



**UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI**  
**FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE**  
***CENTRE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE L'ADMINISTRATION***  
***TERRITORIALE (CeDAT)***

**MEMOIRE DE FIN DE FORMATION POUR L'OBTENTION DU MASTER EN**  
**MARCHES PUBLICS ET PARTENARIATS PUBLIC PRIVE**

**THEME**

**LES PREROGATIVES DE LA PUISSANCE PUBLIQUE**  
**A L'EPREUVE DES MARCHES PUBLICS**

Réalisé par :  
Mathias Cokou AKODANDE HONMA

Sous la direction de :  
Ludovic GUEDJE,  
Maître Assistant en Droit Privé,  
Enseignant des Facultés de  
Droit et des Sciences Politiques  
à l'université d'Abomey-Calavi.

**Année académique 2016 – 2017**

**AVERTISSEMENT**

**LA FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE (FADESP) N'ENTEND DONNER AUCUNE APPROBATION, NI IMPROBATION AUX OPINIONS EMISES DANS CE MEMOIRE, CELLES-CI SONT CONSIDEREES COMME PROPRES A LEUR AUTEUR.**

## REMERCIEMENTS

- ☞ Au Grand Architecte de l'Univers, pour toutes ses œuvres dans ma vie ;
- ☞ A tous mes parents, pour l'éducation qu'ils m'ont donnée ;
- ☞ A tout le corps enseignement du Centre de Droit Administratif et de l'Administration Territoriale (CeDAT) et à ses Autorités, pour la richesse et la qualité des cours théoriques et pratiques dispensés ;
- ☞ A monsieur Ludovic GUEDJE, notre Maître de mémoire, pour avoir accepté de conduire et de suivre ce travail ;
- ☞ A tous les collègues de la promotion 2016-2017, grâce à vous, cette formation a été très animée et riche en expériences au-delà de mes attentes ;
- ☞ A toi Hervé Nicaise AWOLO, ex Secrétaire Permanent de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, qui nous a recommandé vivement à cette formation et qui n'a plus attendu sa fin pour tirer sa révérence, trouves en ce travail, mes reconnaissances à titre posthume ;
- ☞ A monsieur Delphin O. KOUDANDE, Ex Ministre de l'Agriculture, de l'Elevage et de Pêche (MAEP), pour m'avoir permis de reconnaître que le chantier des marchés publics dans le domaine du droit administratif, reste à explorer pour la suite de ma carrière ;
- ☞ A tous les collègues du Secrétariat de la Personne Responsable des Marchés Publics du MAEP ;
- ☞ A mes enfants, pour leur servir d'exemple ;
- ☞ A ma femme, pour son soutien permanent et ses conseils ;
- ☞ A tous ceux qui m'ont soutenu dans cette formation d'une manière ou d'une autre.

## SIGLES ET ABBREVIATIONS

AC :	Autorité Contractante
AGETIP :	Agence de Gestion des Travaux d'Intérêt Public
ARMP :	Autorité de Régulation des Marchés Publics
AUA :	Acte Uniforme relatif au droit d'Arbitrage
AUPSRVE :	Acte Uniforme relatif aux Procédures Simplifiées de Recouvrement et les Voies d'Exécution
CCJA :	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CCTG :	Cahier des Clauses Techniques Générales
CCTP :	Cahier des Clauses Techniques Particulières
CPMP :	Commission de Passation des Marchés Publics
DAO :	Dossier d'Appel d'Offres
DNCMP :	Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics
FADEC :	Fonds d'Appui au Développement des Communes
FONAC :	Front des Organisations Nationales de lutte contre la Corruption
MUHREFLEC :	Ministère de l'Urbanisme de l'Habitat de la Réforme Foncière et de la Lutte contre l'Erosion Côtière
MOD :	Maître d'Ouvrage Délégué
OHADA :	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique des Droits des Affaires
PPMP :	Plans de Passation des Marchés Publics
PRMP :	Personne Responsable des Marchés Publics
PVI :	Programme de Vérification des Importations
SBEE :	Société Béninoise de l'Energie Electrique
SERHAU-SA :	Société d'Etudes Régionales d'Habitat et des Aménagements Urbains, Société Anonyme
UEMOA:	Union Economique Monétaire Ouest Africaine

## SOMMAIRE

### INTRODUCTION GENERALE

#### PREMIERE PARTIE :

#### UNE PREROGATIVE CONSACREE

##### CHAPITRE 1 :

La souveraineté de la puissance publique dans les étapes préparatoires

##### Section I :

La souveraineté dans la définition des besoins et du budget alloué

##### Section II :

La souveraineté dans l'attribution du marché

##### CHAPITRE 2 :

La souveraineté dans la conduite des autres étapes de la procédure

##### Section I :

La souveraineté dans l'exécution du marché

##### Section II :

La souveraineté dans les conditions de recours

#### DEUXIEME PARTIE :

#### UNE MISE EN ŒUVRE DIFFICILE

##### CHAPITRE 1 :

Le recours au juge

##### Section I :

La méconnaissance des textes du droit des marchés publics

##### Section II :

L'abus des prérogatives de puissance publique

##### CHAPITRE 2 :

Le recours à l'arbitrage

##### Section I :

Les épreuves liées à la méconnaissance de l'arbitrage et à son fonctionnement

##### Section II :

Les épreuves liées aux sentences

### CONCLUSION GENERALE

# **INTRODUCTION GENERALE**

Le commissaire du gouvernement André JACOMET dans ses propos célèbres avait affirmé : *« lorsqu'elle conclut des contrats administratifs, l'Administration ne se dépouille pas de ses attributs de puissance publique »*<sup>1</sup>. Cette affirmation pose de façon très brillante, l'attachement de l'Etat à ses pouvoirs de puissance publique qu'il ne négocie pas toutes les fois que l'intérêt général est menacé ou que la mission de service public doit s'exercer dans le cadre de ses relations contractuelles. En effet, pour se procurer des biens et services nécessaires à l'équipement et au fonctionnement de ses services, l'Etat s'adresse à des personnes physiques ou morales avec lesquelles il conclut divers contrats qui peuvent prendre la forme de Marchés Publics, de Délégations de Services Publics ou encore de Partenariats Public- Privé.

*« Le marché public est un contrat écrit par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de service s'engage envers l'une des personnes morales de droit public ou de droit privé , soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant rémunération »*<sup>2</sup>.

*« La Délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public ou de droit privé confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service ; elle comprend les régies intéressées, les affermages ainsi que les concessions de service public, qu'elle inclut ou non l'exécution d'un ouvrage »*<sup>3</sup>.

*« Le contrat de partenariat public-privé est un contrat par lequel une personne publique confie à un partenaire privé, personne morale de droit privé, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien , leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant à*

---

<sup>1</sup> Conclusion sur C.E., 5 mars 1954, Demoiselle SOULIER.

<sup>2</sup> Article 4 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin.

<sup>3</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi 2016-24 du 28 juin 2017 portant cadre juridique du partenariat public privé en République du Bénin.

*d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée »<sup>4</sup>.*

Même si ces contrats sont soumis aux règles habituelles de formation (libertés de volontés, loyauté contractuelle) qui régissent tous les rapports contractuels, il est très aisé pour l'Etat d'évoquer les prérogatives de la Puissance Publique qu'il incarne pour ne pas se soumettre aux obligations contractuelles qu'il a souscrites librement.

Une telle démarche qui trouve son fondement dans l'expression des prérogatives de Puissance Publique, lui permet dans les relations contractuelles, d'imposer unilatéralement sa volonté au cocontractant par la mise œuvre des clauses exorbitantes caractéristiques des contrats administratifs.

C'est cette volonté que le Professeur Maurice HAURIOU a mis en exergue lorsqu'il définit la puissance publique au sens juridique comme « *une volonté qui exerce les droits administratifs au nom de la personnalité publique des administrations* »<sup>5</sup>.

Dans ses relations contractuelles, les prérogatives de puissance publique de l'Etat, s'exercent par des principes non négociables reconnus sous le vocable de clauses exorbitantes du droit commun que sont : les pouvoirs de contrôle et de direction, le pouvoir de modification unilatérale, le pouvoir de sanction et celui de résiliation du contrat dans l'intérêt du service public.

Martine LOMBART et Gilles DUMONT, abordant la même préoccupation de puissance publique expliquent à ce sujet que : « *l'ampleur des pouvoirs donnés à l'Administration en matière d'exécution des contrats administratifs lui permet généralement de se dispenser du recours au juge pour sanctionner les fautes du cocontractant de l'administration. Par ailleurs, elle rend simultanément difficile et donc aléatoire la démonstration d'une faute permettant au cocontractant de l'administration d'engager la responsabilité de celle-ci* »<sup>6</sup>.

Si dans les cas de nécessité de services publics et d'intérêt général, l'Etat s'en sort par le biais des arguments bien solides avec à la solde le paiement des intérêts

---

<sup>4</sup> BEAUGE (T), *Dictionnaire de la commande publique*, Editions AFNOR, Réforme 2006 du Code des Marchés publics.

<sup>5</sup> HAURIOU (M), *Précis de Droit administratif et de droit public général*, Paris, Editions DALLOZ, 2017, P.190.

<sup>6</sup> LOMBART (M) et DUMONT (G), *Droit Administratif*, Paris, édition DALLOZ, 5<sup>ième</sup> édition, 2003, P. 240.

et dommages, il n'est pas rare que la mauvaise utilisation ou l'abus des prérogatives de puissance publique, l'expose dans d'autres cas, à des procédures judiciaires très onéreuses dans lesquelles le recours aux contrats pour satisfaire ses besoins devient une aventure périlleuse. C'est le cas souvent dans les contrats de marchés publics où les résiliations et ou modifications unilatérales par la Personne Publique au mépris des limites de l'exercice de ses prérogatives, amènent les cocontractants à formuler des recours qui conduisent à de lourdes condamnations de l'Etat. C'est ce que ces mêmes auteurs ont mis en relief lorsqu'ils affirment que « *la responsabilité contractuelle ne peut être qu'une responsabilité pour faute, cette dernière résultant d'un manquement à l'une des obligations résultant du contrat ou, éventuellement, d'un usage abusif des prérogatives dont dispose l'administration dans l'exécution des contrats* »<sup>7</sup>.

Ainsi, malgré ses prérogatives exorbitantes du droit commun qui placent la puissance publique dans une position de force qui déséquilibre le cocontractant, il n'est pas rare qu'à l'issue du contrat, que l'Etat sorte affaibli financièrement. Le cocontractant qui au départ était à l'image de candidat impuissant au regard des nombreuses prérogatives de l'Etat, sort du contrat très fort aussi bien juridiquement que financièrement.

Dès lors, la motivation de satisfaire les besoins de son fonctionnement ou de son équipement se transforme en cauchemars et parfois en amertume surtout dans les cas où l'Etat accepte de compromettre.

Il en est ainsi parce que face aux abus et excès des prérogatives de puissance publique, les cocontractants sont obligés de rechercher une sécurité juridique et juridictionnelle qui leur assure une garantie suffisante dans leurs relations contractuelles avec l'Etat. La soumission des contrats de marchés à l'arbitrage en cas de litige, devient le rempart dans la pratique des contrats administratifs parce qu'elle garantit non seulement un règlement équitable mais aussi assouplit les effets pervers résultant de l'exercice des prérogatives de puissance publique par l'Etat.

On se demande alors si les prérogatives de puissance publique qui consacrent la souveraineté de l'Etat dans les contrats de marchés, ne l'exposent-ils pas tout au long du processus, à des épreuves ?

---

<sup>7</sup> LOMBART (M) et DUMONT (G), *Droit Administratif*, Paris, édition DALLOZ, 5<sup>ème</sup> édition, 2003, P. 240.

La problématique de prérogatives de puissance publique à l'épreuve des marchés publics, renvoie donc à explorer les conditions d'exercice des prérogatives conférées à la puissance publique dans le cadre des marchés publics pour en définir les limites au regard des dommages et pénalités qu'elles font subir en cas d'abus ou d'excès.

Ce travail présente l'intérêt de démontrer les conditions encadrées de recours aux attributs de puissance publique de l'Etat dans le cas des marchés publics sans toutefois violer les règles contractuelles. Il permet surtout de faire ressortir aux profit des praticiens, la nécessité de maîtriser et de conduire chacune des étapes des procédures de passation et d'exécution pour éviter d'entraîner l'Etat ou ses démembrements dans des contentieux relevant de leur ignorance ou méconnaissance .

Ainsi, nous aborderons dans la première partie, une Prérogative consacrée et dans une seconde partie une mise en œuvre difficile.

# 1<sup>ère</sup> PARTIE : UNE PREROGATIVE CONSACREE

Les procédures d'élaboration, de passation, de conclusion et d'exécution des marchés publics dans leur ensemble, placent l'Etat et ses démembrements au-dessus de leurs cocontractants et leur permettent de jouir d'une autonomie et d'une indépendance très prononcée. Une telle emprise de l'Etat dans les marchés publics consacre la souveraineté de puissance publique dans les étapes préparatoires **(chapitre I)** d'une part, et dans la conduite des autres étapes de la procédure **(chapitre II)** d'autre part.

## **CHAPITRE 1 : La souveraineté dans les étapes préparatoires**

Les étapes préalables d'acquisition de biens et services par l'Etat sont marquées par une suprématie intégrale de ce dernier en raison de ses attributs de puissance publique aussi bien dans la définition de ses besoins et du budget alloué que dans le choix de son cocontractant.

### **SECTION I : La souveraineté dans la définition des besoins et du budget alloué**

L'Etat et ses démembrements pour satisfaire les missions de services publics, invitent des particuliers à leur livrer des fournitures, des travaux ou des services en prenant sur eux la responsabilité de définir par eux-mêmes la nature des fournitures, travaux ou services, de même que le prix auquel ils consentent les obtenir à travers la détermination d'une enveloppe budgétaire sans la participation du cocontractant.

Paragraphe 1 : Dans la détermination des besoins

L'expression de la souveraineté de l'Etat dans les marchés publics s'exerce aux moyens des pouvoirs exclusifs de définition des besoins à satisfaire ainsi que de détermination de l'enveloppe budgétaire allouée.

#### **A. La définition des besoins par l'Autorité Contractante (AC)**

Pour se procurer des biens ou services nécessaires à son fonctionnement ou à la satisfaction de l'intérêt général dont ils sont le garant, l'Etat et ses démembrements doivent définir par eux la nature et l'étendue de leurs besoins. Il s'agit en effet d'une obligation que le législateur a mise à la charge du pouvoir adjudicateur et qui fonde la définition unilatérale par ce dernier, des critères ou caractéristiques du bien à acquérir à l'insu de son futur cocontractant. Il en est ainsi en raison du régime juridique de neutralité attaché à la définition des besoins selon lequel les candidats doivent être mis en concurrence avec une égalité d'accès qui exclue toute orientation du choix de l'acheteur vers un produit particulier. Ainsi que le dispose le code des marchés publics *« la nature et l'étendue des besoins doivent être déterminées avec précision par l'autorité contractante avant tout appel à la concurrence ou toute procédure de négociation par entente directe. Les marchés publics conclus par*

*l'autorité contractante doivent avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins. Cette disposition ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu de la présente loi»<sup>8</sup>.*

On retient à la lueur de cette disposition que la définition des besoins par l'autorité contractante, est une prérogative exclusive qui lui est conférée par la loi en raison de sa qualité de personne publique. La définition des besoins par la personne publique obéit a priori à une efficacité de l'achat public qui peut s'analyser en terme de :

- besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation ;
- connaissance aussi approfondie que possible des marchés fournisseurs, participation à des salons professionnels, documentation technique ;
- distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standards et achats spécifiques ;
- adoption d'une démarche en coût global prenant en compte non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance qui seront associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté.

