en Eau Potable en Milieu Rural (ANAEPMR) et le Ministère de l'Economie et des Finances

- l'audit financier et comptable du projet de réhabilitation de la route Lomé-Cotonou et de facilitation du transport sur le corridor Abidjan-Lagos, Phase I.

Ce contrôle vise à s'assurer d'un dispositif et d'un référentiel de passation des Marchés Publics, basés sur des organes et des procédures crédibles, transparentes et efficaces, garantissant une meilleure gestion des ressources mobilisées par l'organisation.

### ***Section 2 : L'essentiel du contrôle administratif***

Le déclenchement d'une procédure de contrôle administratif a posteriori des marchés publics est assujéti au respect de certain préalable notamment : la fin de la procédure de passation du marché. Par ailleurs, le contrôle a posteriori, qu'il soit mis en œuvre par les organes de contrôle dédiés (DNCMP ou CCMP), les corps de contrôle de l'ordre administratif, ou à l'initiative des bailleurs de fonds, vise globalement deux objectifs. Il s'agit d'une part, d'évaluer l'aspect organisationnel des organes de la commande publique ainsi que la pratique des différents intervenants à la commande publique en matière de passation des marchés, en faisant apparaître les points forts et en décelant les points faibles ; et d'autre part de formuler des recommandations en vue d'améliorer le système de passation des marchés publics.

Pour atteindre ces objectifs, le contrôle s'articule généralement autour de deux axes principaux : c'est souvent l'occasion du contrôle des aspects généraux notamment le cadre institutionnel et les outils (paragraphe 1) avant même le contrôle spécifique des marchés de l'autorité contractante assujettis (paragraphe 2)

#### ***Paragraphe 1 : Le contrôle des aspects généraux***

Il s'agit dans ce paragraphe d'exposer les différents niveaux de contrôle des aspects communs souvent exercé pour les marchés publics.

La DNCMP et les CCMP assurent, chacun dans les limites des seuils réglementaires<sup>39</sup>, le contrôle a priori des dossiers de marchés. A ces deux organes de contrôle s'ajoute le bailleur de fonds s'il s'agit d'un cofinancement ou d'un financement exclusif sur ressources extérieures.

Il s'agira d'évaluer l'aspect organisationnel des organes de la commande publique des autorités contractantes (B) mais avant il parait nécessaire de rappeler l'approche méthodologique du contrôle a posteriori (A).

---

<sup>39</sup> Cf. les dispositions du Décret n° 2020\_599 du 23 décembre 2020 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, de contrôle et d'approbation des marchés publics.

### *A- L'approche méthodologique idem du contrôle a posteriori*

Le contrôle a posteriori, qu'il soit mis en œuvre par les organes de contrôle dédiés (DNCMP ou CCMP), les corps de contrôle de l'ordre administratif, ou à l'initiative des bailleurs de fonds vise globalement à s'assurer que les dispositions du code des marchés publics en vigueur au titre de l'exercice concerné, auxquels l'Autorité contractante est assujettie, sont appliqués et respectés.

L'approche méthodologique est aussi globalement la même mais nous allons exposer ici celle de la Direction nationale de contrôle des marchés publics.

Elle consiste à une mission programmée dont les autorités contractantes sont bien informées par des canaux administratifs appropriés<sup>40</sup>. La méthodologie consiste à vérifier la mise en place et le fonctionnement régulier du cadre institutionnel des marchés publics ; l'existence de rapports de contrôle antérieurs et le niveau de mise en œuvre des recommandations formulées ; à identifier, à partir des rapports d'activités de l'année N-1 de la PRMP<sup>41</sup>, un échantillon représentatif de marchés de montant inférieur aux limites de compétence de la DNCMP. Elle consiste également à appliquer le guide de contrôle a posteriori à chaque dossier de marché identifié. C'est un check-list<sup>42</sup> qui regroupe les points d'attention que le contrôleur est amené à vérifier lors de son contrôle et à relever les insuffisances notées au niveau de chaque dossier et proposer des recommandations ;

A la fin, la mission doit restituer à l'autorité contractante les résultats du contrôle a posteriori. Cette séance qui regroupe les membres des organes de gestion des marchés publics, les différents services/directions d'appui, les responsables de l'autorité contractante, est consacrée à la présentation par l'équipe de la mission des observations (les forces et faiblesses enregistrées) ainsi que des recommandations et appui conseil pour l'amélioration de la pratique des marchés publics de ladite autorité contractante ;

La mission a également l'obligation d'exercer le principe du contradictoire : à la fin de la séance de restitution, la copie du relevé des observations est remise à l'autorité contractante pour ses contres observations ou éléments de justifications à communiquer à la direction nationale de contrôle des marchés publics dans un délai de 7 jours calendaires. Ce n'est qu'après

<sup>40</sup> Cf. au titre de la mission de 2020, la lettre n° 0892-c/MEF/DC/DCMP/SP du 28 mars 2020 portant contrôle a posteriori des marchés publics au titre de l'année 2020.

<sup>41</sup> Article 1 point 11 du Décret n°2020\_596 du 23 décembre 2020 portant AOF de la PRMP

<sup>42</sup> Le guide de contrôle a posteriori amélioré et la feuille de travail du contrôleur (outils de travail de la DNCMP)

cette étape qu'intervient l'élaboration du rapport de mission suivant le canevas en prenant en compte les contres observations ou éléments de justifications de l'autorité contractante ;

Dans le cadre d'un contrôle a posteriori, l'équipe de la mission consulte généralement une liste non exhaustive de documents au niveau de l'autorité contractante.

Au titre des documents généraux, il y a : la photocopie des actes de nomination des responsables et des membres de la PRMP, COE et CCMP ; les décrets et / ou arrêtés portant AOF de la PRMP, CPMP et CCMP ; le registre infalsifiable de la PRMP; le plan de passation des marchés publics de l'année N-1 avec la preuve de sa transmission à la DNCMP ; l'avis général de passation des marchés publics de l'année N-1; la liste des marchés exécutés au cours de l'année N-1 ; la liste des marchés passés en dessous des limites de compétence au cours de l'année N-1 accompagnés du montant et du mode d'attribution ; le rapport d'activités de la CCMP au titre de l'année N-1 et le rapport d'activités de la PRMP au titre de l'année N-1.

Pour chaque marché passé en dessous des limites de compétence au titre de l'année N-1, la mission consulte : l'avis d'appel d'offres ; la preuve de publication de l'avis d'appel d'offres ; le DAO validé par la CCMP ; l'addendum validé par la CCMP ainsi que l'accusé de réception des candidats ; le contrat de marché signé, approuvé et authentifié ; les PV de la CCMP relatifs à l'étude : du DAO, de l'addendum, des résultats et projet de contrat) ; Les PV d'ouverture, de dépouillement, d'analyse, d'attribution provisoire ; la lettre de notification d'attribution provisoire ; les lettres d'information adressées aux candidats non retenus ; les recours éventuels des candidats non retenus et les décisions de l'ARMP ; la preuve de publication de l'attribution définitive ; la preuve de la main levée sur la caution de soumission des candidats évincés.

Pour chaque marché exécuté au titre de l'année N-1 : le marché approuvé, authentifié et enregistré ; la copie des garanties obtenues ; la preuve de paiement de l'avance de démarrage ; le procès-verbal de mission de suivi de l'exécution organisé par la PRMP ; les avenants ; les procès-verbaux d'autorisation de la prise d'avenants ; la preuve de paiement des acomptes ; les décomptes ; les attachements ; la preuve de l'application des pénalités de retard ; les ordres de services ; le procès-verbal d'autorisation de résiliation ; les procès-verbaux de réception (provisoire et définitif) ; la preuve de la main levée sur les garanties ; le tableau de bord de suivi de l'exécution du marché.

Pour la réussite de ses missions de contrôle a posteriori, la Direction nationale de contrôle des marchés publics a élaboré des outils de travail au nombre desquels il y a : le code des marchés publics ; le guide de contrôle a posteriori ; la feuille de travail pré-conçue ; le relevé des observations et le dateur, pour le respect des délais impartis au différents organes de la chaîne de gestion des marchés publics de l'autorité contractante.

### ***B- La mise en place et fonctionnement des organes***

Conformément à la réglementation nationale, les marchés conclus par une personne non habilitée à cet effet sont nuls et de nul effet<sup>43</sup>. Au regard de cette prescription légale, la première tâche d'une mission de contrôle consiste à apprécier l'effectivité de la mise en place des organes de passation et de contrôle de l'Autorité Contractante. A ce titre, la mission prend connaissance des arrêtés portant création, attributions, organisation et fonctionnement des organes de Passation et de Contrôle de l'Autorité Contractante et vérifie si lesdits actes sont au complet, conformément à la réglementation en vigueur.

Ensuite, la mission vérifie les actes de nomination de la Personne Responsable des Marchés Publics, du Chef et des membres de la Cellule de Contrôle des Marchés Publics, des membres de la Commission de Passation des Marchés Publics et du secrétariat de la PRMP<sup>44</sup>. Elle invite à cette occasion, ces différents agents publics à produire et à remettre à la mission de contrôle leur acte de nomination et voit si ces actes sont conformes à la réglementation en vigueur.

La mission vérifie l'installation effective des organes de passation et de contrôle des marchés publics de l'autorité contractante par la visite des bureaux (locaux) affectés à leurs services respectifs et s'assure de la disponibilité des documents généraux de passation et d'exécution des marchés publics. Il s'agit de prendre connaissance notamment des plans de passation des marchés publics ; des avis généraux de passation des marchés publics ; du tableau de bord de suivi de l'exécution des marchés, des rapports d'activités de la CCMP et de la PRMP; des registres spéciaux de réception des offres ; des dao-types ; de la loi en vigueur et de ses décrets d'application et d'apprécier le système d'archivage.

<sup>43</sup> Article 11 de la loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République et la loi 2020-26 du 29 Septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin.

<sup>44</sup> Pour les conditions de nomination de la PRMP et des membres de son secrétariat et de la CPMP, Cf. les articles 4 et suivants du Décret n°2020\_596 du 23 décembre 2020 portant AOF de la PRMP.

Pour les conditions de nomination du chef et les membres de la CCMP, Cf. les articles 3, 4 et 5 du décret n° 2020\_597 du 23 décembre 2020 portant AOF de la CCMP.

A ce dernier titre, la mission s'assure de la bonne tenue par le secrétariat de la Personne Responsable des Marchés Publics, des archives des marchés attribués. De façon pratique, elle demande au responsable du Secrétariat de la Personne Responsable des Marchés Publics de lui produire la liste des marchés attribués au titre des trois dernières (03) années ou plus, en choisit quelques marchés et demande qu'on lui sorte des archives, les dossiers relatifs auxdits marchés pour s'en assurer de l'exhaustivité et du bon classement.

Par ailleurs, au titre du contrôle des aspects généraux, la mission vérifie l'utilisation du SIGMaP par l'autorité contractante dans le cadre de la mise en œuvre des procédures de passation des marchés publics.

Tout d'abord, la mission vérifie l'effectivité de la mise en ligne sur le portail web des marchés publics du plan de passation des marchés publics et de l'avis général des marchés publics. Elle apprécie ensuite la publication des avis d'appel d'offres sur le portail web des marchés publics (Nombre d'avis publiés sur Nombre de procédures conduites) ainsi que la publication des résultats d'attribution sur le portail web des marchés publics (Nombre résultats d'attribution publiés sur Nombre de procédures conduites). Elle apprécie enfin le nombre de procédures qui ont été conduites jusqu'à la numérotation du contrat sur le portail web<sup>45</sup>.

Ce n'est qu'après ce contrôle des aspects généraux que la mission passe en revue les dossiers des marchés échantillonnés pour le contrôle a posteriori.

### **Paragraphe 2 : Le contrôle spécifique des procédures**

Il s'agit dans ce paragraphe d'exposer les différents niveaux de contrôle des marchés publics de l'échantillon.

De façon spécifique, ce contrôle vise à vérifier :

- la régularité des procédures de passation des marchés publics, de montants inférieurs aux seuils de compétence de la DNCMP (A),
- L'application des modalités d'exécution des marchés publics quel qu'en soit le montant (B).

---

<sup>45</sup> Toutes ces vérifications se font dans les rubriques appropriées du portail web des marchés publics [www.marches-publics.bj](http://www.marches-publics.bj)

### *A- Le contrôle de la régularité des procédures de la passation*

Il s'agira donc ici de la revue du dossier d'appel à concurrence et de l'examen du rapport d'analyse.

La revue du dossier d'appel à concurrence permet de faire ressortir les insuffisances récurrentes dans le montage des dossiers au niveau des autorités contractantes. Cette revue est très importante dans la mesure où elle permet de garantir la liberté d'accès à la commande publique, la transparence, la neutralité des spécifications techniques et l'égalité des chances des candidats. Cette revue concerne aussi bien les DAO de marchés de fournitures, travaux et services que les demandes de propositions.

Pour chaque type de marché, l'ARMP a mis à la disposition des autorités contractantes des Dossiers d'Appel d'Offres types et des demandes de propositions<sup>46</sup>. Ces dossiers types sont des adaptations des dossiers types de la Banque Mondiale et répondent donc aux bonnes pratiques internationales. On distingue des dossiers types pour les travaux, les fournitures, les services et les prestations intellectuelles et selon les seuils des marchés (DC, DRP, DAO, AMI, DP etc.)

Des changements peuvent être faits pour adapter les DAO aux besoins particuliers de chaque marché par le biais des Données particulières de l'Appel d'Offres (DPAO).

Le contrôle du DAO consiste en une revue systématique et intégrale des dossiers de marché. Elle se fait en conformité avec les dispositions pertinentes du code des marchés publics et la réglementation générale et particulière du DAO.

Pour cela la mission de contrôle dispose d'une grille qui détaille les différents points de contrôle<sup>47</sup> pour la mise en œuvre des procédures de passation des marchés publics relevant de la compétence des cellules de contrôle des marchés publics (CCMP).

Le premier niveau de contrôle dans cette rubrique est relatif aux seuils de compétence. La mission vérifie si les marchés attribués relèvent de la compétence de la Cellule de contrôle des marchés publics.

<sup>46</sup> Cf. le décret n°2020\_602 du 23 décembre 2020 portant approbation des documents types de passation des marchés publics.

<sup>47</sup> Manuel de procédures de Contrôle des Marchés publics en République du Bénin, élaboré et mis à la disposition des acteurs par la DNCMP.

Ensuite elle s'attarde sur la qualité de la planification du marché. Cela consiste à s'assurer que le plan de passation des marchés de l'Autorité contractante a été validé par la Cellule de Contrôle des Marchés Publics ; l'inscription du marché dans le plan de passation des marchés publics publié sur le portail web des marchés publics ([www.marches-publics.bj](http://www.marches-publics.bj)) ; l'adéquation du mode de passation utilisé avec celui inscrit dans le PPMP et le respect du chronogramme contenu dans le PPMP.

La commission passe en revue également les règles d'informations et de transparence. Ce contrôle se matérialise par la vérification de la parution des publications effectuées dans le cadre de la procédure de passation dans le Journal des marchés publics et/ou dans les organes de presse à grande lecture et/ou sur le portail web des marchés publics ; la notification effective d'addendum à tous les candidats ayant acheté le DAC en cas de réponses apportées par la PRMP aux demandes d'éclaircissements d'un candidat ou autres ; l'information effective de tous les candidats non retenus aux termes de l'évaluation des offres ; l'ouverture publique des plis par la commission de passation en présence des représentants des soumissionnaires qui le désirent ou autres personnes ainsi que le caractère confidentiel et écrit des communications échangées entre la commission de passation et les soumissionnaires pendant l'évaluation des offres.

Dans l'avis d'appel à concurrence, la mission vérifie si l'avis d'appel à concurrence a obtenu le « BON A LANCER » de la CCMP et s'assurer que l'avis d'appel à concurrence comporte les mentions obligatoires contenues dans le dossier type de concurrence concerné.

S'agissant de la revue à proprement dite du dossier d'appel à concurrence, l'équipe de contrôle s'assure que le dossier d'appel à concurrence a obtenu le « BON A LANCER » de la CCMP, examine le contenu du dossier d'appel à concurrence et vérifie si ce contenu est en adéquation avec celui d'un dossier d'appel à concurrence de référence ou d'un dossier d'appel d'offres type. Elle vérifie si le délai de préparation des offres est conforme à celui requis et s'assure de la présence de la liste des pièces administratives exigées par la règlementation dans le dossier d'appel à concurrence et vérifie le caractère éliminatoire et non éliminatoire de ces pièces.

La mission examine aussi les spécifications techniques formulées dans le dossier d'appel à concurrence pour s'assurer si elles ne sont pas orientées de façon à favoriser un soumissionnaire ; dans les demandes de propositions, les critères d'évaluation des offres pour

vérifier s'ils sont précis détaillés et clairs ; les critères de qualification formulés dans le dossier d'appel d'offres

Elle apprécie en outre l'application de la conformité pour l'essentiel au niveau des spécifications techniques et s'assure que les conditions d'expiration des modèles de garanties de soumission sont conformes aux dispositions de l'IC.20 et que les CCAP ainsi que les modèles de contrat sont bien rédigés

Par ailleurs, elle vérifie le contrôle effectué par la Cellule de Contrôle des Marchés Publics sur le dossier d'appel d'offres (du marché objet de contrôle) transmis à elle par la Personne Responsable des Marchés Publics pour en apprécier la pertinence et la conformité.

Dans le cas d'une demande de propositions voici comment se présente la revue de la Demande de Proposition (DP) sur la base de la Grille d'analyse pour Prestations intellectuelles : le dossier type Bénin ne renferme pas un projet d'avis à manifestation d'intérêt. L'agent contrôleur doit s'assurer que les mentions utiles figurent sur le projet d'avis à manifestation d'intérêt élaboré.

Au-delà de la DP, l'agent doit vérifier si les termes de références sont transparents et que le montant estimé de la DP est inférieur ou égal au seuil de revue.

Au niveau des Termes de Références, l'agent vérifie si les TDR et les données Particulières sont harmonisés et que les TDR ne sont pas trop détaillés. Il vérifie aussi l'exhaustivité des tâches du consultant et si le modèle de marché inséré est pertinent. En cas de procédures dérogatoires, la référence de l'avis de non objection doit être renseignée.

Le contrôle a posteriori prend en compte aussi l'examen du rapport d'évaluation des offres.

Le contrôle *a posteriori*, à cette étape du projet de marché, se traduit par le contrôle du procès-verbal d'ouverture, du rapport d'analyse et du Procès-verbal d'attribution. Cette revue est obligatoire et consiste pour la mission de vérifier si le minimum de trois (03) plis exigés par la réglementation, pour procéder à l'ouverture des offres est respecté pour le marché objet de contrôle, si l'ouverture des plis a été faite par la Commission de Passation des Marchés Publics ou par un comité non habilité ; si le procès-verbal d'ouverture comporte au moins les mentions obligatoires prévues par la loi, conforme au modèle de l'ARMP et a été signé par les membres présents de la commission de passation ;

La mission vérifie ensuite si le rapport d'évaluation comporte les résultats des différentes phases de sélection prescrit par le DAC et a été signé par les membres dûment désignés de la sous-commission ; si le procès-verbal d'attribution provisoire comporte au moins les mentions obligatoires prévues et a été signé par les membres présents de la commission de passation. Elle vérifie la véracité des motifs d'élimination des candidats évincés et du choix de(s) attributaire(s) provisoire(s) et le contrôle effectué par la Cellule de Contrôle des Marchés Publics sur le rapport d'évaluation (du marché objet de contrôle) transmis à elle par la Personne Responsable des Marchés Publics.

Le contrôle a posteriori de la passation s'achève par le contrôle du contrat et des avenants.

C'est la dernière étape du contrôle des procédures de passation des marchés publics. Elle permet de revenir sur l'ensemble de la procédure tout en insistant sur le contrat de marché. Elle permet d'assurer au mieux les intérêts de l'état dans la conformité avec la réglementation sur les marchés publics. Elle se traduit par un « réexamen juridique et technique » sur les contrats.

Cette revue est obligatoire pour les marchés atteignant les seuils de contrôle à priori des organes de contrôle.

Le contrôle consiste à examiner le contrat de marché et vérifier si ce marché contient au moins les mentions indiquées par la réglementation en vigueur<sup>48</sup> et de vérifier si les prestations à réaliser dans le contrat de marché sont en adéquation avec celles figurant dans le dossier d'appel d'offres. La mission examine aussi la qualité des signataires du marché et voir s'ils sont habilités à signer ledit marché au regard des textes en vigueur<sup>49</sup> en faisant le rapprochement avec les actes de nomination communiqués. Elle vérifie en outre l'authentification du marché approuvé par la DNCMP<sup>50</sup> et s'assure que les dossiers des marchés objet de contrôle avant leur approbation ont fait l'objet d'un examen juridique et technique par la Cellule de Contrôle des Marchés Publics. A ce dernier sujet, L'Autorité contractante doit attendre au moins 10 jours, après l'attribution provisoire, avant de soumettre le marché à la signature, ceci pour permettre à tous les recours de s'exercer.

---

<sup>48</sup> Art. 107 de la loi 2017 et le dao-type concerné

<sup>49</sup> L'article 91 de la loi et décret portant délégation du pouvoir d'approbation du MEFPD

<sup>50</sup> Cela consiste à prendre le contrat de marché et vérifier à la page de garde du document si l'hologramme de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics y est collé. S'assurer que le numéro que porte le contrat de marché est celui enregistré dans le registre de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics.

S'agissant des avenants, le contrôle s'assure notamment que l'avenant unique ou les avenants successifs ne doivent pas dépasser, au total, la valeur de 30% du Montant du marché initial, y compris les éventuelles actualisations et révisions de prix<sup>51</sup>.

### ***B- Le contrôle de conformité d'exécution***

A l'étape du contrôle de l'application des modalités d'exécution des marchés publics, la mission vérifie d'abord si le marché a été soumis aux formalités d'enregistrement aux impôts (DGI) et si la PRMP a obtenu les différentes garanties requises avant de payer l'avance de démarrage. A ce niveau, elle prend connaissance des différentes garanties (remboursement avance de démarrage, bonne exécution, décennale etc.) produites par le titulaire du marché et compare leur date avec celle de paiement de l'avance de démarrage, puis apprécie.

La mission doit s'assurer également que la PRMP a pris les mesures de sécurisation du domaine devant abriter les ouvrages avant de faire la remise de site en prenant connaissance des titres de propriété du domaine et comparer sa date avec celui du PV de remise de site.

Elle vérifie si la date de démarrage de l'exécution du contrat de marché est postérieure à la dernière des dates d'approbation du marché, de paiement de l'avance de démarrage et de remise de site, si la PRMP a organisé des missions inopinées de suivi de l'exécution du marché, si des avenants ont été pris au marché et apprécier leur régularité.

Le contrôle a posteriori permet en outre de vérifier si les paiements du marché ont été faits suivant les échéanciers de règlement prévus au marché et si le délai d'exécution a été respecté et dans le cas contraire si la PRMP a appliqué les pénalités de retard. Pour cela, l'équipe prend connaissance de la date d'achèvement des travaux dans le procès-verbal contradictoire signé du titulaire et du bureau de contrôle et la compare avec la date prévue dans le tableau de bord/ou la date requise. Dans le cas où cette date est postérieure à celle requise, elle doit vérifier sur les factures et décomptes si les pénalités de retard ont été calculées, puis apprécier. De même, la mission doit vérifier si les réceptions (provisoire ou définitive) des marchés sont régulières et si la PRMP fait main levée à bonne date sur les garanties produites. En effet, les relations financières entre l'acheteur public et le titulaire du marché se résument, pour l'essentiel, au règlement du prix qui marque, lorsque celui-ci est soldé, la fin des relations contractuelles. Mais avant d'en arriver à ce stade d'exécution du marché, chacune des parties a

---

<sup>51</sup> Article 100 du Nouveau Code

dû, en amont, se donner les moyens financiers de lancer l'opération et, pour l'entreprise, d'y répondre. En aval du règlement du marché, l'administration doit libérer des garanties que son cocontractant a été contraint de constituer. Le contrôle de l'exécution financière tient au respect du régime des avances (le montant de l'avance) et des modalités du calcul des acomptes, car, les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes.

