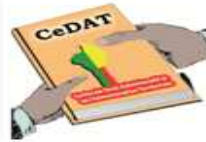


REPUBLIQUE DU BENIN
MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE
SCIENTIFIQUE



UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES
CENTRE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE L'ADMINISTRATION TERRITORIALE
(CeDAT)

MÉMOIRE DE MASTER
MARCHÉS PUBLICS ET PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

Thème :
**L'AVENANT DANS LES MARCHES PUBLICS
AU BENIN**

Réalisé par :

DOSSA Edwige

Sous la direction de :

Robert MBALLA-OWONA

Agrégé de droit public

Coordonnateur du centre universitaire

de Bertoua (Cameroun)

Année académique 2017-2018

AVERTISSEMENT

LE CENTRE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE L'ADMINISTRATION TERRITORIALE N'ENTEND DONNER NI APPROBATION NI IMPROBATION AUX OPINIONS EMISES DANS CE MEMOIRE. CELLES-CI DOIVENT ETRE CONSIDEREES COMME PROPRES A SON AUTEUR

DEDICACE

A

✓ *Mon époux,*

✓ *Mes enfants.*

REMERCIEMENTS

Nous témoignons notre gratitude

- A Monsieur le Directeur du CeDAT, le Professeur **Ibrahim David SALAMI** ;
- à notre Directeur de mémoire, le Professeur **Robert MBALLA OWONA**, pour avoir accepté, malgré ses multiples occupations, de suivre ce travail de recherche ;
- aux membres du jury qui, malgré leurs diverses occupations, ont accepté d'apprécier ce travail en vue d'améliorer sa qualité ;
- à tout le corps professoral du CeDAT pour les enseignements, sans oublier les membres de l'administration ;
- à tous nos camarades de la cinquième promotion pour les inoubliables moments passés ensemble ;
- à tous ceux qui se reconnaîtront à travers ce travail.

SIGLES ET ACRONYMES

AC : Autorité Contractante

ARMP : Autorité de Régulation des Marchés Publics

CCMP : Cellule des Contrôle des Marchés Publics

CPMP : Commission de Passation des Marchés Publics

DNCMP : Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics

PRMP : Personne Responsable des Marchés Publics

RESUME

Prévu pour adapter le contrat conclu par l'administration et ses partenaires aux circonstances nouvelles, l'avenant est l'un de ces précieux outils modernes du droit de la commande publique.

Le présent mémoire lève ainsi le voile sur cette notion, en partant de l'analyse de son cadre juridique. Ce cadre élaboré régit la mise en œuvre de cette technique contractuelle, dégage des conditions nécessaires que doivent respecter les différents acteurs concernés par le contrat. En plus, dans la pratique juridique, s'observent des limites relatives à la liberté des parties de recourir à cet outil du droit de la commande publique. Ce constat s'explique sans doute par le fait que la législation en vigueur prévoit des sujétions. Au nombre de ces sujétions, on note l'obligation faite aux parties d'adapter le contrat dans leur entreprise de modification sans toutefois le dénaturer. Cette contribution tente justement de démontrer que la limitation de la liberté des parties est nécessaire puisque si la volonté des parties n'était pas limitée, elles auraient dénaturé le contrat initial sans pour autant parvenir à l'adapter efficacement. Désormais en les obligeant à adapter le contrat et à ne pas le dénaturer, le législateur assure la préservation de la substance du contrat et sa bonne exécution.

ABSTRACT

The amendment, sometimes planned to adapt the existing contract signed up by the administration and its partners to cope with new circumstances, is one of those precious modern legal tools of public procurement process and contract management.

This paper reveals that notion by first carrying out the analysis of its legal framework. The elaborated framework governs the use of that contract technique and highlights the necessary conditions that the different parties involved in the contract have to meet. Besides, from the point of legal practice, some limits can be observed concerning the freedom of the parties in using this legal tools of public procurement process. The observation can certainly be accounted for by the fact that the legislation in force has made room for constraints. One of those constraints is the obligation that the parties have to adapt the contract to their modification undertaking without distorting it. As a result, this contribution has tried indeed to demonstrate that the limitation of the freedom of the parties concerning a number of aspects is necessary because, if the will of the parties had not been limited, they would have distorted the initial contract without really adapting it efficiently. From now on, by compelling the parties to adapt it and not to distort it, the legislator ensures the preservation of the substance of the contract and the proper execution of the contract.

SOMMAIRE

Introduction générale	1
Première partie : UN CADRE DE MODIFICATION CONVENTIONNELLE ELABORE.....	8
Chapitre I : Un cadre normatif visible.....	10
<i>Section 1 : Les sources normatives.....</i>	<i>10</i>
<i>Section 2 : Les sources interprétatives</i>	<i>14</i>
Chapitre II : Un cadre de conclusion structuré	18
<i>Section 1 : Les formalités relatives à la passation de l'avenant</i>	<i>19</i>
<i>Section 2 : Les formalités opérées par l'autorité investie du pouvoir d'autorisation.....</i>	<i>23</i>
Seconde partie : UN CADRE DE MODIFICATION CONVENTIONNELLE LIMITE.....	27
Chapitre I : Une limitation justifiée	29
<i>Section 1 : Une liberté des parties reconnue</i>	<i>29</i>
<i>Section 2 : Les sujétions prévues</i>	<i>33</i>
Chapitre II : Une limitation nécessaire	38
<i>Section 1 : La substance du contrat préservée</i>	<i>38</i>
<i>Section 2 : La bonne exécution du contrat initial assurée</i>	<i>41</i>
Conclusion générale	44
Annexes	46
Bibliographie.....	55
Table des matières	60

INTRODUCTION GENERALE

«Le contrat administratif est un acte juridique qui doit souvent évoluer avec le temps¹». Cette célèbre citation du professeur **Xavier LIBERT** résume sans nul doute le caractère évolutif du contrat passé entre l'administration et ses partenaires. Si le contrat est devenu cet instrument «parfois à l'excès, synonyme de modernité, d'imagination, de liberté et de souplesse²», il est bien normal qu'il fasse objet de modifications, de réajustements par les parties qui ont défini les clauses et les règles devant régir les relations contractuelles. Ces modifications sont constatées par un document additif communément appelé avenant auquel les parties font fréquemment recours.