Au demeurant *«les marchés sont passés sur la base des dossiers d'appel d'offres types élaborés par l'Autorité de régulation des marchés publics»<sup>9</sup>*. C'est en vertu de ces critères que le Cahier des Clauses Techniques Particulières (CCTP), figure dans la liste des éléments constitutifs du dossier d'appel d'offres pour renseigner les soumissionnaires sur les spécifications techniques spécifiques recherchées par l'autorité contractante. Un cahier de clauses techniques particulières auquel tout candidat doit se coller pour proposer des réponses correspondantes et satisfaisantes aux sollicitations de l'autorité contractante.

Il s'en suit donc que même si ce dernier comporte des insuffisances en termes de performance du bien à acquérir ou de retard dans la technologie, le candidat ne saurait apporter de modifications sortant du champ défini exclusivement par l'autorité contractante sous peine de se voir écarter de la compétition. Une telle

---

<sup>8</sup> Article 25 de la loi 2017-04 du 19 Octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

<sup>9</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 56 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

appréciation trouve son fondement dans son pouvoir exceptionnel de définir par lui seul des caractéristiques de ses besoins à satisfaire. Le futur cocontractant n'étant qu'un sujet passif même s'il peut apporter ses compétences en participant à la définition des besoins dans une perspective de recherche d'efficacité de la commande publique.

#### B- la pratique des addenda

Le recours aux addenda est l'apanage de l'Autorité Contractante et justifie son intérêt à assurer un accès équitable aux candidats et apparaît dans la pratique des contrats de travaux et dans certains cas d'achats de biens particuliers, comme une alternative pour maintenir sa souveraineté dans la définition unilatérale des besoins à satisfaire sans la participation des candidats.

En effet, au lieu de recourir aux conditions de pré-qualification à savoir : *« l'appel d'offres ouvert peut être précédé d'une pré-qualification dans le cas des travaux ou d'équipements importants ou complexes ou de services spécialisé »*<sup>10</sup> pour une définition préalable concertée des besoins avec l'appui des futurs candidats disposant d'informations actualisées sur les travaux à réaliser ou le bien à acquérir, l'Etat s'enferme en se limitant aux informations à sa disposition pour écrire les caractéristiques ou les spécifications d'un bien devenu déjà désuet ou frappé par la technologie. Dans les cas extrêmes où le bien à acheter risque d'être non utilisé par l'Etat, le recours aux addenda, constitue la seule solution pour apporter plus de précisions à la définition des besoins pour un achat efficace et économique car ni le cahier des clauses techniques générales (CCTG) , ni le cahier de clauses techniques particulières (CCTP) constitutifs du Dossier d'Appel d'Offres (DAO) ne résolvent le vide que vient combler l'addendum.

Même si le code béninois des marchés publics est resté muet sur la notion d'addendum qui est le dernier recours pour redéfinir les caractéristiques propres aux travaux ou au bien à la suite de la publication du dossier d'appel d'offres et avant la date d'ouverture des offres, sa pratique dans les marchés publics est très courante et met à nu l'insuffisance parfois du droit exclusif de définition des besoins par l'Autorité Contractante. L'addendum constitue donc la réponse complémentaire d'informations

---

<sup>10</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 39 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

devenues indispensables à mettre à la disposition des soumissionnaires pour permettre une appréciation claire et juste de la nature du bien ou des travaux correspondant aux besoins à satisfaire. Si cette possibilité très souvent d'initiative des soumissionnaires n'existe pas, et que la bonne foi contractuelle de ces derniers ne les oblige pas, la commande publique respecterait un accès équitable des candidats mais ne serait pas efficace.

Le même privilège dévolu aux AC dans la définition des besoins, s'observe dans la fixation de l'enveloppe budgétaire du marché.

Paragraphe 2 : Dans la fixation de l'enveloppe budgétaire du marché

Les AC à l'instar de la détermination de leurs besoins, disposent des pouvoirs les plus étendus pour fixer par eux-mêmes le montant des marchés et d'y apporter toutes les modifications voulues par le mécanisme des avenants.

#### A- La fixation du montant du marché

La décision de satisfaire les besoins d'intérêt général par le recours aux marchés publics doit être confortée par l'existence préalable d'une disponibilité budgétaire ou de ressources affectées à l'Autorité Contractante. Ainsi, « *les autorités contractantes sont tenues d'élaborer des plans prévisionnels annuel de passation des marchés publics sur le fondement de leur programme d'activité. Ces plans, dûment approuvés par les organes compétents, doivent être cohérents avec les crédits qui leur sont alloués ils sont révisables. Ils doivent être communiqués à la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics ou à la Direction Départementale de Contrôle des Marchés Publics qui en assure la publicité. Les marchés passés par l'autorité contractante quel qu'en soit le montant, doivent avoir été préalablement inscrits dans ces plans prévisionnels ou révisés, à peine de nullité* »<sup>11</sup>. Une telle prescription qui pose le double problème de la planification des marchés et de capacité financière des Autorités Contractantes, trouve son fondement dans le souci de mettre les gestionnaires de crédits à l'abri des risques de crédits insuffisants susceptibles d'empêcher la conclusion d'un contrat de marchés, répond aux impératifs des finances publiques qui prescrivent « *qu'aucune recette ne peut être liquidée ou encaissée, si elle n'a été au préalable autorisée par une loi de finances.*

---

<sup>11</sup> Article 23 de la 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés en République du Bénin

*Aucune dépense publique ne peut être engagée ou payée, si elle n'a été au préalable prévue au budget de l'Etat et n'est couverte par des crédits régulièrement ouverts* »<sup>12</sup>. Dès lors, les Autorités Contractantes (AC) se trouvent renforcées dans la détermination du montant des marchés à passer pour lesquels les prévisions contenues dans les Plans de Passation doivent être faites par elles seules, pour éviter les annulations des procédures de passation en cas d'indisponibilité de ressources ou d'insuffisance de crédits budgétaires au moment de l'engagement des marchés. C'est cette liberté de fixation du montant des marchés par le biais des Plans de Passation des Marchés Publics (PPMP) que les textes confèrent aux AC qui a constitué l'argumentaire de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) sur la base de laquelle la dénonciation par lettre n° 019-16/LGC-BTP/DT/SA du 02 août 2016 de l'ENTREPRISE « LE GENIE CONSTRUCTEUR-BTP », a été déclarée non fondée pour indisponibilité de crédits et ce en vertu de l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations publics en République du Bénin<sup>13</sup>.

Au-delà de cette liberté de fixation du montant du marché à la discrétion des AC et qui fonde l'opportunité ou non d'approbation du contrat, le recours aux avenants, permet aux AC de régler les difficultés qui pourraient survenir au cours de l'exécution du contrat.

#### B- La pratique des avenants

Si la disponibilité des crédits conditionne l'approbation du contrat pour sa mise en exécution, l'AC dispose des pouvoirs les plus étendus pour faire face aux modifications de tous ordres qui pourraient survenir et qui affecteraient le marché au moyen des avenants. L'avenant est un « *accord formel entre les parties contractantes, ayant pour objet de modifier ou de préciser certaines dispositions antérieures du marché* »<sup>14</sup>. Pris dans ce sens, les avenants résultent de la volonté

---

<sup>12</sup> Article 4, alinéa 3 du décret 2014-571 du 07 octobre 2014 portant règlement général sur la comptabilité publique.

<sup>13</sup> Décision N° 2016-34/ARMP/PR-CR/CD/SP/SA du 06 septembre 2016 déclarant non fondée la dénonciation de l'Entreprise « LE GENIE CONSTRUCTEUR-BTP » dans le cadre du marché relatif au Projet de construction de la Direction Départementale du Travail et de la Fonction Publique de l'Ouémé-Plateau.

<sup>14</sup> BEAUGE (T), *dictionnaire de la commande publique*, Paris, édition AFNOR, 2006, P.19.

des parties qui s'accordent sur des éléments bien particuliers pour convenir des modifications au contrat initial sans en bousculer l'équilibre. Mais dans le cadre de l'exercice de la puissance publique de l'Etat dans les contrats de marchés, objet de notre sujet de réflexion, les avenants doivent être appréhendés sous l'angle des corrections ou de réparations à la suite des divers agissements de l'Etat imposés d'autorité à son cocontractant en vertu de sa souveraineté au moyen de la théorie du fait de prince ou par le biais de la réfaction. En effet dans le cadre de ses relations contractuelles, il est très fréquent de voir ou de constater que l'Etat ou ses démembrements imposent leur volonté financière aux cocontractants à l'occasion de l'exécution des contrats de marchés pour des raisons diverses de par son statut de garant de l'intérêt public. Ainsi, lorsque les circonstances l'exigent dans le cadre d'un contrat en cours d'exécution, l'Etat ou ses démembrements peuvent y mettre fin ou en modifier les termes initiaux en proposant des indemnités compensatoires à son cocontractant qui est tenu de les accepter. Il en est ainsi parce que le souci de garantir l'intérêt général par l'adaptation du bien à l'évolution des besoins, peut amener l'AC à modifier de son gré les conditions initiales du contrat, pourvu qu'elle ait les moyens.

S'agissant de la réfaction, elle est « *la décision prise par le pouvoir adjudicateur de réduire le montant des prestations à verser au titulaire, lorsque les prestations ne satisfont pas entièrement aux prescriptions du marché, mais qu'elles peuvent être reçues en l'état* »<sup>15</sup>. Ce procédé même s'il paraît moins usité dans la pratique, permet à l'AC d'apprécier le niveau des imperfections du bien au regard de l'utilité qu'il présente et d'en diminuer le prix proportionnellement lorsque les circonstances l'exigent. Il permet à l'AC de faire valoir sa souveraineté dans le prix du bien ou des travaux lorsque « *certaines ouvrages ou certaines parties d'ouvrages ne sont pas entièrement conformes aux spécifications du marché, sans que les imperfections constatées soient de nature à porter atteinte à la sécurité, au comportement ou à l'utilisation des ouvrages, la personne responsable du marché peut, eu égard à la faible importance des imperfections et aux difficultés que présenterait la mise en conformité, renoncer à ordonner la réfaction des ouvrages estimés défectueux et proposer à l'entrepreneur une réfaction sur le prix. Si l'entrepreneur accepte la réfaction, les imperfections qui l'ont motivée se trouvent couvertes de ce fait et la*

---

<sup>15</sup> <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopédie/refaction> consulté le mercredi 11 juillet 2018 à 12h 34'.

*réception est prononcée sans réserves. Dans le cas contraire, l'entrepreneur demeure tenu de réparer ces imperfections, la réception étant prononcée sous réserve de leur réparation »<sup>16</sup>.*

La souveraineté de l'Etat clairement affichée par sa définition des besoins et à l'occasion de la fixation du montant du marché, est aussi observée dans l'attribution du marché.

## **SECTION II : La souveraineté dans l'attribution du marché**

Les prérogatives de l'Etat caractérisées par sa domination intégrale dans la procédure de passation, s'observent également au moment de l'attribution du marché et s'exercent au moyen du libre choix du cocontractant et de l'annulation de la procédure au besoin.

Paragraphe 1 : la liberté dans le choix du cocontractant

Le choix du cocontractant par la personne publique dans les contrats de marché se fait selon les critères objectifs mais également parfois au moyen des critères subjectifs.

### A- Les critères objectifs

Le choix du cocontractant se fait en fonction des résultats des travaux d'ouverture, de dépouillement, d'évaluation, d'analyse des offres techniques et financières et ceci sur la base du règlement particulier d'appel d'offres. En effet, « *le règlement particulier d'appel d'offres doit préciser entre autres :*

- a- La présentation et la constitution des offres ;*
- b- Les conditions de rejet des offres ;*
- c- Les critères d'évaluation des offres ;*
- d- les modes d'attribution du marché ;*
- e- les règles de pré-qualification et de post-qualification, le cas échéant »<sup>17</sup>.*

Il s'agit d'un ensemble de critères prédéfinis dans les cahiers des clauses administratives générales et des clauses particulières qui servent de base objective

---

<sup>16</sup> <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopédie/refaction> consulté le mercredi 11 juillet 2018 à 12h 34'

<sup>17</sup> Article 59 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2014 portant code des marchés publics en République du Bénin.

d'évaluation des offres techniques et financières à exploiter par la Commission de Passation des Marchés Publics (CPMP) à travers la sous-commission d'analyse. Lorsqu'ils sont bien suivis, les résultats de l'analyse offrent une sincérité et une fidélité des travaux d'analyse qui sont mis à la disposition des soumissionnaires, une fois l'attribution provisoire effectuée. C'est en raison de la valeur probante qu'ils constituent que l'ARMP exige sa fourniture dans les pièces d'instruction par les AC pour permettre la vérification du suivi rigoureux des critères préalablement définis. C'est sur la base de la vérification de ces critères que la décision n° 2016-42/ARMP/PR-CR/CRD/SP/SA du 02 décembre 2016, a déclaré non fondés, les arguments de l'Entreprise « CERAB TP » selon lesquels les services de l'AGETIP-BENIN auraient eu recours à des gymnastiques de correction d'erreurs lors de l'évaluation financière pour attribuer à d'autres soumissionnaires, les lots 6 et 9 de l'appel d'offres N° 20/AGETIP-BENIN /2015 du 31 décembre 2015 relatif aux travaux de pavage de rue et d'assainissement dans la Commune de Kpomassè. L'ARMP a donc conclu dans la décision que « *l'instruction du dossier révèle que des offres d'autres soumissionnaires ont aussi fait l'objet de corrections, conformément aux clauses 29.1 et 29.2 des Instructions aux Soumissionnaires et 1.1 de la Section III intitulée critères d'évaluation et de qualification et qu'à l'analyse, ces corrections sont régulières* »<sup>18</sup>.

Mais très souvent, d'autres critères spécifiques, peuvent être mis en jeu dans le choix des cocontractants.

#### B- Les critères subjectifs

Malgré la base d'évaluation objective des soumissions pour le choix du cocontractant, il revient très souvent aux AC de retenir les soumissionnaires qu'ils jugent capables et avec lesquels ils concluent les contrats de marchés et ceci en fonction de plusieurs autres raisons ou critères qui leur sont propres. C'est l'un de ces cas que le Groupement INFRIGROUP-CGI Sarl a dénoncé à travers la lettre n° 002/INFIGROUP-CGI/SA/16 du 23 septembre 2016 par laquelle elle a saisi le Directeur de l'Agence de Gestion des Travaux d'Intérêt Public au Bénin (AGETIP-Bénin) pour contester la sincérité de l'évaluation des offres et des conditions d'attribution des lots 9 et 10 de l'appel d'offre ouvert n° 21/AGETIP-BENIN/2015 du

---

<sup>18</sup> Discussion des arguments de la décision n° 2016-42/ARMP/PR-CR/CRD/SPSA du 02 décembre 2016.

31 décembre 2015 relatif aux travaux de pavage de rues et d'assainissement dans les communes d'Athiémé et d'Aplahoué (Azovè). Lesdits lots ayant été attribués provisoirement aux Entreprises « RCB » et « GECl » sans notification au Groupement INFRIGROUP-CGI Sarl, des motifs de rejet de son offre en tant que soumissionnaire évincé<sup>19</sup>.