La dernière étape du contrôle a posteriori des modalités d'exécution est relative à l'exécution physique des prestations du marché. Il s'agit de demander à la PRMP de montrer à la mission les prestations réalisées et en apprécier la conformité technique. Le contrôle étant exercé par l'administration, nous nous sommes limités dans le cas de la présente étude au contrôle du respect des engagements du titulaire du marché. Le contrôle consiste donc à vérifier l'effectivité des aspects ci-après :

L'obligation d'exécution personnelle du marché : le titulaire du marché a l'obligation d'exécuter les travaux ou les prestations commandées. En ce sens, il doit se conformer aux prescriptions techniques contractuelles, générales et particulières du marché considéré, sans préjudice du respect des obligations générales applicables à tous les contrats administratifs<sup>52</sup>.

L'obligation d'exécution dans les délais prévus<sup>53</sup> : les délais sont un élément essentiel de l'objet du contrat et le non-respect de ces délais est sanctionné conformément aux dispositions contractuelles. Le plus souvent, il s'agit de l'application de pénalités à l'encontre du titulaire défaillant dont les modalités de calcul et de mise en œuvre sont définies par le marché (montant, mise en demeure...).

Il y a enfin l'obligation d'exécution conformément aux prescriptions techniques du marché. Tous les marchés sélectionnés ne pouvant pas faire l'objet d'un contrôle physique (nettoyage, désherbage, gardiennage, fournitures fongibles à consommation immédiate, etc.), un échantillon de marchés devra être soumis à une vérification physique approfondie. A ce propos, l'audit de contrôle physique porte sur les marchés en cours d'exécution ou déjà exécutés par l'autorité contractante pour l'exercice concerné. Le contrôle physique effectué par des experts « domaines » portera pour chaque marché sélectionné, sur les aspects suivants, sans que cette énumération ne soit limitative : Contrôle de la matérialité des dépenses effectuées ;

<sup>52</sup>CE, 26 avril 1972, Raboni, AJDA, 1972, p. 414

<sup>53</sup>CE, 3 mai 1961, Société Entreprise Thomas Kotland et OPHLM du Département de la Seine, rec. p. 290

Diagnostic sur l'état des ouvrages, équipements, fournitures, ou rapports (pour les prestations intellectuelles) par référence à leur prix, à leur description dans le marché et à leur état actuel, compte tenu de leur âge et leurs conditions d'utilisation ; Conformité de la réception de la livraison ou de l'achèvement des travaux, biens ou services avec les spécifications du marché et normes techniques ; Justification technique et financière des avenants et ordres de services signés.

Plus précisément pour les marchés de travaux, les expertises portent, entre autres, sur : la conformité physique des travaux avec les PV de réception provisoire et définitive ; la qualité, la véracité et la sincérité des documents de contrôle par rapport aux constatations physiques pouvant être effectuées sur site ; l'état de fonctionnement des ouvrages ; les prix unitaires pratiqués pour les principales rubriques par rapport à ceux du marché ; la cohérence des quantités ; la mise à jour des malfaçons ; les dangers éventuels pouvant découler de certains ouvrages.

L'échantillon exclut tous les marchés ayant fait l'objet de litiges.

## ***CHAPITRE 2 : UN CONTRÔLE NON JURIDICTIONNEL EFFECTIF ET UN CONTRÔLE JURIDICTIONNEL AFFIRMÉ***

En application des directives de l'UEMOA<sup>54</sup>, le Bénin, en tant qu'État membre, s'est doté d'une nouvelle législation prévoyant des réformes institutionnelles, de nouveaux modes d'action et de régulation destinés à promouvoir la transparence du processus de passation et l'exercice du contrôle juridictionnel des marchés publics. Désormais, les exigences de performances et d'efficacité vont constituer le substrat d'un nouveau standard de bonne administration. Avec elles, le respect du droit et la régularité procédurale n'offrent plus à l'administration « une méthode pour se présenter comme un monde à part<sup>55</sup>», dont le fonctionnement ne serait pas « caractérisé par le souci de performance<sup>56</sup> ».

En effet, le nouvel environnement du système des marchés publics issu des réformes communautaires et transposé dans les ordonnancements juridiques des pays de l'UEMOA, est fortement marqué par la création des Autorités de Régulation des Marchés Publics (ARMP)<sup>57</sup>. Ces réformes sont nées principalement du souci de séparer la fonction de contrôle de celle de la régulation.<sup>58</sup> C'est le code des marchés publics de 2009 qui, pour la première fois, a consacré la fonction de régulation. Les ARMP sont présentées par les initiateurs de la Réforme comme la plus-value de ladite réforme. Ce chapitre mettra l'accent sur le contrôle intermédiaire de l'ARMP (section I) et le contrôle juridictionnel des marchés publics (section II).

### ***Section 1 : Un contrôle à deux visages de l'ARMP***

L'étape de l'ARMP constitue un contrôle particulier des marchés publics parce que mis en œuvre par un organe administratif non juridictionnel mais dont les compétences sont semblables à celles juridictionnelles. Nous aborderons successivement l'audit indépendant de l'ARMP (paragraphe I) et la mission non juridictionnelle de l'ARMP (paragraphe II).

---

<sup>54</sup> Article 5 al.1 de la directive n°05/2005/CM/UEMOA, Op.cit.

<sup>55</sup> Caillousse Jacques, « le droit administratif contre la performance publique ? » AJDA, n° 3, 20 mars 1999, p 197.

<sup>56</sup> Ibidem

<sup>57</sup> Article 5 al.1 de la directive n°05/2005/CM/UEMOA, Op.cit. préconise la mise en place de mécanismes institutionnels et opérationnels de régulation des marchés publics et des délégations de service public qui ne peuvent pas être dévolus aux entités administratives chargées des fonctions de contrôle a priori des marchés publics et des délégations de service public.

<sup>58</sup> L'article 5 al.2 de la directive n°05/2005/CM/UEMOA Op.cit. Ces mécanismes doivent garantir une régulation indépendante des marchés publics et des délégations de service public et une représentation tripartite et paritaire de l'administration, du secteur privé et de la société civile.

### ***Paragraphe 1 : L'audit indépendant de l'ARMP***

Il s'agit d'un organisme administratif particulier (A) qui a reçu mandat du législateur pour mettre en œuvre un audit indépendant des marchés publics passés et exécutés par les différentes autorités contractantes (B).

#### ***A- Un organisme administratif particulier***

Au Bénin, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) a été créée par la loi n°2009-02 du 07 août 2009 portant Code des Marchés Publics et des Délégations de Service Public qui dispose en son article 15 : « Il est créé, une autorité de régulation des marchés publics. Elle est l'organe de régulation des marchés publics et est rattachée à la Présidence de la République ». Cette disposition a été transposée dans la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020. Elle est régie par le décret n°2020\_595 du 23 décembre portant Attributions, Organisation et Fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

Au sens de l'article 2 du décret suscité, l'ARMP a une mission de régulation qui se manifeste par la mise en œuvre des procédures d'audits techniques indépendants, la sanction des irrégularités constatées et le règlement non juridictionnel des litiges nés à l'occasion de la passation des marchés publics et des conventions des délégations de service public. Elle n'est donc pas compétente pour connaître des litiges nés après la signature du contrat<sup>59</sup>.

Cette mission d'audits techniques indépendants de l'ARMP est une transposition du droit communautaire dans l'ordre juridique interne. Le législateur communautaire dispose en effet que les Etats membres s'engagent à mettre en place des mécanismes institutionnels et opérationnels de régulation qui ne peuvent pas être dévolus aux entités administratives chargées des fonctions de contrôle des marchés publics et des délégations de service public telles que définies à l'article 4 de la présente Directive. Ces mécanismes doivent garantir une régulation indépendante des marchés publics et des délégations de service public et une représentation tripartite et paritaire de l'Administration, du secteur privé et de la société civile.

L'intérêt de cet organisme administratif particulier réside dans la recherche de la fluidité, de la sérénité et la gestion rapide des différends nés à l'occasion de la passation des marchés publics entre les personnes publiques ou leur représentant et les candidats ou

---

<sup>59</sup>V. la décision n°2013-008/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 19 juillet 2013, affaire Bureau D'Etude « SOMUSFOR » c/ Le Ministre de l'Agriculture de l'Elevage et de la Pêche.

soumissionnaires. Les recours portant sur les litiges survenus en cours d'exécution du marché échappent à la compétence de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.[...]

Ces mécanismes de régulation doivent garantir l'exécution des missions comprenant notamment : [...] la conduite des audits.

La régularité de la passation et de l'exécution des marchés publics est un sujet traditionnel de préoccupation et donc d'audit pour les organismes soumis à la réglementation spécifique qui régit la commande publique, au regard, en particulier, du risque pénal qui est, à cette occasion, couru par l'acheteur public.

Les raisons qui incitent à la mission d'audits techniques indépendants de l'ARMP sont multiples dont les plus importantes sont l'appréciation de l'efficacité du système nationale des marchés publics et la sanction des éventuelles irrégularités lors de la passation et l'exécution de ces marchés.

#### ***B- La mise en œuvre de l'audit indépendant***

Depuis la création de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics la loi de 2009 et son installation en 2013, ce n'est qu'en 2017 qu'elle a mis en œuvre pour la première fois sa mission relative aux audits techniques indépendants.

En effet, par contrat de marché n°332/MEF/DNCMP/SP DU 19/09/17, le cabinet BeCG a été mandaté par l'ARMP pour assurer la réalisation de la mission d'audit indépendant des marchés passés par l'ensemble des soixante-dix-sept (77) collectivités locales au titre des années 2011, 2012, 2013 et 2014. La mission d'audit avait pour objectif de vérifier la saine application des textes et procédures en vigueur en matière de passation, d'exécution et de contrôle des marchés publics et des délégations de services publics au titre des exercices 2011, 2012, 2013 et 2014 au niveau des communes, et spécifiquement de vérifier : - la conformité aux exigences normatives ; l'efficacité du système de passation des marchés publics mis en œuvre par la commune et l'aptitude de la commune à atteindre ses objectifs en matière de passation et de contrôle des marchés publics et des délégations de services publics.

De même, en exécution de la mission qui a été confiée au groupement Faucon Erudit par contrat de services N°199/MEF/PR/ARMP/DNCMP/SP du 01/06/2018, il a été procédé à la revue de la conformité des marchés passés au titre des gestions budgétaires 2011 à 2014 par les ministères. Selon les conclusions du cabinet, sur la base de son échantillon et en dehors de l'incidence des limitations et des réserves exposées dans le rapport, il est d'avis que certains

marchés passés par les Autorités contractantes, au titre des gestions 2011, 2012, 2013 et 2014, l'ont été en conformité avec les dispositions légales applicables notamment la Loi N° 2009-02 du 07 Août 2009 portant Code des Marchés Publics et des Délégations de Service Public en République du Bénin<sup>60</sup>.

Il en est de même pour l'audit des marchés publics des offices et sociétés d'Etat du Bénin pour la période allant du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2014. Selon les conclusions du cabinet commis à cet effet et au regard des diligences mises en œuvre, les cinq (05) sociétés ou offices d'Etat ont enregistré respectivement un taux de conformité élevé et cinq autres ont enregistré un faible taux par rapport au code des marchés publics pendant la période sous revue.

Les cinq (5) sociétés et offices d'Etat avec un degré de conformité élevé par rapport aux textes relatifs à la commande publique au titre de la période sous revue sont : SBEE 78% ; LNB 77% ; CNSR 73% ; CNSR 73% ; SOBEMAP 73% ; SONACOP 72%.

Les cinq (5) sociétés et offices d'Etat avec un degré de conformité faible par rapport aux textes relatifs à la commande publique au titre de la période sous revue sont : ABERME 37% ; UAC 43% ; HAAC 46% ; ORTB 48% ; COBENAM 55%.

Il y a eu également une deuxième vague d'audit commandité par l'ARMP. Il s'agit d'audit synthèse des marchés publics et des DSP de différentes entreprises, sociétés, agences et offices d'Etat du Bénin au titre des gestions budgétaires 2016 et 2017 ; d'audit synthèse des marchés publics et des DSP de différentes Communes du Bénin au titre des gestions budgétaires 2016 et 2017 et d'audit synthèse des marchés publics et des DSP de différents ministères du Bénin au titre des gestions budgétaires 2016 et 2017.

A travers, l'organisation de ces audits, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics affiche une ferme volonté d'augmenter les performances de l'acheteur public à travers l'amélioration du rythme d'absorption des crédits. Cela suppose un allègement des procédures, une meilleure maîtrise des textes, une bonne planification des passations et des engagements. Le plus récent épilogue de la réforme date de loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 et vise à conforter davantage la gestion des dépenses, notamment avec des procédures de passation des marchés ouvertes et concurrentielles, à renforcer la transparence des procédures. L'intérêt de ces audits réside en effet dans le fait qu'ils constituent un des moyens de combattre efficacement la corruption, à mettre un frein au gaspillage des deniers publics par un suivi systématique des

<sup>60</sup> Groupement Faucon Erudit, rapport de mission d'audit

marchés publics, à s'assurer que tous les organismes qui de par leurs statuts sont soumis au code, se voient contraint à l'application des procédures de passation des marchés publics.

En examinant les rapports de ces différentes missions d'audit par la méthode de « faire faire », l'Autorité de Régulation des Marchés Publics a noté que le système des marchés publics du Bénin manque d'un outil, un guide nécessaire à :

- la présentation du processus et de la méthodologie d'audit des marchés publics ;
- la préparation des outils nécessaires pour la réalisation des missions ;
- l'application pratique sur la conduite des missions d'audit des marchés publics.

Elle a donc conçu et mis à la disposition des acteurs du système depuis 2019, un guide d'audit des marchés<sup>61</sup>. Cet outil a vocation à accompagner toutes les parties prenantes du système des marchés publics à préparer, organiser, conduire et apprécier les rapports d'audit des marchés publics. Ce guide permet spécifiquement de :

- renforcer les capacités des auditeurs des marchés publics pour qu'ils puissent comprendre les enjeux et maîtriser les principes de gestion et de l'exécution des marchés publics ;
- permettre aux auditeurs de connaître les pratiques d'investigation et les moyens de lutte contre la fraude et la corruption dans les marchés publics ;
- permettre aux auditeurs de maîtriser la démarche et disposer les outils d'audit du processus de passation et d'exécution des marchés publics dans l'objectif d'assurer une meilleure efficacité et efficience dans la gestion des marchés publics ;
- permettre aux différents organes de gestion des marchés publics d'organiser à bon escient, les documents de marchés publics ;
- faciliter la compréhension et l'exploitation des rapports d'audit des marchés publics.

En tout état de cause, les irrégularités lors de la passation et l'exécution des marchés doivent faire l'objet de sanctions et l'ARMP joue un rôle important dans leur mise en œuvre effective.

---

<sup>61</sup> [file:///C:/Users/UTILISATEUR/Downloads/GuideZdauditZdesZmarchsZpublicsZversionZfinale\\_vf%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/UTILISATEUR/Downloads/GuideZdauditZdesZmarchsZpublicsZversionZfinale_vf%20(1).pdf)

## ***Paragraphe 2 : La mission non juridictionnelle de l'ARMP***

La mission de régulation de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics a pour objet entre autres la mise en œuvre des procédures d'audits techniques indépendants de la commande publique ainsi que la sanction des irrégularités constatées<sup>62</sup>.

L'ARMP dispose donc d'un pouvoir de sanction des irrégularités et dont la teneur varie selon qu'il s'agit des acteurs publics (A), ou des entreprises (B).

### ***A- Le pouvoir de sanction à l'égard des acteurs publics***

Le décret portant AOF de l'ARMP prescrit au sujet des pouvoirs de sanction de l'institution, outre l'étape de la passation, que « *La Commission disciplinaire est chargée de [...] : proposer au Conseil de régulation, après examen du rapport d'investigation de la commission, des mesures d'exclusion de toute participation temporaire ou définitive aux procédures de passation de la commande publique, à l'encontre des agents publics coupables de violation caractérisée de la réglementation en matière de commande publique, conformément aux dispositions de la loi portant code des marchés publics ; proposer au Conseil de régulation, après examen de conclusions de rapports d'audit sur le système de passation des marchés publics d'une autorité contractante donnée et en réponse aux risques identifiés, des mesures visant la réduction des seuils de passation et / ou de contrôle des marchés publics applicables à l'entité concernée.* »<sup>63</sup>.

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics exerce ce pouvoir de sanctions à l'issue d'une mission de contrôle a posteriori ou d'audit qu'elle soit commanditée par elle-même<sup>64</sup>, par un autre organisme administrative habilité<sup>65</sup>.

Dans ce dernier cadre, plusieurs rapports d'audit de la gestion et de l'utilisation des ressources du Fonds d'Appui au Développement des Communes (FADeC) transférées aux communes ont été notifiés à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics qui après vérification des faits a sanctionné à plusieurs occasions les acteurs mis en cause.

C'est le cas par exemple de la commune de Bassila où le sieur ATTA SALIFOU AMIDOU, alors Maire et PRMP de la commune ainsi que plusieurs autres cadres de la mairie

<sup>62</sup> Article 2 point 3 du décret n° 2020\_595 du 23 décembre 2020 portant AOF de l'ARMP.

<sup>63</sup> Article 26 Décret n°2020\_595 du 23 décembre 2020 portant AOF de l'ARMP.

<sup>64</sup> Audit réalisé par le groupement Faucon Erudite par contrat de services N°199/MEF/PR/ARMP/DNCMP/SP du 01/06/2018.

<sup>65</sup> CONAFIL, DNCMP, etc.

(le chef de la CCMP, le CSAF, le CST) ont été exclus de la commande publique pour une période d'un an à deux ans à l'issue de la vérification des irrégularités contenue dans le rapport d'audit de la gestion et de l'utilisation des ressources du Fonds d'Appui au Développement des Communes (FADeC) transférées au titre de l'année 2017<sup>66</sup>.

C'est également le cas de la commune de Copargo où le sieur IDRISOU SEIBOU, alors Maire et PRMP de la commune ainsi que plusieurs autres cadres de la mairie (le CSAF, le CST) ont été exclus de la commande publique pour une période d'un an à deux ans à l'issue de la vérification des irrégularités contenue dans le rapport d'audit de la gestion et de l'utilisation des ressources du Fonds d'Appui au Développement des Communes (FADeC) transférées au titre de l'année 2017<sup>67</sup>.

En effet, En application des dispositions de la loi n° 98-007 du 15 janvier 1999 portant régime financier des Communes en République du Bénin, Par décret n° 2008-276 du 19 mai 2008, il a été créé le Fonds d'Appui au Développement des Communes (FADeC) qui est le mécanisme national de financement des collectivités territoriales décentralisées rendu opérationnel depuis 2008. L'Etat béninois s'est doté de cet instrument pour rendre opérationnelle la politique d'allocation aux communes, des ressources nationales et celles provenant des Partenaires Techniques et Financiers. L'utilisation des ressources mises à la disposition des communes, comme toutes ressources publiques, est assujettie au contrôle des structures de l'Etat compétentes en la matière. Ainsi, l'article 11 du décret n° 2008-276 du 19 mai 2008 portant création du FADeC, dispose que : « les communes et structures intercommunales sont soumises au contrôle de l'Inspection Générale des Finances et de l'Inspection Générale des Affaires Administratives ». De façon spécifique, l'audit s'appesantit entre autres sur le respect des procédures de passation des marchés et de l'exécution des commandes publiques.

Par ailleurs, les sanctions pénales prévues par le CMP en ces articles 122 et suivants, sont prises par la juridiction compétente sur la base de la saisine de l'ARMP<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Cf. décision n° 2019-01/ARMP/PR-CR/CD/SP/DRAJ/SA du 17 janvier 2019.

<sup>67</sup> Cf. décision n° 2019-14/ARMP/PR-CR/CD/SP/DRAJ/SA du 26 avril 2019.

<sup>68</sup> Article 122 et suivants de la loi n°2020-26 Op.cit. ARMP, Op.cit., p.10

Comme toutes décisions, celles de l'ARMP sont motivées, publiées et notifiées sans délai aux parties par le Secrétaire permanent<sup>69</sup>. Elles sont immédiatement exécutoires et ont une force contraignante à l'égard des parties<sup>70</sup>.

L'autorité de régulation des marchés publics reste tout de même une autorité administrative, certes, détachée de la tutelle hiérarchique mais qui ne reste pas moins attachée au placenta administratif de l'État. C'est pourquoi, le contrôle juridictionnel de ses décisions par le juge de l'administration s'impose. Il apparaît comme une garantie du respect des droits des soumissionnaires injustement évincés.

### ***B- Le pouvoir de sanction à l'égard des acteurs privés***

Le décret portant AOF de l'ARMP prescrit au sujet des pouvoirs de sanction de l'institution, outre l'étape de la passation, que « *La Commission disciplinaire est chargée de [...] : proposer, au Conseil de régulation, après examen du rapport d'instruction du recours ou de l'auto-saisine, des sanctions à l'encontre des candidats, des soumissionnaires, des attributaires ou des titulaires de marchés publics en cas de violation de la réglementation en matière de commande publique, conformément aux dispositions de la loi portant code des marchés publics*<sup>71</sup> ;

En application de cette disposition, plus d'une douzaine d'entreprises a été exclue de la commande publique par l'ARMP. Épinglées dans plusieurs cas de violations du Code des marchés publics, le Conseil de Régulation a délibéré sur leur exclusion. A titre d'exemples, on peut citer les entreprises :

- ECOBI sanctionnée pour une durée de 2 ans pour production de fausse attestation des impôts ;
- SACIC BTP sanctionnée pour 2 ans pour production de fausse garantie de soumission ;
- EPSILON Réalisations sanctionnée pour 2ans pour production de fausse garantie de soumission ;

<sup>69</sup> Les décisions sont insérées dans les bulletins publiés par l'ARMP et sur le site web de l'ARMP et le portail web des marchés publics. Cf. ARMP, Manuel de traitement des recours, Edition de Juin 2014, p.17

<sup>70</sup>Article 117 al.5 de la loi n°2020-26 Op.cit. : « En cas de décision constatant la violation de la réglementation applicable, l'autorité contractante doit s'y conformer en prenant, dans un délai de cinq (05) jours ouvrables, les mesures de nature à remédier aux irrégularités constatées. La décision de l'autorité de régulation des marchés publics est immédiatement exécutoire ».

<sup>71</sup> Article 26 Décret n°2020\_595 du 23 décembre 2020 portant AOF de l'ARMP.

- CENTRALE INTERNATIONALE D'EQUIPEMENTS – CIE 6 ans pour manœuvres frauduleuses et pratiques anti concurrentielles ;
- ETS DIGITAL BTP 2 ans pour de production de fausse attestation des impôts dans le cadre d'un marché à la mairie de Bonou ;
- ENERGIE PLUS 1 an pour manœuvres frauduleuses dans les procédures d'appels d'offres locaux ou l'exécution issus des sous-projets communautaires financés par le PSDCC ;
- OTOKAN Service 1 an pour manœuvres frauduleuses dans les procédures d'appels d'offres locaux ou l'exécution issus des sous-projets communautaires financés par le PSDCC ;
- HOSER Service 1 an pour manœuvres frauduleuses dans les procédures d'appels d'offres locaux ou l'exécution issus des sous-projets communautaires financés par le PSDCC ;
- BADHI, 1 an pour manœuvres frauduleuses dans les procédures d'appels d'offres locaux ou l'exécution issus des sous-projets communautaires financés par le PSDCC ;
- ARC EN CIEL, 1 an pour manœuvres frauduleuses dans les procédures d'appels d'offres locaux ou l'exécution issus des sous-projets communautaires financés par le PSDCC ;
- LA GRACE, 1 an pour manœuvres frauduleuses dans les procédures d'appels d'offres locaux ou l'exécution issus des sous-projets communautaires financés par le PSDCC ;
- SABAM PLUS, 1 an pour manœuvres frauduleuses dans les procédures d'appels d'offres locaux ou l'exécution issus des sous-projets communautaires financés par le PSDCC.