Les modifications que subissent les contrats de la commande publique en cours d'exécution sont nombreuses qu'elles ne paraissent : elles obligent à élever le débat sur le champ de modifications conventionnelles en droit des marchés publics en confrontant les textes à la pratique. Ainsi, en choisissant de réfléchir au thème « **l'avenant dans les marchés publics au Bénin** », il est possible d'analyser, de cerner les contextes dans lesquels les parties peuvent modifier de façon conventionnelle un contrat initial. Pour y parvenir, il nous semble nécessaire et important de lever au préalable le voile sur un certain nombre de considérations destinées à présenter ledit thème dans ses grandes articulations et orientations. Celles-ci seront abordées en six points consacrés à la justification du thème, à la problématique, à l'intérêt, à la délimitation du champ spatial, à l'approche méthodologique puis à l'annonce du plan.

La justification du thème prendra en compte la définition de l'intitulé du présent travail. Cet intitulé appelle en soi deux principales clarifications conceptuelles. Pour commencer quel sens recouvre la notion d'«avenant»? Le mot avenant est polysémique, c'est-à-dire susceptible de revêtir plusieurs sens. Au sens général, l'avenant se définit comme «l'addition, modification à un contrat en cours». Certains auteurs comme les professeurs **Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD**, le définissent comme «la modification apportée à un contrat antérieur à un contrat-type³»... d'autres comme **Gérard CORNU, DEL PRETE, Jean –Marc PEYRICAL et Philippe LIMOUZIN LAMOTHE** le perçoivent comme «un acte de nature contractuelle de type additionnel pris dans un but de modifier les termes d'un contrat préexistant⁴». A la suite de ces définitions doctrinales, le législateur béninois à travers

¹**LIBERT (X.)**, « Les modification du contrat en cours d'exécution », in *AJDA*, 1994, p.65.

²**SAUVE (J-M)**, « Le contrat administratif au cœur des préoccupations du Conseil d'Etat », in *Entretiens, IPA*, 2008, n°166, p.4.

³**GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.)**, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 20^e éd., 2013, p.99

⁴**CORNU (G.) et Association Henry CAPITANT**, *Vocabulaire Juridique*, Quadrige, Puf, 2007, 8^e éd., p. 99. – **DEL PRETE (D.)**, *L'avenant au contrat dans les contrats administratifs*, Thèse de doctorat en droit public, Aix-

le Code des Marchés Publics définit l'avenant comme un «*acte contractuel modifiant certaines clauses du marché de base pour l'adapter à des événements survenus après sa signature*»⁵.

Toujours dans le sens de la clarification, que recouvre la notion de «*marchés publics*»? Tout comme les contrats de Délégation des Services Publics⁶, les marchés publics sont des contrats de droit administratif⁷. Ils sont pour une bonne partie de la doctrine⁸ «*des contrats publics régis par le code des marchés publics 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 visée par la loi, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant rémunération. Ce sont des contrats écrits, à titre onéreux conclus en vue de répondre aux besoins de l'administration en matière de travaux, de fournitures ou de*

en province, 2002. –**PEYRICAL (J-M)**, *L'avenant au contrat administratif*, éd. le moniteur, 3^e éd., 2005, p.83. –**LIMOZIN LAMOTHE (Ph.)**, «Les avenants : observations complémentaires», in *AJDA*, 1998, p.767.

⁵Art. 4 de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin

⁶La délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public 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 affermage ainsi que les concessions de service public, qu'elle inclue ou non l'exécution d'un ouvrage (article 3, § 19 du Code béninois des marchés publics et des délégations de service public du 7 août 2009). –Pour plus de détails voir : **SALAMI (I.)**, *Droit administratif*, Cotonou, les Editions du CeDAT, 2015, p. 151. –**GUGLIEMI (G. J.)**, **KOUBI (G.)**,**LONG (M.)**,*Droit du service public*, Paris, LGDJ, 2016, 896p. – **VOISIN (A.)**, « La gestion mixte des services publics, Délégation du service public, externalisation et partenariat public - privé », in *Regards croisés sur l'économie*, n°2, 2007, pp.168-175. –**BRUNO (J.)**, « Les délégation de service public dans le secteur de la petite enfance : Enquêtes et retour d'expériences », in *Informations sociales*, n°179, février 2013, pp.120-123. –**MONTIALOUX (C.)**, « Service public et intérêt général », in *Regards croisés sur l'économie*, n°2, février 2007, pp. 107-120 –**DESIREUX (C.)**, « La gestion contractuelle des services publics », in *Revue Economique*, vol.59, mars 2008, pp.451-461.

⁷La doctrine classique conçoit quasi unanimement le contrat administratif comme un acte juridique bilatéral conclu entre personnes publiques ou par une personne publique et un particulier en vue de la réalisation d'une mission d'intérêt général. –Voir : **SY (D.)**,*Droit administratif*, Dakar, L'Harmattan, 2e édité., 2014, pp.319-320; **LEBRETON (G.)**,*Droit administratif général*, Paris, Edit. Dalloz, Coll. Cours Dalloz, 8e édité., 2015, p.301 et s. –**SALAMI (I.)**,*Droit administratif*, Cotonou, les Editions du CeDAT, 2015, p. 92. –**COLIN (F.)**,*L'essentiel du droit public économique*, Paris, Gualino. Lextenso éditions, Coll. Les Carrés, 2e édité., 2014, p.50. –**AMILHAT (M.)**,*La notion de contrat administratif*, l'influence du droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2014, 678 p.