Les vraies raisons du motif de rejet évoquées par l'AGETIP-Bénin à l'occasion de l'instruction de l'ARMP, ont été l'absence du devis de la Société Béninoise de l'Energie Electrique (SBEE) dans la proposition financière du Groupement INFRIGROUP-CGI Sarl et la cherté de son offre par rapport à celles des autres candidats. Même si l'ARMP dans sa décision a reconnu la violation par l'AGETIP-Bénin du principe de notification des motifs de rejet des offres aux candidats évincés d'une part, et le caractère non éliminatoire de la pièce sur la base de laquelle le Groupement INFRIGROUP-CGI Sarl a été écartée, elle n'a pas contesté le choix d'AGETIP-Bénin au profit des Entreprises attributaires provisoires qui repose essentiellement sur le montant compétitif de leurs offres.

La liberté d'attribution ou non des marchés dont disposent les AC, s'étend parfois lorsque les conditions l'exigent, à une annulation de tout le processus.

#### Paragraphe 2 : la liberté dans l'annulation de la procédure

Les AC dans le processus des contrats de marchés, disposent des prérogatives pour décider de l'annulation de la procédure en cas de besoin et ceci pour diverses raisons.

##### A- Evolution du besoin

Certains besoins de l'Administration connaissent des changements durant le processus d'acquisition des biens destinés à les satisfaire au point où les AC sont obligées de les annuler. Il en est ainsi parce que les besoins d'intérêt général évoluent parfois à cause des événements ou des situations devant lesquels, l'Etat et ses démembrements doivent prendre des décisions responsables et très rapides. Il s'agit de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Etat comme limites du principe de légalité comme le soulignent Martine LOMBART et Gilles DUMONT en ces termes : « *l'action administrative ne saurait se résoudre à l'application mécanique des normes édictées par les autorités supérieures (Constitution, engagements internationaux,*

---

<sup>19</sup> Exposé des faits de la décision n° 2016-42/ARMP/PR-CR/CRD/SPSA du 02 décembre 2016.

lois). Ces dernières n'ont pu envisager, en effet, toutes les situations concrètes auxquelles sera confrontée l'administration, qui devra disposer d'une certaine marge de manœuvre pour adapter ses décisions en fonction des circonstances »<sup>20</sup>. Dans le domaine spécifique des contrats de marchés publics, le souci de faire correspondre le bien à acquérir aux besoins d'intérêt général qui entre le début du processus d'achat et sa finalisation a évolué, peut amener l'AC en dépit des résultats de l'évaluation des offres, décider d'annuler le processus d'achat sans avoir à attribuer le marché au soumissionnaire retenu au motif de l'inadaptation du bien tel que défini dans le Dossier d'Appel d'Offres aux besoins actuels qui ont évolué et qui n'y correspondent plus. Ainsi, l'AC peut invoquer le principe de mutabilité ou d'adaptation aux changements auquel les services publics doivent répondre pour user de ses prérogatives de puissance publique en procédant à une annulation après avoir requis l'avis de la Direction Nationale du Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) et de de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP)<sup>21</sup> avec tous les préjudices que cela pouvait créer aux différents soumissionnaires. C'est le même scénario lorsque le besoin arrivait à disparaître.

#### B- Disparition du besoin

Certains contrats de marchés dont les processus de finalisation avaient été initiés en amont, peuvent donner lieu à des annulations de la part des AC du fait de la disparition du besoin ou de son caractère inutile. Dans ces cas exceptionnels, il est d'obligation pour les AC de procéder dans les mêmes conditions prévues par l'article 90 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017, d'annuler la procédure et d'en informer tous les soumissionnaires du motif de cette annulation. C'est en vertu de cette prérogative que l'ARMP a donné son avis favorable à la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) du Ministère des Infrastructures et des Transports, suite à sa requête n° 1457/PRMP/MIT/CCMP/SMT/S-PRMP du 11 novembre 2016, la demande d'autorisation pour l'annulation de la procédure de passation du marché relatif au «*contrôle et à la surveillance des travaux d'entretien courant mécanisé des*

---

<sup>20</sup> LOMBART (M) et DUMONT (G), *Droit Administratif*, Paris, édition DALLOZ, 5<sup>ième</sup> édition, 2003, P 65.

<sup>21</sup> Article 90 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

*routes revêtues à l'entreprise : campagne pluriannuelle 2016-2017-2018.*<sup>22</sup> Dans cet avis de l'ARMP, il a été reconnu ainsi que l'évoquait la PRMP dans son argumentaire pour justifier l'inopportunité des travaux d'entretien des routes pour lesquels le marché devrait être conclu, par les fortes pluies qui se sont abattues sur toute l'étendue du territoire national et qui rendent inutile la poursuite de tous travaux d'entretien dans ces conditions. Cet avis préalable de l'ARMP et sa notification au soumissionnaire ont permis d'autorité, l'annulation du contrat dont la mise en œuvre ne paraît plus justifiée dans ces conditions pluviométriques.

L'usage par l'Etat des prérogatives de puissance publique que nous avons étudiées dans les étapes préparatoires de la passation et de conclusion des contrats de marchés, est aussi observé dans les autres étapes d'exécution et même de recours en cas de litige.

---

<sup>22</sup> Avis n° 2016-15/ARMP/PR-CR/CRD/SPDRAJ/SA du 02 décembre 2016.

## **CHAPITRE 2 : La souveraineté dans la conduite des autres étapes de la procédure**

La supériorité des AC sur leurs cocontractants dans les étapes préalables à la conclusion des contrats de marchés par la valorisation de leurs attributs de puissance publique, se poursuit après la conclusion, dans l'exécution des contrats et dans les conditions de recours aux moyens de nombreuses prérogatives.

### **SECTION I : La souveraineté dans l'exécution du marché**

L'exécution des contrats de marchés par les Cocontractants est caractérisée par l'emprise des AC aux moyens des clauses exorbitantes de droit commun que sont les pouvoirs de contrôle et de sanction d'une part et de modification unilatérale et de résiliation d'autre part.

#### Paragraphe 1 : la souveraineté dans le contrôle et la sanction

La phase d'exécution à l'instar de celles qui l'ont précédée ne s'affranchit pas de l'intervention excessive des AC qui disposent des pouvoirs les plus étendus de contrôle et de sanction en marge des relations contractuelles qui les lient aux Cocontractants.

##### A- Les pouvoirs de direction et de contrôle

Les AC en tant que Maîtres d'ouvrages disposent expressément sans qu'il ne soit nécessairement important de le préciser, des pouvoirs de direction et de contrôle des travaux dont la réalisation est confiée à leurs cocontractants qui doivent les exécuter sous la direction et le contrôle des AC ou de leurs délégués. Ainsi que le soulignent Martine LOMBART et Gilles DUMONT, abordant les pouvoirs de direction et de contrôle : *« l'administration dispose tout d'abord des pouvoirs de veiller à ce que le cocontractant respecte les clauses du contrat et d'exiger qu'il lui fournisse tous les renseignements nécessaires afin qu'elle soit en mesure d'opérer les contrôles appropriés. Ces prérogatives lui permettent également de donner au cocontractant des instructions sur les modalités d'exécution du contrat, même en dehors des prescriptions du marché. L'administration peut ainsi imposer des opérations à*

*accomplir ou l'emploi de certains procédés de réalisation des prestations »*<sup>23</sup>. Une telle disposition qui se manifeste sur le double terrain d'ordres de service destinés soit à la réparation des malfaçons, soit à ordonner des travaux supplémentaires devenus indispensables, permettent dans l'un ou l'autre des cas, d'anticiper sur les vices que les travaux présenteraient à leur achèvement. C'est cette responsabilité qui incombe d'office et sans négociation aux AC que Stéphane BRACONNIER met en exergue lorsqu'il affirme : « *la carence de la personne publique maître d'ouvrage, dans l'exercice de son pouvoir de contrôle et de direction, est de nature à limiter la responsabilité du titulaire, défaillant d'un marché »*<sup>24</sup>. C'est ce pouvoir reconnu aux AC que le législateur évoque en des termes précis de l'article 123 de la loi portant code des marchés publics « sans préjudice des dispositions législatives et réglementaires relatives au contrôle des dépenses applicables aux autorités contractantes, le contrôle de l'exécution des marchés publics est assuré par :

- a- l'autorité contractante selon les modalités précisées dans les clauses administratives générales ;
- b- l'autorité de régulation des marchés publics dans le cadre des missions d'audits annuels qu'elle fait exécuter par des auditeurs ;
- c- tout autre organe administratif compétent prévu par les lois et règlements en vigueur »<sup>25</sup>.

#### B- Les pouvoirs de sanction

Les AC disposent au-delà des pouvoirs de direction et de contrôle, des pouvoirs de sanction des titulaires de marchés en cas de manquement à leurs obligations contractuelles. Lesdites obligations rappelées par les articles 103 et 104 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 concernent l'engagement par les titulaires dans leurs offres de respecter toutes les dispositions législatives, et réglementaires résultant des conventions collectives relatives notamment aux salaires, aux conditions de travail, de sécurité, de santé et de bien-être des travailleurs intéressés, les

---

<sup>23</sup> LOMBART (M) et DUMONT (G), *Droit Administratif*, Paris, édition DALLOZ, 5<sup>ième</sup> édition, 2003, P.236.

<sup>24</sup> BRACONNIER (S), *Précis du Droit des marchés publics*, Paris, Editions le Moniteur, 2007, P. 393.

<sup>25</sup> Article 123 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

dispositions particulières de l'environnement et les conditions d'exécution des marchés prévues au cahier des charges.

De même qu'il est stipulé, « *en cas de dépassement des délais contractuels fixés par le marché, le titulaire est passible de pénalités après mise en demeure préalable* »<sup>26</sup>, les AC disposent des privilèges reconnus par leur statut de puissance publique ou exerçant des missions d'intérêt général, d'infliger à leurs cocontractants des sanctions sous la forme de pénalités bien prévues dans les contrats. Il en est de même lorsque les cocontractants ne respectent pas les conditions d'utilisation ou de recours à la sous-traitance et ou à la co-traitance qui parfois tendent à dénaturer l'exécution du marché lorsque les titulaires ne sont pas bien suivis pour être rappelés à l'ordre aux moyens des sanctions prévues dans les clauses administratives particulières. Les articles 119 et 120 de la même loi, ont encadré les conditions spécifiques qui donnent le plein pouvoir aux AC de sanctionner en cas de besoin. Lesdites sanctions par les AC prennent diverses formes dans la pratique des marchés publics et vont des mises en demeure à l'application des pénalités financières ou à « *la mise en régie en vertu de laquelle la personne publique contractante dessaisit l'entrepreneur de l'opération et, ou bien le remplace, ou le confie à une autre entreprise aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant* »<sup>27</sup>. Dans tous les cas, les sanctions ont une fonction réparatrice et une fonction dissuasive et ne sont prononcées qu'après mise en demeure restée sans suite de la part du cocontractant.

En plus des sanctions prévues dans les articles ci-dessus évoqués, les AC disposent aussi des pouvoirs de modification unilatérale et de résiliation qui leur sont conférés et dont ils ont recours à l'occasion de l'exécution des marchés.

## Paragraphe 2 : la souveraineté dans la modification unilatérale et la résiliation

La suprématie des AC constatée dans la direction, le contrôle et la sanction des cocontractants, s'observe également dans leurs pouvoirs de modification unilatéralement ou de résiliation.

---

<sup>26</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 117 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

<sup>27</sup> LAJOYE (C), *Droit des marchés publics*, Paris, Editions GUALINO, 2<sup>ième</sup> édition à jour au 1<sup>er</sup> mai 2005, 2005, P.175.

#### A- Les pouvoirs de modification unilatérale

L'exécution des contrats de marchés connaît très souvent des changements ou modifications rendues nécessaires par le souci d'apporter des corrections aux spécifications initiales du contrat ou d'y adjoindre des nouveautés qui n'avaient pas été prises en compte et dont la réalisation est devenue indispensable pour l'AC. Il s'agit en effet des changements en cours d'exécution qui peuvent être apportés au contrat de base et qui relèvent de l'initiative des AC sous la forme d'ordres de services notifiés aux titulaires qui ont l'obligation de les mettre à exécution. Même si « *les stipulations relatives au montant d'un marché public ne peuvent être modifiées que par la voie d'avenant et dans la limite de vingt-cinq pour cent (25%) de la valeur totale du marché de base* »<sup>28</sup>, ce pouvoir de modification unilatérale, reste l'apanage des AC qui en font l'usage dans le seul but de rattraper les erreurs ou les omissions lors de la définition des besoins. Une telle disposition qui permet en fait aux AC de modifier unilatéralement le contrat, se justifie par le fait que les rectificatifs ou les travaux supplémentaires sont pour la plupart des temps, des travaux confortatifs mineurs qui peuvent être exécutés en attendant leur régularisation par voie d'avenant. Malgré l'encadrement rigoureux du pouvoir de modification unilatérale posé par l'article 116 ci-dessus pour limiter son recours, il demeure l'une des prérogatives de puissance publique les plus usitées dans les marchés à la portée des AC dont la mauvaise utilisation les amène sur le terrain de résiliation des contrats.

#### B- Les pouvoirs de résiliation

Le dernier niveau d'exercice des prérogatives de puissance publique des AC dans les marchés publics est la résiliation qui « *est une sanction prise par la personne publique du fait de la faute commise par son cocontractant, et qui consiste à mettre un terme à leurs relations contractuelles* »<sup>29</sup>. Il en est ainsi parce que pour diverses raisons, « *les marchés publics peuvent faire l'objet d'une résiliation dans les*

---

<sup>28</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 116 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

<sup>29</sup> LAJOYE (C), *Droit des marchés publics*, Paris, Editions GUALINO, 2<sup>ème</sup> édition à jour au 1<sup>er</sup> mai 2005, 2005, P.175.

*conditions stipulées au cahier des clauses administratives générales par une décision de résiliation à l'initiative de la personne responsable des marchés publics lorsque la réalisation du marché est devenue inutile ou inadaptée compte tenu des nécessités de service public ou en raison de la faute du titulaire du marché après avis favorable de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics »<sup>30</sup>. Si dans le premier cas de résiliation, il s'agit d'un plein exercice des prérogatives de puissance publique en raison de l'inutilité ou de l'inadaptabilité de la réalisation du marché pour les nécessités de service public, le second cas de résiliation est souvent la conséquence d'une faute contractuelle du titulaire et consacre la fin de leurs relations contractuelles. Dans les deux cas, il apparaît très clair qu'au-delà des obligations contractuelles réciproques, les AC disposent de légitimité et de privilèges attachés à leur statut pour mettre fin volontairement au contrat pour des raisons d'intérêt national ou sanctionner leurs cocontractants fautifs ou défaillants sans éprouver la moindre gêne. Les résiliations des marchés publics pour motifs d'intérêt national sont les plus récurrentes dans la pratique des marchés publics et permettent surtout aux AC de mettre en exergue la souveraineté de la personne publique. Quant aux résiliations pour faute des titulaires, elles restent sujettes à des contentieux dont le dénouement subit aussi la domination totale des instances étatiques dans les conditions de recours.*

## **SECTION II : La souveraineté dans les conditions de recours**

La supériorité des AC dans les étapes préalables de la passation et à l'occasion de l'exécution des marchés publics, est aussi présente dans les conditions de recours en cas de litige et se matérialise par l'obligation d'un recours préalable à ce dernier d'une part, et au recours à des instances étatiques de régulation d'autre part.