Le régulateur n'étant pas une autorité judiciaire, ses décisions doivent être évaluées par les tribunaux<sup>72</sup>. La cour suprême, par son contrôle, est amenée à s'intéresser au domaine économique et s'y mouvoir, et par conséquent, à réguler le régulateur.

---

<sup>72</sup> Coulibaly Adama, Analyse de la concurrence et de la régulation en Afrique : cas du Sénégal et du Mali, Thèse, Dakar, dec. 2013, p. 218. Voir Autin, Jean Louis, « du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », RDP 1998, p. 1213.

## ***Section 2 : Le contrôle juridictionnel indispensable***

Les justiciables d'une procédure de passation de marchés publics disposent, en l'état actuel du contentieux juridictionnel béninois, de deux voies d'actions : alors que certains sont contraints à l'usage du recours pour excès de pouvoir, d'autres sont enveloppés dans une procédure du plein contentieux. Ces deux voies de recours sont du ressort du seul juge administratif, mais le contrôle juridictionnel des marchés publics intéresse d'autres juridictions qu'il convient d'examiner. Quel qu'il en soit, le contrôle juridictionnel dans la passation des marchés revêt une importance capitale dans une exigence de transparence. A cet effet nous aborderons d'abord ce contrôle comme portant sur la régularité des procédures (paragraphe 1) et ensuite l'étendue d'un tel contrôle (paragraphe 2).

### ***Paragraphe 1 : Le contrôle de la régularité des procédures***

Le contrôle de la régularité des procédures permet au juge d'avoir un droit de regard sur le processus de passation. Ainsi, sera-t-il procédé au rappel des règles de transparence (A) puis à la régulation économique par le juge (B).

#### ***A- Un rappel des règles de transparence par le juge***

Au Bénin, les marchés publics sont soumis au principe de la publicité et de mise en concurrence conformément à la directive n°04 de l'UEMOA, à la loi portant code des marchés publics et au code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA.

Sous ce rapport, le juge administratif veille au respect scrupuleux des règles fondamentales qui définissent la transparence dans la passation des marchés publics. A bien des égards, la commande publique se doit de respecter tout d'abord la liberté d'accès qui consiste à permettre à toutes les personnes remplissant les conditions nécessaires, de se porter candidates à un marché public. Dès lors, toute discrimination injustifiée dans le choix des candidats doit être sanctionnée. Cette liberté d'accès des candidats correspond, en réalité, à l'application particulière de la liberté de concurrence dans le cadre des marchés publics. Sur ce dernier aspect, il convient de rappeler que l'obligation de mise en concurrence s'applique dans sa globalité à l'administration conformément aux dispositions du CMP<sup>73</sup>. L'autorité contractante ne peut donc violer les règles de concurrence et de libre accès aux marchés publics sans encourir une sanction de la part du juge administratif.

---

<sup>73</sup> Loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant codes des marchés publics en République du Bénin

Dans ce contexte, le juge sénégalais dans l'arrêt de la cour suprême « Société SARRE-CONS contre ARMP »<sup>74</sup> du 22 août 2013 n'a pas manqué de rappeler que l'autorité contractante ne peut violer les règles de concurrence et de libre accès aux marchés publics en insérant dans les dossiers d'appel d'offres une clause relative à l'autorisation du constructeur à fournir par les candidats au marché de véhicules neufs.

L'intervention du juge au regard du respect des critères contenus dans le DAO s'affirme de plus en plus au Sénégal et demeure dans un état quasiment latent en droit positif béninois. En effet, le contentieux de la passation offre à la Cour suprême, l'opportunité de recenser et de corriger les irrégularités administratives constatées dans le cadre de l'examen des candidatures au regard des critères inhérents à la transparence.

En réalité, à travers le respect du principe constitutionnel<sup>75</sup> de la concurrence, le juge sénégalais est parvenu à imposer l'égalité des candidats dans la passation des marchés publics et en a fait un élément d'appréciation objective au regard de la légalité des actes administratifs. Dans cette nouvelle donne, le juge administratif au Sénégal comme au Bénin apparaît comme l'ultime rempart contre les atteintes aux règles de transparence qui gouvernent la passation des marchés.

Par ailleurs, le juge administratif doit s'assurer également de l'effectivité de la transparence par la vérification des formalités de publicité par les autorités contractantes. En effet, il faut bien convenir que les marchés publics doivent faire l'objet de publicité sous réserve des marchés requérant une procédure de passation non concurrentielle. Ainsi, la soumission des marchés publics aux formalités de publicité ne devrait pas échapper à l'office du juge administratif. La tendance de favoritisme étant toujours présente, l'autorité contractante peut être amenée à procéder à la passation d'un marché par entente directe et donc sans formalité de publicité, alors que la nature du marché ne l'exigeait pas.

Dès lors, le juge administratif est intervenu au Sénégal à travers des arrêts pour rappeler que l'obligation de publicité n'a pas un caractère facultatif. En effet, l'analyse des décisions rendues par la Cour suprême du Sénégal atteste singulièrement de la permanence de l'office du juge en la matière. C'est le lieu d'évoquer au regard de la pertinence de son dispositif, l'arrêt Société Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP<sup>76</sup>. Le juge sénégalais considère

<sup>74</sup> CS, 22/08/2013, Société SARRE-CONS c/ ARMP Bulletin des arrêts de la Cour suprême du Sénégal 2013.

<sup>75</sup> Linotte Didier., « Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence » ?, AJDA, 2005, p.1549.

<sup>76</sup> CS Sénégal, 24/10/2013 Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP

à travers cet arrêt qu'il y a violation de l'obligation de publicité lorsque les critères et sous critères n'ont pas été portés à la connaissance des candidats au marché.

Ce travail se fait généralement à l'occasion du recours pour excès de pouvoir qui est un recours administratif ayant pour objet de « *demander au juge de reconnaître l'illégalité d'une décision administrative et d'en prononcer le cas échéant l'annulation* »<sup>77</sup>. Il s'agit du contrôle par le juge de l'administration des actes de régulation au regard des règles du procès équitable.

L'Autorité de régulation des marchés publics<sup>78</sup> (ARMP), malgré ses pouvoirs quasi-juridictionnels<sup>79</sup>, demeure une autorité administrative dont les décisions sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le juge de l'administration<sup>80</sup>, en particulier, la Cour suprême<sup>81</sup>. En effet, « *le régulateur est responsable devant le juge et, aucune de ses décisions ne peut se targuer d'impunité* »<sup>82</sup>. C'est dans ce cadre qu'est prévu le recours des soumissionnaires évincés<sup>83</sup> dans le but de permettre la sanction, par le juge, des atteintes aux obligations de publicité et de mise en concurrence avant que le marché ne soit signé. Le juge de l'administration effectue ainsi un contrôle de conformité légale des décisions de l'ARMP, contrôle dans le cadre duquel il vérifie le respect de règles de concurrence prévues par le code des marchés. Ce faisant, le juge intègre le droit de la concurrence dans le bloc de la légalité administrative.

Dans un Etat moderne, une autorité administrative ne saurait disposer d'un pouvoir originaire et illimité. Si elle ne respecte pas les limites qui lui ont été assignées par la Constitution ou par la loi, on dira, selon la terminologie française, qu'elle commet un *excès de pouvoir* ou, selon la terminologie latine conservée par les anglo-saxons, qu'elle agit *ultra vires*. Pour René Chapus, le recours pour excès de pouvoir est un recours « d'utilité publique »<sup>84</sup>. En effet, le respect de la légalité par l'administration doit être conçu comme

<sup>77</sup> SALAMI (I. D.), *Droit administratif*, édition CeDAT 2015, p.334

<sup>78</sup>Cette Autorité est le fruit des transformations juridiques et institutionnelles induites par les directives n° 04 et 05 du 09 décembre 2005 qui ont imposé un certain nombre d'obligations dans des domaines jusqu'alors peu réglementés.

<sup>79</sup>Les pouvoirs quasi-juridictionnels renvoient à ceux dont dispose le CRD dans le cadre de la résolution des litiges relatifs à l'application du droit des marchés publics au Bénin.

<sup>80</sup> Article 818 al.1 de la loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes

<sup>81</sup>Le juge administratif est « le juge naturel des autorités administratives indépendantes », Conclusions de J-D Combreville sur CE, Ass, 03 décembre 1999, Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf, *RFDA*, 2000, p.581.

<sup>82</sup>Marimbert Jean, « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », in Marie Anne Frison-Roche, op. cit. pp.179-183.

<sup>83</sup>Ibidem

<sup>84</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Op.cit., p.788

relevant de l'intérêt général. Selon le président Pichat, ce recours doit ainsi être envisagé comme un « *instrument mis à la portée de tous au service de la légalité méconnue* »<sup>85</sup>.

Les moyens susceptibles d'être invoqués à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir sont de plusieurs ordres. D'abord les moyens d'illégalité externe : Encore appelés « *moyen de légalité externe* », ils sont des moyens tirés de la mise en œuvre de l'acte. Ensuite, les moyens de légalité interne tirés de vices liés au contenu, à la substance de l'acte. Enfin, les moyens d'ordre public qui peuvent être aussi bien de légalité externe que de légalité interne.

### **B- Une régulation économique par le juge**

La rénovation du système de contrôle dans la régulation des marchés publics a été consolidée dans un passé récent par un contrôle juridictionnel qui s'observe à des proportions variables au dans l'espace UEMOA. Cette situation s'est accompagnée d'une mutation de l'office du juge administratif qui conserve néanmoins ses attributions classiques.

En guise de définition, la régulation est entendue en droit comme une « *fonction tendant à réaliser certains équilibres entre concurrence et d'autres impératifs d'intérêt général, à veiller à des équilibres que le marché ne peut pas produire à lui seul* »<sup>86</sup>. Elle renvoie dès lors à des considérations économiques étant donné les montants exorbitants que suppose la passation des marchés publics.

En effet, le juge administratif ne peut plus se cantonner dans une analyse abstraite et indifférente aux enjeux économiques et financiers des décisions qu'il contrôle. Il intègre dès lors des données économiques dans la résolution des affaires dont il est saisi. Il doit non seulement les comprendre mais aussi déterminer leur place dans les notions fondamentales telle que la concurrence, une composante de l'intérêt général protégée par la loi. Sous ce rapport, on peut citer la décision de la Cour suprême sénégalaise dans l'affaire « Association sénégalaise des hémodialysés et insuffisants rénaux, ASHIR » contre ARMP<sup>87</sup> où l'intérêt général dégagé par les juges repose sur une considération essentiellement économique.

Dans cette affaire, la cour suprême a estimé que l'intérêt général est une condition de légalité de l'acte administratif. Mais le plus important dans cette décision c'est que le juge

<sup>85</sup> Dans ses conclusions sur l'arrêt Lafage du 8 mars 1912 Rec. p.348, concl. Pichat ; D. 1914, III, p.49, concl. Pichat; RDP 1912, p.266, note Jèze ; S. 1913, III, p.7, concl. Pichat et note Hauriou.

<sup>86</sup> Lombard Martine, « *Institutions de régulation économique et démocratie politique* », AJDA, n°10, 14 mars 2005, p. 531.

<sup>87</sup> CS, 12/04/2012 Association sénégalaise des hémodialysés et insuffisants rénaux (ASHIR) contre l'ARMP.

considère que l'attribution du marché à Carrefour Médical rendait plus accessible les médicaments à un moindre coût. Par conséquent, le but de l'intérêt général est aussi réalisé. Cette situation amène le juge à conclure que le moyen développé par l'association en question et tenant à la violation de la loi n'est pas fondé.

Par cette décision, le juge a cherché à concilier protection de l'intérêt général et celle des intérêts économiques particuliers. Le juge montre à travers cette décision que la régulation de l'économie peut aussi se faire par le droit mais dans un souci de préservation de l'intérêt général. Pour cela, le juge doit faire preuve d'une clarté irréprochable au regard des textes dans ses décisions dans le souci d'assurer une sécurité juridique<sup>88</sup> et un règlement effectif des différends qu'il doit trancher.

Par ailleurs, la régulation économique par le droit dans la passation des marchés publics apparaît comme l'instrument par lequel le juge reconnaît à l'administration les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour mener sa politique économique. Toutefois un contrôle efficace est exercé sur ces pouvoirs pour ne pas laisser surgir des dérives de la part de l'administration. Ce contrôle cependant n'est pas effectué sur la base exclusive des règles du droit administratif classique car ces dernières ne sauraient efficacement prendre en compte des données économiques en perpétuelles mutation qui caractérisent les marchés publics.

A cet effet, si nous revenons à la décision « ASHIR contre ARMP » précitée, le juge s'est prononcé non pas sur la base des règles immuables du droit administratif traditionnel, mais bien sur le fondement des considérations économiques et de la notion d'intérêt général<sup>89</sup>. La Cour suprême s'est cantonnée sur une appréciation des faits alors qu'elle pouvait se contenter d'une application stricte de la règle de droit basée sur une méthode habituelle de raisonnement. Dès lors, la représentation juridique des faits dont participe l'intérêt général perd donc de son autonomie pour se structurer autour du modèle dominant qu'offre la pensée économique. Ainsi, à la lumière de cette mutation qui s'impose aux juges de l'espace UEMOA au regard de leurs attributions, on serait tenté de conclure qu'il s'agit là d'une dénaturation de leur mission originaires. Pourtant, il faut bien s'accorder sur le fait que les récentes transformations du droit public ne signalent ni sa dénaturation dans les domaines qui seraient réservés au droit privé, ni

<sup>88</sup> La sécurité juridique est un principe du droit qui a pour objectif de protéger les citoyens contre les effets secondaires négatifs du droit, en particulier les incohérences ou la complexité des lois et règlements, ou leurs changements trop fréquents.

<sup>89</sup> Dans ladite décision, l'existence de l'intérêt général est avérée en raison de l'accessibilité des patients aux médicaments à un moindre coût.

sa dissolution, mais son adaptation aux exigences nouvelles de l'action publique : « *Les deux corps du droit subsistent* »<sup>90</sup>.

C'est sans doute dans cette logique de raisonnement que les considérations actuelles en matière de contrôle juridictionnel trouvent accessoirement un sens surtout en droit positif sénégalais où le juge bien souvent, fait preuve d'une saine audace, mettant ainsi en évidence une divergence prétorienne vis-à-vis de l'activité contentieuse de son homologue béninois.

Mais rappelons une fois de plus que ces attributions nouvelles ne font pas pour autant perdre au juge administratif ses attributions classiques en ce qui concerne le contentieux de la passation des marchés publics. Ce contentieux bien que revêtant une symétrie variable, touche du doigt les réalités de plus d'une discipline du droit.

### ***Paragraphe 2 : Les autres juridictions intéressées***

Sans oublier le contrôle constitutionnel dont les procédures des marchés publics pourraient fait l'objet, nous nous sommes attardés sur le contrôle des juridictions financières (A) et l'intervention des juridictions de droit commun (B).

#### ***A- Le contrôle des juridictions financières***

Le contrôle exercé par les juridictions financières se définit par sa matière constituée des finances publiques. Le contrôle supérieur des finances publiques relève au Bénin de la Chambre des comptes de la Cour Suprême. Ce contrôle se distingue du contrôle exercé par d'autres organes administratifs de par le statut constitutionnel de la Chambre des comptes, qui lui confère les attributs d'organe « supérieur » de contrôle des finances publiques. Le contrôle exercé par la Chambre des comptes est organisé par la loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes.

La Chambre des comptes a des attributions très larges. Elle exerce un contrôle de la régularité des opérations de recettes et de dépenses des organismes soumis à son contrôle en vertu de la loi, apprécie leur gestion et sanctionne les manquements. Elle exerce une fonction juridictionnelle en matière de discipline budgétaire et financière.

---

<sup>90</sup> Gérard TIMSIT, « Les deux corps du droit, Essai sur la notion de régulation », RFAP, n°78, avril-juin 1996, p. 376.

Cette dernière compétence touche tous les agents de l'Etat que ce soit des ordonnateurs, des contrôleurs ou des comptables publics et les fonctionnaires travaillant sous leurs ordres et tout responsable ou agent de tous autres organismes soumis au contrôle de la cour.

Le contrôle de la Chambre des comptes peut intervenir aussi suite à la mission de contrôle de la gestion. Le but est d'apprécier la qualité, de formuler les suggestions sur les moyens susceptibles d'améliorer et d'accroître l'efficacité et le rendement.

Le contrôle porte sur la régularité et la sincérité des opérations réalisées ainsi que sur la réalité des prestations fournies, des fournitures livrées et des travaux effectués. Les comptables publics sont tenus de produire annuellement à la Chambre des comptes les situations comptables dans les formes prévues par la réglementation en vigueur.

En matière de discipline budgétaire et financière, la Chambre des comptes est l'organe qui est saisie pour juger l'affaire, dans ce cas, il faut relever une différence avec le jugement des comptes qui est général et étendue indéfiniment à tous les ordonnateurs, contrôleurs et comptables publics. C'est un contrôle qui intervient lorsqu'une irrégularité est relevée par les entités de contrôle administratif et de dépenses.

En matière de contrôle de gestion et de contrôle de l'emploi des fonds, la Chambre des comptes a pour mission essentielle d'apprécier la manière avec laquelle sont gérés les organismes et les fonds publics. Ce contrôle a le souci de protection des deniers publics et de l'amélioration de leur gestion. Les infractions qui peuvent faire l'objet de poursuite sont diverses, l'ordonnateur peut être poursuivi s'il enfreint la réglementation des marchés. Dans le même ordre d'idées, le contrôleur est passible de sanctions s'il n'exerce pas les contrôles qu'il est tenu de faire notamment sur la conformité du projet de marché à la réglementation relative à la passation des marchés publics. Il peut s'agir, par exemple, de la non production du certificat administratif ou du rapport de présentation du marché qui justifie du choix du mode de passation du marché, de la non-conformité du marché des travaux ou de fournitures ou de services aux règles d'appel à la concurrence applicable à l'organisme concerné....

### ***B- Une extension du contrôle au juge pénal***

En dehors des pouvoirs de sanctions reconnus à l'ARMP, le code des marchés publics a prévu des sanctions pénales qui ne peuvent être mises en œuvre que par le juge pénal. La mise en œuvre des procédures relatives à ces sanctions fait souvent suite aux travaux du contrôle

administratif notamment les rapports de mission de contrôle a posteriori ou non, d'audit ou de contrôle des inspecteurs.

Ces fonctionnaires ont tout le pouvoir de requérir les pièces justificatives de l'agent contrôlé et en cas de résistance, ils ont le pouvoir de recourir à la force publique. En revanche, ils ne peuvent pas saisir l'autorité judiciaire. Une fois la situation anormale constatée, une demande de renseignement officielle est adressée à l'autorité concernée avec un délai de réponse. Si la faute est avérée, ces agents de l'Etat peuvent poser des scellés, bloquer les comptes bancaires des intéressés et demander la suspension de la signature engageant les dépenses. Le rapport est alors transmis à l'Autorité pour les instructions. Si sa responsabilité est établie après les phases administratives requises, le Ministère de la Justice est alors saisi pour plainte contre agent.

Une fois que le Ministre de la Justice est saisi, le dossier est transmis au tribunal compétent. Les magistrats traitant les dossiers attendent souvent une qualification pénale de la plainte, alors que les Inspecteurs ne se basent que sur une qualification financière des infractions, et faute de compétences de certains magistrats en droit public, plusieurs inculpés sont acquittés. En effet, les tribunaux de droit commun n'ont pas nécessairement toutes les compétences pour juger de « crimes financiers ». C'est le cas de la Chambre des Comptes de la Cour Suprême dont les statuts ne permettent pas le recrutement d'autres profils en dehors des juristes alors qu'au regard de la mission de la Chambre, elle a besoin d'autres compétences notamment les financiers, les experts en comptabilité et en audit de gestion, etc.

Le contentieux juridictionnel de la passation des marchés publics peut, à un niveau, relever moins d'un manquement aux règles du droit administratif que d'une violation avérée des principes du droit pénal. A cet effet, il ne se borne pas seulement à faire sanctionner le non-respect des obligations de publicité et de mise en concurrence par une décision d'injonction, de suspension ou d'annulation de l'attribution d'un marché. Dès lors, des sanctions pénales peuvent être prises à l'encontre des auteurs des faits allégués, au regard de leur gravité. En effet, la méconnaissance des règles de transparence, matérialisée par des pratiques frauduleuses relevant du droit pénal, fait passer le maillet, des mains du juge de l'administration à celles du juge pénal.

La gestion des marchés publics requiert une attention particulière de la part des citoyens tant il est vrai que ce sont eux qui la financent en partie à travers l'impôt. C'est la raison pour laquelle toute atteinte à la réglementation constitutive de fraude doit être réprimée. A l'analyse de ces pratiques frauduleuses, on remarque que les atteintes à la liberté d'accès, à l'égalité de

traitement des candidats ou de tout autre facteur garantissant la transparence dans la passation des marchés sont érigées autour d'une trilogie d'infractions que sont le délit de favoritisme, la corruption (active ou passive) et la prise illégale<sup>91</sup> d'intérêt. Bien que le CRD statue en formation disciplinaire pour sanctionner les auteurs des pratiques frauduleuses, il peut cependant saisir le juge pénal lorsque sont constatés des faits susceptibles d'une qualification pénale.

L'atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès aux marchés publics consiste à procurer à une personne physique ou morale, un avantage anormal au moyen d'une entorse à la législation sur les marchés publics indépendamment de savoir si l'autorité a sollicité ou accepté un tel avantage. Toutefois, le problème qu'il s'est posé au Sénégal et au Togo réside dans la sanction pénale des auteurs de telles infractions. En effet, le délit d'atteinte à la liberté d'accès dans les marchés publics encore appelé délit de favoritisme tel qu'il existe en droit français et qui a pour but de réprimer pénalement de telles atteintes, n'existe pas encore en droits positif béninois. Conformément au principe de légalité des délits et des peines<sup>92</sup>, le juge pénal ne saurait condamner les présumés auteurs de tels actes pour le seul motif qu'ils ne sont pas encore pénalement qualifiés par chacun de ces droits positifs. Toutefois, l'office du juge pénal n'est pas pour autant amoindri. le favoritisme est le « fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics<sup>93</sup> et les délégations de service public. » c'est une définition du favoritisme au

<sup>91</sup> La jurisprudence a reconnu depuis longtemps que le délit de prise illégale d'intérêt est constitué par l'intérêt personnel, patrimonial pris par une personne exerçant des fonctions publiques dans une affaire sur laquelle elle exerce l'une des formes de contrôle prévu par la loi. Mais aujourd'hui, on admet de plus en plus que l'intérêt visé puisse être moral.

<sup>92</sup> Selon ce principe, on ne peut être pénalement condamné qu'en vertu d'un texte pénal précis et clair au sens de la formule latine « Nullum crimen, nulla poena sine lege ».

<sup>93</sup> « **Les marchés publics** sont définis comme les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs [...] et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services », **Les pouvoirs adjudicateurs** sont l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux (Art. 1 et 2 du code des marchés publics français)

sens strict, qui ne prends en compte que les cas de fraude dans l'attribution des marchés publics. Les cas de favoritisme au sens large dont nous avons parlé plus haut étant traités spécifiquement dans d'autres articles. Il en ressort donc des cas de corruption dans l'attribution des marchés publics. Le délit de favoritisme est donc rapproché le plus souvent aux marchés publics et plus généralement de la commande publique. Les comportements illicites dans l'attribution des marchés publics relèvent donc du délit de favoritisme. Et comme nous le savons, les marchés publics constituent l'un des nids les plus importants de la corruption dans nos Etats. C'est certainement ce qui justifie le regain d'intérêt qu'on y accorde dans les conventions et lois nationales sur la corruption. Par exemple la loi 2011-20 du 12 Octobre 2011 portant sur la lutte contre la corruption et les infractions assimilées a consacré tout un chapitre à la réglementation des marchés publics dans les articles de 107 à 110.