⁸**MELLERAY (F.)** (dir), *L'exorbitance du droit administratif en question*, Paris, LGDJ, 2004. – **GAUDEMET (Y.)**, « Les contrats de partenariat, étude historique et critique », in *BJCP* 2005, n. 36, p. 331. –**DELELIS (Ph.)** *Partenariats public-privé. 10 ans de jurisprudence*, Éditions, 2014. –**GUERRARD (M.)**, « Partenariat Public Privé », in *Finances et développement*, Sept. 2001, p.2. –**Institut Economique de Montréal**, les partenariats public-privé:

une solution pour des services publics plus efficaces, mémoire soumis à la commission des finances publiques de l'assemblée nationale dans le cadre de la consultation générale sur le projet de loi n°61, loi sur l'agence des partenariats public-privé du Québec, Aout 2004, p.2.–**FAINSTEN (N.)**. « Le partenariat public-privé dans le développement économique aux États-Unis » in **HEINZ W.** (dir), *Partenariats public-privé dans l'aménagement urbain*, éditions l'Harmattan, collection Villes et entreprises, Paris, p 49. –**MENEZ (F.)**, *Le partenariat public privé en aménagement urbain : évolution et métamorphose de la maîtrise d'ouvrage urbaine des années 1960 à nos jours*, Thèse de doctorat, présentée et soutenue publiquement le 8 février 2008, p.1. –**SALAMI (I.)**, *Droit administratif*, op. cit. , p.151. –**BRACONNIER (S.)**, *Précis du droit des marchés publics*, éd. le Moniteur 2012, p. 65.

services». Cette définition a le mérite de ressortir les critères jurisprudentiels du contrat administratif. Cela se remarque par le fait que les marchés publics sont des contrats dans lesquels l'une des parties est au moins une personne morale de droit public⁹ et dont l'objet du contrat se rattache à l'exécution du service public¹⁰ ou contient des clauses exorbitantes du droit commun¹¹.

Au total, la juxtaposition des deux termes techniques suggère la question suivante: que peut-on entendre par «*l'avenant dans les marchés publics*»?

L'avenant dans les marchés publics n'a pas reçu une acception de la part des grands auteurs du droit des contrats administratif¹². En effet, le procédé le plus souvent utilisé est l'énumération des faits justificatifs de l'inexécution des contrats, des conditions de conclusion de cet acte de nature contractuelle¹³. Mais grâce à la combinaison de la clarification des deux grands termes techniques de l'intitulé, il est possible de proposer une définition modeste de «*l'avenant dans les marchés publics*». L'avenant dans les marchés publics peut se définir comme l'acte constatant la modification du contrat par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de service s'est engagé auprès de l'Administration, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant rémunération en vue de répondre aux besoins de l'administration en matière de travaux, de fournitures ou de services.

L'histoire en droit des contrats administratifs renseigne que l'avenant connaît depuis longtemps l'engouement des décideurs publics et de leurs partenaires et prestataires. Ce n'est plus récemment qu'il connaît celui des jurislatoeurs. Sa place dans le droit et sa pratique est

⁹**KOKOROKO (D.)**, *Les grands thèmes du droit administratif*, Presses Universitaires de Lomé, 1ère éd, avril 2014, p.64.

¹⁰**KPENONHOUN (C.)**, « L'autonomie du droit des contrats administratifs à la lumière de l'évolution récente », disponible sur <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr/>, consulté le 04/10/2018 à 7h20.

¹¹ CE, 07 mars 1923 Société Hellenique Transport Streamship Company ou Iossifoglu

¹²**WALINE (J.)**, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Mélanges en l'honneur de Jacques GHESTIN*, 2014, p.965. –**GAUDEMET (Y.)**, « Le critère du droit administratif : une question nécessaire, une réponse impossible », in *Florilèges du droit public, Recueil de Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre BOVIN*, Paris, Edit. La Mémoire du droit, 2012, p.6. –**PLEXIS (B.)**, *L'utilisation du droit privé dans l'élaboration du droit administratif*, édit. Panthéon-Assas, 2003. –**SY (D.)** et **FALL (A-B)** (dir), *Cinquante ans de droit administratif en Afrique*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2016, p.33. –**BIDJA NKOTTO (Th.)**, *Les contrats de l'administration au Cameroun*, Université de Lille, Agence nationale de reproduction des Thèses, 2000, 630p. –**SY (D.)**, *Droit administratif*, Dakar, L'Harmattan, 2e éd., 2014. –**GAUDEMET (Y.)**, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 21 éd., 2015, 644p. –**COLIN (F.)**, *L'essentiel du droit public économique*, Paris, Gualino. Lextenso éditions, Coll. Les Carrés, 2e éd., 2014, 16p. –**SALAMI (I.)**, *Droit administratif*, Cotonou, les Editions du CeDAT, 2015, 404p. –**LEBRETON (G.)**, *Droit administratif général*, Paris, Edit. Dalloz, Coll. Cours Dalloz, 8e éd., 2015. –**SAMB (S.)**, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse de Doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 28 novembre 2015, p.70.