Paragraphe 1 : l'obligation d'un recours préalable à la personne publique

Les différends ou litiges qui surviennent à l'occasion de la passation et de l'exécution des marchés publics, sont réglés conformément aux dispositions en vigueur qui prévoient rigoureusement que « *les candidats et soumissionnaires peuvent introduire*

---

<sup>30</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 125 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

*un recours devant la personne responsable des marchés publics ou son supérieur hiérarchique dans le cadre des procédures de passation des marchés à l'encontre des actes et décisions de cette dernière leur créant un préjudice »<sup>31</sup>. Il en est ainsi parce que la procédure administrative contentieuse est soumise à un recours préalable devant l'auteur de la décision représenté ici par l'AC en tant que responsable des marchés publics et à défaut devant son supérieur hiérarchique qui est le ministre de tutelle ou l'Autorité approbatrice des marchés publics.*

#### A- Le recours préalable devant l'AC

Les soumissionnaires dans les différentes phases de passation des marchés, peuvent constater avoir subi de la part des AC, une mauvaise application des textes ou parfois des pratiques peu vertueuses dans la commande publique qui ont conduit à leur éviction au profit d'autres soumissionnaires. Dans ces cas où ils peuvent chercher à se plaindre de l'injustice qu'ils ont subie, ils sont obligés en vertu des prérogatives spécifiques dont disposent les AC de formuler leurs recours à l'endroit des mêmes personnes (AC) dans un délai bien précis et ceci avant toute autre action sous peine de voir leur recours irrecevable devant d'autres instances en cas de nécessité. Il s'agit en fait d'une mesure administrative qui permet à l'auteur de la décision de pouvoir s'expliquer sur son acte avant toute autre action de la part du soumissionnaire évincé. Ainsi qu'il est disposé : *«ce recours peut porter sur la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché, sur les conditions de publication des avis, les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées, le mode de passation et la procédure de sélection retenus, la conformité des documents d'appel d'offres à la réglementation, les spécifications techniques retenues, les critères d'évaluation et la décision d'arrêt de la procédure. Ce recours doit invoquer une violation de la réglementation des marchés publics »<sup>32</sup>. Le même recours est observé dans la phase d'exécution lorsqu'une décision de l'AC porte grief au titulaire du marché et doit les entraîner sur le terrain d'un contentieux. Au cas où le soumissionnaire ou le titulaire dans les conditions ci-dessus évoquées, estime le recours à l'AC inutile, il peut s'adresser à son supérieur hiérarchique.*

---

<sup>31</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 137 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

<sup>32</sup> Alinéa 2 de l'article 137 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

## B- Le recours hiérarchique

L'obligation de recours préalable imposée aux soumissionnaires ou aux titulaires pour connaître des raisons ou motifs de leur éviction ou de la décision de l'AC leur portant grief, peut être dirigée vers son supérieur hiérarchique pour appréciation et recherche de solution conciliatrice en fonction de la gravité de la faute commise. Une telle alternative vise à infléchir la position de l'AC si elle relève d'un abus de pouvoir ou d'une mauvaise application des dispositions et constitue un premier niveau de règlement de conflit dans les délais prescrits. Ce recours hiérarchique permet d'anticiper sur les mauvaises appréciations de la part des AC et constitue un autocontrôle pour les ministres pour s'assurer de l'exactitude des décisions prises par les AC, personnes responsables des marchés à qui ils ont délégué leurs pouvoirs dans le domaine des marchés publics.

Ce n'est qu'à l'issue du respect de ce recours préalable dans les délais impartis et en cas de non satisfaction que les soumissionnaires peuvent formuler des recours recevables à l'endroit d'autres instances étatiques.

## Paragraphe 2 : l'obligation d'un recours aux instances de Régulation

Pour préserver l'Etat et ses démembrements des conflits découlant des marchés publics, les soumissionnaires ou titulaires après avoir observé sans succès le recours préalable administratif, sont astreints de recourir à d'autres instances de conciliation mises en place au niveau départemental, régional ou national.

### A- Les comités régionaux ou départementaux de conciliation

La nécessité de concilier les AC et les soumissionnaires et ou les titulaires de marchés a permis la mise en place dans certaines législations, des comités départementaux ou interrégionaux chargés de régler les litiges liés aux marchés publics. Il s'agit des comités consultatifs de règlement des différends et de contentieux d'exécution créés par arrêté du ministre des finances qui jouent le rôle de conciliation entre les différentes parties au contrat public. C'est le cas de la législation française dans laquelle *«Des comités locaux sont constitués au niveau régional, interrégional ou interdépartemental par un arrêté du ministre chargé de l'économie. Cet arrêté fixe leur circonscription et désigne le préfet chargé d'arrêter*

*les listes des fonctionnaires, représentants et organisations professionnelles mentionnées aux 2° et 3° du II de l'article 2. Les comités locaux connaissent des litiges relatifs aux marchés passés par les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics, par les services déconcentrés de l'Etat, et, lorsque ces marchés couvrent des besoins limités à la circonscription de compétence du comité local, par les services à compétence nationale et les établissements publics de l'Etat autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial »<sup>33</sup>. Lesdits comités dont la création répond au souci de la décentralisation dans le but de rapprocher l'administration des Administrés, permettent «de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends relatifs à l'exécution des marchés passés en application du code des marchés publics »<sup>34</sup>. Mais «lorsqu'un comité local est saisi d'un différend relatif à un marché couvrant des besoins excédant sa circonscription de compétence, son président transmet sans délai la saisine au président du comité national qui attribue l'examen de l'affaire à un comité local, si cet examen ne relève pas de la compétence du comité national »<sup>35</sup>.*

#### B- Les organes nationaux de régulation

Ils sont constitués des organes consultatifs de règlement amiable des différends au niveau national et jouent les mêmes rôles que les comités locaux mais pour des différends jugés plus importants ainsi qu'il est précisé dans décret français n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics «*Un comité national est placé auprès du ministre chargé de l'économie. Il connaît des litiges relatifs aux marchés passés par les services centraux de l'Etat et, lorsque ces marchés couvrent des besoins excédant la circonscription d'un seul comité local, à ceux passés par les services à compétence nationale et les établissements publics de l'Etat autres que*

---

<sup>33</sup> Alinéa 3 de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics en France.

<sup>34</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics en France.

<sup>35</sup> Alinéa 5 de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics en France.

*ceux ayant un caractère industriel et commercial* »<sup>36</sup>. C'est ce rôle qui est dévolu dans le droit positif béninois à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) au moyen de l'article 19 de la loi portant code des marchés en ces termes : « Il est créé une Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP). Elle est l'organe de régulation de la commande publique et est rattachée à la Présidence de la République »<sup>37</sup> et dont la mission de régulation a pour objet:

- « 1. L'assistance des autorités nationales compétentes dans le cadre de la définition des politiques et de l'élaboration de la réglementation en matière de la commande publique ;*
- 2. l'organisation du système de formation de l'ensemble des acteurs de la commande publique et le développement du cadre professionnel ;*
- 3. la mise en œuvre des procédures d'audits techniques indépendants de la commande publique ainsi que la sanction des irrégularités constatées ;*
- 4. le règlement non juridictionnel des litiges nés à l'occasion de la passation des marchés publics et des partenariats public-privé ;*
- 5. la conciliation des parties en cas de litiges nés à l'occasion de l'exécution des marchés publics ;*
- 6. la facilitation du dialogue entre les parties au contrat, en cas de différends dans le cadre de l'exécution d'un contrat de partenariats public-privé»*<sup>38</sup>.

C'est en vertu de cette mission que l'ARMP rend les différentes décisions à l'occasion des saisines des soumissionnaires ou titulaires de marchés consacrant une fois encore, la mise en œuvre des prérogatives de puissance publique des AC dans le domaine des marchés publics. Lesdites décisions enfermées dans des conditions de recevabilité très contraignantes et procédurières que les soumissionnaires et titulaires ont du mal à maîtriser et qui sont assimilées à un diktat d'une des parties au contrat en l'occurrence l'Etat, affichant du coup sa souveraineté consacrée tout au long des étapes des procédures de passation et d'exécution.

C'est dans la recherche d'un règlement plus équitable à cet état de chose que les

---

<sup>36</sup> Alinéa 2 de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics en France.

<sup>37</sup> Article 19 de la loi 2017-04 portant code des marchés publics en République du Bénin.

<sup>38</sup> Article 2 du décret 2018-223 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'ARMP.

soumissionnaires ou titulaires de marchés vont solliciter les services du juge du contrat ou des modes alternatifs de règlement plus protecteurs de leurs intérêts qui mettront la souveraineté consacrée de la puissance publique à de rudes épreuves dans les contrats de marchés.

## **DEUXIEME PARTIE : UNE MISE EN ŒUVRE DIFFICILE**

Les prérogatives de puissance publique par l'Etat dans la commande publique ne s'affranchissent pas totalement de difficultés. Elles donnent lieu à des mal compréhensions, des heurts, interprétations faisant naître de façon récurrente, des conflits ou des litiges dont les issues de résolution sont très éprouvantes pour la personne publique.

Les grandes difficultés de l'Etat dans la commande publique découlent d'une part, du recours au juge qui permet de mettre à nu la méconnaissance des textes régissant la matière et les abus dans les prérogatives de puissance publique (**chapitre 1**) et le recours à l'arbitrage dont des sentences réservent souvent des suites très onéreuses aux personnes publiques (**chapitre 2**) d'autre part.

## CHAPITRE 1 : Le recours au juge

Les pouvoirs publics dans leurs relations contractuelles méconnaissent très souvent les textes et les pratiques propres au droit des marchés publics ou transigent en dépassant les limites de leurs prérogatives de puissance publique.

### SECTION I : La méconnaissance des textes du droit des marchés publics

La conclusion des contrats de marchés par l'Etat et ses démembrements dans le souci d'assurer les besoins de leur fonctionnement habituel, se heurte très souvent à leur ignorance des règles et principes régissant le domaine des marchés tant sur le plan national que régional.

Paragraphe 1 : la méconnaissance des règles et principes du droit des marchés publics

#### A- Sur le plan interne

Les contrats de marchés à l'instar des services publics constituent l'essentiel pour lequel les pouvoirs publics existent et justifient aussi l'ensemble des actes qu'ils posent. Cette raison d'être des Pouvoirs publics mis en exergue par René CHAPUS fait noter que « *l'Administration n'a de légitimité certaine dans la mesure où ses activités ont le caractère de services publics* »<sup>39</sup>. En effet, en s'engageant dans les relations contractuelles d'affaires avec ses cocontractants, l'Etat est bien conscient de ses devoirs et obligations qu'il a pris soin de matérialiser au moyen d'un contrat revêtu de la forme écrite. Un contrat d'adhésion dont il a seul l'apanage, du fait de son caractère administratif où les règles particulières les plus importantes sont caractérisées par l'inégalité des parties. Ce caractère particulier des contrats administratifs qui faussent les règles générales en matière de contrat en termes d'équilibre, « *revient à se demander si les contrats administratifs sont vraiment des contrats, puisque la notion de contrat suppose la création de droits et d'obligations* »<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> CHAPUS (R), cité par Ibrahim David SALAMI, *Droit Administratif*, Cotonou, éditions CeDAT, 2015, P.197 & 198.

<sup>40</sup> RICHER (I), *Effets du contrat administratif*, Paris, Editions LGDJ, 6<sup>ième</sup> édition, 2008, P. 9

Mais malheureusement, c'est la personne publique initiatrice des contrats de marchés qui apparaît comme la partie qui enfreint de façon ignorante les règles et principes qui gouvernent la matière. C'est les sanctions découlant de ces violations qui constituent les grandes épreuves qui se dressent sur le chemin des contrats de marchés depuis les étapes préparatoires jusqu'à la fin de son exécution.

Sur le plan interne, les violations des textes prennent plusieurs formes mais se résument à l'ignorance des acteurs, à la méconnaissance des textes, et à leur mauvaise application dans la conduite des procédures de passation et d'exécution des contrats de marchés par les Autorités Contractantes et leurs commettants. Le cas de violations ou d'irrégularités à titre illustratif dans la pratique des marchés au Bénin est celui dénoncé par le Front des Organisations Nationales de lutte contre la Corruption (FONAC) dans sa lettre n° 399/FONAC/SG/Pdt /14 du 07 juillet 2014 à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics financés sur les Fonds d'Appui au Développement des Communes (FADEC) dans la commune d'Adjarra <sup>41</sup>. Lesdites irrégularités en violation des textes sont relatives à :

- Attribution de contrats de marchés gré à gré sans mise en concurrence <sup>42</sup> ;
- Collusion entre soumissionnaires dont certains demeurent purement et simplement fictifs aux appels d'offres ;
- Production par certains soumissionnaires dans leurs offres de pièces non authentiques, en complicité avec certains membres de la commission communale de passation <sup>43</sup> ;
- Publicité déguisée des Dossiers d'Appel d'offres ;
- Corruption à grande échelle entre Maître d'ouvrage, membres de la commission de passation et soumissionnaires ;
- Régionalisme dans l'attribution des marchés ;
- Politisation à outrance de l'organe de contrôle des marchés publics ;

---

<sup>41</sup> Exposé des faits de la décision N° 2016-19 /ARMP/PR-CR /CD/SP/SA du 10 mai 2016.

<sup>42</sup> Article 31 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

<sup>43</sup> Article 5 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

- Non signature et approbation du contrat de marché relatif à la construction du marché central de KPETOU d'Adjarra avant sa remise et son exécution par la procédure de gré à gré.

L'ensemble de ces irrégularités commises dans le cas d'espèces par la Mairie d'Adjarra n'est que le fruit de leur ignorance et méconnaissance des sanctions applicables en cas de violation de la réglementation en matière de code des marchés publics en république du Bénin qui sont commises par les Autorités Contractantes à l'occasion des procédures de passations de marchés publics<sup>44</sup>. Même si dans la décision N° 2016-19 /ARMP/PR-CR/CD/SP/SA du 10 mai 2016, l'ARMP se déclare incompétente pour ordonner l'annulation du contrat de marché de construction des six (06) hangars à Adjati et la construction du marché central de Kpètou dans la commune d'Adjarra, objet de l'appel d'offres N° 26/1B-MADJ/SG/STE du 03 octobre 2013, elle a tout de moins reconnu les irrégularités dénoncées par le FONAC qui portent sur la réception des travaux de construction des six (06) hangars et du marché central de Kpètou dans la commune d'Adjarra le 1<sup>er</sup> mars 2013 avec signature du contrat de marché N° 26/1B-MADJ/SG/STE afférent le 17 Octobre 2014. Cette reconnaissance de l'ARMP confirme en réalité la violation des textes par la Mairie d'Adjarra.

Si l'ARMP était compétente, elle devrait demander effectivement l'annulation du marché et la reprise de la procédure avec toutes les conséquences pécuniaires que cela pourrait entraîner pour la Mairie.

La méconnaissance des textes liés aux contrats de marchés par les Autorités Contractantes sur le plan régional, constitue elle aussi une autre source des épreuves qu'elles subissent à l'occasion de la satisfaction de leurs besoins d'achats.