Toutefois, il n'est pas superflu de souligner que la menace de sanctions pénales<sup>94</sup> est une incitation forte pour les acteurs publics et privés des marchés publics à se conformer au droit pendant la phase de passation et l'exécution des marchés.

Aujourd'hui, l'irruption du juge pénal sur la scène des marchés publics est en train de se matérialiser dans un contexte où les mécanismes traditionnels de contrôle que sont les contrôles a priori, a posteriori, financier et du juge administratif, semblent témoigner d'une relative défaillance face aux atteintes sans cesse récurrentes à la réglementation sur les marchés publics. L'office du juge pénal qui certes ne dénotera d'une « efficacité curative »<sup>95</sup> accomplie que dans un futur proche, appelle cependant à des ajustements préalables des codes pénaux du Bénin et des pays de l'UEMOA en général en vue de clarifier sa sphère d'intervention.

Dans ce cas de figure, la pénalisation du droit des marchés publics contribuera à exposer de manière dynamique, la manière dont le juge pénal devra examiner les moyens utilisés par les acteurs pour atteindre les objectifs économiques qu'ils se sont fixés et leur conformité à la réglementation en vigueur. Partant de là, il va sans dire que la crédibilité de la répression pénale dépendra avant tout du degré d'autonomie qui sera reconnue au juge pénal dans le jugement des questions dont il sera saisi dans le contentieux de la passation des marchés publics.

---

<sup>94</sup> Pendant que les sanctions administratives et financières sont traditionnellement destinées à mettre en cause les institutions, les sanctions pénales quant à elles frappent la personne à l'origine du comportement fautif.

<sup>95</sup> Catherine PREBISSY-SCHNALL, « La pénalisation du droit des marchés publics », ed. LGDJ, Bibliothèque de droit public (tome 223).

En définitive, l'ensemble du dispositif de contrôle qu'il soit administratif, financier ou juridictionnel, garantissant un respect du principe de transparence dans les marchés publics s'accorde sur un dénominateur commun : c'est que les marchés publics sont soumis à une kyrielle d'atteintes, rendant fragile l'effectivité de cette transparence tant défendue. Toutefois et sans nier l'évidence, des efforts à l'allure d'antidotes ont été entrepris et s'inscrivent aujourd'hui dans une note positive au regard des améliorations apportées.

Mais et si ces antidotes n'arrivaient pas à guérir le mal ? Faisons remarquer que cette question vaut son pesant d'or quoiqu'on puisse penser, accordons-nous sur le fait que la contribution du contrôle a posteriori pour l'efficacité du système connaît bien des forces et faiblesses qui feront l'objet d'une analyse plus approfondie dans la seconde partie de notre travail.

**DEUXIÈME PARTIE :**  
**UN IMPACT MITIGÉ**

Depuis l'adoption du code des marchés publics de 2009<sup>96</sup>, fruit d'un consensus entre société civile, l'Etat du Bénin et les partenaires techniques et financiers, le Bénin a marqué un nouveau tournant dans le domaine des marchés publics et sa volonté s'assainir le secteur a été confirmée par les modifications innovantes successives qui ont été apportées à cette loi à travers respectivement les codes de 2017<sup>97</sup> et 2020<sup>98</sup>.

Plus de onze (11) ans après, cette réforme, plusieurs études ont tenté de faire le diagnostic du système passation des marchés publics au Bénin en vue d'établir la situation réelle des marchés publics. La nôtre s'est limitée au diagnostic des mécanismes de contrôle objet de notre étude.

L'objectif de ce diagnostic est de répondre aux différentes questions à savoir : quelles sont les forces et les faiblesses des mécanismes de contrôle des marchés publics en général et de contrôle a posteriori en particulier ? la réforme a-t-elle porté des fruits ? à quoi renvoient les perspectives des mécanismes de contrôle des marchés publics en droit béninois ?

Dans cette deuxième partie, nous avons procédé au diagnostic des mécanismes de contrôle concernés par notre étude (chapitre I) et à la formulation des recommandations pour le renforcement du système de contrôle des marchés publics (chapitre II).

---

<sup>96</sup> Loi n°2009 -02 du 07 Août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public au Bénin

<sup>97</sup> Loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin

<sup>98</sup> Loi n°2020-26 du 29 Septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin.

## ***CHAPITRE 1 : LES FORCES ET FAIBLESSES DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE***

La réforme du Code des marchés<sup>99</sup> élargit la mise en concurrence des offres à tous les marchés publics du pays et instaure des règles aux trois étapes de leur passation : (i) dans la préparation du dossier d'appel d'offre, (ii) lors du choix de l'attributaire, (iii) lors de la surveillance de la bonne exécution des contrats. Plusieurs mécanismes sont mis en place pour le contrôle de la régularité des normes et principes nés de cette réforme. Ces mécanismes de contrôle tels qu'on les connaît ont été conçus<sup>100</sup> afin de porter un regard particulier sur le respect par les autorités contractantes et les opérateurs privés, des procédures de passation et d'exécution telles que définies dans le code des marchés publics, depuis la phase préalable à l'appel d'offres jusqu'à la réception de la commande. Ces mécanismes s'exercent d'abord au niveau des autorités administratives dans le cadre du contrôle a priori et a posteriori, puis au niveau des autorités juridictionnelles.

Toutefois, ces autorités ne présentent pas moins des insuffisances quant à leur façon de procéder à de tels contrôles. C'est pourquoi ce chapitre est consacré à l'évaluation desdits mécanismes à travers les points forts (section I) et les points faibles (section II) de leurs impacts sur le système de gestion des marchés publics.

### ***Section 1 : Les forces des mécanismes de contrôle***

Le contrôle administratif a beaucoup évolué depuis l'avènement du code de 2009. En effet, le balbutiement des premières années, a fait place à une maîtrise des procédures et des règles de contrôle des marchés publics. La DNCMP depuis sa création n'a cessé d'accroître l'efficacité, l'efficience et la transparence du système de passation mais aussi elle participe au renforcement de la crédibilité du système en rétablissant la confiance des acteurs et partenaires techniques et financiers. Dans cette section, nous allons tenter de passer en revue les forces du contrôle des marchés publics en général et de contrôle a posteriori en particulier à travers le respect des principes et l'efficacité du système (paragraphe 1) ainsi que la rationalisation de la dépense publique (paragraphe 2).

---

<sup>99</sup> Depuis le code de 2009 jusqu'à la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant CMP au Bénin.

<sup>100</sup> Elles ont été précisées par la directive n° 05 de l'UEMOA portant Contrôle et Régulation des marchés publics et délégations de service public.

### ***Paragraphe 1 : Le respect des principes et l'efficacité du système***

La réforme du système de passation des marchés publics béninois a donné un regain d'intérêt au respect des principes de la transparence et de la bonne gouvernance dans la gestion des affaires publiques.

La DNCMP investie d'une mission de service public, accompagne les autorités contractantes dans l'atteinte de leurs objectifs, dans le respect des principes directeurs qui gouvernent la commande publique. Les décisions de l'ARMP et les sanctions individuelles qui en découlent amènent progressivement les autorités contractantes à renforcer davantage le respect des textes dans la gestion des marchés publics et ce grâce notamment la professionnalisation du secteur. Dans cette partie, nous tenterons de voir les avancées apportées par le contrôle a posteriori au regard d'une part des principes fondamentaux de la commande publique (A) et d'autre part d'efficacité du système des marchés publics (B).

#### ***A- L'impact du contrôle a posteriori sur les principes fondamentaux de la commande publique***

Les organes de contrôle de par leurs missions se doivent de veiller à l'équité, à la saine concurrence et à la bonne gouvernance dans les dossiers de marchés publics. Ils assument cette mission également à travers le contrôle a posteriori en s'assurant du respect des principes sacrosaints qui gouvernent la commande publique (Les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures)<sup>101</sup>.

Le contrôle a posteriori participe au jeu d'une saine concurrence en ce qu'il permet de vérifier le respect de l'équité de tous les candidats et prestataires éligibles à concourir pour l'obtention de marchés par un libre accès à la commande publique par le contrôle des spécifications techniques qui ne doivent pas écarter certaines catégories de candidats en se fondant sur d'autres conditions que celles que le code des marchés publics (CMP) permet d'imposer concernant leur situation juridique, leurs capacités techniques, professionnelles et financières ou encore de caractéristiques des offres.

Quant à la transparence des procédures, nécessaire pour assurer l'intégrité du système de passation, elle se traduit lors du contrôle a posteriori d'abord par la vérification de la

---

<sup>101</sup> Cf. article 7 de la Loi n° 2020-26 du 29 Septembre 2020 Portant Code des Marchés Publics en République du Bénin.

publication large et suffisamment à l'avance des besoins, nécessaires à garantir la participation du plus grand nombre de candidats (publication des plans de passation des marchés, des avis généraux de passation des marchés et des avis spécifiques de passation) ; Ensuite la possibilité de prendre connaissance des règles effectivement appliquées à travers des textes clairs, et un DAO explicite, qui facilitent le contrôle a posteriori du respect de ces règles. Aussi s'assure-t-on de l'ouverture publique des plis et de la publication des résultats permettant le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution du marché par les candidats eux-mêmes, à travers leurs droits de recours à toutes les étapes de la procédure, sans oublier le droit de recours effectif des candidats en cas de non-respect des règles de passation des marchés et la possibilité de recours à toutes les étapes du processus de la passation des marchés.

Le système de passation des marchés publics à travers les articles 116 et suivants du code des marchés publics a mis en place des voies de recours garantant les droits des différents acteurs de la commande publique. Ce mécanisme permet à tout acteur s'estimant lésé dans le cadre d'une procédure de passation des marchés d'intenter un recours. Le recours se fait au niveau de l'ARMP. Le recours est le signal fort d'une grande transparence et de l'équité du système de passation. Mais lorsque ce recours n'a pas pu être fait malgré l'existence d'irrégularité préjudiciable, la mission de contrôle a posteriori permet souvent de soulever l'inobservance concernée et peut conduire à des sanctions des acteurs impliqués. Cela participe de l'efficacité du système global des marchés publics.

### ***B- L'impact du contrôle a posteriori sur l'efficacité du système de la commande publique***

Le contrôle en général et celui a posteriori participe de l'efficacité dans la gestion des marchés à plusieurs égards.

D'abord, le contrôle permet de s'assurer de l'application scrupuleuse du code des marchés et du respect des délais de contrôle impartis. La mission passe en revue tous les dossiers relatifs aux marchés échantillonnés et vérifie l'effectivité de l'application de toutes les obligations légales et réglementaires à la charge des différents acteurs impliqués.

Ensuite les séances de restitution des audits ou contrôle sont souvent des occasions de formation des autorités contractantes en ce qu'elles permettent de revenir sur les notions ou dispositions mal comprises ou insuffisamment mises en œuvre. C'est souvent un véritable rendez-vous de renforcement de capacités des acteurs.

Pour le cas spécifique de la DNCMP, conformément aux dispositions du code des marchés publics, elle devrait participer « en relation avec l'organe de régulation, à la formation, à l'information et au conseil de l'ensemble des acteurs de la commande publique sur la réglementation et les procédures applicables... » et le contrôle a posteriori est mise à contribution. Cet appui de la DNCMP dans le cadre de la formation des autorités contractantes participe à une meilleure prise en charge des acteurs de la commande publique qui aboutit à une meilleure qualité des dossiers de marchés soumis au contrôle a priori et par-delà à la réduction de la durée de passation.

Le contrôle a posteriori contribue également à une meilleure concertation entre les acteurs (la DNCMP et l'ARMP, les CCMP et les PRMP). En effet, les contacts établis entre les acteurs lors des contrôles induisent souvent des cadres de concertation qui ne sont pas officiellement reconnus par les textes qui régissent le système des marchés publics, mais des *modus operandi* mis en place en vue de partager et d'échanger sur des questions qui interpellent le bon fonctionnement du système de passation des marchés publics au sein de l'autorité contractante. Cette technique permet de créer une symbiose entre les organes chargés du contrôle et les autres acteurs de la commande publique.

Par ailleurs, le contrôle a posteriori permet le recensement directement des préoccupations sur le terrain et les apports de solution, ce qui constitue une plus-value considérable du système de contrôle. C'est souvent la gestion du Système Intégré de Gestion des Marchés Publics (SIGMAP)<sup>102</sup> qui constitue souvent un point de difficulté majeure dans les autorités contractantes. Pour rappel, le portail centralise l'information et participe à la vulgarisation et à l'appropriation de l'information concernant les marchés publics au Bénin.

Enfin, le contrôle a posteriori permet souvent d'attirer l'attention des autorités contractantes sur les manquements constatés dans la gestion des marchés par le biais des relevés des observations et des recommandations. Les activités frauduleuses peuvent être identifiées et rapportées aux autorités administratives ou judiciaires compétentes pour qu'elles prennent les mesures qui s'imposent<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Le système de passation des marchés du Bénin, s'est doté d'un portail de communication entre les différents acteurs du système de passation des marchés. Le portail est administré par la Direction Nationale de Contrôle des Marchés publics, avec un menu d'accès pour l'ARMP destiné à lui faciliter l'exercice de ses missions de régulation et de contrôle a posteriori.

<sup>103</sup> C'est souvent le cas des rapports d'audit de la gestion et de l'utilisation des ressources du Fonds d'Appui au Développement des Communes (FADeC) transférées aux communes qui ont été notifiés à l'Autorité de

## ***Paragraphe 2 : La rationalisation de la dépense publique***

L'objectif global, recherché dans la mise en place du dispositif de contrôle des marchés publics est de rendre fiables les procédures nationales de passation afin d'assurer la rationalisation de la dépense publique.

Les marchés publics ont une importance économique considérable et représentent une part significative du PIB national dans tous les pays africains. Le contrôle participe à renforcer l'efficacité économique par l'économie et le gain (A) d'une part et d'autre part, la circonscription des régimes dérogatoires :

### ***A- L'économie et le gain***

Le contrôle participe à la satisfaction optimale des besoins des pouvoirs publics et l'efficience des dépenses en se basant sur le code des marchés publics qui a fait de l'appel d'offres ouvert la règle de principe en matière de passation des marchés.

En effet, dans le contexte des marchés publics, « le contrôle a posteriori » renvoie habituellement à une vérification, un contrôle qui est réalisée à l'issue de la phase d'exécution ou ultérieurement. Il s'agit toutefois d'un terme générique. Un contrôle peut être effectué à tout moment de la conduite d'une procédure de passation ou d'exécution des marchés. Ainsi, une partie de la mission des équipes de contrôle administratif ou même juridictionnel consiste à vérifier la mise en œuvre correcte des marchés. Les autorités contractantes fournissent à la mission de contrôle ou d'audit les éléments nécessaires pour comprendre si les administrations et leurs responsables parviennent à une utilisation optimale des ressources dans leurs programmes de dépenses et d'investissement par la mise en œuvre des marchés publics.

La mission peut être habilitée à enquêter sur les décisions de dépenses et à interroger les fonctionnaires des autorités contractantes pour déterminer si l'optimisation des ressources est réelle ou réalisable. L'objectif est de s'assurer que la discipline à laquelle les promoteurs sont tenus dans le cadre de l'évaluation coût avantages ne se relâche une fois le feu vert donné au projet. Par exemple, les marchés sont souvent revus après avoir été approuvés et si les modifications apportées ne font pas nécessairement l'objet d'une autorisation préalable des organes compétents, le droit de regard de la mission de contrôle peut inciter les promoteurs et

---

Régulation des Marchés Publics qui après vérification des faits a sanctionné à plusieurs occasions les acteurs mis en cause.

les bailleurs de fonds à faire en sorte que les coûts induits ne contreviennent pas au contrat initial.

Loin de se résumer à examiner la situation pendant la phase d'exécution, la mission de contrôle consiste également à évaluer un échantillon de marchés après la mise en œuvre afin de déterminer si les avantages escomptés ont été obtenus par exemple en termes de fonctionnalité, de volume de trafic, de gains de temps et d'effets de régénération. Ces bilans postérieurs à l'exécution des marchés sont l'occasion pour la mission de contrôle de formuler des recommandations à l'intention des autorités contractantes sur les améliorations à apporter pour l'efficacité du système interne des marchés publics.

Cette procédure à l'avantage de permettre de s'assurer que l'acheteur public a acheté le bien à un prix raisonnable et conformément à ses besoins, et par-delà la rationalisation de la dépense.

La mission de contrôle permet également de voir si les autorités contractantes tiennent compte du Référentiel des Prix de la Commande Publique (RPCP). Le RPCP constitue, pour les autorités contractantes, un instrument d'estimation du coût des besoins et d'appréciation du prix des offres présentées par les candidats aux marchés publics, en vue d'améliorer la maîtrise et l'efficacité de la dépense publique.

Un autre aspect non négligeable du contrôle sur la dépense publique, est qu'elle permet de faire des économies, étant donné que dans ce cas, les préjudices financiers découlant des cas de marchés non-conformes sont imputables au maître d'ouvrage.

### ***B- La flexibilité et la fluidité de la gestion***

La plupart des autorités contractantes sur lesquelles le contrôle a posteriori stricto sensu est exercé bénéficient au regard des textes qui les régissent d'une personnalité juridique et d'autonomie de gestion. Il s'agit notamment des communes<sup>104</sup> et des établissements publics (administratifs ou industriels et commerciaux).

---

<sup>104</sup> loi n° 97-028 du 15 janvier 1999 portant organisation de l'administration territoriale de la République du Bénin ; loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en République du Bénin ; loi n° 98-005 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes à statut particulier ; loi n° 98-006 du 9 mars 2000 portant régime électoral communal et municipal en République du Bénin ; loi n° 98-007 du 15 janvier 1999 portant régime financier des communes en République du Bénin ; loi n° 2007-28 du 23 novembre 2007 fixant les règles particulières applicables aux élections des membres des conseillers communaux ou municipaux et des membres des conseils de villages ou de quartier de ville en République du Bénin ; Loi n° 2009- 17 Portant modalités de l'intercommunalité au Bénin. L'ensemble de ces lois a été complété par vingt-six (26) décrets d'application.

Les communes sont placées sous le contrôle de l'Etat, sous la tutelle des préfetures mais bénéficient au regard des dispositions constitutionnelles de la « libre administration des collectivités territoriales »<sup>105</sup> comme la règle de leur fonctionnement. C'est en respect à ce principe que le législateur<sup>106</sup> a laissé une marge de manœuvre<sup>107</sup> à ces entités pour assurer le contrôle a priori des marchés publics à l'interne pour faciliter la gestion des dépenses de certains montants.

En effet, reconnues constitutionnellement comme des personnes morales de droit public<sup>108</sup>, les communes peuvent conclure des contrats de marchés publics pour leur compte, elles ont une autonomie financière qui leur procure le pouvoir d'agir en leur propre nom et de financer leurs opérations par leur propre budget<sup>109</sup>. Les communes peuvent effectuer des opérations financières, passer d'autres contrats à titre onéreux comme l'acquisition d'immeubles.

Les établissements publics (administratif<sup>110</sup> ou industriels et commerciaux<sup>111</sup>) bénéficient également de cette disposition au nom du même principe d'autonomie de gestion.

Pour qu'une personne morale soit reconnue comme telle par le droit public comme par le droit privé, elle doit avoir un patrimoine propre et un budget propre. Cependant une personne publique qui dispose de l'autonomie financière sans pour autant être reconnue par la loi comme une personne morale n'a pas le droit de conclure des marchés pour son compte, c'est le cas des arrondissements qui sont dépourvus de la personnalité juridique mais jouissant d'une autonomie administrative et financière<sup>112</sup>.

C'est également au nom de cette autonomie que l'obligation d'approbation des marchés publics par le préfet a été supprimée au profit des maires. En effet, depuis l'avènement de la

---

<sup>105</sup> Art. 151 de la constitution : Ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi.

<sup>106</sup> Le code des marchés publics

<sup>107</sup> Les seuils de contrôle consacré par le décret n°2020\_599 du 23 décembre 2020 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, de contrôle et d'approbation des MP

<sup>108</sup> Cf. art. 150 et suivants de la Loi N° 90-32 du 11 Décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin. La personnalité morale de droit public est acquise par l'autorité publique, elle ne peut être créée que par la loi, ce qui la différencie de la personnalité morale de droit privé, qui peut être créée volontairement par des particuliers, c'est le cas des sociétés commerciales, associations sportives ou encore des centres de bienfaisances

<sup>109</sup> Cf. Art. 1 de la loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en République du Bénin

<sup>110</sup> Il s'agit à titre d'exemples des agences, universités etc.

<sup>111</sup> Il s'agit des sociétés d'état ou d'économie mixte surtout (SBEE, SOBEMAP, etc).

<sup>112</sup> Cf. Art. 34 et suivants de la loi n° 97-028 du 15 janvier 1999 portant organisation de l'administration territoriale de la République du Bénin

décentralisation, les engagements financiers des collectivités locales résultant soit d'acquisition, travaux ou quelconque dépense d'investissement payables à terme avec ou sans intérêt... doivent obligatoirement être soumis à l'autorité de tutelle pour approbation par arrêté du Préfet. Pour ainsi dire que l'autonomie financière des collectivités locales au Bénin était fragilisée par une tutelle pesante et assez contraignante sur la gestion des finances locales.

Les demandes de cotations qui ne sont contrôlées qu'a posteriori répondent également à cette quête de fluidité et de facilitation de gestion des acquisitions de petits montants.

Malgré ces multiples atouts ainsi exposés, le système national de contrôle des marchés publics contient encore nombre d'insuffisances qui empêchent l'atteinte de la pleine performance attendue des réformes successives.

### ***Section 2 : Les faiblesses des mécanismes de contrôle***

Le contrôle des méthodes de passation des marchés a incontestablement eu le mérite de dénoncer et de limiter autant que possible les incohérences qui les entachent. Ces mécanismes de contrôle souffrent cependant de certaines insuffisances. Pour ce faire, il sera procédé successivement à l'analyse des insuffisances relatives au contrôle administratif (Paragraphe 1) et celles relatives au contrôle juridictionnel (Paragraphe 2).

#### ***Paragraphe 1 : Les insuffisances relatives au contrôle administratif***

Le contrôle administratif est prioritairement celui opéré par la cellule de contrôle des marchés publics (CCMP), la DNCMP et l'ARMP dans le cadre des contrôles a priori et a posteriori. A cet effet, si le contrôle à priori est mal fait, il induit forcément des implications sur le contrôle a posteriori. C'est pour cela qu'il sera abordé dans un premier temps, les faiblesses du contrôle a priori (A) et dans un second temps celles liées au contrôle a posteriori (B).

##### ***A- Les faiblesses liées au contrôle a priori***

Lorsqu'on parle de contrôle a priori, il s'agit à titre de rappel, du contrôle qui s'effectue depuis l'élaboration du PPM jusqu'à la revue juridique qui précède la signature du contrat. Il est essentiellement assuré par la DNCMP pour les marchés ayant un montant égal ou supérieur aux

seuils réglementaires<sup>113</sup>, mais aussi par la cellule de contrôle des marchés publics<sup>114</sup>, lorsque les montants en jeu n'atteignent pas ces seuils.

Cependant, une analyse attentive du contrôle a priori, permet de déceler des insuffisances qui, en mettant à mal la liberté d'action de ces entités ayant en charge un tel contrôle, influencent négativement l'effectivité de la transparence dans la passation des marchés.

Ainsi au niveau des autorités contractantes, les principales difficultés auxquelles sont soumises la cellule de contrôle des marchés publics, dans le cadre du contrôle interne a priori, résident pour un certain nombre d'autorités contractantes, dans la non-conformité de leur système d'archivage au manuel de classement des documents des marchés. En effet, on déplore au sein des organes chargés du contrôle interne a priori, une difficulté quant à l'archivage physique et numérique des dossiers relatifs à la passation des marchés.

Ces carences documentaires entraînent généralement un classement non-centralisé des documents des marchés et font ainsi retarder la mise en œuvre des travaux de vérification pour l'établissement des rapports annuels.

En outre et plus pertinent encore, les rapports d'analyse et de synthèse de certaines autorités contractantes, qui en principe devraient être soumis à la cellule de contrôle des marchés publics pour validation, ne le sont pas dans certains cas.