¹³**BELKACEMI (V-M)**, « La limitation de la liberté contractuelle : Le contrôle des avenants aux contrats administratifs », in *Gaz Pal*, 1998, p. 741. –**PEYRICAL (J-M)**, *L'avenant au contrat administratif*, éd. le moniteur, 3^e éd, 2005, p.103. –**RICHER (L.)**, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 2^e éd. p.586.

rehaussée par celle toujours grandissante et même renouvelée du contrat. La montée en puissance de ce procédé dépasse depuis très longtemps la seule sphère privée pour investir les divers domaines de l'action administrative. En droit des contrats administratifs béninois, il occupe une place plus importante et les parties l'utilisent dans le but de modifier certains éléments de l'obligation du contrat initial tels que l'obligation ou le sujet de droit. Au regard de tout, apparaît une question: quelle problématique soulève «*l'avenant dans les marchés publics*»?

Le professeur **Dodzi KOKOROKO** faisait observer que «*les actes de l'administration ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil. Il arrive alors pour des raisons de légalité ou d'opportunité que l'Administration revienne sur certains de ses actes*¹⁴». Tout comme les actes administratifs unilatéraux, il arrive que les parties au contrat administratif revoient les stipulations élaborées du fait qu'elles peuvent constituer des obstacles à l'exécution effective du contrat. La vie juridique du contrat peut être animée et parfois très animée. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette hyperactivité contractuelle. Elles tiennent souvent lieu au changement des circonstances ou des conditions qui encadraient l'accord de volonté ou qui régissaient un des éléments sur lesquels portait ce dernier. Elles peuvent résider dans l'évolution des objectifs poursuivis par les cocontractants. Ainsi, les causes sont nombreuses : données techniques, évolutions technologiques, souvent aspects financiers, parfois raisons juridiques. Le recours à l'avenant devient indispensable pour adapter le contrat initial aux nouvelles exigences socio-économiques et politiques. Un régime juridique spécifique aux avenants est élaboré par l'autorité législative et réglementaire. Les règles régissant cet outil précieux organise la procédure de sa conclusion. Cette procédure est d'une manière générale celle du contrat auquel il se rattache. Les avenants, comme tous les autres contrats dans lesquels l'administration est partie, sont assujetties à la réalisation de quelques formalités mais, ils échappent à certaines procédures traditionnelles du droit des contrats administratifs. La présente réflexion se donne l'ambition de savoir si la liberté des parties de conclure un avenant est totale ou limitée?

Malgré les réformes entreprises par le législateur béninois dans le domaine des marchés publics, aucune étude n'a porté directement sur l'avenant. Pourtant ailleurs, la question de l'avenant dans les marchés publics a été abondamment étudiée.¹⁵ Au cours de ces

¹⁴**KOKOROKO (D.)**, *Les grands thèmes du droit administratif*, Presses Universitaires de Lomé, 1ère éd, avril 2014, p.55

¹⁵**DUDOGNON (Ch.)**, « L'avenant au contrat administratif », in *RDP*, n°5, 2009, pp.1352-1379. –**PEYRICAL (J-M)**, *L'avenant au contrat administratif*, éd. le moniteur, 3^e éd, 2005, p.83. –**LIMOUZIN LAMOTHE (Ph.)**, «Les avenants : observations complémentaires», in *AJDA*, 1998, p.767.

cinquante dernières années, de nombreuses théories lui ont été consacrées.¹⁶ Des thèses¹⁷ et des articles ont été écrits et des décisions des juridictions suprêmes en la matière existent. Les chercheurs se sont interrogés sur les caractéristiques de cette notion¹⁸, la procédure de conclusion à laquelle elle obéit¹⁹. Il existe ainsi de nombreuses monographies. La restriction géographique opérée dans le présent travail peut se justifier par deux raisons. La première est relative à l'amointrissement des difficultés de recherches et d'études. La deuxième est relative au fait que depuis 2009 l'environnement des marchés publics est marqué par de telles opérations modificatives entre l'administration et ses partenaires. Lesdites modifications sont souvent motivées par les phénomènes d'ordre politique ou économique. La période choisie correspondant à celle du renouveau des marchés publics, permettra de vérifier si le recours à la technique de l'avenant s'est accompagné par un encadrement de la liberté des parties. La présente étude qui porte sur le Bénin, fera appel à des données scientifiques et jurisprudentielles dans l'appréciation de la mise en œuvre de cette technique. En définitive, l'étude de l'avenant dans les marchés publics présente un intérêt scientifique et pratique.

Poser le sujet de l'avenant dans les marchés public au Bénin pourrait déranger chacun des spécialistes de chaque branche du droit : droit privé²⁰ et droit public. Cette réflexion se situe aussi dans un champ interdisciplinaire qui couvre, le droit administratif, le droit public économique, le droit des investissements²¹ et l'économie. C'est pourquoi, même si l'accent sera davantage mis sur les aspects administratifs et financiers, en l'occurrence sur le contexte de recours à l'avenant, les développements inhérents aux autres disciplines juridiques précitées ne seront pas occultés²². Au regard de ces développements, il est possible de déduire

¹⁶FATOME (E.), «Les avenants», in AJDA, 1998, p.760.

¹⁷DEL PRETE (D.), *L'avenant au contrat dans les contrats administratifs*, Thèse de doctorat en droit public, Aix-en province, 2002, 501p. –MONNIER (L.), *L'avenant au contrat*, Thèse de doctorat en droit privé, Toulouse, 1999, disponible sur www.theses.fr . HOEPFFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, Thèse de doctorat de droit public, Paris, LGDJ, 2009, 600p. –SWEKAT (A.), *Les droits et obligations des parties du contrat administratif dans le droit français et libyen : étude comparative*, Ecole doctorale Droit et Science politique, 2016, disponible sur www.publications.ut-capitole.fr, consulté le 24 /09/2018 à 7h40.