#### B- Sur le plan régional et international

L'appartenance des Etats à des organisations internationales ou unions régionales due à leur ouverture sur le reste du monde, les oblige à accepter par le biais des accords ou conventions, le partage de certains principes devant régir leurs relations d'affaires. C'est le cas par exemple de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique des Droits des Affaires (OHADA) à qui les fondateurs ont assigné l'objectif «*d'établir*

---

<sup>44</sup> Article 23 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

*un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique » ce qui suppose « la mise en place dans leurs Etats d'un Droit des Affaires harmonisé, simple moderne et adapté afin de faciliter l'activité des entreprises »<sup>45</sup>. Cette volonté affirmée de notre pays en tant que Haute partie contractante à ce traité qui a « pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats-Parties pour l'élaboration et l'adoption de règles communes simples , modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels »<sup>46</sup>, le soumet au respect des textes au niveau régional. Ce respect se manifeste par l'internalisation et l'adoption dans les Etats des pratiques largement admises et acceptées en faveur des marchés publics que les Autorités Contractantes méconnaissent et ignorent de par leurs violations. Au nombre de ces irrégularités liées aux textes de l'OHADA, se trouvent en première position les manquements aux dispositions édictées dans les directives N°04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'union économique et monétaire ouest africaine. Cette directive transposée par le Bénin et devenue exécutoire à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2006, reste méconnue par les Autorités Contractantes de droit public comme du droit privé agissant pour le compte de l'Etat qui violent les principes fondamentaux édictés que sont :*

- *L'obligation de publication nationale et ou internationale « Les marchés publics par appel d'offres, dont le montant est supérieur ou égal au seuil visé à l'article 10 de la présente Directive doivent obligatoirement faire l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public par une insertion faite, dans les mêmes termes, dans une publication nationale et/ou internationale et sous format électronique, selon le document-modèle communautaire qui en fixera les mentions obligatoires. Cette obligation*

---

<sup>45</sup> Préambule du traité de Port –Louis (Île Maurice) portant création de l'OHADA du 17 octobre 1993 modifié par le Traité de Québec du 17 Octobre 2008.

<sup>46</sup> Article 2 du traité de Port –Louis (Île Maurice) portant création de l'OHADA du 17 octobre 1993 modifié par le Traité de Québec du 17 Octobre 2008.

*concerne également les avis de pré qualification. L'absence de publication de l'avis est sanctionnée par la nullité de la procédure »<sup>47</sup>.*

En plus de la directive n° 04/2005/CM/UEMOA, se trouve également la méconnaissance des dispositions relatives à la directive n° N°05/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant contrôle et régulation des procédures de marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine qui a posé quant à elle , le principe de la surveillance multilatérale en matière de marchés publics et de délégation de service public<sup>48</sup>.

L'ignorance ou la méconnaissance par les Autorités Contractantes des textes à l'échelle nationale, régionale et internationale, constituent ainsi l'une des voies fatales qui les exposent aux diverses sanctions identifiées sous la forme d'épreuves à surmonter et qui se dressent sur le parcours de l'acheteur public. Il en est de même de la méconnaissance des autres textes qui répriment les infractions commises à l'occasion des marchés publics.

## Paragraphe 2 : la méconnaissance des textes connexes

Le domaine des marchés publics est régi par une kyrielle de textes de portée nationale, régionale et ou internationale auxquels le juge du contrat fait appel en cas de conflits ou d'infractions et qui sont souvent méconnus ou ignorés par les AC.

### A- Sur le plan interne

Les procédures de passation et d'exécution des marchés publics s'accommodent dans les cas de manquements ou de commission d'infractions avec l'application d'autres textes qui sont très peu connus des acteurs de la commande publique. Au nombre de ceux-ci, se trouve en première ligne, la loi 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin. En effet, pour débarrasser le processus de marchés publics de tous actes de

---

<sup>47</sup> Article 42 de la directive N° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'union économique et monétaire ouest africaine.

<sup>48</sup> Article 13 de la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 5 décembre 2005 portant régulation contrôle et régulation des procédures de marchés publics et des délégations de service public dans l'union économique et monétaire ouest africaine.

corruption en renforcement aux principes posés par l'article 5 de la loi portant code des marchés en République du Bénin , il a été rendu nécessaire de prévoir aux moyens de la loi 2011-20 du 12 octobre 2011 qui fait bloc avec les dispositions de l'ancienne loi 2009-02 portant code des marchés publics et des délégations de services publics en République du Bénin. Ainsi, la répression des actes de corruption dans les marchés publics a été posée par l'article 108 qui a énuméré les infractions liées à la corruption et qui peuvent être commises par les AC. Lesdites infractions ne sont souvent reconnues après coup par les AC qu'à la suite des instructions et vérifications avec des preuves irréfutables devant le juge par le biais des dénonciations des victimes ou des soumissionnaires évincés et courageux. C'est dans ces conditions que le juge saisi par les soumissionnaires évincés, à la recherche d'éléments pour l'instruction du dossier fait découvrir aux AC, la commission des infractions liées à la corruption que ceux-ci reconnaissent tout en mettant en avant leur ignorance et ou leur méconnaissance qui n'émoussent pas l'ardeur du juge de sanctionner les AC et leurs préposés conformément aux dispositions prévues aux articles 108 ,109 et 110 de la loi 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin . Il en est de même des autres textes à l'échelle externe.

#### B- Sur le plan externe

Le règlement des conflits nés de l'exécution des contrats publics par le juge lorsqu'il est saisi, l'oblige selon les cas, à recourir à d'autres textes de portée externe sur lesquels il s'appuie pour rendre sa décision et qui sont souvent ignorés ou méconnus par les AC. Il s'agit par exemple de l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AUPSRVE) dont les AC ne tiennent pas compte dans les cas de sanction des titulaires par la mise en œuvre des procédures de saisies conservatoires. Les vices ou erreurs entachant lesdites procédures donnent souvent lieu à des contestations par les titulaires des marchés et conduisent à de lourdes condamnations des pouvoirs publics. Le cas le plus illustratif est celui ayant opposé le Groupement Economique (EMCR) à la Société d'Etudes Régionales d'Habitat et d'Aménagement Urbain (SERHAU) SA, Maître d'Ouvrage Délégué des travaux de construction du siège de l'Assemblée Nationale du Bénin dans le cadre du marché n° 001/2008/DG/DT/DAF/LM/CONV-AN du 17 novembre 2008. En effet, la non maîtrise des procédures de saisie

conservatoire et de son fonctionnement par la SERHAU SA, l'a conduite à multiplier les erreurs en la matière et qui ont conduit à sa condamnation à des dommages-intérêts et frais irrépétibles au motif « *que c'est en connaissant le sort de la précédente procédure et en connaissance de cause qu'elle a saisi à nouveau le juge de l'exécution suivant assignation en date du 28 juin 2016, alors que la présente instance est née d'une assignation du 23 juin 2016 ; que dès lors la Société SERHAU SA ayant bien connaissance d'une procédure contre elle, a pris l'initiative d'une autre, l'opposant aux mêmes parties et ayant pour objet les demandes connexes dont il devrait plutôt s'abstenir* »<sup>49</sup>.

De même, le recours à des procédures librement adoptées par les Etats aux moyens des accords ou conventions internationales en cas de conflits avec des cocontractants étrangers par le juge du contrat, constitue de véritables cauchemars pour les AC qui découvrent à la lueur des dispositions, leurs limites dans l'application de ces conventions qui tournent à l'avantage des titulaires étrangers. La pratique de marchés publics à l'international étant alignée sur des normes que la ratification des conventions et accords par les Etats font accepter comme faisant partie de leur dispositif législatif.

En dehors de ces cas de méconnaissance ou d'ignorance des textes liés au droit de marchés, l'abus dans ceux réglementant les prérogatives de puissance publique, constituent aussi la source des épreuves qui se dressent sur le parcours des contrats de marchés publics.

## **SECTION II : l'abus des prérogatives de puissance publique**

L'un des obstacles qui se dressent sur le parcours des contrats de marchés, reste l'impossibilité de la personne publique à définir ou à reconnaître ses limites dans l'exercice des pouvoirs exorbitants de droit commun.

### **Paragraphe 1 : l'abus des pouvoirs ordinaires**

Les pouvoirs reconnus ordinairement aux AC dans l'exécution des contrats de marchés qui n'appellent pas souvent de heurts sont ceux liés d'une part, à la direction et au contrôle et d'autre part, à la sanction. Mais lorsque lesdits pouvoirs sont exercés sans discernement ou avec complaisance, ils se retournent contre les

---

<sup>49</sup> Ordonnance N° 023/2016/2<sup>ième</sup> Ch. Exc. du 18 juillet 2016 du Tribunal de 1<sup>ère</sup> classe de Porto-Novo.

AC elles-mêmes sous la forme de conflits dont les issues de résolution s'apparentent aussi à de véritables épreuves.

A- Les pouvoirs de direction et de sanction

Les prérogatives de direction, de contrôle et de sanction dans les marchés publics par les AC, sont souvent exercées par l'intermédiaire d'autres structures disposant de savoir-faire et des compétences avérées pour diriger et contrôler les travaux à réaliser. Il s'agit du mécanisme de Maîtrise d'Ouvrage Déléguée (MOD) par lequel la personne publique sollicite d'autres Entreprises de droit public ou privé pour exercer à sa place lesdits pouvoirs en vue d'amener les titulaires à réaliser les travaux dans les règles de l'art. Mais très souvent, l'exercice de ces pouvoirs par les Maîtres d'Ouvrage Délégué (MOD), laisse apparaître des insuffisances, des dérives, voire des ingérences qui sont le fait des AC qui se substituent parfois au MOD pour poser des actes répréhensibles qui sortent même de leurs prérogatives de puissance publique. C'est le cas dans l'exécution du contrat ci-dessus cité où après la signature de la convention de MOD entre la SERHAU SA et l'Ex Ministère de l'Urbanisme de l'Habitat, de la Réforme Foncière et de la Lutte contre l'Erosion Côtière (MUHREFLEC), ce dernier s'est substitué à la Société d'Etudes Régionales d'Habitat et des Aménagements Urbains SA. Ainsi, « *pour la sélection des Entreprises, il a été mis sur pied, par arrêté ministériel n° 0024/MUHREFLEC/DC/SGM/ARPN/SA du 10 avril 2008, un comité de dépouillement et d'analyse des offres alors que la convention prévoit en son article 3 que le Maître d'Ouvrage Délégué s'occupe du choix des entreprises* »<sup>50</sup>. Une substitution au MOD qui a conduit à la sélection de bureau de contrôle très peu qualifié dont l'incompétence dans la mise en œuvre des gros œuvres , sera révélé par l'ensemble des dysfonctionnements observés à l'exécution des gros œuvres (indisponibilité de plans architecturaux) et ayant entraîné les grands retards qui n'ont pas permis d'achever les travaux dans les délais contractuels.

Ces abus dans les pouvoirs de direction et de contrôle, s'observent aussi, dans l'application des sanctions.

---

<sup>50</sup> Rapport d'audit de l'Inspection Générale du MUHREFLEC relatif aux travaux de construction du siège de l'Assemblée Nationale à Porto-Novo recommandé par le conseil des Ministres ; extrait du relevé n° 33 en sa séance du mercredi 10 octobre 2012, P. 6.

## B- Les pouvoirs de sanction

Les pouvoirs de sanction dévolus aux AC dans les contrats de marchés ne s'exercent pas sans des abus ou même parfois avec des dérives. Les exagérations dans l'application des sanctions lorsqu'elles sont dénoncées par les titulaires à l'occasion des contrats, se retournent contre l'Etat. Les cas les plus récurrents restent les cas injustifiés d'application des sanctions relatives aux pénalités de retard évoqués par l'application de l'article 117 de la loi 2017-04 portant code des marchés aux termes desquels « *En cas de dépassement des délais contractuels fixés par le marché, le titulaire du marché est passible de pénalités après mise en demeure. Ces pénalités ne peuvent excéder un certain montant fixé dans le cahier des clauses administratives générales pour chaque nature de marché et précisé dans le cahier des clauses administratives particulières* »<sup>51</sup>. En effet, dans la pratique des contrats de marchés où il est exigé aux titulaires, le cautionnement de l'avance de démarrage, il n'est pas rare de constater que l'Etat ne se libère de l'avance de démarrage que bien plus tard, mais se permet à démarrer la computation des délais à partir de la date de remise du site avec pour conséquence le calcul des pénalités de retards arbitraires sans même une mise en demeure aux titulaires pour leur permettre d'apporter des justifications à leur retard. Les cas les plus extrêmes d'abus des prérogatives de sanctions, consistent en la mauvaise application des conditions d'ajournement et de mise en régie comme le cas du marché de travaux n° 001/2008/DG/DT/DAF/LM/CONV-AN du 17 novembre 2008 entre le Groupement d'Entreprises EMCR et la SERHAU SA relatifs au lot 1 (démolition, terrassement – gros œuvre) dans le cadre de la construction du siège de l'Assemblée Nationale à Porto-Novo. L'ajournement des travaux après épuisement des délais contractuels de vingt-quatre (24) mois et leur mise en régie contrôlée le 16 août 2012, ont été les sanctions appliquées à l'encontre du Groupement d'Entreprises EMCR par la SERHAU SA.

Si ces cas d'abus des prérogatives ne donnent pas lieu à des difficultés ou des conflits, c'est parce que leurs effets ne conduisent pas souvent à la rupture des liens contractuels entre les parties qui finissent toujours par s'entendre pour assurer la fin

---

<sup>51</sup> Article 117 de la loi 2017-04 portant code des marchés en République du Bénin

des contrats de marchés et par ricochet des obligations réciproques. Dans certains cas extrêmes, les AC font recours à des pouvoirs extraordinaires.

#### Paragraphe 2 : l'abus des pouvoirs extraordinaires

L'exécution de certains contrats publics amène l'Etat et ses démembrements à outrepasser les limites de leurs pouvoirs extraordinaires de modification unilatérale et de résiliation qui peuvent les mettre dans des situations très éprouvantes. Il s'agit des cas de modification unilatérale et de résiliation abusive dont le dénouement soumet la personne publique à des indemnisations et à des dédommagements colossaux à l'occasion des procès ou des arbitrages.

##### A- Les pouvoirs de modification unilatérale

La possibilité donnée aux AC d'apporter des rectificatifs ou des modifications en cours d'exécution des contrats et qui se matérialisent par les ordres de services à l'endroit des titulaires, ouvre souvent la brèche des modifications unilatérales et parfois abusives qui entraînent des litiges ou des conflits entre les parties. En effet, certaines AC dans le cadre de l'exercice des pouvoirs de modification à elles conférées par les textes en vigueur, engagent les titulaires de marchés dans des modifications au mépris des conditions préalables des dispositions de l'article 116 qui énonce : *«les stipulations relatives au montant d'un marché public ne peuvent être modifiées que par voie d'avenant et dans la limite de vingt-cinq pour cent (25%) de la valeur totale du marché de base. L'avenant est adopté et notifié selon la même procédure d'examen que le marché de base. Il ne peut modifier ni l'objet du marché, ni le titulaire du marché, ni la monnaie de règlement, ni la formule de révision des prix. La passation d'un avenant est soumise à l'autorisation de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics »*<sup>52</sup>. Ainsi, sans avoir évalué les coûts des ordres de services répétés auxquels le titulaire ne pouvait opposer de refus sous peine de faute contractuelle, les deux parties s'aperçoivent au bout des travaux et la présentation des coûts des prestations supplémentaires, que lesdits travaux ont largement dépassés le seuil légal de 25% du marché initial sans que les formalités de conclusion d'un avenant ne soient initiées. C'est alors que les stratagèmes des préposés de l'AC pour sous-évaluer les travaux supplémentaires réalisés, font naître

---

<sup>52</sup> Alinéa 1 à 3 de l'article 116 de la loi 2017-04 portant code des marchés publics en République du Bénin.

des conflits ou litiges qui conduisent le plus souvent à des indemnisations gratuites avec imputation des frais inhérents à la charge des AC.