Par ailleurs, il a été constaté que certaines des organes de gestion surtout ceux de contrôle, manquent de moyens et d'agents suffisamment formés pour exécuter les prérogatives qui leur sont reconnues. Cette situation entraîne bien souvent une incidence sur la qualité des dossiers à traiter. Faisons aussi remarquer que le contrôle exercé par les cellules dans certaines AC n'est pas indépendant, si l'on sait que certains responsables de cellules sont dans bien des cas encore nommés par le premier responsable de la structure<sup>115</sup>. Ceci montre toute la difficulté de ces cellules à jouir de toute l'indépendance nécessaire. De plus, certains membres de la cellule ne disposent pas d'un compte SYGMAP, d'où ils ne peuvent pas publier sur le portail des marchés publics, ce qui impacte sur le lancement des procédures.

<sup>113</sup> Décret n°2020\_599 du 23 décembre 2020 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, de contrôle et d'approbation des marchés publics

<sup>114</sup> La cellule de passation des marchés (Sénégal) ou commission de contrôle des marchés (Togo)

<sup>115</sup> C'est notamment des agences, établissements et offices d'Etat.

Au niveau de la direction en charge du contrôle a priori de la passation des marchés publics, des observations méritent également d'être faites. A cet effet, on déplore un relatif allongement des procédures, dû à la récurrence de correspondances entre des autorités contractantes et la DNCMP, mettant ainsi à mal les objectifs recherchés par la réforme des marchés publics en termes de célérité.

A tout ce s'ajoute :

- La non maîtrise des procédures de passation des marchés publics dans certaines autorités contractantes nonobstant les nombreuses séances de formations déroulées en faveur des acteurs. Ce qui traduit une problématique sous-jacente celle de l'impact véritable de la formation sur les formés.
- La planification tardive est également une cause de contre-performance. Selon le code des marchés publics, les autorités contractantes sont tenues d'élaborer des plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics sur le fondement de leur programme d'activités à publier ainsi que l'avis général de passation des marchés doit s'opérer au plus tard avant la fin du mois de janvier.

On constate que les délais et dates retenus pour le déroulement des différentes phases de la procédure ne sont souvent pas respectés. Ceci peut s'expliquer par l'absence de sanction s'attachant au non-respect d'une telle obligation et l'élaboration tardive des dossiers d'appel à concurrence.

Notons également l'insuffisance et l'incompétence de certains acteurs comme entrave à la performance du système des Marchés Publics. Si les auteurs sont unanimes sur le fait que les mauvaises pratiques constituent le principal obstacle à la performance du système des Marchés Publics, ils conviennent également que l'incompétence des acteurs justifie certains dysfonctionnements constatés à l'occasion de la passation des commandes publiques. L'insuffisance de ressources humaines qualifiées, le mauvais montage des dossiers par les acteurs des ministères, l'inadéquation entre le profil des acteurs et le poste occupé et la non maîtrise des procédures de passation des Marchés Publics, sont, de l'avis de Guy Constant EHOUMI<sup>116</sup>, les causes réelles de la non consommation des crédits.

---

<sup>116</sup>Guy Constant EHOUMI, « Mauvaises performances sous le changement : Les tares de la faible consommation des Pip », La presse du jour, 2 juillet 2010.

Il y a enfin l'absence de la dématérialisation qui allonge la durée des procédures de passation de la commande publique (environ 200 jours) et expose les agents de l'administration à des pratiques de corruption dues notamment au contact avec les usagers. Elle joue aussi un rôle néfaste dans la transparence de la procédure et son accessibilité par tous les citoyens. A court terme la dématérialisation peut être couteuse avec la mise en œuvre d'équipements informatiques et le développement d'une signature électronique mais à long terme elle baissera les coûts de gestion et augmentera l'efficacité des procédures.

### ***B- Les difficultés inhérentes au contrôle a posteriori***

Le contrôle a posteriori des marchés publics est une prérogative qu'exercent conjointement la cellule de contrôle des marchés publics, la direction nationale de contrôle des marchés publics et l'autorité de régulation des marchés publics. Une analyse de ce contrôle nous montre des failles variant en fonction de la nature des organes qui en ont la charge. Ainsi, si on se réfère à la réglementation nationale des MP<sup>117</sup>, il existe au sein de chaque autorité contractante, un organe de contrôle interne qui doit s'assurer du respect rigoureux des dispositions légales et réglementaires applicables aux marchés publics. Ces cellules doivent assurer le contrôle a posteriori des marchés passés par la procédure de demande de cotations<sup>118</sup>. Il n'existe aucun canevas ou directives ou manuel de procédures pour la conduite de ce contrôle. On note ainsi de fortes divergences sur la périodicité, les points de contrôle, la nature et la destination du rapport, ce qui lui enlève tout caractère sérieux.

Aussi, chaque cellule de contrôle des marchés a l'obligation d'établir avant le 31 janvier de chaque année à l'attention de l'autorité dont elle relève, un rapport annuel sur l'ensemble des marchés publics passés l'année précédente<sup>119</sup>. Malheureusement, cette exigence, en plus d'être mal exécutée, n'est pas toujours observée de manière suffisamment satisfaisante. De même, aucune obligation n'est faite à la CCMP de notifier ce rapport à la DNCMP et à l'ARMP. Par conséquent, cette situation rend difficile, la mise à disposition auprès de l'ARMP, des documents indispensables aux opérations d'audit.

<sup>117</sup> Article 15 de la Loi n° 2020-26 du 29 Septembre 2020 Portant Code des Marchés Publics en République du Bénin ; Décret n°2020\_597 du 23 décembre 2020 portant AOF de la CCMP

<sup>118</sup> Article 12 du décret n°2020\_605 du 23 décembre 2020 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix.

<sup>119</sup> Article 2 du décret n°2020\_597 du 23 décembre 2020 portant AOF de la CCMP

Sous ce rapport, la DNCMP éprouve aussi des difficultés aigues à accéder aux informations portant sur les marchés passés par ces autorités contractantes, lorsqu'elle exerce ses prérogatives dans le cadre du contrôle a posteriori. Ainsi cette situation peut-elle être constitutive de retard dans la production des rapports d'audit. A cet effet, on dénonce un retard incroyablement long dans la publication des rapports d'audit de l'ARMP sur les marchés<sup>120</sup>.

De ce fait, on remarque que les autorités n'ont pas publié ces rapports d'audit, dans un délai raisonnable. Le manque de diligence en ce sens va à l'encontre de « l'indicateur 11 » intitulé « Degré d'accès à l'information » de l'OCDE<sup>121</sup> sur l'évaluation du système de passation des marchés publics. Cet indicateur en guise de précision, renvoie à la qualité, à la pertinence et à l'exhaustivité des informations sur le dispositif de passation des marchés publics.

Cependant, ne pas remédier à un tel retard dans la publication des rapports de synthèse sur la passation des marchés, pourrait être constitutif d'une violation du principe de transparence prévu par la Directive 04/2005/CM/UEMOA et par la loi portant code des marchés publics.

La DNCMP fait un contrôle sur pièces, elle ne peut que saisir l'ARMP lorsqu'elle soupçonne des violations du code des marchés publics. En effet, « *sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toutes informations communiquées par l'autorité contractante, des candidats, soumissionnaires ou des tiers, l'autorité de régulation des marchés publics peut s'autosaisir à la demande de son président ou du tiers de ses membres et statuer dans un délai de sept (07) jours ouvrables sur les irrégularités, fautes et infractions constatées* »<sup>122</sup>. Mais à ce jour, aucun rapport de contrôle a posteriori de la DNCMP n'a été transmis à l'ARMP pour vérification et sanction des acteurs. Ce qui explique, selon certains acteurs de la Direction nationale, la baisse d'attention des autorités contractantes vis-à-vis des missions de contrôle de cette direction.

Par ailleurs, il existe également plusieurs faiblesses du contrôle exercé par l'ARMP par les recours.

<sup>120</sup> Les rapports des missions d'audit indépendant des marchés au titre des années 2011, 2012, 2013 et 2014

<sup>121</sup> L'Organisation pour la Coopération et le Développement Economique, OCDE, a été mise en place par la Convention de Paris du 14 novembre 1960, laquelle est rentrée en vigueur le 30 septembre 1961. Elle se substitue à l'OECE. Elle comprend 35 Etats membres et à vocation à favoriser le développement de l'économie mondiale dans un univers mondialiste de non-discrimination et aider à la stabilité financière des Etats membres.

<sup>122</sup> Article 138 al 6 de la loi 2017-04 Op.cit. (article 117 du code de 2020)

Il s'agit d'abord du non-respect du délai de décision « *L'autorité de régulation rend sa décision dans les sept (07) jours ouvrables de sa saisine* »<sup>123</sup>. Les sept jours représentent le délai légal imparti à l'ARMP pour accomplir toutes les phases<sup>124</sup> qui composent la procédure de règlement des différends. Mais force est de constater que l'inobservation de ce délai légal est instaurée en principe<sup>125</sup>.

Par ailleurs, l'ARMP impose la computation du délai de recours (5 jours ouvrables) à partir de la notification de la décision d'attribution<sup>126</sup>, alors même que l'article 137 alinéa 5 du CMP fait courir ce délai à partir de la publication.

Aussi est-il noté un manque préjudiciable de moyens coercitifs. Les décisions de l'ARMP sont immédiatement exécutoires et ont force contraignante sur les parties<sup>127</sup>. La loi dispose à cet égard : « En cas de décision constatant la violation de la réglementation applicable, l'autorité contractante doit s'y conformer en prenant, dans un délai de cinq (05) jours ouvrables, les mesures de nature à remédier aux irrégularités constatées. La décision de l'autorité de régulation des marchés publics est immédiatement exécutoire »<sup>128</sup>. Mais l'autorité de régulation est un organe administratif. La commission de règlement des différends est "un organe délibérant et décisionnel non juridictionnel qui a l'autorité de rendre des décisions exécutoires au nom et pour le compte de l'ARMP"<sup>129</sup>. L'ARMP ne peut recourir à la force pour la mise en œuvre de ses décisions. Le non-respect de ses décisions n'est pas de nature à favoriser l'efficacité de la protection du tiers, aucune mesure coercitive n'étant prévue à cet effet.

On note aussi l'inaccessibilité géographique et l'engorgement de l'autorité de recours. L'ARMP est installée à Cotonou et ne dispose d'aucun démembrement à l'intérieur du pays.

<sup>123</sup> Article 138 al.3 de la Loi n 2017 04 Op cit.

<sup>124</sup> Les phases sont : l'analyse de la recevabilité du recours, instruction du dossier (les travaux conduits par le rapporteur, le recours à l'expertise, l'intervention des tiers), les mesures provisoires, l'audience, la délibération, etc.

<sup>125</sup> Aucune des décisions rendues en 2013 et contenues dans le recueil édicté par l'ARMP, ne respecte ce délai légal. Par pour la première de l'année, (décision n°2013-001/ARMP/CR du 03 avril) est intervenue suite à une requête du 14 janvier, soit 78 jours après. Il en est de même pour les décisions de l'année 2014.

<sup>126</sup> V. décision n°2013-001/ARMP/CR du 03 avril 2013 « que la PRMP de la SBEE, n'ayant pas notifié à la société ETDE le rejet de son offre à l'issue de l'évaluation des offres, a violé le droit à l'information de la requérante et, les délais de recours ne sauraient courir à son égard ». V. aussi décision n°2013-003/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 03 avril 2013 : « qu'il résulte des dispositions ci-dessus visées que les recours préalables devant l'autorité contractante ou son supérieur hiérarchique ou les recours devant l'ARMP sont enfermés dans les délais qui courent pour compter de la date de la notification ».

<sup>127</sup> ARMP, Op.cit., p.17

<sup>128</sup> Article 138 al.5 de la loi 2017-04 Op.cit.; V. ARMP, Manuel de traitement des recours, Edition de Juin 2014, p.17

<sup>129</sup> Cf. ARMP, Op.cit., p.9

Cette situation a deux conséquences néfastes directes sur l'action des potentiels requérants à savoir un engorgement et le non-respect du délai. Ce que le requérant souhaite quand il saisit l'autorité de régulation, « c'est que dans la réalité de sa vie quotidienne, quelque chose, au terme du recours, se trouve changé en mieux ; mais s'il doit attendre plusieurs mois avant de s'entendre dire que sa réclamation était fondée, croit-on encore pouvoir parler de l'efficacité de l'action juridictionnelle ? »<sup>130</sup>.

### ***Paragraphe 2 : La complexité du contrôle juridictionnel***

Le contrôle juridictionnel des marchés publics met en évidence une configuration complexe du droit au regard de l'outillage technique dont disposent les différents juges pour faire face aux mutations de la matière. A cet effet nous envisagerons tour à tour le dépassement des attributions classiques du juge administratif (A) et les difficultés liées au volet pénal (B).

#### ***A- Un dépassement des attributions classiques du juge***

Depuis que le juge administratif est amené à jouer un rôle en matière économique, en veillant d'une part au respect des droits et libertés économiques et en assurant un contrôle direct sur l'action des autorités publiques en charge de la passation des marchés publics d'autre part, il est allé de soi que ses attributions originelles ont changé d'orientation. Ainsi, initialement formé dans une logique pure de la science juridique traditionnelle, le juge administratif va désormais chercher à étendre sa sphère de compétence à un autre domaine, celui de l'économie.

Toutefois et ce jusqu'à aujourd'hui, cette extension de compétence ne s'est pas toujours révélée aisée du fait de la complexité de l'analyse économique<sup>131</sup> à laquelle les juges administratifs sont confrontés dans le contentieux des marchés publics. Dès lors, on comprend mieux les propos du doyen Georges VEDEL lorsqu'il affirmait que l'économie « intimidait » ou « ennuyait » le juge<sup>132</sup>.

Mais aujourd'hui, depuis que les règles de droit public ont entrepris une mutation, c'est cette même économie qui est devenue le « patrimoine juridique commun » de tous les juges, y compris du juge administratif qui apparaît, de prime abord, peu concerné par ce domaine modelé par les relations privées. Désormais, le contentieux des marchés publics semble très

<sup>130</sup> Jean RIVERO « Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », Dalloz Chr. VI, 1962, p. 37-40.

<sup>131</sup> Docteur Mamadou Yaya DIALLO, « Le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal », page 28

<sup>132</sup> Georges VEDEL, *Le droit économique existe-t-il ?*, Mélanges Vigreux, 1981 p. 778

éloigné du contentieux classique de la légalité, entendu au sens classique du terme. C'est un contentieux d'espèce qui, de toute évidence révèle le caractère purement économique du droit des marchés publics et il n'est plus permis aux juges administratifs béninois, de se contenter de dire simplement le droit<sup>133</sup>.

A l'évidence, cette appréhension qui place le contentieux de la passation au cœur de l'élaboration d'un droit de la régulation économique, devrait permettre au juge d'avancer dans le contrôle d'opportunité des décisions de l'autorité de régulation<sup>134</sup>, à condition bien sûr de disposer réellement des connaissances techniques appropriées, chose qui a priori fait défaut aux juges administratifs africains en général.

Par ailleurs, l'application par le juge d'un droit influencé par l'économie soulève chez celui-ci, la crainte que l'économie ne porte atteinte à l'intégrité du droit<sup>135</sup>. En effet, cette crainte peut paraître fondée dans la mesure où les droits administratifs béninois et africains sont très sensibles aux normes communautaires notamment dans le cadre des marchés publics<sup>136</sup>. En clair, on pourrait être amené à penser que le droit a perdu de son essence profondément judiciaire au contact de l'économie<sup>137</sup>.

Par ailleurs, il importe de souligner que le juge de l'administration n'est pas outillé, pour exercer efficacement certaines prérogatives. En effet, ils ne disposent pas du pouvoir d'enjoindre à l'administration d'agir dans un certain sens, ni de prononcer des astreintes, alors que c'est du renforcement des pouvoirs du juge administratif que l'efficacité du contrôle juridictionnel trouvera son sens.

En outre, au-delà de l'espoir qu'il suscite dans la mise en œuvre d'une transparence de plus en plus affirmée dans la passation des marchés, le recours juridictionnel connaît une fois de plus des entailles. En effet, le recours juridictionnel en matière de contentieux de la passation

---

<sup>133</sup> Dans cette nouvelle configuration, le droit que doit dire le juge administratif, n'est pas le droit entendu au sens formel, mais un droit intégrant des considérations économiques et des politiques de régulation économique.

<sup>134</sup> Canivet Guy, *Propos généraux sur les régulateurs et les juges*, in Marie-Anne Frison-Roche, p. 192

<sup>135</sup> TAMIN C, *Economie et droit*, in Dénys. Alland et J. Riels (dir), Dictionnaire de la culture juridique PUF et Lamy, 2003, pp. 578-581

<sup>136</sup> La transposition des directives 04 et 05 de l' UEMOA par le Bénin et les autres pays de l'espace atteste de cette perméabilité de leur droit administratif.

<sup>137</sup> Jean BOULOUIS, *Droit économique* in L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago, Economica, 1996, p.175

n'a pas d'effet suspensif sur le processus de passation<sup>138</sup>. Cette situation est simplement déplorable pour la simple raison qu'on se demande à quoi servirait un tel recours si les mesures conservatoires<sup>139</sup> ne sont pas déployées afin d'éviter d'aboutir à la signature définitive du contrat.

A ces différents égards, si nous nous proposons de faire une comparaison de l'activité juridictionnelle en matière de contentieux de la passation entre le Sénégal et le Bénin, on se rend très vite compte qu'il existe une divergence prétorienne saisissante. De ce fait, pendant que le juge sénégalais « s'impose » et fait preuve d'une relative audace, on assiste cependant à un balbutiement de la part de son homologue béninois en termes de recours<sup>140</sup> contre les décisions de l'ARMP. Ainsi, depuis 2013 à ce jour presque aucun recours en contestations des décisions de l'ARMP n'a encore fait l'objet de décision du juge administratif béninois, témoignant d'une certaine latence<sup>141</sup> pour cette juridiction dans le traitement des recours liés à la passation des marchés.

Au Sénégal où cette activité prétorienne est plus poussée, on signale néanmoins des difficultés chez le juge de la cour suprême. D'une part, on déplore l'absence des dispositions réglant de manière satisfaisante le problème des procédures d'urgence relativement au contentieux de la passation des marchés publics. D'autre part, le juge administratif sénégalais semble toujours ne pas comprendre que « *ordonner à l'administration de faire ce que le droit lui impose ne constitue pas une méconnaissance de la séparation des pouvoirs ou des fonctions* »<sup>141</sup>.

In fine, on retient de ces constats sur le plan pratique, que les juges administratifs béninois et de l'espace UEMOA sont confrontés à un défi, celui de leur capacité au regard de leur formation, à juger efficacement les problèmes afférents au contentieux économique dans la passation des marchés publics.

<sup>138</sup> Article 138 al 9 du CMP 2017-04 du Bénin (article 117 du CMP 2020-26) art. 92 al.2 et art. 127 des CMP du Sénégal et du Togo

<sup>139</sup> Les mesures conservatoires sont des mesures provisoires prises par le juge, afin de préserver la situation juridique dans laquelle se trouve chacune des parties au moment de sa saisine

<sup>140</sup> Selon l'article 138 al 9 du CMP 2017-04 du Bénin (article 117 du CMP 2020-26), les décisions de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics peuvent faire l'objet d'un recours devant un organe juridictionnel.

<sup>141</sup> Charles DEBBASCH, *Déclin du contentieux administratif*, page 97

### *B- Des difficultés liées au volet pénal*

Les pratiques irrégulières qui surviennent lors de la passation des marchés publics se déclinent généralement en corruption passive<sup>142</sup>, la prise illégale d'intérêt, le trafic d'influence<sup>143</sup> et le favoritisme<sup>144</sup>. Pour le magistrat sénégalais Malick LAMOTTE, « *On est en face d'une corruption passive lorsqu'on envisage l'infraction du côté du corrompu* », c'est-à-dire celui qui rend service en contrepartie d'un avantage. Inversement, il s'agit pour les autorités contractantes, dans l'optique d'obtenir un avantage indu de procurer ou de tenter de procurer un avantage anormal à un candidat ou de passer un marché avec un candidat exclu des marchés publics. Les faits qui entrent dans la définition de cette infraction apparaissent à la lecture des dispositions des articles 143 et suivants du CMP du Bénin, toutes relatives aux sanctions des candidats, soumissionnaires et titulaires des marchés, applicables pour non-respect de la réglementation des marchés publics.

Si l'on observe attentivement le constat contenu dans nos derniers propos, un fait interpelle notre attention. En effet, on remarque d'une manière on ne peut plus claire, que la répression de cette première catégorie d'infraction, bien que reconnue au juge pénal, tient cependant moins à une disposition du code pénal, qu'à une disposition relevant du code de marchés publics<sup>145</sup>. Ainsi s'ouvre la brèche qui s'identifie aux difficultés d'ordre pénal qui assaillent le secteur de la passation des marchés publics et qui de ce fait dénotent d'une absence d'un arsenal pénal propre, destiné à réprimer les irrégularités constatées dans les procédures de passation en dehors de la loi N°2011-20 du 12 Octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin.

La pénalisation des marchés publics au Bénin reste en effet du moins au plan textuel, un domaine peu exploré à la fois par le législateur que par les tenants de la doctrine. Ne disposant pas de l'outillage juridique nécessaire, le juge pénal se contente jusqu'ici d'un pis-aller<sup>146</sup> pour

<sup>142</sup> Dans le cadre de la corruption passive, le corrompu sollicite ou accepte un avantage pour lui-même ou un proche que son interlocuteur reste libre de ne pas verser.

<sup>143</sup> Le trafic d'influence n'apparaît pas clairement dans le CMP du Bénin mais il demeure tout de même, une infraction occulte pouvant être commise dans le cadre des marchés publics au regard de la loi N°2011-20 du 12 Octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin

<sup>144</sup> Le favoritisme s'assimile au non-respect des conditions d'attribution des marchés publics.

<sup>145</sup> C'est également cas dans les autres pays de l'UEMOA. Par exemple, les dispositions des articles 146 et 147 du CMP du Sénégal et 132 du CMP du Togo, toutes relatives aux sanctions des candidats, soumissionnaires et titulaires des marchés, applicables pour non-respect de la réglementation des marchés publics

<sup>146</sup> Un pis-aller est une solution que l'on choisit faute de mieux. Dans ce cas-ci, il s'est agi pour le juge pénal, à défaut de disposer des textes spécifiques, de se baser sur les dispositions générales contenues dans le code pénal.

sanctionner les irrégularités qui lui sont signalées dans les procédures de passation. L'imprécision des statistiques pénales en ce domaine, l'absence de volet économique et financier dans les codes pénaux de l'espace UEMOA, le nombre peu connu des décisions de justice non diffusées ou encore l'absence d'une formation spécifique des magistrats révèlent que l'émergence d'un droit pénal<sup>147</sup> directement applicable aux marchés publics, n'a jusque-là pas encore été concrétisée.

Aujourd'hui, si on se réfère à la lente formation d'un véritable contentieux pénal de la commande publique et ses hésitations à suivre l'évolution actuelle des mutations propres aux marchés publics, on peut facilement remarquer qu'il est urgent et impératif de créer un cadre juridique autonome adapté au volet pénal de la passation.

En plus de cela, nous avons également constaté qu'il n'est nulle part mentionné dans le code pénal béninois, un délit dit de « favoritisme » bien que l'expression soit récurrente dans les débats juridiques. Si nous prenons par exemple le droit positif français, les « atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité de traitement des candidats dans les marchés publics », ont été instituées comme un délit depuis la loi du 3 janvier 1981 et sont réprimées par l'article 432 alinéas 14 du code pénal français<sup>148</sup>. Cependant, même si la violation des conditions d'attribution des marchés est abordée par le code des marchés publics<sup>149</sup>, il ne reste pas moins vrai que le code pénal garde le silence quant à leur qualification pénale.

En définitive, même s'il est vrai que les marchés publics ont, d'une certaine manière, réussi à allier droit administratif et économie, ils n'ont cependant pas encore totalement réussi ce pari pour le droit pénal, ce qui à tous égards est perçu aujourd'hui comme un défi à relever pour le Bénin.