¹⁸GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, LGDJ, 2001, 16^e éd., p.703.

¹⁹CORNU (G.) et Association Henry CAPITANT, *Vocabulaire Juridique*, Quadriga, Puf, 2007, 8^e éd., p. 99. – DUDOGNON(Ch.), « L'avenant au contrat administratif », in *RDP*, n°5, 2009, p.1360.

²⁰MONNIER (L.), *L'avenant au contrat*, Thèse de doctorat en droit privé, Toulouse, 1999, disponible sur www.theses.fr

²¹ L'investissement est un engagement de capitaux dans une entreprise en vue d'un profit à long terme. Il renvoie aussi au résultat d'une telle action. Voir.- AKERERKORO (H.), «L'environnement juridique des investissements au Bénin » in *Revue Trimestrielle d'Informations Juridiques et Judiciaires Droit et Lois*, n°31,2012, p.22.

²²La doctrine financière montre qu'il y a un point de rencontre fécond, entre le droit financier et les autres disciplines juridiques, qui ouvrent de nouvelles perspectives d'enseignement des finances publiques. Voir **Société française de finances publiques**, « Les finances publiques : quelle place pour demain?», Colloque organisé les15 et 16 janvier 2015, *Revue Gestion et Finances Publiques*, n°1-2016, janvier-Février 2016, p. 4-71;

l'existence d'un intérêt scientifique et théorique. L'intérêt scientifique est orienté vers l'appréciation de l'équilibre qui doit exister entre les nécessités de la vie pratique et commerciale, l'évolution du service public et les exigences du droit de la commande publique. Quant à l'intérêt théorique, il permettra de mettre en lumière l'encadrement procédural auquel est soumis l'avenant dans les marchés publics. La présente étude sera menée à l'aide des hypothèses.

Pour **Raymond QUINY**, **Luc Van CAMPEHOUDT**, un travail scientifique ne peut être considéré comme une véritable recherche, s'il «*ne se structure pas autour d'une ou plusieurs hypothèses de travail*²³». S'inscrivant dans cette optique, notre hypothèse de départ est que les parties ont recours à la technique de l'avenant dans les marchés publics.

Outre les hypothèses, la présente étude empruntera une démarche. La démarche méthodologique étant celle qui éclaire le mieux les hypothèses et détermine les conclusions, elle consistera à prendre en compte deux approches. La première est l'approche analytique et empirique qui semble être un bon procédé pour réussir l'analyse car comme l'enseignait le professeur **Michel BAUD** «*une bonne thèse nécessiterait un juste équilibre entre théorie et empirisme*²⁴». La deuxième approche est la comparaison, qui permet d'«*analyser, les données concrets, d'en dégager les éléments constants, abstraits et généraux*²⁵». C'est ce qui nous a conduits, tout en travaillant sur le Bénin, à se référer aux Etats voisins, et à souligner les similitudes et les contrastes pour la réalisation de ce travail. Sous ce rapport, des éléments du droit comparé ont permis de dépasser les cadres d'analyse et les frontières du Bénin pour toucher du doigt les réalités juridiques d'autres Etats²⁶. Mais la conclusion des contrats de marchés publics se réalisant dans la société, nous avons également fait appel aux ressources sociologiques.

Au demeurant, il est à relever qu'aucune étude sérieuse ne saurait être menée en dehors de toute méthode, étant entendu que celle-ci permet l'utilisation et le traitement des

ÉRIC (O.), « La « reconstitution » du droit constitutionnel financier », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014/4 (n° 100), p. 1021-1027.

²³**QUIVY (R.)** et **CAMPEHOUDT (L-V)**, *Manuel de recherches en sciences sociales*, Paris, Dunod, 1995, p.9

²⁴**BAUD (M.)**, *L'art de la thèse*, Paris, la découverte 2003, p.9

²⁵**BAUD (M.)**, op. cit. pp.18-43

²⁶**OUEDRAOGO (S-M)**, « L'évolution du droit des contrats administratifs à l'épreuve de la transparence au Burkina Faso et au Sénégal », *Revue burkinabé de Droit*, 2013, p.164. – **NKOTTO (T-B)**, *Les contrats de l'administration au Cameroun*, Université de Lille, Agence nationale de reproduction des Thèses, 2000. **SAMB (S.)**, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse de Doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 28 novembre 2015, 876p.

informations précédemment collectées en vue d'un résultat précis²⁷. Pour obtenir, les résultats escomptés, plusieurs méthodes ont été mises à contribution. L'approche analytique et juridique étant dominante, elle a permis de constater que le cadre de modifications conventionnelles des marchés publics au Bénin est élaboré **(I)**. A cette remarque, il convient utilement de préciser que l'obligation faite aux parties de préserver l'économie substantielle du contrat ou d'adapter le contrat limite fortement ce champ de modifications conventionnelles **(II)**.

²⁷QUIVY (R.) et CAMPEHOUNDT (L-V), *Manuel de recherches en sciences sociales*, Paris, Dunod, 1995, p.9.

PREMIERE PARTIE:
**UN CADRE DE MODIFICATIONS
CONVENTIONNELLES ELABORE**

Traiter de la question du cadre de modification conventionnelle revient avant tout à faire l'exposé sincère des normes qui régissent l'avenant. Dans tous les pays d'Afrique francophone, le cadre juridique des avenants fait appel à des notions de droit public issues de la jurisprudence des juridictions administratives françaises, de la doctrine qui n'ont généralement pas fait l'objet de textes ou de jurisprudence dans ces pays. Ce cadre normatif qui demeure visible (**Chapitre 1**) est complété par un cadre institutionnel (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : UN CADRE NORMATIF VISIBLE

Préalablement à l'examen des règles qui organisent la procédure de conclusion de l'avenant dans les marchés publics, il est nécessaire d'analyser les sources de cet instrument. Les sources de l'avenant sont multiples mais peuvent, pour des raisons de méthodologie, être regroupées en deux grandes catégories à savoir : les sources normatives (**Section 1**) et les sources interprétatives (**Section 2**).