Mais lorsque les AC ne se rendent pas compte des limites de leurs pouvoirs de modification, elles peuvent se retrouver sur le terrain fatale de la résiliation.

#### B- Les pouvoirs de résiliation

Les conflits nés de l'abus des pouvoirs de direction, de contrôle, de sanction et de modification unilatérale des contrats par les AC, sont porteurs des germes très favorables à la résiliation des contrats et il urge que les deux parties y trouvent un règlement à l'amiable. Mais l'exercice sans partage des pouvoirs de puissance publique dont les AC sont investies, les emmène à prononcer des résiliations de contrats au mépris des conditions minimales à observer. Les dérives dans les prérogatives de l'Etat en matière de résiliation qui obligent les cocontractants à recourir à l'office du juge, sont celles qui ne respectent pas les conditions posées par l'article 125 de la loi 2017-04 qui stipule que *«les marchés publics peuvent faire l'objet d'une résiliation dans les conditions stipulées au cahier des clauses administratives générales par une décision de résiliation soit à l'initiative de la personne responsable des marchés publics lorsque la réalisation du marché est devenue inutile ou inadaptée compte tenu des nécessités du service public en raison de la faute du titulaire du marché après avis favorable de la Direction nationale de contrôle des marchés publics »*<sup>53</sup>. Ainsi, lorsqu'il est saisi après épuisement des voies de recours préalables, le juge du contrat se borne à rendre son jugement en analysant les conditions de résiliation pour s'assurer qu'il n'y a pas abus des pouvoirs. Il en est ainsi parce *«le pouvoir discrétionnaire de l'Administration n'est pas un pouvoir arbitraire dans la mesure où la jurisprudence tend à exiger d'une manière de plus en plus ferme que l'Administration fasse connaître d'une manière complète les faits et le raisonnement qui l'ont conduit à la décision critiquée »*<sup>54</sup>.

Les actes de la personne publique dans le domaine particulier des contrats de marchés, ont pour conséquence de causer des dommages aux cocontractants et appellent de justes réparations ou indemnisations pour compenser et rétablir

---

<sup>53</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 125 de la loi 2017-04 portant code des marchés publics en République du Bénin.

<sup>54</sup> Rapport général sur le contrôle administratif de l'intervention économique de l'Etat présenté par Jacques MEGRET, P. 125.

l'équilibre financier des contrats. Malgré les mécanismes de gestion de ces litiges ou conflits par les canaux judiciaires, il arrive que les nombreuses difficultés que rencontrent les cocontractants, les juges et parfois les AC, dans la résolution des litiges, les obligent à recourir à d'autres modes alternatifs de règlement de leurs conflits. Il s'agit de la négociation, de la conciliation, de la transaction, de la médiation et surtout de l'arbitrage dont le recours affaiblit totalement la souveraineté des personnes publiques de par les contraintes qu'il met à leur charge. Ce mode juridictionnel de règlement des conflits très moins coûteux, rapide et plus sécurisé, hérité de la pratique du commerce international auquel les AC ont souvent recours à l'occasion des contrats de marchés mais dont elles ignorent ou méconnaissent souvent le fonctionnement et les implications.

## **CHAPITRE 2 : Le recours à l'arbitrage**

La recherche de solutions pour se mettre à l'abri des insuffisances de la justice étatique à l'occasion des litiges, a amené les acteurs à recourir à d'autres modes alternatifs de règlements des conflits au nombre desquels l'arbitrage dont la méconnaissance de son fonctionnement et des suites qu'il réserve soumettent aussi les AC à de nombreuses épreuves.

### **SECTION I : Les épreuves liées à la méconnaissance de l'arbitrage et à son fonctionnement**

L'insertion des clauses de règlement des litiges ou différends par le recours à un arbitrage dans les contrats de marchés publics, exige de la part des personnes publiques, une parfaite connaissance de l'arbitrage et son processus dans les contrats de marchés d'une part, et une maîtrise parfaite de ses implications dans la pratique d'autre part.

#### **Paragraphe 1 : La méconnaissance de l'arbitrage et de son fonctionnement**

L'aptitude des personnes publiques à compromettre exige un minimum de prérequis et de précautions à prendre à l'occasion des conclusions de contrats pour éviter de subir naïvement les conséquences néfastes auxquelles sa non maîtrise pourrait exposer.

#### A- La valeur de la convention d'arbitrage

Depuis longtemps, la possibilité pour l'Etat de compromettre était interdite en raison de son statut et surtout des implications de l'arbitrage qui exigent que le règlement des conflits soit confié à une juridiction arbitrale autre que celle étatique. Mais avec la commande publique qui fait intervenir désormais des commerçants étrangers à la recherche de garanties confortables dans leurs relations contractuelles, les dépenses publiques vont s'accommoder peu à peu aux pratiques du commerce international et vont s'imposer même aux personnes publiques. Comme l'a rappelé le Professeur POGOUE Paul Gérard, *«l'OHADA est la résultante de trois convictions. En premier lieu, c'est la croyance que l'insécurité juridique et judiciaire est un facteur de ralentissement de l'économie. Le droit peut être une énergie puissante pour propulser le développement, s'il est conçu de manière à attirer les investissements et si le service public de la justice rassure les investissements.*

*En deuxième lieu, face à la mondialisation de l'économie, il faut s'unir pour réagir ou résister. Si l'espace juridiquement et judiciairement sécurisé est étendu, alors il constitue un vaste marché potentiel. L'intégration du droit et de la fonction de juger est ainsi une sérieuse modalité pour promouvoir un nouveau pôle de développement. En troisième lieu, la qualité de la justice passe aussi par le développement des modes alternatifs de règlement des différends. Parmi ces derniers, l'arbitrage s'impose de plus en plus comme l'un des modes les plus appropriés en matière d'investissement. Il faut donc promouvoir l'arbitrage. Cette justice d'origine privée apaise les antagonistes d'aujourd'hui qui n'oublient pas qu'ils étaient des partenaires hier et qui souhaitent consolider les relations demain »<sup>55</sup>.*

Dès lors, le recours à l'arbitrage et l'aptitude des personnes publiques à participer à un arbitrage affirmée par l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 révisé par le nouvel Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage (AUA) du 23 novembre 2017, va consacrer l'arbitrabilité des contrats de marchés qui se matérialise par l'insertion des clauses compromissoires ou le recours à des compromis d'arbitrage en cas de différends.

Ainsi *«Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un*

---

<sup>55</sup> POGOUE (P-G), l'arbitrage dans l'espace OHADA, Editions 2012, P. 121.

*arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage »<sup>56</sup>.*

C'est en vertu de ce principe que, «*la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage.*

«*La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel.*

*Le compromis est la convention par laquelle les parties à un différend déjà né conviennent de le régler par la voie de l'arbitrage »<sup>57</sup>.*

Dans ces conditions, la convention d'arbitrage apparaît comme un document de grande portée auquel les parties doivent accorder une attention particulière. En effet, «*la convention d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant »<sup>58</sup>.* Elle constitue en plus de la référence des parties, le bréviaire de l'arbitre et lui permet d'y trouver toutes leurs volontés autour desquelles le conflit sera réglé. Sa grande banalisation à l'occasion de la rédaction par les personnes publiques, constitue tout le temps, les difficultés qu'elles rencontrent en cas de recours. En effet, lors de la conclusion des contrats où les parties conviennent par des clauses compromissoires ou des compromis d'arbitrage en cas de survenance des litiges d'y recourir, les personnes publiques, accordent très peu d'importance à ce document qui laissé à la disposition du cocontractant et son conseil, se retrouve jonché de conditions très contraignantes pour les personnes publiques.

Au-delà de cette réalité, la convention d'arbitrage ne règle effectivement les différends que si chacune des parties maîtrise bien son mode de fonctionnement. C'est à cette réalité très peu connue que l'arbitrage expose les personnes publiques dans les contrats de marchés.

---

<sup>56</sup> Article 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit d'arbitrage du 11 mars 1999 et révisé le 23 novembre 2017.

<sup>57</sup> Article 3-1 de l'Acte Uniforme relatif au droit d'arbitrage du 11 mars 1999 et révisé le 23 novembre 2017.

<sup>58</sup> Article 3-1 du nouvel Acte Uniforme relatif au droit l'arbitrage du 23 novembre 2017.

## B- Le mode de fonctionnement de l'arbitrage

La convention d'arbitrage qui circonscrit le cadre général d'intervention de l'arbitre exige des parties, une bonne connaissance de son fonctionnement à chacune des étapes essentielles de l'instance arbitrale. Ainsi que le dispose l'article 8-1 de l'AUA *«En présence d'une convention imposant aux parties de suivre une étape de résolution du différend préalable à l'arbitrage, le tribunal examine la question du respect de l'étape préalable si l'une des parties en fait la demande et renvoie, le cas échéant, à l'accomplissement de l'étape préalable. Si l'étape préalable n'a pas été engagée, le tribunal arbitral suspend la procédure pendant un délai qu'il estime convenable, afin de permettre à la partie la plus diligente de mettre en œuvre cette étape. Si l'étape préalable a effectivement été engagée, le tribunal constate, le cas échéant, son échec »*<sup>59</sup>.

A la lueur de cette disposition, on se rend compte donc qu'il s'agit d'un mode de règlement juridictionnel par le recours certes à une personne non partie au contrat mais dont le mode de fonctionnement est soumis à des règles bien précises. En dehors des règles procédurales, l'arbitrage doit se dérouler conformément aux prescriptions tracées par le législateur OHADA à travers les articles 9 et suivants qui concernent :

- Le traitement des parties à l'arbitrage ;
- La possibilité pour elles de faire valoir leurs droits basée sur la méthode du contradictoire ;
- L'acceptation des parties de se voir appliquer le règlement d'arbitrage d'un organisme d'arbitrage en cas de son recours sauf à en écarter certaines dispositions, en accord avec ledit organisme ;
- La compétence du tribunal arbitral ;
- Le choix des arbitres, etc...

A l'occasion de la procédure arbitrale, les personnes publiques ont souvent de sérieuses difficultés à se conformer aux exigences en matière de constitution du tribunal arbitral, d'acceptation du ou des arbitres, des délais liés à leur nomination par la juridiction compétente en cas de saisine, des droits et devoirs de chacune des parties. Lorsque ces exigences de l'arbitrage sont méconnues ou négligées, l'instance arbitrale se déroule aux dépens des intérêts de l'Etat avec à la clé des

---

<sup>59</sup> Article 8-1 du nouvel Acte Uniforme relatif au droit l'arbitrage du 23 novembre 2017.

dommages et intérêts à sa charge surtout si le différend soumis est lié à des violations contractuelles d'ordre professionnel traduisant ainsi les cauchemars auxquels son recours peut donner lieu à la personne publique. Le recours en contestation de validité de la sentence arbitrale n° 100/2014/PC du 30 mai 2014 par la République du Bénin dans le cadre du litige l'opposant avec la Société Bénin Control SA, est illustratif de la méconnaissance du fonctionnement de l'arbitrage par le Gouvernement béninois. Cette méconnaissance évoquée par ses propres arbitres selon laquelle « ...la clause contenue dans l'article 49 du contrat de marché n° 20/MEF/MPDEPP/CAG/MDCEMTMIP/DNCMP du 09 février 2011 renvoyant aux dispositions du traité de l'OHADA, est vague et imprécise et ne peut permettre d'affirmer que la commune volonté des parties est de retenir l'arbitrage CCJA»<sup>60</sup>. Une clause banale mais qui n'a pas été élucidée lors de la rédaction de la convention d'arbitrage par le Gouvernement béninois et qui lui a été opposée lors du déroulement de la sentence et qui a servi de base aux arbitres. Il en est de même des implications de l'arbitrage qui sont souvent méconnues des personnes publiques.

## Paragraphe 2 : Les implications de l'arbitrage des contrats de marchés

La faculté de compromettre reconnue aux personnes publiques, met à leur charge de lourdes responsabilités dont les effets méritent des profondes analyses avant d'y recourir.

### A- Les effets juridiques de l'arbitrage dans les contrats de marchés

De façon générale, en recourant à un arbitrage, les parties conviennent de confier la résolution du litige à un arbitre impartial et indépendant, dont la décision est souvent finale et sans appel. Ainsi qu'il est stipulé à travers l'article 19 de l'AUA du 11 mars 1999, «la sentence arbitrale est rendue selon la procédure et les formes convenues par les parties. A défaut d'une telle convention, la sentence est rendue à la majorité des voix lorsque le tribunal est composé de trois arbitres. Si elles le désirent, les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, elles peuvent demander au tribunal arbitral que cet accord soit constaté en la forme d'une sentence rendue d'accord parties. Cette sentence a le même statut et produit les

---

<sup>60</sup> Arrêt N° 103/2015 du 15 octobre 2015 rendu en audience publique par la CCJA.

*mêmes effets que toute autre sentence mettant fin au différend »<sup>61</sup>. Il s'agit en fait de la consécration du principe de renonciation à l'immunité juridictionnelle des personnes publiques posé par l'article 2 de l'AUA aux termes desquels «*Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats, les autres collectivités territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage , quelle que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage »<sup>62</sup>. Ainsi, dès lors qu'elles acceptent de compromettre, les personnes publiques renoncent à leur immunité juridictionnelle pour se soumettre aux règles et procédures propres à l'arbitrage retenu. Or, il est fréquent de constater que les personnes publiques récusent les arbitres désignés en abandonnant l'arbitrage qui se déroule en leur absence avec en définitif, des sentences rendues en leur défaveur.**

En plus de l'immunité juridictionnelle, le recours à l'arbitrage a des répercussions financières sur les personnes publiques qu'il convient d'analyser.

#### B- Les effets à caractère financier

L'une des raisons privilégiées de l'arbitrage et son usage dans le commerce international, est son effet forcé et rapide dans le recouvrement. Au regard des longs délais de la justice ordinaire ou étatique, dans l'intérêt de leurs relations contractuelles et dans le gain de temps et d'argent et surtout en vertu de la confidentialité qui le caractérisent, les parties préfèrent y recourir pour mettre rapidement un terme à leur différend ou litige par le mécanisme du recouvrement forcé. C'est ce qui justifie le recours par l'arbitre aux mesures conservatoires et aux procédures de recouvrement forcé dans le processus de règlement des litiges.

Or conformément à l'AUPSRVE du 10 avril 1998 et en vertu des prérogatives attachées au statut des personnes publiques, posées par l'article 30 selon lequel «*l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux*

---

<sup>61</sup> Article 19 de l'AUA du 11 mars 1999 modifié le 23 novembre 2017.

<sup>62</sup> Article 2 de l'AUA du 11 mars 1999 modifié le 23 novembre 2017.

*personnes publiques qui bénéficient d'une immunité d'exécution* »<sup>63</sup>, on se demande si la capacité de compromettre des personnes publiques, est une faculté ou une obligation à l'exposé des effets de l'arbitrage.