Sous ces dernières observations, les faits rapportés ci-haut viennent clore la longue liste, mais non exhaustive des insuffisances que connaissent le contrôle des marchés publics au

<sup>147</sup> Catherine PREBISSY-SCHNALL « La pénalisation du droit des marchés publics », publié aux éditions LGDJ dans la collection Bibliothèque de droit public (tome 223).

<sup>148</sup> Article 432 alinéas 14 code pénal français « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 euro, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investi d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, de collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et délégations de service public* ».

<sup>149</sup> articles 143 et suivants du CMP du Bénin de 2017

Bénin. Ces irrégularités répertoriées, il importe maintenant de faire des recommandations pour voir dans quelles mesures ce contrôle peut être restaurée.

## ***CHAPITRE 2 : UNE NÉCESSITÉ DE RENFORCEMENT DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE***

Si à travers les réformes successives des cadres juridiques et institutions des marchés publics et de la commande publique en général, le Bénin a réussi à recadrer la pratique des marchés publics conformément à la directive communautaire et se rapprocher des bonnes pratiques internationales, il n'a pas encore réussi à dissiper toutes les inconvénients du secteur.

Les recommandations dont il sera ici question se feront conformément aux différentes insuffisances dont nous avons préalablement fait cas. Ainsi ces recommandations seront abordées relativement aux mécanismes de contrôle à travers successivement les besoins de renforcement du contrôle administratif d'une part (section I) et le renforcement du contrôle juridictionnel (section II) d'autre part.

### ***Section 1 : Le renforcement de l'efficacité du contrôle administratif***

Dans cette section, nous allons tenter de donner des recommandations et de dégager des perspectives qui peuvent aider à améliorer l'exercice du contrôle en général et le contrôle a posteriori des marchés publics par des mesures anticipatives (paragraphe 1) ou correctives le cas échéant (paragraphe 2).

#### ***Paragraphe 1 : Les actions ex ante nécessaires***

La meilleure façon de diminuer d'anticiper le stress du contrôle a posteriori, c'est de veiller au respect de la réglementation des marchés publics à travers un contrôle à priori plus efficace (A) ou une meilleure organisation des documents (B).

#### ***A- Un contrôle a priori plus efficace***

Pour le contrôle a priori interne, il serait souhaitable de renforcer la capacité des autorités contractantes en ressources humaines et doter les fonctionnaires des cellules de contrôle des marchés publics, d'un système de motivation à la hauteur de la responsabilité qui leur incombe.

Pour le contrôle a priori externe, afin de venir à bout du problème de contournement des refus de la DNCMP<sup>150</sup>, nous plaçons pour une volonté politique plus affirmée.

---

<sup>150</sup> Cf. affaire DCMP contre SENELEC, où malgré le rejet par la DCMP de la demande d'autorisation d'un marché par entente directe, la SENELEC a usé d'autres moyens pour passer le marché.

Par ailleurs, en dépit des nombreuses irrégularités dont souffrent les procédures de passation, il ne demeure pas moins vrai qu'il existe des possibilités de promouvoir la transparence<sup>151</sup>. Il sera ici question des propositions faites pour conforter le contrôle du processus de gestion des marchés et répondre aux insuffisances relatives à la fois à la phase de passation et celle de l'exécution. A cet effet, nous faisons les recommandations relatives notamment à la nécessité d'une incitation à la dématérialisation des procédures.

Il est un fait incontestable que la dématérialisation des procédures constitue aujourd'hui un gage de transparence dans les procédures de passation des marchés publics. La dématérialisation des procédures mérite donc au vu de son caractère innovant et de sa récurrence dans l'actualité, une attention particulière.

Qu'entend-t-on par dématérialisation des procédures ? Qu'apporte-t-elle concrètement et en quoi contribue-t-elle une meilleure gestion des procédures ? Autant de questions qui nous amènent à nous intéresser à ce nouveau procédé.

La dématérialisation des procédures des marchés publics est une technique qui consiste à mettre en œuvre des moyens électroniques pour effectuer des opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations sans support papier. A cet effet, la dématérialisation est définie au sens de l'article 43 de la directive 04 de l'UEMOA comme étant « *La création, l'échange, l'envoi et la réception ou la conservation d'informations ou de documents par des moyens électroniques ou optiques* ».

Elle suppose deux procédés<sup>152</sup> : Soit les documents sont numérisés à partir d'un support papier, soit ils sont créés directement sous forme électronique.

En thème d'apports, la dématérialisation constitue un facteur d'économie dans la mesure où elle assure une diminution des dépenses relatives à l'élaboration et la diffusion des dossiers en format papier et par ricochet, une réduction des coûts de transactions. Aussi, la dématérialisation permet-elle lors de la phase de préparation des dossiers par les entreprises candidates de gagner en temps, les formulaires étant directement remplis et envoyés par voie électronique.

La dématérialisation contribue efficacement à la transparence. En effet, à partir du moment où les informations relatives aux marchés à passer sont diffusées largement par le biais

<sup>151</sup> Transparency international, « Minimum Standards of public procurement », 2005

<sup>152</sup> 233 Jean-Marc RIETSH, *Mise en œuvre de la dématérialisation*, Ed. Dunod, 2010.

de moyens électroniques, l'accès à ces marchés est désormais facile à l'ensemble des entreprises candidates. Cette situation constitue non seulement un facteur de concurrence, mais également assure une égalité de traitement des candidats et une liberté d'accès à tous à la commande publique, trilogie constitutive du principe de transparence. Partant de là, les petites entreprises disposent au même titre que les grandes, d'un accès aux marchés publics.

En définitive, l'ouverture des marchés publics à la communication électronique constitue un gage de transparence dans les procédures de passation et aussi de contrôle.

### ***B- Une gestion moderne des archives des marchés***

Ainsi au niveau des autorités contractantes, les principales difficultés auxquelles sont soumises les missions de contrôle des marchés, dans le cadre du contrôle interne ou externe, résident pour un certain nombre d'autorités contractantes, dans la non-conformité de leur système d'archivage au manuel de classement des documents des marchés. En effet, on déplore au sein des organes chargés de gestion des marchés publics, une difficulté quant à l'archivage physique et numérique des dossiers relatifs à la passation des marchés.

Comment classer les documents relatifs aux marchés publics ? Quels documents faut-il garder ? Combien de temps les conserver ? Ces nombreuses questions reviennent fréquemment. Une instruction relative au tri et à la conservation des archives des services des collectivités publiques est nécessaire pour matérialiser l'importance de la tenue des registres et de l'organisation des documents de marchés

Les activités de passation de marchés comprennent essentiellement des dépenses publiques qui sont axées sur deux grandes catégories : activités structurelles (activités physiques effectuées sur le terrain qui comprennent les travaux et les fournitures nécessaires à l'amélioration des services collectifs dans les zones à la fois rurales et urbaines ) et des activités non structurelles (services fournis par des consultants pour la planification et l'amélioration des connaissances au profit des communautés). Toute la documentation relative à la passation des marchés est archivée dans les entités publiques, y compris les municipalités et est souvent exhaustive. Néanmoins, elle ne se trouve pas en un seul endroit.

En effet, conformément aux dispositions en la matière<sup>153</sup>, les archives sont "l'ensemble des documents quels que soient leur date, leur forme et leur support, élaboré ou reçu par toute

---

<sup>153</sup> Décret 2007-532 du 02 novembre 2007 portant attribution, organisation et fonctionnement des Archives Nationales en République du Bénin.

personne physique ou moral, un organisme public ou privé dans l'exercice de son activité, documents organisés en fonction de celle-ci et conservés à des fins administratives, culturelles et scientifiques".

Sur le plan administratif, la fonction archives aide à assurer une base de référence et aide à la prise de décision stratégique par la maîtrise de l'environnement de l'administration. De ce fait, les archives des marchés publics constituent un outil de communication sur la réalité administrative des marchés publics dans la mesure où elle permet une maîtrise de l'afflux croissant de la masse de document produit ou reçue par une administration dans le cadre des marchés publics. Il va s'en dire que la fonction archive, corollaire de capacité d'organisation d'une administration, est une puissance productive car, en organisant les papiers de manière rationnelle, la capacité d'organisation de l'autorité contractante se trouve accrue. La fonction archives comme l'adoption de bon système de classement permet de retrouver rapidement des documents nécessaires pour prendre les décisions ou pour améliorer l'efficacité de l'administration.

Or, les documents de passation des marchés sont gérés par trois services différents : le « service des marchés »<sup>154</sup>, le service de comptabilité (à des fins de paiement) et le département technique (bénéficiaire de la prestation et gestion des contrats). Alors que toutes les entités d'exécution des procédures relatives à l'acquisition des biens et services sont assujetties à des missions d'audits externes diligentées par l'Autorité de régulation des marchés publics ou autres structures, cette situation de multiplicité de sources d'informations sur les procédures de conduite des marchés publics, pose des problèmes sérieux quant à la l'archivage et la gestion des documents de marchés publics mais aussi et surtout, l'apport des rapports des missions d'audit des marchés publics et à la pertinence de l'utilisation de ces rapports par l'Autorité de régulation des marchés publics, l'Inspection générale des finances (IGF) en ce qui concerne les rapports fournis pour le compte des ministères et entreprises publiques, par l'Inspection générale de l'administration territoriale (IGAT) pour les rapports relatifs aux collectivités locales, les Partenaires techniques et financiers (PTF) et l'institution supérieure de contrôle<sup>155</sup>. Lorsqu'on sait que les marchés publics représentent plus de 37% du budget de l'Etat au Bénin, il y a lieu d'une part, de souligner le caractère important d'informations stockées dans les missions

<sup>154</sup> Pour désigner la Personne responsable des marchés publics, organes de contrôle et d'approbation. La PRMP est mandatée par l'Autorité contractante pour mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés publics.

<sup>155</sup> C'est une mission de la chambre des Comptes.

d'audit du système des marchés publics et d'autre part, de mettre sur pied, un système nécessaire à la traçabilité des documents et à la canalisation du volume d'information à sources multiples liés au cycle de vie des marchés passés. L'organisation d'une telle traçabilité permet d'estimer et d'anticiper le risque d'erreur dans leurs opérations. Etant donné que les différents audits énumérés ci-dessus (évaluations ex post d'aspects relatifs à la passation de marchés) sont fondamentalement axés sur la constance, l'économie et l'efficacité, il devient important que l'organisation des archives des marchés publics bénéficie d'un guide.

### ***Paragraphe 2 : une meilleure organisation du contrôle ex post***

La meilleure organisation du contrôle passe par la professionnalisation du contrôle administratif a posteriori d'une part et de la nécessité de l'exploitation des rapports des missions qui en découlent d'autre part (B).

#### ***A- La professionnalisation du contrôle a posteriori***

Les actions phares identifiées pour le renforcement du professionnalisme du contrôle concernent d'une part la qualité des équipes de mission de contrôle mais aussi et surtout la standardisation des outils et langages employés.

Sur le premier point, il est nécessaire de rappeler que les marchés publics regroupent au minimum trois compétences. D'abord il y a le juriste car il s'agit des contrats qui pour être valides doivent obéir à un certain nombre de règles aussi bien de fond que de forme, tant pour sa formation que pour la mise en œuvre. L'ensemble des procédés et procédures sont du domaine du droit. Ensuite il y a le financier, étant donné que les marchés publics mettent en jeu les deniers publics, il est important de faire appel à des financiers pour la vérification du respect de l'orthodoxie laquelle est astreinte toute gestion des finances publiques. Il y a enfin le « technique », c'est l'expert du secteur auquel se rattache le bien ou service objet du marché. L'équipe de mission doit être composée de ces compétences pour un contrôle approfondi. Notons qu'en ce qui concerne le technicien métier ici qu'il fait recours au spécialiste du domaine d'activité dominante de l'autorité contractante<sup>156</sup>.

Sur le second volet, celui relatif à la standardisation des outils et langages employés, il est fait allusion à la nécessité d'uniformiser les pratiques autant que fait se peut de contrôle. En effet, il est loisible de constater aujourd'hui une multitude de missions d'audit ou de contrôle

<sup>156</sup> Article 3 du décret n° 2020\_597 du 23 décembre 2020 portant AOF de la CCMP.

dans les autorités contractantes, notamment dans les communes, souvent successivement ou même concomitamment, et parfois avec des approches méthodologique et outils de collecte totalement différents. Cela ne manque pas d'exacerber les responsables des structures contrôlées dont les activités subissent souvent des retards à cause de la fréquence de ces missions. Sur la question, s'il est vrai que l'ARMP a pris des initiatives visant cette harmonisation des pratiques en matière d'audit des marchés publics<sup>157</sup>, il n'en demeure pas moins vrai que des efforts restent à fournir pour faire adhérer tous les acteurs à cet idéal.

Par ailleurs, sur la base d'une évidence de concussion, les auteurs sur la performance du système des Marchés Publics sont unanimes pour établir que l'amélioration de la performance dans ce domaine passe par la promotion de l'intégrité dans les Marchés Publics. L'atteinte de cet objectif, de l'avis général, ne peut se faire que par une professionnalisation des acteurs de la passation des Marchés Publics, ainsi que par l'institution d'un mécanisme de contrôle de leurs actions assorti de la mise en œuvre effective des sanctions aux atteintes prévues par la réglementation. Ces paramètres sont identifiés au Sénégal dans les outils de construction de la Stratégie Nationale de Lutte contre la Corruption connu sous l'appellation de PRECIS<sup>158</sup>.

Pour l'OCDE, le renforcement de l'intégrité pour améliorer la performance du système des Marchés Publics implique que les fonctionnaires qui travaillent dans le domaine des Marchés Publics bénéficient d'un statut professionnel à part entière : « Accorder aux fonctionnaires qui travaillent dans le domaine des marchés publics le statut de profession à part entière est essentiel pour mieux résister à la mauvaise gestion, au gaspillage et à la corruption. Les pouvoirs publics devraient investir en conséquence dans les marchés publics et offrir des incitations adéquates pour attirer des fonctionnaires hautement qualifiés. Ils devraient

<sup>157</sup> L'ARMP a conçu et mis à la disposition des acteurs du système depuis 2019, un guide d'audit des marchés. Cf. [file:///C:/Users/UTILISATEUR/Downloads/GuideZauditZdesZmarchesZpublicsZversionZfinale\\_vf%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/UTILISATEUR/Downloads/GuideZauditZdesZmarchesZpublicsZversionZfinale_vf%20(1).pdf)

<sup>158</sup> Le PRECIS se définit comme suit :

- ✓ PR (Prévention) : Constituée des actions pour permettre d'éliminer les opportunités de corruption que recèlent les insuffisances structurelles, juridiques, réglementaires ou organisationnelles sur lesquelles peuvent s'appuyer les corrompus et les corrupteurs pour commettre leurs forfaits ;
- ✓ E (Education) : Regroupant des actions qui visent le changement de mentalités, d'habitudes et d'attitudes ;
- ✓ C (Condition) : Composée des actions de nature à rendre les acteurs du secteur ou du pilier moins vulnérable à la corruption ;
- ✓ I (Incitation) : Ce sont les actions qui ont pour but de développer la résistance à l'attrait que constitue la corruption, en proposant de nouveaux référents dont peuvent s'inspirer les générations actuelles et futures ;
- ✓ S (sanctions) : Pour les actions visant à dissuader les individus et à démanteler les réseaux de corruption, en faisant payer un coût très élevé aux coupables d'actes de corruption.

également veiller à une mise à niveau régulière du savoir et des compétences des fonctionnaires concernés pour tenir compte des évolutions en matière de réglementation, de gestion et de technologie. Les fonctionnaires devraient avoir connaissance des normes d'intégrité, et être en mesure d'identifier tout conflit potentiel entre leurs intérêts privés et leurs missions publiques, susceptible d'avoir une influence sur la prise de décision publique. »<sup>159</sup>.

L'ODCE estime en outre que la prise de conscience croissante des risques de mauvaise gestion, voire de corruption, auxquels est exposée l'activité des Marchés Publics devrait conduire les pouvoirs publics à prendre des initiatives pour l'intégrer dans une « approche plus stratégique de l'action publique. » En effet, la passation des marchés doit désormais être considérée comme une activité stratégique, plutôt que comme une simple fonction administrative. De ce fait, le personnel en charge des Marchés Publics doit être doté des compétences, d'une expérience et des qualifications actuelles qui leur permettent de prévenir les risques de mauvaise gestion et de corruption. Ainsi, des conditions de qualification doivent être bien orientées et des actions de formation portant sur les nouvelles technologies ou sur des situations spécifiques, telles que la passation de marchés ayant un caractère d'urgence, entreprises en faveur des agents publics en charge des Marchés Publics<sup>160</sup>.

La professionnalisation du contrôle a posteriori passe par l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan stratégique de la DNCMP. Pour mieux répondre à ses besoins, il est nécessaire de procéder à la restructuration de la DNCMP en revoyant son organisation et son fonctionnement. La professionnalisation de la fonction « contrôle » doit passer par le renforcement de l'appui conseil aux autorités contractantes.

Dans le cadre de l'appui aux autorités contractantes, la DNCMP peut transmettre la grille d'analyse et de contrôle de la DNCMP à tous les Chefs de Cellules de Contrôle des marchés publics en vue de leur permettre de bien veiller sur la qualité des dossiers de marchés.

La professionnalisation du contrôle passe par la maîtrise des procédures des bailleurs par les auditeurs/contrôleurs/inspecteurs, d'où la nécessité de renforcement et de mise à niveau des capacités des acteurs.

Cependant, si malgré tout, des irrégularités persistent, il faut sanctionner les auteurs.

<sup>159</sup>OCDE, 2010, Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics, Éditions OCDE, p. 36.

<sup>160</sup>OCDE, 2007, L'intégrité dans les marchés publics : les bonnes pratiques de A à Z, op. cit, p. 57.

### *B- Une meilleure exploitation des rapports*

Le renforcement du contrôle des actions des acteurs assortis des sanctions systématiques des écarts constatés. Le premier défi auquel il faut remédier est la publication des rapports de mission (contrôle ou audit).

En effet, l'autorité de régulation des marchés publics éprouve des difficultés aigües à accéder aux informations portant sur les marchés passés par ces autorités contractantes, lorsqu'elle exerce ses prérogatives dans le cadre du contrôle a posteriori. Ainsi cette situation peut-elle être constitutive de retard dans la production des rapports d'audit. A cet effet, on dénonce au Bénin un retard incroyablement long dans la publication des rapports d'audit de l'ARMP sur les marchés de l'exercice de 2012<sup>161</sup>. Cette situation s'observe aussi au Sénégal puisque la revue indépendante de la conformité de la procédure de passation des marchés passés par les autorités contractantes, au titre de l'année 2012 n'a été rendue publique qu'en mai 2014<sup>162</sup>.

Quant aux rapports des différentes missions de contrôle a posteriori de la direction nationale de contrôle des marchés publics, ils sont toujours gardés secrets dans les tiroirs des autorités à ce jour.

De ce fait, on remarque que les autorités béninoises, n'ont pas publié ces rapports d'audit, dans un délai raisonnable. Le manque de diligence en ce sens va à l'encontre de « l'indicateur 11 » intitulé « Degré d'accès à l'information » de l'OCDE<sup>163</sup> sur l'évaluation du système de passation des marchés publics. Cet indicateur en guise de précision, renvoie à la qualité, à la pertinence et à l'exhaustivité des informations sur le dispositif de passation des marchés publics. Cependant, ne pas remédier à un tel retard dans la publication des rapports de synthèse sur la passation des marchés, pourrait être constitutif d'une violation du principe de transparence prévu par la Directive 04/2005/CM/UEMOA et par la loi 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

<sup>161</sup> les rapport des audits indépendants de la conformité de la procédure de passation des marchés passés par les autorités contractantes, au titre des [gestions budgétaires, 2011, 2012, 2013 Et 2014](#) n'ont été rendue publique qu'en Octobre 2020 (sur le site de l'ARMP) ;

<sup>162</sup> Ce rapport a été finalement transmis au premier ministre le 31 décembre 2014, soit deux ans après l'écoulement de l'année pour le compte duquel il a été établi.

<sup>163</sup> L'Organisation pour la Coopération et le Développement Economique, OCDE, a été mise en place par la Convention de Paris du 14 novembre 1960, laquelle est rentrée en vigueur le 30 septembre 1961. Elle se substitue à l'OECE. Elle comprend 35 Etats membres et à vocation à favoriser le développement de l'économie mondiale dans un univers mondialiste de non-discrimination et aider à la stabilité financière des Etats membres.

L'autre recommandation pour rendre plus crédible le contrôle, c'est la sanction après la phase de la sensibilisation. L'intensification de la lutte contre l'impunité est le défi premier pour réussir la lutte contre la corruption et les autres actes prévaricateurs des ressources de l'Etat dans le cadre des marchés publics.

A ce jour, aucun rapport d'audit indépendant de l'ARMP, encore moins, de contrôle a posteriori de la DNCMP, n'a été exploité à des fins de poursuite, et pourtant, ce ne sont pas des actes de corruptions ou autres infractions assimilées qui y ont manqués. Nous n'en voulons pour preuve que les conclusions des rapports d'audit de CONAFIL<sup>164</sup>.

L'inobservation des règles commodes à un Etat de droit, le laxisme marquant la légalité des poursuites et la primauté de la loi, sont autant de facteurs qui favorisent l'expansion de la corruption et décrédibilisent toute tentative d'éradication de ce fléau. Ainsi, dans un contexte où l'impunité s'érige presque en règle de société, le recul de l'État est quasi patent, le fonctionnement de la société est mis en péril, il devient impérieux de chercher les remèdes d'ordre global à ce phénomène. A cet égard, l'avènement de la Cour de Répression des Infractions Économiques et du Terrorisme (CRIET) semble porteur d'espoir. Mais il s'agit d'imaginer des filets de sécurité à mettre en place pour ne pas réduire toute entreprise en la matière à un simple effet de propagande politique, et la canaliser vers des actions clairement déclinées et volontairement traduites au quotidien.

L'analyse des facteurs qui favorisent les mauvaises pratiques lors du processus de passation des Marchés Publics met en évidence l'impossibilité d'un contrôle objectif des actions des acteurs du processus et d'une mise en œuvre effective des sanctions qui pourraient découler des écarts observés. En effet, l'influence du politique et les trafics d'influence qui sont très souvent à l'origine des mauvaises pratiques observées, mettent les auteurs à l'abri d'un contrôle effectif et des sanctions de leurs actes de mauvaise gouvernance, dès lors qu'ils agissent sous la protection de leurs commanditaires qui sont généralement des hauts commis de la République.

Pour lutter contre cet état des choses, il faut prévoir des mécanismes spécifiques pour surveiller les marchés publics, et déceler les comportements répréhensibles et les sanctionner. Dans cette optique, les pouvoirs publics devraient instaurer des mécanismes qui permettent de suivre

---

<sup>164</sup> Plusieurs rapports d'audit de la gestion et de l'utilisation des ressources du Fonds d'Appui au Développement des Communes (FADeC) transférées aux communes ont été notifiés à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics. Par exemple, Audit réalisé par le groupement Faucon Erudit par contrat de services N°199/MEF/PR/ARMP/DNCMP/SP du 01/06/2018

les actions des responsables des marchés publics, de pouvoir repérer les dysfonctionnements et les mauvaises pratiques. Il faut également envisager la mise en place d'un comité de centralisation et de suivi de l'application effective des sanctions.

### ***Section 2 : Le renforcement du contrôle juridictionnel***

Les mesures qui seront proposées pour faire face aux insuffisances relevées pour le compte du contrôle juridictionnel se feront en deux temps. Il sera d'abord questions des propositions relatives au juge administratif (paragraphe I) et ensuite celles qui concernent le juge pénal (paragraphe II).

#### ***Paragraphe 1 : Le renforcement l'office du juge administratif***

Il y a un besoin d'encadrement du recours juridictionnel (A) et la prise de part active à la régulation des organes de passation et de contrôle (B).