Section 1 : Les sources normatives

Les sources normatives peuvent être définies comme «*les modes d'expression ou de production des règles juridiques, ou qui visent à dégager les normes de ce droit*»²⁸. Il convient de préciser que deux catégories de normes écrites servent de fondement à la conclusion de l'avenant. Sur le plan communautaire, une directive lui sert de fondement (**Paragraphe 1**) tandis que sur le plan national la loi et les actes réglementaires constituent ses sources (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics

Pour extraire l'économie générale de ce texte il serait intéressant d'exposer son contenu (**A**) avant de s'appesantir sur sa portée et son intérêt dans le droit national (**B**).

A- Le contenu de la directive

Différentes initiatives ont été prises au plan communautaire pour la définition et l'harmonisation des principes et des normes applicables dans chaque Etat en matière d'élaboration et d'exécution du contrat. L'une de ces initiatives fut l'élaboration de la directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics. Cette directive en matière de prise d'avenant aux marchés publics précise qu' «*elle est obligatoire dès qu'il y a un changement dans la masse des travaux, fournitures, ou prestations en application des conditions déterminées par les réglementations nationales et mentionnées dans les cahiers des charges*»²⁹.

²⁸ AKEREKORO (H.), *Droit administratif des biens, Nouvelles orientations béninoises*, Abomey-Calavi, Les éditions de la Miséricorde, 2017, (522p.), p.49

²⁹ Art. 85 de la directive n°04/2005/cm/uemoa portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics.

Si l'on mène une analyse de cette disposition, il convient de relever que le législateur communautaire reconnaît la possibilité pour les parties de recourir à la conclusion d'un avenant dès qu'il y a un changement dans la masse des travaux. Encore faudrait-il rappeler que la vie juridique du contrat peut être animée et parfois très animée. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette hyperactivité contractuelle. Ces raisons tiennent souvent au changement des circonstances ou des conditions qui encadraient l'accord de volonté ou qui régissaient un des éléments sur lesquels portait ce dernier. Elles peuvent résider dans l'évolution des objectifs poursuivis par les cocontractants. Ainsi, les causes sont nombreuses : données techniques, évolutions technologiques, souvent aspects financiers, parfois raisons juridiques. En disposant ainsi, le législateur communautaire est en parfaite harmonie avec la théorie de l'avenant.

Outre l'analyse du contenu de la directive, il est analysé dans cette rubrique sa portée et son intérêt dans le droit national.

B- La portée et l'intérêt de la directive dans le droit national

La directive étudiée jusque-là comme tout texte communautaire présente bien un intérêt et a une certaine portée.

D'abord pour ce qui concerne son intérêt, il faut préciser que ce texte reconnaît le droit de passer un avenant «*dès qu'il y a un changement dans la masse des travaux, fournitures, ou prestations en application des conditions déterminées par les réglementations nationales et mentionnées dans les cahiers des charges*»³⁰. La conclusion d'un avenant dans le cadre d'un marché public devient un droit des parties. Pour apprécier la pleine reconnaissance de ce droit, il suffit d'appliquer les conditions gouvernant la jouissance de tout droit. Au sujet de ces conditions le professeur **Jacques MOURGEON** dans un de ces célèbres articles apporte des clarifications. Pour lui «*un droit n'est pleinement reconnu qu'à deux conditions : d'une part s'il est dévolu en jouissance, c'est-à-dire si l'on admet que l'individu en est le bénéficiaire au moins virtuel et d'autre part s'il est accordé dans les conditions telles qu'il puisse être effectivement exercé*»³¹. Au regard de ces clarifications, nous pouvons aisément convenir que la première condition pour jouir du droit de conclure un avenant est que le bénéficiaire soit une personne physique ou morale de droit privé ou public³², partie au contrat.

³⁰ Art. 85 de la directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics

³¹ **MOURGEON (J.)**, « Les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme », art., préc. p.340

³² Sur les sujets en droit : voir. –**SY (D.)**, *Droit administratif*, Dakar, CREILA, 2009, p.145. –**DJOGBENOU (J.)** et **SOSSA (D.)**, *Introduction au droit*, op. cit., pp. 314-317.

La deuxième condition pour jouir de ce droit est qu'il doit avoir un changement dans la masse des travaux, ou des prestations. A travers l'analyse de cette deuxième condition, l'on remarque aisément qu'à partir du moment où les changements n'interviennent pas dans l'exécution du contrat, les parties ne peuvent décider de recourir à l'avenant.

Ensuite, pour ce qui est de la portée juridique de cette disposition communautaire, il convient utilement de préciser que contrairement à la grande majorité des actes adoptés par des Organisations Internationales de Coopération, les directives ne «*constituent pas des recommandations, c'est-à-dire des actes qui invitent leurs destinataires à suivre un comportement*»³³. Ces normes apparaissent comme des normes contraignantes, comparables à de véritables traités, définis par le professeur **Dodzi KOKOROKO** comme «*des conventions conclues entre deux ou plusieurs sujets de droit international par opposition aux lois qui résultent de la volonté d'un seul Etat*»³⁴. La place du droit international dans l'ordonnement juridique interne étant toujours discutée³⁵, le professeur **Hilaire AKEREKORO** affirme à leur sujet que «*le constituant a réglé les rapports de la Constitution avec les engagements internationaux auxquels le Bénin est partie*»³⁶. Pour le constituant béninois, le traité ou l'accord international ratifié ou approuvé et publié fait partie du droit interne mais selon le professeur **AHANHANZO GLELE** «*il vient après la Constitution et occupe la deuxième place de la hiérarchie des normes*»³⁷. La directive régulièrement transposée occupe la deuxième place de la hiérarchie des normes après la loi fondamentale.