Au regard de l'immunité d'exécution des personnes publiques, opposée aux intérêts du commerce international, on se rend compte aisément que la compromission pour les personnes publiques, devrait être une faculté et que la décision de compromettre devient de ce fait, un piège auquel elles doivent faire attention en définissant clairement les cas de litiges à soumettre à l'arbitrage.

Il en est de même pour les sentences rendues à l'issue du processus arbitral.

## **SECTION II : Les épreuves liées aux sentences**

L'autorité de la chose jugée attachée à la sentence et son caractère d'exécution forcée en cas d'exéquatur, constituent les autres formes d'épreuves que subissent les personnes publiques à l'exécution des contrats de marchés publics.

Paragraphe 1 : l'autorité de chose jugée de la sentence arbitrale

Le recours à l'arbitrage sous n'importe quelle forme, conduit à la fin de la procédure, à une sentence que les parties reconnaissent comme un titre faisant foi et un acte juridique.

A- un titre faisant foi

En portant leurs litiges conformément aux clauses contractuelles devant un tribunal arbitral, les parties au contrat se conviennent librement en vertu de leur volonté de se soumettre aux décisions qui seront rendues par le ou les arbitres désignés ou nommés pour la cause. Pris dans ce contexte, la sentence arbitrale prend la forme d'un serment auquel les parties doivent s'en tenir du fait, qu'elle n'est que le fruit de la promesse qu'elles se sont faite, de respecter leur engagement et de la reconnaître comme une résolution définitive de leur différend. Dès lors, la sentence a une portée morale sacrée, un titre faisant foi pour les parties qui ne peuvent sous aucun prétexte opposer un refus de s'y soumettre, encore moins de refuser de souscrire aux suites des sentences qui sont rendues. Tout acte contraire à

---

<sup>63</sup> Article 30 de l'AUPSRVE du 10 avril 1998.

l'encontre de celle-ci, serait interprété comme une parjure qui resterait sur la conscience de la partie qui l'aurait méconnue ou renoncée. La valeur de la sentence comme un titre faisant foi, se manifeste davantage sur le plan procédural à maints égards. D'abord, «*la sentence arbitrale peut également être utilisée pour pratiquer une saisie conservatoire* »<sup>64</sup>. Ensuite, par la possibilité donnée à la partie intéressée d'invoquer devant la juridiction étatique abusivement saisie, l'existence de la convention arbitrale, pour obtenir l'irrecevabilité de la demande. Dans ces conditions, les personnes publiques devraient s'abstenir d'y recourir en vertu de leur immunité d'exécution dont elles sont très jalouses.

En plus d'être un acte de portée morale, la sentence arbitrale reste un acte juridique.

#### B- Un acte de portée juridique

La sentence arbitrale a force de loi et s'impose aux parties qui doivent s'en référer comme l'acte juridique définitif ayant consacré le règlement du différend. Elle revêt le même caractère que les décisions rendues par les juridictions étatiques et doit être appliquée avec la même rigueur par les parties. Ce caractère de la sentence arbitrale se justifie par le fait que, son prononcé sanctionne la fin des discussions et oblige les protagonistes, à taire désormais leur divergence en suivant les consignes tracées par les arbitres. Sur un autre plan, la sentence arbitrale prend la forme d'un jugement entré en force qui n'est plus susceptible de voie de recours parce qu'elle lie non seulement les parties, mais également les tribunaux et empêche à nouveau, de trancher sur le même objet. L'article 23 de l'AUA dispose «*la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* »<sup>65</sup>.

Ainsi que l'article 26 le dispose, «*la procédure arbitrale s'achève par le prononcé d'une sentence définitive. Elle prend également fin par une ordonnance de clôture. Le tribunal arbitral prend une ordonnance de clôture lorsque :*

- a- *Le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur ne s'y oppose et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé ;*
- b- *les parties conviennent de clore la procédure ;*

---

<sup>64</sup> POUGOUE (P-G), *l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Paris, Editions LEIDEN, 2012, P. 189.

<sup>65</sup> Article 23 de l'AUA du 11 mars 1999 révisé le 23 novembre 2017

c- *le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible ;*

d- *il y a acquiescement à la demande, désistement ou transaction »<sup>66</sup>.*

La reconnaissance de la sentence arbitrale au regard de l'engagement moral qu'elle représente d'une part, et sa force de loi en vertu de la nature juridique qu'elle incarne d'autre part, lui confèrent l'autorité de la chose jugée que les personnes publiques se doivent d'analyser en vue de jauger leur faculté à compromettre. Lorsque cette analyse n'est pas bien menée, la sentence dans ce qu'elle représente pour les parties, s'imposera aux personnes publiques avec toutes les conséquences qu'elle peut engendrer. C'est sous cet angle de perception qu'au-delà d'être un mode sécurisé et plus rapide de règlement juridictionnel des conflits, l'arbitrage apparaît comme un grand piège chaque fois que les personnes publiques se décident à y recourir dans les contrats.

Dans la même logique, l'exéquatur des sentences arbitrales, constitue une autre forme d'obstacle sur le parcours des personnes publiques dans les contrats de marchés.

Paragraphe 2 : l'exéquatur de la sentence arbitrale

L'exéquatur de la sentence arbitrale confère à celle-ci, le caractère d'exécution forcée dans les juridictions des Etats des parties à l'arbitrage avec des implications onéreuses dont le respect constitue le gage de la crédibilité des personnes publiques.

A- une incidence onéreuse

La sentence arbitrale, même reconnue par les parties comme ayant l'autorité de la chose jugée, ne devienne une mesure plus sécurisée et plus rapide de règlement des litiges, que si elle est revêtue d'une décision d'exéquatur prise par le juge compétent après les vérifications de fond qui portent seulement sur la régularité de la sentence. Ainsi que le dispose l'article 30 de l'AUA, «*la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exéquatur rendue par la juridiction compétence dans l'Etat Partie »<sup>67</sup>.*

---

<sup>66</sup> Article 16 de l'AUA du 11 mars 1999 révisé le 23 novembre 2017.

<sup>67</sup> Article 30 de l'AUA du 11 mars 1999 révisé le 23 novembre 2017.

Cette condition indispensable, ouvre la voie à l'exécution forcée, dont le choix est laissé à la discrétion du demandeur après avoir rempli les formalités prévues à l'article 31 qui se résument en la reconnaissance de l'existence de la sentence par la production de la convention arbitrale avec la traduction des pièces dans la langue de l'Etat Partie où l'exéquatur est demandé, avec certification d'un expert traducteur inscrit sur la liste des experts établie par les juridictions compétentes.

C'est de là que l'exéquatur des sentences arbitrales contre les personnes publiques, prend toute sa dimension onéreuse, malgré l'immunité d'exécution dont elles jouissent. Dans ces conditions, la mise en œuvre de l'exécution forcée, va s'exercer sur le terrain des dommages et pénalités à charge des personnes publiques qui sont astreints de les honorer. La jurisprudence éloquente dans ce domaine est celle de l'arrêt n° 103/2015 du 15 octobre 2015 en audience publique de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), ayant opposé le Gouvernement Béninois dans le contrat de marché n° 20/MEF/MPDEPP/CAG/MDCEMTMIP/DNCMP du 09 février 2011 avec la Société Bénin Control SA. Même si l'exéquatur de la sentence a rencontré l'immunité d'exécution de l'Etat béninois, il a tout au moins permis de mettre à la charge de ce dernier sous la forme de réparation de préjudices ainsi qu'elle a disposé « ...6) - *Condamne l'Etat du Bénin à payer à la Société Bénin Control SA, au titre de réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de la suspension abusive du contrat de marché, la somme de 12 879 216 238 F CFA hors taxes représentant des sommes recouvrées et non reversées par le Trésor public et qui doivent être payées même en cas de reprises de l'exécution du contrat de marché ;*

7)- *enjoint à l'Etat du Bénin de reprendre et de poursuivre l'exécution du contrat de marché n° 20/MEF/MPDEPP/CAG/MDCEMTMIP/DNCMP du 09 février 2011 relatif à la mise en place du Programme de Vérification des Importations (PVI) de Nouvelle Génération avec la Société Bénin Control SA, dans les termes et conditions convenus dans un délai de soixante (60) jours à compter de la notification de la sentence ;*

8)- *dit et juge que la reprise de l'exécution dudit contrat dans le délai prescrit entraîne la prorogation de la durée initiale au titre de chaque type de prestations d'une période de temps égale à la période pendant laquelle le contrat aura été suspendu ;*

*A défaut de reprise de l'exécution du contrat de marché dans le délai :*

9)- *condamne l'Etat du Bénin à payer à la Société Bénin Control SA, la somme de 129 000 000 000 F CFA au titre du manque à gagner qu'elle a subi ;*

10)- condamne l'Etat du Bénin à payer à la Société Bénin Control SA, la somme de 2 000 000 000 F CFA hors taxes au titre de son préjudice moral ;

11)- en application de l'article 24-1 et 2 du règlement d'arbitrage de la CCJA , met l'ensemble des frais d'arbitrage évalués à la somme de 186 098 420 F CFA hors taxes à la charge de l'Etat du Bénin ;

Le condamne à payer ladite somme à la Société Bénin Control SA... »<sup>68</sup> .

A côté de son incidence très onéreuse, le refus de son exécution est le gage d'une perte de crédibilité et d'image de la personne publique dans la pratique du commerce international à travers les contrats de marchés.

#### B- Une preuve de perte de crédibilité

Le refus de reconnaissance d'une sentence arbitrale exéquatée par la personne publique aux motifs des principes attachés à son immunité d'exécution, constitue pour elle, une perte de sa crédibilité aux yeux des autres acteurs du commerce international. En effet, il est très aisé pour les personnes publiques de se réfugier sous l'insaisissabilité, l'incessibilité et parfois la non compensation de ses dettes, pour ne pas honorer les engagements financiers mis à sa charge sous la forme de réparation de préjudices causés à ses cocontractants. Par cette attitude de refus de reconnaissance de l'exéquatur de la sentence, elle met en doute sa crédibilité dans la pratique du commerce international et affiche la perte de sa notoriété. La conséquence de ce refus se traduira par un désintérêt quasi-total des investisseurs ou cocontractants étrangers aux yeux desquels, toute initiative de commerce mettant en relation ledit Etat, représenterait un risque pays. C'est ainsi que la décision de compromettre des personnes publiques peut les conduire à une perte totale de leur crédibilité par suite des refus répétés de reconnaissance des exécuteurs de sentences. L'honorabilité des personnes publiques se voit donc entachée par la mauvaise réputation découlant de l'inexécution des exécuteurs dont elles sont souvent coutumières. Une image très négative qui pourrait se manifester par des dossiers d'appels d'offres non vendus ou des appels d'offres infructueuses.

Les renseignements de notoriété et les quêtes de renseignements érigés en pratiques caractéristiques du commerce international seront désormais en défaveur de ces personnes publiques en raison de la confiance qu'elles n'inspirent plus au

---

<sup>68</sup> Arrêt n° 103/2015 du 15 octobre 2015 de la CCJA, P. 3 & 4.

regard de leurs partenaires. Lorsqu'il se généralise, le refus d'honorer les engagements financiers issus de l'exécution des sentences arbitrales, déteindra leur image voire leur crédibilité dont la perte totale deviendra d'une véritable épreuve pour la personne publique en ce sens que même le recours à une procédure d'entente ne lui permettrait pas de trouver de potentiels cocontractants.

On peut donc déduire comme le Professeur Paul-Gérard POUGOUE que « ...*Compromettre est un acte juridique dont le contenu et l'intensité dépendent de la volonté des parties. C'est dans la négociation de la convention d'arbitrage que les personnes morales de droit public, singulièrement l'Etat et les Collectivités publiques territoriales, devraient peser l'intérêt de recourir à l'arbitrage et utiliser la technique des clauses compromissaires sélectives ou partielles pour soustraire de l'arbitrage, certains aspects du différend arbitral* »<sup>69</sup>. Dans le cas contraire, les effets attachés à l'arbitrage surtout sur le plan international, peuvent se retourner contre elles sous la forme de rudes épreuves.

C'est face à cette altération de la souveraineté des personnes publiques dans les contrats de marchés au regard des nombreux affronts et contraintes auxquels elles sont exposées que l'adoption de l'Acte Uniforme sur la Médiation (AUM) intervenue le 23 novembre 2017 et entré en vigueur dans les Etats membres le 15 mars 2018, va relever effectivement le défi d'un règlement pacifique des contentieux dans les contrats de marchés.

---

<sup>69</sup> POUGOUE (P-G), *l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Paris, Editions LEIDEN, 2012, P.161.

## **CONCLUSION GENERALE**

Les personnes morales de droit public ou privé, sont dotées de pouvoirs juridiques exceptionnels aux moyens desquels elles organisent, administrent, et gèrent les services publics qu'elles assurent grâce à leur statut de puissance publique. Mais dans l'accomplissement de ces missions par le recours à ces prérogatives, il n'est pas rare que, les actes administratifs unilatéraux, peuvent léser des particuliers ou leur porter des préjudices ou dommages qui font naître des litiges pour lesquels pendant longtemps, l'irresponsabilité des personnes publiques a été prônée. Pour M. Laferrière cité par Georges TEISSIER, «*la responsabilité de l'Etat est d'autant plus restreinte que sa fonction est plus élevée...que l'Etat est exempt de toute responsabilité quand sa fonction confine à la souveraineté* »<sup>70</sup>. Cette affirmation de la souveraineté de l'Etat va être clairement posée par l'édition des règles et principes intangibles qui renforcent l'irresponsabilité de la puissance érigée en un dogme qui devait, pendant longtemps, rendre les personnes publiques, les protégées intouchables à l'occasion de l'accomplissement de leur mission de services publics. Le principe posé par les articles 1382 et suivants du code civil et qui rendent les personnes privées responsables des dommages résultant de tout fait quelconque de leurs actes ou de ceux de leurs préposés, sera inapplicable en vertu de «*l'adage selon lequel le roi ne peut mal faire et l'idée selon laquelle le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compassion* »<sup>71</sup>.

Mais avec les mutations économiques obligeant l'intervention de plus en plus accrue de l'Etat dans le domaine économique à travers la création des personnes publiques à missions industrielle et commerciale, l'Etat et ses démembrements vont s'inviter dans des activités économiques avec à la clé, la conclusion de contrats avec les particuliers. Peu à peu le mythe de l'irresponsabilité attachée aux personnes publiques, va laisser place à sa responsabilité administrative appréhendée «*comme une responsabilité civile applicable à l'administration, mais plutôt au sens où elle conduit au versement de dommages et intérêts à la victime tout comme dans la responsabilité de droit civil applicable aux personnes privées* »<sup>72</sup>. Même si dans ces

---

<sup>70</sup> TEISSIER (G), *la Responsabilité de la Puissance Publique*, Pais, Editions la Mémoire du droit, 2009, P.13.

<sup>71</sup> SALAMI (I. D.), *Droit administratif*, Cotonou, éditions CeDAT, 2015, P. 254.