##### ***A- L'encadrement du recours juridictionnel***

Un délai légal de recours doit être imposé au requérant pour saisir le juge administratif contre les décisions de l'ARMP. De même, le délai dont dispose le juge pour statuer doit être précisé. La fixation de ces délais doit tenir compte de l'impératif d'urgence qui doit caractériser la procédure contentieuse. Aussi, une précision doit-elle être faite sur la juridiction administrative à même d'accueillir le recours contre la décision de l'ARMP. La loi dispose à cet effet que ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant un « juge administratif » sans précision. Dans la pratique le recours est porté devant les juges des chambres administratives au niveau des tribunaux. Cette interprétation suscite quelques inquiétudes car elle donne compétence aux chambres administratives des tribunaux pour connaître des recours contre les décisions. Ce qui rendrait la procédure assez longue (d'abord les recours administratifs préalables, le recours devant l'ARMP, le recours devant le tribunal, l'appel, avant le pourvoi en cassation). Il est souhaitable que l'ARMP soit considérée comme un organisme administratif à caractère juridictionnel. Ainsi, la chambre administrative de la Cour Suprême connaîtrait comme juge d'appel de ses décisions au sens de l'article 949 alinéas 1 du code de procédure civile commercial, social, administrative et des comptes.

Il faut également renforcer le contrôle de la régularité formelle des procédures de l'ARMP et des décisions qui en découlent.

Le fonctionnement des autorités administratives indépendantes, en particulier, de l'ARMP a pu poser des problèmes spécifiques et susciter quelques critiques<sup>165</sup>. C'est donc dans le domaine procédural que le contrôle juridictionnel s'est révélé particulièrement utile en vue d'assurer la protection de l'intégrité des textes juridiques. En effet, c'est au juge qu'il appartient de préciser et de rappeler le cadre juridique nécessaire à l'équilibre du marché et à la régulation des marchés publics. Dès lors, l'on peut dire que le contrôle juridictionnel de l'ARMP participe d'une forme d'implantation de l'Etat de droit<sup>166</sup>. En contrôlant la légalité des décisions rendues par l'ARMP et, en particulier, son CRD, le juge administratif, juge du contentieux de la passation des marchés publics, ne fera que renforcer l'emprise juridictionnelle sur l'activité de régulation. Ce qui répond à des exigences contemporaines d'enracinement du droit dans la réalité sociale. Sous ce rapport, elle veillerait avec l'attention la plus scrupuleuse au respect par l'administration des règles de droit qui déterminent sa conduite et pouvoirs d'action. Par exemple, dans l'affaire qui a opposé la Cellule Nationale de Traitement des informations financières (CENTIF) à l'ARMP<sup>167</sup> au Sénégal, la jurisprudence a estimé que les textes<sup>168</sup> instituant et organisant les fonctions de cette institution ne l'ont pas dotée de la personnalité morale. Elle déclarait, en effet, « considérant ainsi que la CENTIF dépourvue de la personnalité morale n'a pas la qualité d'autorité contractante et ne peut en conséquence mettre en place sa propre commission des marchés en dehors de celle du Ministère de l'Economie et des Finances, autorité de tutelle, que c'est donc à bon droit que l'ARMP a retenue comme nul et de nullité absolue les actes pris par la Commission des marchés mise en place irrégulièrement par la CENTIF »<sup>169</sup>.

<sup>165</sup> La création des autorités administratives indépendantes a suscité beaucoup d'espairs, notamment, celui de voir une administration débarrassée de l'emprise du pouvoir politique, administratif, impartiale et efficace. Mais, leur fonctionnement a fait naître des critiques assez importantes par rapport aux pouvoirs dont elles disposent et qui en font une institution exécutive, judiciaire et même législative.

<sup>166</sup> La validité de l'acte administratif s'apprécie par rapport à la norme immédiatement supérieure. C'est pourquoi, le contrôle de légalité a deux vertus cardinales à la lumière desquelles on peut reconnaître un Etat de droit : il s'agit de la soumission de l'administration au droit et du respect de la hiérarchie des normes.

<sup>167</sup> Cour suprême, 10 mai 2012, Cellule Nationale de Traitement des Informations Financières (CENTIF) c/ Comité de Règlement des différends de l'Autorité de Régulation des Marchés publics Bulletin des arrêts de la Cour suprême 2013.

<sup>168</sup> La CENTIF a été instituée par l'article 16 de la loi uniforme n°2004-09 du 06 février 2004 relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux que l'article 2 du décret n°2004-1150 du 30 juillet 2004.

<sup>169</sup> Dans cette affaire, le juge sénégalais de l'administration a retenu la définition de l'autorité contractante prévue par la directive 04/2005/ CM/ UEMOA Selon ce texte, l'autorité contractante est une personne morale de droit public ou de droit privé, signataire d'un marché public. Cette définition est contraire à celle prévue par l'article 2.1.a qui entend par autorité contractante l'Etat, en tant que personne morale et les organismes non dotés de la personnalité morale et placés sous son autorité.

Cette décision révélatrice d'une certaine convergence de vue entre l'ARMP et son juge revêt une portée pédagogique et didactique certaine. Elle permet aux acteurs de la procédure de passation des marchés de s'approprier les règles qui gouvernent ce secteur et, d'en assurer, l'exécution. Ce faisant, le juge contribue à la régulation des marchés publics mais aussi à diminuer, grâce à la dimension informative de ses décisions, les recours relatifs à la passation des marchés publics.

Dès lors, le juge de l'administration témoigne, de par son pouvoir d'interpréter les textes et d'éclairer les acteurs de la commande publique, de sa contribution à la régulation des marchés publics. Il s'agit d'une tâche dont s'acquitte le juge administratif au Sénégal en se faisant passer pour un juge d'application des lois, la « bouche de la loi » et, donc, un juge davantage enclin à répondre à des contributions concrètes qu'à construire des théories nouvelles<sup>170</sup>.

Tous ces exemples du juge sénégalais visent à susciter le même engouement chez son homologue béninois pour qu'enfin le contentieux juridictionnel puisse décoller et nourrir davantage les débats.

Toutefois, à son réveil, le juge béninois de l'administration ne doit pas rester cantonné à l'application des règles du code des marchés publics, il devra renforcer ses outils méthodologiques en termes de contrôle<sup>171</sup>. L'exercice de cette tâche lui permettra de jouer son rôle de contre-pouvoir, de « chien de garde du pouvoir administratif » mais aussi et surtout, son rôle de protecteur des administrés d'une manière générale et, en particulier, des libertés économiques des candidats à l'attribution des marchés publics.

### ***B- L'intensification du contrôle juridictionnel de la régulation***

Concernant le juge administratif, nous avons évoqué plus haut que les mesures conservatoires n'étaient pas appliquées en cas de saisine de la cour suprême. Ce qui fait qu'on constate que pour certains contentieux soumis à la cour, les marchés sont exécutés avant l'intervention de la décision de la cour. Ce qui rend sans objet voire totalement inutile la décision rendue par la cour.

Après réflexion sur une telle situation voici ce que nous proposons :

---

<sup>170</sup>Par théorie nouvelle, nous faisons allusion à la régulation économique entendue comme un nouveau champ investi par le droit. Voir à ce sujet Marie-Anne Frison Roche, op. cit ; Calandri Laurence, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2008, 733 pages

<sup>171</sup>Coulibaly D., Baba Kane, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone ? disponible sur le site <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/>

Bien qu'il existe au Bénin la procédure de demande de sursis à exécution<sup>172</sup> de la décision d'attribution du marché à un soumissionnaire, il serait opportun de renforcer les droits des candidats aux marchés publics qui devront s'opérer et se calquer sur l'institution du « référé précontractuel »<sup>173</sup>, technique existant en France, qui comporte des vertus considérables.

Dans sa mise en œuvre, le référé précontractuel permettra aux opérateurs économiques de saisir le juge administratif, avant même que le contrat soit signé, à un stade où les éventuelles violations aux règles de publicité et de mise en concurrence peuvent encore être empêchées ou corrigées. Il s'agira pour le Bénin de donner ainsi sa pleine effectivité à l'intervention du juge en favorisant la prévention en amont, des manquements aux règles de passation des marchés publics que pourrait révéler le contrôle a posteriori.

L'exposé des voies de droit ouvert aux requérants dans le contentieux de la commande publique stricto sensu s'articule autour de trois recours essentiels à savoir : le référé précontractuel<sup>174</sup>, le référé contractuel<sup>175</sup> et le recours en contestation de la validité du contrat<sup>176</sup>, qui doivent, dans un premier temps, être appréhendés d'un point de vue temporel. Le référé précontractuel constitue la seule voie de droit que le concurrent évincé peut mettre en œuvre avant la signature du contrat. Le référé contractuel et le recours en contestation de la validité du contrat s'ouvrent à lui, sous certaines conditions, dès la conclusion de celui-ci.

Le renforcement des droits des candidats aux marchés publics devra s'opérer et se consolider avec l'institution du référé contractuel, technique existant en France, qui comporte des vertus considérables.

<sup>172</sup> Le sursis à exécution est une décision par laquelle le juge reporte la date de la mise en œuvre d'une décision.

<sup>173</sup> V. François BRENET, *Succession d'un référé précontractuel et d'un référé contractuel*, note sous CE, 10 novembre 2010, France Agrimer, in *Droit administratif*, janvier 2011, p. 38 et S., p. 38. Le Professeur Jean-David DREYFUS remarquait une « mosaïque de recours ». V. Dreyfus Jean-David, « Référé précontractuel et référé contractuel : l'ignorance prémunit contre l'irrecevabilité », note sous CE, 10 novembre 2010, France Arrimer, in *AJDA*, 2011, p. 51. et S. p. 52. Le Professeur Philippe COSSALTER qualifiait le contenu du contentieux administratif des contrats publics de « feu d'artifice ». V. en ce sens : COSSALTER Philippe, « Vingt ans de contentieux administratif des contrats publics : permanence et innovations », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, IDPA, 2012, p. 231 et s., p. 250. Le Professeur Stéphane Braconnier soulignait la « concurrence fratricide entre les actions post-contractuelles ouvertes aux concurrents évincés » ; Marino-Philippe Clémence, « Les nouvelles règles de la commande publique : bilan autour d'un contentieux en perpétuelle évolution », in *RDP*, 2011, p. 113 et s., p. 114.

<sup>174</sup> Article L. 551-1 et s. du code de justice administrative Op.cit. ; V. aussi Ord. N°2009-515 du 7 mai 2009, art 1<sup>er</sup> et s.

<sup>175</sup> Cf. article L. 551-13 et s. du code de justice administrative, Op.cit. ; V. aussi Ord. N°2009-515 du 7 mai 2009, art 1<sup>er</sup> et s.

<sup>176</sup> Institué par l'arrêt CE, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation V. aussi article L. 521-1 et s. du code de justice administrative.

Evidemment, il existe au Bénin la procédure de demande de sursis à exécution de la décision d'attribution du marché à un soumissionnaire. Mais il (le Bénin) se doit de copier ces exemples édifiants qui ont permis au contentieux des marchés publics de connaître, au cours de ces dernières années, des évolutions profondes, visant à assurer une meilleure conciliation entre, d'une part, la protection du principe de légalité, qui régit l'action administrative et qui implique, en la matière, notamment le respect de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures, et d'autre part, l'objectif de stabilité des relations contractuelles.

Mais l'instauration d'un recours d'avant signature au Bénin ne saurait être vue comme un fait nouveau. Même si les textes n'en disposent pas expressément, le juge administratif béninois en avait déjà fait usage<sup>177</sup>. En effet, selon le Docteur Césaire KPENONHOUN, une innovation apportée par ce juge et qu'il ne faudrait pas banaliser concerne le référé précontractuel. L'analyse faite ici porte l'empreinte de ce dernier. S'il est vrai que le juge l'a expérimenté à l'occasion d'une demande de sursis à exécution, vu le délai assez bref<sup>178</sup> dans lequel sa décision est intervenue, il ne serait pas irréaliste d'affirmer que le référé précontractuel a une origine jurisprudentielle au Bénin<sup>179</sup>. Car, le référé précontractuel n'a été introduit dans le code de justice administrative français qu'à la faveur de l'ordonnance n°2009-515 du 07 mai 2009 soit onze (11) ans plus tard.

La requérante, la société Groupe MYC international, a demandé et obtenu le sursis à l'exécution de la décision attribuant la location-gérance du complexe cimentier d'ONIGBOLO à l'adjudicataire provisoire SCB Lafarge, paralysant ainsi la signature de la convention.

Le juge béninois a innové pour n'avoir pas attendu une législation en la matière.

Concernant les difficultés liées à l'appropriation par les juges administratifs des techniques économiques, nous recommandons qu'il faudrait inventer des « magistratures économiques »<sup>180</sup>, pour appliquer un nouveau droit pénétré d'économie, ce qui leur permettra

<sup>177</sup> Césaire KPENONHOUN, Contribution à l'étude du contentieux administratif au Bénin : 1990-2010, Thèse de Doctorat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2012., p.10

<sup>178</sup> Il a été saisi le 8 octobre 1998 et a rendu sa décision le 22 octobre 1998, soit en moins des 20 jours que le Code de justice administrative impartit au juge français.

<sup>179</sup> Voir N° 26/ CA du 22 octobre 1998, Groupe MYC International (SARL) c/ FCBC-Etat béninois, Rec. CS, pp. 198-202.

<sup>180</sup> Jacquemin Alexis, la magistrature économique, Oyez et Bruylant, 1976, « Eléments structurels d'une magistrature économique » RTD com 1977, pp. 421-434.

d'intégrer les enjeux et impératifs de la régulation économique dans leur raisonnement<sup>181</sup> et de comprendre que dans certaines situations, l'application du droit dans toute sa rigueur et son autorité peut être contreproductive d'un point de vue économique.

Il faut aussi donner aux juges administratifs, le pouvoir d'enjoindre à l'administration d'agir dans un sens ou dans un autre et de prononcer des astreintes car l'efficacité du contrôle juridictionnel de la régulation justifie le renforcement des pouvoirs du juge.

### ***Paragraphe 2 : Le renforcement l'office du juge pénal***

Pour ce qui est des insuffisances constatées pour l'office du juge pénal, nos recommandations vont dans le sens de la création une incrimination autonome aux marchés publics (A) et le réalisme des peines applicables (B).

#### ***A- La création une incrimination autonome***

Pour rappel, nous avons fait observer dans les insuffisances constatées pour l'office du juge pénal plus haut que la répression de plusieurs infractions, bien que reconnue au juge pénal, tient cependant moins à une disposition du code pénal, qu'à une disposition relevant du code de marchés publics<sup>182</sup>. Ce qui ouvre la brèche des difficultés d'ordre pénal qui assaillent le secteur de la passation des marchés publics et qui de ce fait dénotent d'une absence d'un arsenal pénal propre, destiné à réprimer les irrégularités constatées dans les procédures de passation<sup>183</sup>.

A titre d'illustration, nous avons fait constater qu'il n'est nulle part mentionné dans le code pénal béninois, un délit dit de « favoritisme » bien que l'expression soit récurrente dans les débats juridiques.

La pénalisation des marchés publics au Bénin reste en effet du moins au plan textuel, un domaine peu exploré à la fois par le législateur que par les tenants de la doctrine. Ne disposant

<sup>181</sup> Il importe toutefois de souligner que le juge béninois de l'administration n'est pas aussi outillé que le juge français en ce sens.

<sup>182</sup> C'est également cas dans les autres pays de l'UEMOA. Par exemple, les dispositions des articles 146 et 147 du CMP du Sénégal et 132 du CMP du Togo, toutes relatives aux sanctions des candidats, soumissionnaires et titulaires des marchés, applicables pour non-respect de la réglementation des marchés publics.

<sup>183</sup> En dehors de la loi N°2011-20 du 12 Octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin.

pas de l'outillage juridique nécessaire, le juge pénal se contente jusqu'ici d'un pis-aller<sup>184</sup> pour sanctionner les irrégularités qui lui sont signalées dans les procédures de passation.

C'est en réponse à ces insuffisances constatées pour l'office du juge pénal que la présente étude affirme qu'il s'impose de créer une incrimination autonome destinée à sanctionner l'atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès aux marchés publics. Car c'est d'abord l'égalité et ensuite la concurrence qui en résulte, qui assurent l'efficacité de la dépense et partant de là, garantit la bonne gouvernance des deniers publics.

La pénalisation constituant un dispositif de protection des marchés<sup>185</sup>, il faudrait impérativement penser à pénaliser le favoritisme. En ce sens, une révision du code pénal s'impose au Bénin. Ce serait peut-être l'occasion d'aménager des peines plus réalistes que ce qui figure dans le code des marchés publics.

### ***B- L'adaptation des peines applicables***

Dans cette volonté du législateur de renforcer la plénitude de juridiction du juge pénal en matière de marchés publics, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics joue un rôle de baromètre et de fusible entre les acteurs des marchés publics et le juge répressif.

En effet, le travail du juge pénal sera d'autant plus difficile que les infractions ont un caractère très technique qui repose sur une réglementation complexe. Dans le domaine des marchés publics, par exemple, la très grande diversité des agissements constatés a pour point de départ une mauvaise définition des besoins qui entraîne l'acheteur public vers un choix trop empreint de subjectivité suspecté alors de favoritisme.

Le juge devra ainsi trancher de l'existence ou non d'un favoritisme en se fondant sur la traduction des besoins, moins il y aura de risque de constitution du délit de favoritisme. La précision et l'exhaustivité des exigences contribuent, en effet, à s'assurer ultérieurement de la bonne exécution du marché.

Le champ d'application de la répression est également très large, la qualité des personnes susceptibles d'enfreindre le droit des marchés publics étant très diverse. Cette répression ne concerne pas seulement l'auteur ou le coauteur de l'infraction mais également

---

<sup>184</sup> Un pis-aller est une solution que l'on choisit faute de mieux. Dans ce cas-ci, il s'est agi pour le juge pénal, à défaut de disposer des textes spécifiques, de se baser sur les dispositions générales contenues dans le code pénal.

<sup>185</sup> Catherine PREBISSY-SCHNALL, « La pénalisation du droit des marchés publics », op. cit,

toutes les personnes, qui, à des degrés divers (complicité ou recel), ont commis les faits constitutifs des infractions, telles que les délits de favoritisme, de prise illégale d'intérêts ou de corruption<sup>186</sup>.

La répression des manquements aux devoirs d'impartialité, de probité et de prudence est, par ailleurs, une répression spéciale dans la mesure où elle ne concerne que quelques acteurs de l'achat public<sup>187</sup>. En pratique les peines prononcées concernent principalement les personnes physiques susceptibles d'intervenir dans le processus de la commande publique. Elles peuvent néanmoins s'appliquer exceptionnellement aux personnes morales de droit public comme de droit privé. Cette question de la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice d'activité de marchés publics est une question nouvelle et complexe. La pénalisation du droit des marchés publics peut ainsi être perçue comme une intervention du juge pénal dans la gestion publique, comme un jugement de valeur porté sur le comportement des acteurs de l'achat public opéré par le juge répressif. En effet, même si l'acheteur public est en première ligne, le candidat malheureux ne cherche pas forcément à obtenir la condamnation de la personne responsable du marché. Il a besoin de savoir qui est précisément à l'origine du manquement : pourquoi et comment. Pour trouver les réponses à ces questions et ainsi apporter la preuve des faits, le magistrat doit nécessairement apprécier de manière concrète et détaillée les différentes phases du processus décisionnel de dévolution d'un marché, le contexte de l'acte fautif et le périmètre d'action des agents publics afin d'identifier le prévenu<sup>188</sup>. La pénalisation des affaires publiques a mis face à face par le biais de l'ARMP, deux mondes : celui de la justice pénale et celui de l'achat public<sup>189</sup>.

C'est pourquoi, la promotion indirecte du respect du droit de la commande publique à travers l'institution d'une incrimination spécifique au fondement de la saisine du juge pénal à l'office étendu, est souhaitée.

---

<sup>186</sup> Loi n° 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin.

<sup>187</sup> Précisément ceux visés par le code pénal par l'appellation de « personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public »

<sup>188</sup> Docteur Moktar ADAMO, « *Cours sur le Contentieux Pénal des Affaires Publiques* », Maître-Assistant Des Facultés de Droit, Université de Parakou, Année 2014.

<sup>189</sup> Loi 2017-04 du 19 octobre 2017, art 147 et s. Op. cit.

Cette compétence étendue du juge pénal, d'interprétation et d'appréciation de la légalité de l'ensemble des actes administratifs, réglementaires ou individuels, correspond à l'idée de plénitude de juridiction, laquelle n'existe qu'à la seule condition que la solution du procès pénal dépende de l'examen de l'acte. Car « *les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* »<sup>190</sup>.

Cependant, il y lieu d'opérer une meilleure adaptation des peines aux circonstances et à l'ampleur des préjudices.

En effet, au titre des sanctions applicables aux violations commises par les agents de l'Etat en matière de liberté d'accès et l'égalité des candidats, le législateur a prévu qu'il soit « *puni d'une peine d'emprisonnement de cinq (5) ans à dix (10) ans, tout agent public qui intentionnellement n'aura pas respecté une ou plusieurs dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics* »<sup>191</sup>.

Au titre des sanctions applicables aux violations commises par les agents de l'Etat en matière de conflit d'intérêts, de fractionnement de marchés et des règles d'exclusion de la commande publique le législateur dispose que « *sans préjudice des sanctions disciplinaires prononcées en application de la réglementation en vigueur, les représentants et membres des autorités contractantes et de l'administration, des autorités chargées du contrôle et de la régulation des marchés publics, ainsi que toute personne intervenant, à quelque titre que ce soit, dans la chaîne de passation des marchés publics, auteurs ou complices de violations des règles en matière de conflit d'intérêts, de fractionnement de marchés et des règles d'exclusion de la commande publique, sont punis d'une peine de cinq (05) ans à dix (10) ans d'emprisonnement et d'une amende de cinquante millions (50 000 000) à cinq cent millions (500 000 000) de francs CFA* »<sup>192</sup>.

<sup>190</sup> Code pénal, art 111-5. Op. cit.

<sup>191</sup> Article 125 de la loi 2020-26 Op.cit. au titre manquements le législateur cite notamment : en œuvrant pour déclarer attributaire un soumissionnaire qui n'aurait pas respecté les règles de procédure en matière de soumission des marchés publics ou qui n'aurait pas rempli les conditions exigées par les dispositions législatives ou réglementaires applicables ; en créant une institution au nom de tiers en vue de soumissionner à un marché public ; en informant volontairement et préalablement à la soumission, tout soumissionnaire des conditions d'attribution de marché public ; en se livrant à des pratiques visant sur le plan technique à instaurer un fractionnement du marché ou influencer sur le contenu du dossier d'appel à concurrence ; en tentant d'influer sur l'évaluation des offres ou sur les décisions d'attribution.

<sup>192</sup> Cf. article 126 de la loi 2020-26 Op.cit.

Il en est de même pour les sanctions applicables aux violations commises par les agents de l'Etat en matière de règles de contrôle a priori. Le législateur dispose à cet effet que « sans préjudice des sanctions disciplinaires prononcées en application de la réglementation en vigueur, les représentants et membres des autorités contractantes et de l'administration, des autorités chargées du contrôle, intervenant, à quelque titre que ce soit, dans la chaîne de passation des marchés publics en violation des règles de contrôle a priori édictées par la présente loi, sont passibles d'une peine de cinq (05) ans à dix (10) ans d'emprisonnement et d'une amende de vingt-cinq millions (25 000 000) à cinq cent millions (500 000 000) de francs CFA »<sup>193</sup>.

En disposant ainsi le législateur a imposé des intervalles de peines et d'amendes dont l'application peut s'avérer insuffisante ou inappropriée. Par exemple, si dans le cadre d'un marché important relatif à un investissement structurant de l'économie (tel qu'un projet routier important, d'aéroport ou portuaire), le préjudice (ou les fonds détournés) est évalué à des milliards de francs, le juge ne sera-t-il pas coincé dans l'intervalle déjà imposé par le législateur ? Inversement, le juge sera-t-il obligé de prononcer une peine de 5 ans au moins et des amendes de 25.000.000 ou 50.000.000 de francs CFA pour un acte répréhensible dans le cadre d'un marché de petit montant (une dispense de moins de 4.000.000 ou une cotation de moins de 10.000.000 )?