Pour fermer cette brèche dédiée à l'étude du contenu de la directive et sa portée dans le droit national, il convient de relever que l'internalisation des dispositions de cette directive dans le droit national n'est pas restée sans influences sur le droit des marchés publics.

Paragraphe 2: Les sources législatives et réglementaires

Les sources législatives ne sont rien d'autres que les lois qui régissent le procédé de l'avenant. La loi, dans le présent travail, correspond à celle régulièrement votée par le parlement, soumise au contrôle de constitutionnalité et promulguée suivant les règles

³³ **ROCHE (C.)**, *L'essentiel du droit international public*, Paris, Gualino, 6^{ème} éd., 2014, p.40 et S.

³⁴ **KOKOROKO (D.)**, *Les Grands Thèmes du Droit Administratif*, Lomé, PUL, 1^{ère} éd., 2014, p.15

³⁵ **KOKOROKO (D.)**, *Les Grands Thèmes du Droit Administratif*, op. cit., p. 22

³⁶ **AKEREKORO (H.)**, « La cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », disponible sur <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr/>, consulté le 04 juillet 2017.

³⁷ **AHANHANZO-GLELE(M.)**, «La Constitution ou Loi fondamentale», in **GONIDEC (P-F) et AHANHANZO GLELE (M.)** (dir.), *Encyclopédie Juridique de l'Afrique. Tome 1- L'Etat et le droit*, Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982, p. 43. –**SALAMI (I.)**, *Droit Administratif*, op. cit., p. 28

constitutionnelles, voire publiée au Journal Officiel³⁸. Contrairement à la loi(A), les sources réglementaires désignent les actes édictés par l'Administration qui s'adressent à une ou plusieurs personnes abstraites³⁹(B).

A- Le Code des Marchés Publics

En matière d'avenant dans les marchés publics, la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin dispose que «*Les stipulations relatives au montant d'un marché public ne peuvent être modifiées que par voie d'avenant (...)*»⁴⁰. En disposant ainsi, force est de constater que le législateur béninois est resté fidèle à la logique du législateur communautaire. Ce constat se justifie par le fait qu'il reconnaît l'avenant comme l'instrument par lequel les parties au contrat peuvent modifier les stipulations d'un marché public. Tout en ayant conscience que plusieurs causes peuvent être à l'origine de l'animation de la vie contractuelle, le législateur investit les cocontractants de conclure un avenant dans le cadre d'un marché public.

Hormis la loi, il existe quelques actes réglementaires qui régissent également des changements en cours d'exécution du contrat.

B- Les actes réglementaires

Après l'entrée en vigueur de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin, il a été pris en conseil des ministres, des décrets spécifiques afin de faciliter son application. Ceux-ci visent notamment à professionnaliser la chaîne de passation des marchés publics et à améliorer l'efficacité de l'ensemble du système de commandes publiques. Ces décrets sont au nombre de onze (11). On peut citer entre autres : le décret n°2018-223 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, le décret n°2018-224 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés publics, le décret n°2018-225 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement des Cellules de Contrôles des marchés publics en République du Bénin, le 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. En matière d'avenant, les dispositions du décret n°2018-224

³⁸ **DJOGBENOU (J.), et SOSSA (D.),** *Introduction au droit*, op.,cit., p.201

³⁹ **SALAMI (I.),** *Droit Administratif*, op. cit. p.108

⁴⁰ Art. 116 de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin

du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) retiennent l'attention⁴¹. A la suite de la Loi qui précise que «*La passation d'un avenant est soumise à l'autorisation de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics*»⁴², le décret prévoit que «*la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics effectue un contrôle à priori sur la procédure de passation des marchés publics*»⁴³. A ce titre la DNCMP est chargée «*d'accorder à la demande des autorités contractantes, les autorisations, dérogations, de procéder à un examen juridique et technique du dossier des marchés publics, de valider les projets d'avenants*»⁴⁴.

Outre les sources normatives, la jurisprudence et la doctrine constituent des sources de l'avenant dans le cadre des marchés publics.

Section 2 : Les sources interprétatives

Contrairement aux sources normatives, les sources interprétatives sont celles qui sont issues de l'interprétation des règles juridiques édictées par les textes régissant l'avenant. Qualifiées par la doctrine d'autorités en droit⁴⁵, elles essayent de poser le droit positif applicable. Sous cet angle, il conviendrait de distinguer la doctrine (A) de la jurisprudence administrative (B).

Paragraphe 1: La doctrine administrativiste

Pour les professeurs **Jean CARBONIER** et **Gérard CORNU**, la doctrine peut être définie comme une «*opinion communément professée par ceux qui enseignent le droit*»⁴⁶. Source de l'avenant, elle désigne l'opinion émise par les auteurs les plus qualifiés en matière administrative. C'est à la doctrine que l'on doit la théorisation des caractéristiques de la technique de l'avenant. Cette théorisation a permis d'aboutir à une définition technique de la notion (B). Mais pour y parvenir, elle a procédé d'abord à une distinction de l'avenant des autres actes juridiques auxquels il peut s'apparenter et avec lesquels les confusions doivent être évitées (A).