<sup>72</sup> SALAMI (I. D.), *Droit administratif*, Cotonou, éditions CeDAT, 2015, P. 253.

contrats, l'Etat consacre sa pleine souveraineté par le maintien des clauses exorbitantes du droit commun, et l'obligation pour les cocontractants d'observer les prescriptions liées aux conditions de recours en matière de contentieux administratif, les conséquences de ses actes sur les citoyens à l'occasion de l'accomplissement de ses missions vont être désormais régies par des règles particulières avec l'arrêt Blanco du tribunal de conflits du 8 février 1873 qui consacre l'autonomie de la responsabilité administrative de l'Etat qui appelle au recours à des règles spéciales applicables suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. Cette possibilité des particuliers à recourir aux juges en cas d'abus des prérogatives, va ouvrir la voie aux réparations des dommages causés par les préposés de l'Etat par abus des prérogatives de puissance publique ou en méconnaissance des textes régissant le domaine du droit des marchés. Face à la justice étatique très lente et très peu sécurisée, les acteurs du commerce international vont préconiser l'arbitrage des contrats publics dont le recours par les personnes publiques va constituer aussi une autre forme d'épreuve sur son parcours. L'exercice des prérogatives de puissance publique consacrée tout au long des étapes de préparation, de passation, de conclusion, d'exécution et dans les conditions de recours, se trouve affaibli, voire éprouvé en cas de litiges où le règlement est soumis à l'appréciation des juges ou des arbitres en cas de compromission.

A l'analyse, on se rend compte avec la jurisprudence béninoise en matière de contrats de marchés de ces dernières années, soumise à l'appréciation des juges et des arbitres, que les prérogatives de puissance publique doivent être encadrées voire limitées. Ainsi les modifications unilatérales et résiliations d'autorité, pourront laisser place aux modifications et résiliations concertées et même négociées avec l'appui des organes de conciliation et de régulation sans le recours aux juges ou arbitres.

De même, il faudra que la professionnalisation du processus des marchés publics soit une réalité avec des acteurs très qualifiés de qui l'Etat sera exigeant et moins complaisant en cas d'entorse ou d'outrage « *aux principes d'économie et d'efficacité du processus d'acquisition, de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de*

*traitement des candidats, de transparence des procédures et de reconnaissance mutuelle »<sup>73</sup>.*

Au demeurant, le droit des marchés reste un domaine en perpétuelle mutation avec des emprunts à de nombreuses autres disciplines complémentaires dont la maîtrise par les AC et les cocontractants d'une part, et les juges et arbitres professionnels d'autre part, reste la seule solution pour atténuer ses effets néfastes sur les finances publiques des Etats.

Le recours au juge ou à l'arbitre pour le règlement des conflits nés à l'occasion des contrats de marchés, laisse toutefois non résolue, la question fondamentale de la suite des relations entre les deux parties.

Le rétropédalage des Etats Parties à Conakry, le 23 novembre 2017 par l'adoption de l'Acte Uniforme sur la Médiation de l'OHADA entré en vigueur le 15 mars 2018, ne s'inscrit-il pas dans cet ordre d'idées pour que les modes alternatifs de règlement des conflits soient plus efficaces et privilégiés en matière contractuelle?

Seule la bonne foi des Autorités chargées de la mise en œuvre des prérogatives de la puissance publique dans les marchés publics, pourra déterminer l'atteinte de cet idéal qui rétablit l'équilibre entre les différentes parties au contrat.

---

<sup>73</sup> Article 5 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

## BIBLIOGRAPHIE

### OUVRAGES GENERAUX

- **AKEREKORO (H)**, *Droit administratif des biens. Nouvelles orientations béninoises*, Editions de la miséricorde, 2017, 522 pages. ;
- **BEAUGE (T)**, *dictionnaire de la commande publique*, Paris, Editions AFNOR, 2006, 182 p. ;
- **BONICHOT (J-C), CASSIA (P), POUJADE (B)**, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 16ème éd., Paris, Dalloz, 2007, 1182 pages. ;
- **BRACONNIER (S)**, *Précis du Droit des marchés publics*, Paris, Editions le Moniteur, 2<sup>ème</sup> édition, 2007, 393 p. ;
- **HAURIOU (M)**, *Précis de Droit administratif et de droit public général*, Paris, Editions DALLOZ-SIREY, 2002, 280 p.
- **LAJOYE (C)**, *Droit des marchés publics*, Paris, Editions GUALINO, 2<sup>ème</sup> édition à jour au 1<sup>er</sup> mai 2005, 2005, 234 p.
- **LOMBART (M) et DUMONT (G)**, *Droit Administratif*, Paris, Editions DALLOZ, 5<sup>ème</sup> édition, 2003, 542 p. ;
- **KOKOROKO (D)**, *Les grands thèmes du droit administratif*, Presses universitaires de Lomé, 2014, 213 pages.
- **RICHER (L)**, *Effets du contrat administratif*, Paris, Editions LGDJ, 2008, 6<sup>ème</sup> édition, 975 p. ;
- **SALAMI (I. D.)**, *Droit administratif*, Cotonou, éditions CeDAT, 2015, 403 p. ;

### OUVRAGES SPECIALISES

- **LAUBADERE (A)**, *Traité de droit administratif*, 7ème éd., Paris, LGDJ, 1976, 753 pages.
- **MARAI (B)**, *Du Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, Amphithéâtre, 2004, 489 pages.
- **PINÇON (J-A)**, *30 leviers au service de l'acheteur public et privé*, Paris, AFNOR, 2007, 264 pages.
- **POUGOUE (P-G)**, *l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Paris, Editions LEIDEN, 2016, P.180.

- **TEISSIER (G)**, *la Responsabilité de la Puissance Publique*, Paris, Editions la Mémoire du droit, 2009, 301 p.
- **VILLIERS (M)**, *Les garanties techniques et financières exigées des cocontractants*, Paris, Le Moniteur, 2011, 66 pages.
- **VLACHOS (G)**, *Principes Généraux du droit administratifs*, Perpignan, Editions Ellipses, 1993, 430 pages.
- **WYCKOFF-GRELIER (P)**, *Le memento des contrats complexes de la Commande Publique*, 5<sup>ème</sup> Edition Eyrolles, 2011, 207 pages.

## DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

- **CORNIOT (S)**, *Dictionnaire de droit*, T.I, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1055 pages.
- **CORNU (G)**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2011, 1088 pages.
- **GATSI (J)**, *Nouveau Dictionnaire Juridique*, 2ème éd., Douala, Presses Universitaires Libres, 2010, 340 pages.
- **GULLIEN (G)** et **VINCENT (J)**, *Lexique des termes juridiques*, 17ème éd., Paris, Dalloz, 769 pages.
- **GUINCHARD (S)**, *Lexique des termes juridiques 2014-2015*, 22ème éd., Paris, Dalloz, 1057 pages.
- **LALANDE (A)**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, 1323 pages.

## TEXTES ET DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES

- **UEMOA (1993)** : *Traité de Port-Louis (Île Maurice) pour la création de l'OHADA* du 17 octobre 1993 modifié par le Traité de Québec du 17 Octobre 2008 ;
- **UEMOA (1998)** : *Acte Uniforme relatif aux Procédures Spéciales de Recouvrement et des Voies d'Exécution* du 10 avril 1998 ;
- **UEMOA (1999)** : *Acte Uniforme sur le Droit de l'Arbitrage* du 11 mars 1999 révisé le 27 novembre 2017 ;
- **UEMOA (2005)** : *Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 5 décembre 2005 portant contrôle et régulation des procédures de marchés publics et des*

*délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;*

- **UEMOA (2005)** : *Directive N° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 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.*

## **TEXTES ET DECRETS NATIONAUX**

- Loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin ;
- Loi 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin ;
- Décret 2018-223 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'ARMP ;
- Décret n°2018-224 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics ;
- Décret n°2018-225 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement des Cellules de Contrôle des Marchés Publics en République du Bénin ;
- Décret n°2018-226 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Personne Responsable des Marchés Publics et de la Commission de Passation des Marchés Publics ;
- Décret n°2018-227 du 13 juin 2018 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix ;
- Décret n°2018-228 du 13 juin 2018 fixant les délais impartis aux organes de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics ;
- Décret n°2018-229 du 13 juin 2018 portant approbation des documents types de passation des marchés publics en République du Bénin ;
- Décret n°2018-230 du 13 juin 2018 portant Code d'éthique et de déontologie dans la commande publique ;
- Décret n°2018-231 du 13 juin 2018 portant procédures d'élaboration des plans de passation des marchés publics ;

- Décret n°2018-232 du 13 juin 2018 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, de contrôle et d'approbation des marchés publics en République du Bénin ;
- Décret n°2018-233 du 13 juin 2018 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret.

### **RAPPORTS DE TRAVAUX**

- Rapport de synthèse des pays de l'Union Européenne sur le contrôle administratif de l'intervention économique de l'Etat présenté par Jacques MEGRET, 125 p ;
- Rapport d'audit de l'Inspection Générale du MUHRFLEC relatif aux travaux de construction du siège de l'Assemblée Nationale à Porto-Novo recommandé par le conseil des Ministres ; extrait du relevé n° 33 en sa séance du mercredi 10 octobre 2012, 125 p.

### **WEBOGRAPHIE**

- <https://www.weka.fr/marches-publics/dossier-pratique/optimiser-vos-achats-publics-dt85/elaborer-une-grille-de-criteres-de-choix-qualitatifs-performante-7283/>
- <http://tasciyan-avocats.fr/la-notation-des-offres-marches-publics-et-concessions/>
- <https://www.weka.fr/marches-publics/dossier-pratique/gerer-vos-operations-de-travaux-dt37/eliminer-les-offres-anormalement-basses-11146/>
- <https://www.lemoniteur.fr/article/le-prix-dans-les-marches-publics-guide-et-recommandations.1138869>
- <https://www.eurojuris.fr/articles/lobligation-de-revision-du-prix-dans-les-marches-publics-10779.htm>



**ANNEXE N°1 : ARRÊT 103/2015 du 15 octobre 2015**

















**ANNEXE N° 2 : Décret n° 2010-1525 du 08 décembre 2010  
relatif aux comités de règlement amiable des différends ou  
litiges relatifs aux marchés publics en France**









**ANNEXE N° 3 : Traité OHADA de Port-Louis du 17 octobre  
1993 modifié par le traité de Québec du 17 Octobre 2008**

























**ANNEXE N° 4 : Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage  
du 11 mars 1999 révisé le 23 novembre 2017**























## **ANNEXE N° 5 : Acte Uniforme relatif à la Médiation du 23 novembre 2017**











## TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS .....	ii
SIGLES ET ABREVIATIONS .....	iii
SOMMAIRE .....	iv
INTRODUCTION GENERALE .....	1
<b>1<sup>ère</sup> PARTIE : UNE PREROGATIVE CONSACREE</b> .....	<b>6</b>
<b>CHAPITRE 1 : La souveraineté dans les étapes préparatoires</b> .....	<b>8</b>
<b>SECTION I : La souveraineté dans la définition des besoins et du budget alloué</b> .....	<b>8</b>
Paragraphe 1 : Dans la détermination des besoins .....	8
A- La définition des besoins par l'Autorité Contractante (AC) .....	8
B- la pratique des addenda .....	10
Paragraphe 2 : Dans la fixation de l'enveloppe budgétaire du marché .....	11
A- La fixation du montant du marché .....	11
B- La pratique des avenants .....	12
<b>SECTION II : La souveraineté dans l'attribution du marché</b> .....	<b>14</b>
Paragraphe 1 : la liberté dans le choix du cocontractant .....	14
A- Les critères objectifs .....	14
B- Les critères subjectifs .....	15
Paragraphe 2 : la liberté dans l'annulation de la procédure .....	16
A- Evolution du besoin .....	16
B- Disparition du besoin .....	17
<b>CHAPITRE 2 : La souveraineté dans la conduite des autres étapes de la procédure</b> .....	<b>19</b>
<b>SECTION I : La souveraineté dans l'exécution du marché</b> .....	<b>19</b>
Paragraphe 1 : la souveraineté dans le contrôle et la sanction .....	19
A- Les pouvoirs de direction et de contrôle .....	19
B- Les pouvoirs de sanction .....	20
Paragraphe 2 : la souveraineté dans la modification unilatérale et la résiliation .....	21
A- Les pouvoirs de modification unilatérale .....	22
B- Les pouvoirs de résiliation .....	22
<b>SECTION II : La souveraineté dans les conditions de recours</b> .....	<b>23</b>
Paragraphe 1 : l'obligation d'un recours préalable à la personne publique .....	23
A- Le recours préalable devant l'AC .....	24
B- Le recours hiérarchique .....	25

Paragraphe 2 : l'obligation d'un recours aux instances de Régulation.....	25
A- Les comités régionaux ou départementaux de conciliation .....	25
B- Les organes nationaux de régulation .....	26
<b>DEUXIEME PARTIE : UNE MISE EN ŒUVRE DIFFICILE.....</b>	<b>29</b>
<b>CHAPITRE 1 : Le recours au juge .....</b>	<b>31</b>
<b>SECTION I : La méconnaissance des textes du droit des marchés publics</b>	<b>31</b>
Paragraphe 1 : la méconnaissance des règles et principes du droit des marchés publics .....	31
A- Sur le plan interne.....	31
B- Sur le plan régional et international .....	33
Paragraphe 2 : la méconnaissance des textes connexes .....	35
A- Sur le plan interne.....	35
B- Sur le plan externe.....	36
<b>SECTION II : l'abus des prérogatives de puissance publique .....</b>	<b>37</b>
Paragraphe 1 : l'abus des pouvoirs ordinaires .....	37
A- Les pouvoirs de direction et de sanction.....	38
B- Les pouvoirs de sanction .....	39
Paragraphe 2 : l'abus des pouvoirs extraordinaires .....	40
A- Les pouvoirs de modification unilatérale .....	40
B- Les pouvoirs de résiliation .....	41
<b>CHAPITRE 2 : Le recours à l'arbitrage .....</b>	<b>42</b>
<b>SECTION I : Les épreuves liées à la méconnaissance de l'arbitrage et à son fonctionnement.....</b>	<b>42</b>
Paragraphe 1 : La méconnaissance de l'arbitrage et de son fonctionnement	42
A- La valeur de la convention d'arbitrage .....	43
B- Le mode de fonctionnement de l'arbitrage .....	45
Paragraphe 2 : Les implications de l'arbitrage des contrats de marchés.....	46
A- Les effets juridiques de l'arbitrage dans les contrats de marchés.....	46
B- Les effets à caractère financier.....	47
<b>SECTION II : Les épreuves liées aux sentences .....</b>	<b>48</b>
Paragraphe 1 : l'autorité de chose jugée de la sentence arbitrale .....	48
A- un titre faisant foi.....	48
B- Un acte de portée juridique .....	49
Paragraphe 2 : l'exéquatur de la sentence arbitrale .....	50
A- une incidence onéreuse.....	50
B- Une preuve de perte de crédibilité .....	52
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>54</b>

<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>58</b>
<b>ANNEXE N°1 : ARRÊT 103/2015 du 15 octobre 2015.....</b>	<b>63</b>
<b>ANNEXE N° 2 : Décret n° 2010-1525 du 08 décembre 2010 relatif aux comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics en France.....</b>	<b>72</b>
<b>ANNEXE N° 3 : Traité OHADA de Port-Louis du 17 octobre 1993 modifié par le traité de Québec du 17 Octobre 2008 .....</b>	<b>77</b>
<b>ANNEXE N° 4 : Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage du 11 mars 1999 révisé le 23 novembre 2017 .....</b>	<b>90</b>
<b>ANNEXE N° 5 : Acte Uniforme relatif à la Médiation du 23 novembre 2017 .....</b>	<b>102</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>108</b>