C'est pourquoi, notre étude propose une reformulation des peines et surtout des amendes associées. Ces amendes peuvent être définies en fonction de multiples du montant du préjudice occasionné (en prévoyant par exemple que les auteurs sont passibles d'une amende allant d'une à deux fois du montant détourné ou du préjudice causé).

En dépit de cette précision sur le caractère réglementaire et individuel des actes administratifs susceptibles d'être interprétés ou appréciés par le juge répressif, force est de constater le silence des dispositions sur le cas des actes contractuels<sup>194</sup>.

<sup>193</sup> Cf. article 126 de la loi 2020-26 Op.cit.

<sup>194</sup> Peut-être la *summa divisio* entre les actes administratifs implicitement considérés « *unilatéraux* » et les contrats administratifs tend-elle à disparaître, au profit d'une nouvelle définition de l'acte administratif. La jurisprudence « *Tropic* » est, par exemple, significative à cet égard. L'expression « *actes administratifs de nature contractuelle* » est, par ailleurs, apparue dans la littérature juridique. V. en ce sens : STILLMUNKES Josette, « *Compétence des juridictions judiciaires à l'égard des actes administratifs* », in STILLMUNKES Josette, JCl. Administratif, Fasc. 1056, 18 janvier 2011, pt. 182.

L'ouverture de ce prétoire n'est toutefois le gage ni de la sanction indirecte et effective de l'ensemble des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, ni de la condamnation pénale des acteurs publics pour les méconnaissances commises d'où l'instauration d'un dialogue entre le juge du contrat et le juge pénal.

## ***CONCLUSION GÉNÉRALE***

Globalement, ces dix dernières années auront porté pour le Bénin, l'empreinte d'une décennie caractérisée par un combat commun, celui de mettre fin aux pratiques sombres qui depuis longtemps sévissent dans les marchés publics. L'on ne peut dénier que les efforts entrepris, ont apporté des changements significatifs à divers niveaux. La nouvelle réglementation née de ces apports a su asseoir un climat d'évolution et de relative confiance dans l'assainissement des pratiques de passation de même que dans les mécanismes de contrôle. Ainsi, au terme de notre étude, *nous avons constaté que le contrôle a posteriori des marchés publics est consacré au Bénin avec un impact mitigé sur le système, parce que quelques points faibles persistent encore.*

En effet, l'ARMP, la DNCMP et ses organes décentralisés et déconcentrés et les autres organes administratifs, dans le cadre du contrôle administratif et budgétaire des marchés font l'effort de s'acquitter de leur mission de contrôle des marchés publics conformément aux bonnes pratiques internationalement reconnues en matière de passation, d'attribution de marché. On note aussi, une volonté d'accroître l'efficacité, l'efficience et la transparence en même temps la recherche permanente de la flexibilité du système de passation.

Mais malgré les efforts consentis ici et là, les incohérences dans les pratiques n'ont pas disparu pour autant. De ce fait, comme nous l'avons relevé, les **entorses sont toujours légions**. Elles semblent à certains égards considérablement éprouver les efforts si durement consentis, du moins **au plan textuel** et occultent ainsi les retombées positives que l'on pouvait escompter du respect de la réglementation des marchés publics en général. Nous avons compris qu'une prise de conscience était nécessaire mais elle ne saurait garantir à elle seule l'intégrité tout au long du processus de passation et de contrôle des marchés. Ainsi, **le professionnalisme du personnel impliqué** est-il essentiel pour garantir la bonne gestion et la prévention des comportements répréhensibles.

Du reste, ce n'est pas tant le trop grand espoir suscité par son avènement que la désillusion autour de son effectivité qui est reproché au contrôle a posteriori, mais bien la faiblesse dans l'affirmation d'une volonté politique plus audacieuse à entreprendre davantage la mise en œuvre des recommandations des missions de contrôle y compris les sanctions afin de venir à bout des atteintes tous azimuts aux normes.

Il existe en effet des goulots d'étranglements qui réduisent la performance du contrôle en général et du contrôle a posteriori en particulier. Les points faibles du contrôle a posteriori du système résident dans la non-conformité de leur système d'archivage au manuel de

classement des documents des marchés, le manque de moyens et d'agents suffisamment formés pour exécuter les prérogatives, la non maîtrise des procédures de passation des marchés publics dans certaines autorités contractantes nonobstant les nombreuses séances de formations déroulées en faveur des acteurs, l'absence de canevas ou directives ou manuel de procédures pour la conduite du contrôle a posteriori des marchés passés par la procédure de demande de cotations, retard dans la production, la publication ou l'inexploitation des rapports d'audit ou de contrôle la défaillance du contrôle juridictionnel notamment un dépassement des attributions classiques du juge administratif ou encore et les difficultés liées au volet pénal.

Comme proposition d'amélioration, l'étude a recommandé un renforcement de l'efficacité du contrôle administratif des marchés publics par des mesures anticipatives et correctives. Nous avons suggéré le renforcement du contrôle à priori pour limiter les insuffisances à l'étape du contrôle a posteriori et la modernisation de la gestion des archives des marchés. L'étude a recommandé également une meilleure organisation du contrôle ex post par la professionnalisation du contrôle administratif a posteriori d'une part et de la nécessité de l'exploitation des rapports des missions qui en découlent d'autre part.

Au titre du contrôle juridictionnel, il a été recommandé le renforcement l'office du juge administratif à travers l'encadrement du recours et la prise de part active à la régulation des organes de passation et de contrôle. Pour ce qui est des insuffisances constatées pour l'office du juge pénal, nos recommandations vont dans le sens de la création une incrimination autonome aux marchés publics et l'adaptation des peines applicables.

L'initiative de l'État dans ce cadre devrait mettre la responsabilisation des autorités contractantes à travers, et le respect des principes directeurs le libre accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, et l'économie. Mais comme pour toute bonne œuvre destinée à instaurer une embellie dans une situation qui pendant longtemps a été obscurcie, il y a toujours des péripéties qui ne devraient cependant pas contraindre les défenseurs les plus optimistes du principe de l'efficacité par le contrôle a posteriori au désistement.

Enfin, il est important de rappeler que le Parlement béninois vient de voter un nouveau code des marchés publics dont les décrets d'application sont attendus. Ce nouveau code remplace celui de 2017 et constitue à notre avis un code qui devra apporter les solutions idoines aux imprécisions et insuffisances que comportait l'ancien code des marchés publics.

***BIBLIOGRAPHIE****I- OUVRAGES**A- OUVRAGES GENERAUX*

- AUTIN (J-L), « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », (1998) R.D.P.
- BOULOUIS (J.), *Droit économique* in L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland DRAGO, Economica, 1996, 503 pages.
- CAILLOSSE (J.), Le droit administratif contre la performance publique ? AJDA, 1999, 197 pages.
- CALANDRI (L.), Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, LGDJ, 2008, 733 pages.
- CANIVET (G.), Propos généraux sur les régulateurs et les juges, in Marie-Anne Frison-Roche, 2004, Presse de Sciences Po, 208 pages.
- CHAPUS (R.), Droit du contentieux administratif, Paris LGDJ 2008, 13<sup>ème</sup> éditions, 1560 pages.
- CLIQUENNOIS (M.), Droit public économique, Paris Ellipses 2001, 272 pages.
- COSSALTER (P.), « Vingt ans de contentieux administratif des contrats publics : permanence et innovations », in Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin, IDPA, 2012, p. 231 et s.
- DEBBASCH (C.), *Déclin du contentieux administratif*, Ed. Dalloz-Sirey, 1967, P95-100.
- DIDIER (L.), «Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence» ? AJDA, 2005, pp.1537-1592.
- DREYFUS (J-D), « Référé précontractuel et référé contractuel : l'ignorance prémunit contre l'irrecevabilité », note sous CE, 10 novembre 2010, France Arrimer, in AJDA, 2011, p. 51. et S
- BRENET (F), Succession d'un référé précontractuel et d'un référé contractuel, note sous CE, 10 novembre 2010, France Agrimer, in Droit administratif, janvier 2011.
- Jacquemin Alexis, la magistrature économique, Oyez et Bruylant, 1976, « Eléments structurels d'une magistrature économique » RTD com 1977, pp. 421-434.
- Lexique des termes juridiques 2020-2021, 28<sup>ème</sup> édition Dalloz, Paris 2020, 1150 pages.

- Lombard (M.), « Institutions de régulation économique et démocratie politique », AJDA, n°10, 14 mars 2005, Dalloz, p. 531.
- RICHIER (L.), Droit des contrats administratifs, Paris LGDJ 2006, 738 pages.
- RIETSH (J-M.), Mise en œuvre de la dématérialisation, Ed. Dunod, 2010. 295 pages
- SALAMI (I. D.), *Droit administratif*, édition CeDAT 2015, 404 p.
- TAMIN (C.), Economie et droit, in Dénys. Alland et J. Riels (dir), Dictionnaire de la culture juridique PUF et Lamy, 2003, pp. 578-581
- Timsit (G.), Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation, Revue Française d'administration publique, n°78, Paris, 1996, pp. 375-394.
- VEDEL Georges, Le droit économique existe-t-il ? Mélanges Vigreux, 1981. p. 767-783.

### ***B- OUVRAGES SPECIFIQUES***

- BRACONNIER (S), Précis du droit des marchés publics, Paris, le Moniteur, 4<sup>ème</sup> édition, 2012, 570 pages
- CHABANOL (D), JOUGUELET (J-P) et BOURRACHOT (F), Le régime juridique des marchés publics, 5<sup>ème</sup> édition, Le Moniteur, 2007, 595 pages.
- LAJOYE (C.), Mémento de Droit des marchés publics, Paris, Gualino, 2<sup>ème</sup> Edition, 2005, 234 pages.
- LINDITCH (F.), Le droit des marchés publics, connaissance de droit, Dalloz, 2006, 150pages.
- MARIMBERT (J.), « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », in Marie Anne Frison-Roche, pp.179-183.
- MARTINEZ Benjamin, SERR Fabien, Exécution des Marchés Publics, mise en œuvre administrative et financière, Editions Le Moniteur, Paris, 2013, 376 pages.
- MESSENGUE AVOM Bernard, La gouvernance des marchés publics, Editions Le Kilimandjaro, Yaoundé, 2013, 552 pages.
- OCDE, L'intégrité dans les marchés publics, les bonnes pratiques de A à Z, Editions OCDE, Paris, 2007, 128 pages.
- PREBISSY-SCHNALL (C.), *La pénalisation du droit des marchés publics*, ed. LGDJ, 2002, Bibliothèque de droit public (tome 223), 617 pages.

## II- ARTICLES

- Baba Kane Coulibaly (D.), « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone ? ».
- DIALLO (M-Y.), « Le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal ».
- EHOUMI (G- C.), « Mauvaises performances sous le changement : Les tares de la faible consommation des Pip », La presse du jour, 2 juillet 2010.
- EURAWASSER, in Les petites affiches, 11 février 2010, p. 3 et S., spéc. p. 12.
- GLATT (J-M.), « La catégorisation des contrats de commande publique : source d'insécurité juridique », note sous CJCE, 10 septembre 2009.
- MARIMBERT (J.), « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », in Les régulations économiques : légitimité et efficacité, collection Droit et Economie de la Régulation, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.
- Marino-Philippe (C.), « Les nouvelles règles de la commande publique : bilan autour d'un contentieux en perpétuelle évolution », in RDP, 2011, p. 113 et s., p. 114
- Oyez et BRUYLANT, 1976, « Eléments structurels d'une magistrature économique » RTD 1977.
- RIVERO (J.), « Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », Dalloz Chr. VI, 1962, p. 37-40.
- STILLMUNKES Josette, « Compétence des juridictions judiciaires à l'égard des actes administratifs », in STILLMUNKES Josette, JCl. Administratif, Fasc. 1056, 18 janvier 2011, pt. 182.

## III- THESES ET MEMOIRE

### A- THESES

- Adama (C), Analyse de la concurrence et de la régulation en Afrique : cas du Sénégal et du Mali, Thèse, Dakar, dec. 2013
- GOUNOU SALIFOU (A), Droit et pratique des marchés publics en Afrique de l'ouest francophone : cas de la République du Bénin ; Thèse de doctorat soutenue en 2008 à l'Université de Lomé (Togo), 536 pages.

- KPENONHOUN (C.), Contribution à l'étude du contentieux administratif au Bénin : 1990-2010, Thèse de Doctorat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2012, 564 pages

#### **B- MEMOIRE**

- VA Sandrine Anne Elodie, Mise en place de la dématérialisation du processus de passation des marchés publics au Sénégal, CESAG 2014.

#### **IV- RAPPORTS ET DOCUMENTS**

- Autorité de régulation de marches publics, Manuel de traitement des recours, juin 2014.
- Docteur Moktar ADAMOU, « Cours sur le Contentieux Pénal des Affaires Publiques », Maitre-Assistant Des Facultés de Droit, Université de Parakou, Année 2014.
- OCDE. Méthodologie d'évaluation des systèmes nationaux de passation des marchés. Version 4. 3 octobre 2006.
- REPUBLIQUE DU BENIN/ Ministère de l'économie et des finances, Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics. Guide méthodologique de Contrôle des Marchés publics. Décembre 2016
- REPUBLIQUE DU BENIN/Ministère de l'économie et des finances, Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics. Rapport annuel. 2012,2013, 2014 et 2015.
- REPUBLIQUE DU SENEGAL/Ministère de l'économie et des finances, centre d'études de politique pour le développement CEPOD. Ndiaye, Ndiaga. La mise en place de système efficace de passation des marchés publics est-elle nécessaire pour l'amélioration des performances de l'administration ?
- REPUBLIQUE DU SENEGAL/Ministère de l'économie et des finances, Direction Centrale des marchés publics. Tableau synoptique des manquements récurrents notés sur les dossiers soumis à la revue à priori de la direction centrale des marchés publics. Décembre 2012.
- Transparency international, « Minimum Standards of public procurement », 2005

## V- TEXTES JURIDIQUES

### A- ETRANGERS

- Directive N°04/2005/CM/UEMOA Portant Procédures de Passation, d'Exécution et de Règlement des Marchés Publics et des Délégations de Service Public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;
- Directive N°05/2005/CM/UEMOA Portant Contrôle et Régulation des Marchés Publics et des Délégations de Service Public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.
- Décret n° 2014 -1212 du 22 septembre 2014 portant code des marchés publics Sénégalais et Décret 2009-277 du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service publics du Togo
- Loi uniforme n°2004-09 du 06 février 2004 relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux au Sénégal
- Code de justice administrative 2020, annoté et commenté, Dalloz, 5eme ed, 1602 pages
- Code des marchés et autres contrats (commenté), Paris, Dalloz, 7ème édition, 2014, 1771 pages.

### B- NATIONAUX

- Loi N°2009 -02 du 07 Août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public au Bénin ; Loi N°2017 -04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics.
- Loi N°2020 -026 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics.
- Loi N°2011-20 du 12 Octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin.
- Loi N°2004-18 du 27 août 2004 portant modification de l'Ordonnance du 31 décembre 1996 portant code des marchés publics applicables en République du Bénin.
- Loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes.
- Loi n° 97-028 du 15 janvier 1999 portant organisation de l'administration territoriale de la République du Bénin.

- Décret n° 2020\_595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement (AOF) de l'ARMP.
- Décret n°2020\_596 du 23 décembre 2020 portant AOF de la PRMP.
- Décret n° 2020\_597 du 23 décembre 2020 portant AOF de la CCMP.
- Décret n° 2020-598 du 23 décembre 2020 portant AOF de la Direction Nationale de Contrôle des marchés Publics (DNCMP).
- Décret n°2020\_599 du 23 décembre 2020 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, de contrôle et d'approbation des marchés publics
- Décret n°2020\_602 du 23 décembre 2020 portant approbation des documents types de passation des marchés publics.
- Décret n°2020\_605 du 23 décembre 2020 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix.
- Décret n° 2018 - 398 du 29 août 2018 portant statuts particuliers des corps de contrôle de l'ordre administratif en République du Bénin.
- Décret n° 2008-276 du 19 mai 2008 portant création du FADeC.
- Décret n° 2016-292 du 17 mai 2016 fixant la structure type des ministères.
- Décret n° 2007-532 du 02 novembre 2007 portant AOF des Archives Nationales en République du Bénin

## VI- **JURISPRUDENCES**

### **A- BENINOISES**

- Décision n°2013-008/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 19 juillet 2013, affaire Bureau D'Etude « SOMUSFOR » c/ Le Ministre de l'Agriculture de l'Elevage et de la Pêche.
- N° 26/ CA du 22 octobre 1998, Groupe MYC International (SARL) c/ FCBC-Etat béninois, Rec. CS, pp. 198-202.
- Décision n°2013-008/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 19 juillet 2013
- Décision n° 2019-01/ARMP/PR-CR/CD/SP/DRAJ/SA du 17 janvier 2019
- Décision n° 2019-14/ARMP/PR-CR/CD/SP/DRAJ/SA du 26 avril 2019
- Décision n°2013-001/ARMP/CR du 03 avril 2013
- Décision n°2013-003/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 03 avril 2013

**B- ETRANGERES**

- CS Sénégal, 22/08/2013, Société SARRE-CONS c/ARMP, Bulletin des arrêts de la Cour Suprême du Sénégal.
- CS Sénégal, 24/10/2013 Société Angélique International Limited (A.I.L) c/ ARMP, Bulletin des arrêts de la Cour Suprême du Sénégal.
- CE, 26 avril 1972, Raboni, AJDA, 1972, p. 414
- CE, 3 mai 1961, Société Entreprise Thomas Kotland et OPHLM du Département de la Seine, rec. p. 290
- CE, Ass, 03 décembre 1999, Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf, RFDA, 2000, p.581

**VII- WEBOGRAPHIE**

- <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/impact/41780> consulté le 15/01/21 à 12 heures.
- BENHALLA (S.E.), nouvelle refonte des marchés publics en Algérie, vers un allègement des contraintes ? <http://marchpusaadiben.unblog.fr> consulté le 15/01/21 à 13 heures
- Coulibaly D., Baba Kane, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone », <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/>, consulté le 02 février 2021 à 15h30
- Organisation Internationale de Droit du Développement, « Les marchés publics dans les pays en développement leçons apprises des activités récentes de l'IDLO », in Actualités du droit du développement - N° 1/2007, P1-11 ; <http://www.idlo.int>, consulté le 15/01/2021.

## TABLE DES MATIERES

<i>AVERTISSEMENT</i> .....	i
<i>DÉDICACE</i> .....	ii
<i>REMERCIEMENTS</i> .....	iii
<i>LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS</i> .....	iv
<i>SOMMAIRE</i> .....	v
<i>INTRODUCTION GÉNÉRALE</i> .....	1
<i>PREMIÈRE PARTIE</i> : .....	8
<i>UN CONTRÔLE CONSACRÉ</i> .....	8
<i>CHAPITRE PREMIER : UN CONTRÔLE ADMINISTRATIF DYNAMIQUE</i> .....	10
<i>Section 1 : Le cadre institutionnel du contrôle administratif a posteriori</i> .....	10
<i>Paragraphe 1 : Le rôle des organes de contrôle dédiés</i> .....	10
<i>A- Le contrôle a posteriori de la DNCMP</i> .....	11
<i>B- Le contrôle a posteriori des CCMP</i> .....	12
<i>Paragraphe 2 : Les autres organes de contrôle a posteriori</i> .....	14
<i>A- Les corps de contrôle de l'ordre administratif</i> .....	14
<i>B- Le contrôle a posteriori des bailleurs de fonds</i> .....	16
<i>Section 2 : L'essentiel du contrôle administratif</i> .....	18
<i>Paragraphe 1 : Le contrôle des aspects généraux</i> .....	18
<i>A- L'approche méthodologique idem du contrôle a posteriori</i> .....	19
<i>B- La mise en place et fonctionnement des organes</i> .....	21
<i>Paragraphe 2 : Le contrôle spécifique des procédures</i> .....	22
<i>A- Le contrôle de la régularité des procédures de la passation</i> .....	23
<i>B- Le contrôle de conformité d'exécution</i> .....	27
<i>CHAPITRE 2 : UN CONTRÔLE NON JURIDICTIONNEL EFFECTIF ET UN CONTRÔLE JURIDICTIONNEL AFFIRMÉ</i> .....	30
<i>Section 1 : Un contrôle à deux visages de l'ARMP</i> .....	30
<i>Paragraphe 1 : L'audit indépendant de l'ARMP</i> .....	31
<i>A- Un organisme administratif particulier</i> .....	31
<i>B- La mise en œuvre de l'audit indépendant</i> .....	32
<i>Paragraphe 2 : La mission non juridictionnelle de l'ARMP</i> .....	35
<i>A- Le pouvoir de sanction à l'égard des acteurs publics</i> .....	35
<i>B- Le pouvoir de sanction à l'égard des acteurs privés</i> .....	37

<i>Section 2 : Le contrôle juridictionnel indispensable.....</i>	39
<i>Paragraphe 1 : Le contrôle de la régularité des procédures.....</i>	39
<i>A- Un rappel des règles de transparence par le juge.....</i>	39
<i>B- Une régulation économique par le juge.....</i>	42
<i>Paragraphe 2 : Les autres juridictions intéressées.....</i>	44
<i>A- Le contrôle des juridictions financières.....</i>	44
<i>B- Une extension du contrôle au juge pénal.....</i>	45
<b>DEUXIÈME PARTIE : UN IMPACT MITIGÉ.....</b>	<b>50</b>
<b>CHAPITRE 1 : LES FORCES ET FAIBLESSES DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE</b>	<b>52</b>
<i>Section 1 : Les forces des mécanismes de contrôle.....</i>	52
<i>Paragraphe 1 : Le respect des principes et l'efficacité du système.....</i>	53
<i>A- L'impact du contrôle a posteriori sur les principes fondamentaux de la commande publique.....</i>	53
<i>B- L'impact du contrôle a posteriori sur l'efficacité du système de la commande publique.....</i>	54
<i>Paragraphe 2 : La rationalisation de la dépense publique.....</i>	56
<i>A- L'économie et le gain.....</i>	56
<i>B- La flexibilité et la fluidité de la gestion.....</i>	57
<i>Section 2 : Les faiblesses des mécanismes de contrôle.....</i>	59
<i>Paragraphe 1 : Les insuffisances relatives au contrôle administratif.....</i>	59
<i>A- Les faiblesses liées au contrôle a priori.....</i>	59
<i>B- Les difficultés inhérentes au contrôle a posteriori.....</i>	62
<i>Paragraphe 2 : La complexité du contrôle juridictionnel.....</i>	65
<i>A- Un dépassement des attributions classiques du juge.....</i>	65
<i>B- Des difficultés liées au volet pénal.....</i>	68
<b>CHAPITRE 2 : UNE NÉCESSITÉ DE RENFORCEMENT DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE.....</b>	<b>71</b>
<i>Section 1 : Le renforcement de l'efficacité du contrôle administratif.....</i>	71
<i>Paragraphe 1 : Les actions ex ante nécessaires.....</i>	71
<i>A- Un contrôle a priori plus efficace.....</i>	71
<i>B- Une gestion moderne des archives des marchés.....</i>	73
<i>Paragraphe 2 : une meilleure organisation du contrôle ex post.....</i>	75
<i>A- La professionnalisation du contrôle a posteriori.....</i>	75
<i>B- Une meilleure exploitation des rapports.....</i>	78
<i>Section 2 : Le renforcement du contrôle juridictionnel.....</i>	80

<i>Paragraphe 1 : Le renforcement l'office du juge administratif</i> .....	80
<i>A- L'encadrement du recours juridictionnel</i> .....	80
<i>B- L'intensification du contrôle juridictionnel de la régulation</i> .....	82
<i>Paragraphe 2 : Le renforcement l'office du juge pénal</i> .....	85
<i>A- La création une incrimination autonome</i> .....	85
<i>B- L'adaptation des peines applicables</i> .....	86
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	91
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	94