⁴¹ Décret n°2018-224 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale des Marchés Publics retiennent l'attention

⁴² Art. 116 de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin

⁴³ Art. 2 du Décret n°2018-224 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale des Marchés Publics retiennent l'attention

⁴⁴ Art. 2 du Décret n°2018-224 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale des Marchés Publics retiennent l'attention

⁴⁵ **DJOGBENOU (J.)** et **SOSSA (D.)**, op. cit., pp.224-228

⁴⁶ **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, p.324 – **CARBONNIER (J.)**, Droit civil, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant le couple, Puf, *Quadrige*, Paris, 2004, p.285

A- Une distinction exclusive

L'avenant mériterait d'être distingué de certains actes unilatéraux qui peuvent comporter certains effets identiques. Le critère de distinction réside dans sa nature contractuelle⁴⁷. Ainsi à l'évidence, l'avenant n'est pas une décision unilatérale prise dans le cadre du pouvoir de modification de la collectivité publique. Si les effets peuvent être semblables, en soulignant toutefois l'intangibilité de certains éléments du contrat, le fondement des deux actes est bien sûr différent : la volonté des parties pour l'un et la volonté d'une seule partie pour l'autre, partie garante de l'intérêt général et donc comptable du respect des «*exigences du service public*»⁴⁸. Dans le même registre, l'avenant doit être distingué, en matière de marchés publics de la décision de poursuivre. Si les conditions formant le régime juridique de la prise de l'ordre du service sont analogues à celle de passation de l'avenant, la décision s'en distingue notamment par sa prévision préalable par le marché public.

L'avenant ne saurait être assimilé à la mise en œuvre de certaines clauses contractuelles. L'objet de l'avenant réside dans une modification apportée au contrat. Cette dernière qui distingue l'avenant de la clause de reconduction tacite même si un avenant peut avoir le même effet, n'est pas initialement prévu dans le contrat à la différence d'une clause d'ajustement ou de révision.

Quant aux clauses de modification ou de négociation, si elles peuvent aboutir à la conclusion d'un avenant⁴⁹, elles s'en distinguent toutefois en ce que la modification apportée est initialement prévue dans son principe mais aussi dans sa mise en œuvre. Elles peuvent constituer une étape préalable à la passation de l'avenant. Elles déterminent le fait générateur d'un mécanisme susceptible de déboucher sur un avenant. Si l'objet est le même les modalités diffèrent.

Surtout l'avenant doit être distingué des marchés complémentaires. Le marché complémentaire est, comme son nom l'indique, un nouveau marché en complément d'un marché initial. C'est un marché susceptible d'être négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence. Il est assez encadré par les dispositions du code des marchés publics⁵⁰. L'avenant quant-à-lui, n'est pas un nouveau contrat. Il vient modifier un contrat initial dont il ne peut être déconnecté. Autrement dit, l'avenant n'est pas un nouveau contrat mais une nouvelle disposition contractuelle. L'avenant qui s'avère être un nouveau contrat, motif pris

⁴⁷ **DUDOIGNON (Ch.)**, « L'avenant au contrat administratif », in *RDP*, n°5, 2009, pp.1352-1379. –**PEYRICAL (J-M)**, *L'avenant au contrat administratif*, éd. le moniteur, 3^e éd, 2005, p. 1359.

⁴⁸ **GAUDEMET (Y.)**, *Traité de droit administratif*, op.,cit., p. 703.

⁴⁹ Avec l'appui, par exemple d'une clause de rendez-vous

⁵⁰ Art. 35 du code français de fournitures des marchés publics

par exemple du changement de l'objet qu'il comporte, est illégal, dès lors que celui-ci est soumis à des formalités et/ou à une procédure. La question de la novation contractuelle est ici centrale. Plus précisément, la problématique réside dans la ligne de démarcation entre l'avenant et la novation contractuelle, le régime juridique applicable n'étant pas le même⁵¹.

Ainsi, il résulte des observations qui précèdent que les avenants forment une «catégorie juridique autonome»⁵² dont il faut examiner les éléments techniques.

B- Une définition technique

L'avenant est un acte de nature contractuelle de type additionnel pris dans le but de modifier les termes d'un contrat préexistant dont il dépend. Il est encore dans son existence ou encore dans ses modalités, parfois régi par les termes du contrat lui-même. Pourtant il est placé sous l'emprise et la protection de la liberté contractuelle⁵³. Il est vrai que cette liberté, dès lors qu'elle concerne des personnes publiques, est plus souvent encadrée que dans le cadre de la théorie civiliste marquée par l'autonomie de la volonté. Il reste que le principe est bien celui de la liberté contractuelle. Au titre des éléments caractéristiques du procédé découlant de sa nature contractuelle, il faut noter l'identité en principe des parties par rapport au contrat initial et surtout leur consentement aux modifications apportées.

Si le fondement contractuel est important, l'essentiel n'est pas dans une démarche de caractérisation de l'avenant. Le point cardinal résulte dans la relation entretenue entre l'avenant et le contrat initial. Ce dernier doit d'abord préexister à l'avenant. Plus précisément, l'acte initial doit exister le jour de la conclusion de l'avenant. Faute de contrat initial, motif pris par exemple de sa résolution, l'avenant ne dispose plus de fondement en tant que tel et devra alors être qualifié de nouveau contrat⁵⁴.

Ensuite l'avenant doit bien sûr se rapporter audit contrat. L'avenant est en effet un acte de type additionnel⁵⁵. Il ne saurait avoir d'existence autonome. Des conséquences précises en sont tirées sur son régime⁵⁶. Il présente un caractère complémentaire au contrat en lui apportant des modifications. Son propre est de modifier les stipulations figurant dans le contrat initial. Il vient ainsi soit amender une disposition existante, soit en supprimer une, soit en ajouter une. Aussi doit-il présenter un lien, un lien matériel avec le contrat initial sans

⁵¹GUETTIRE (G.), *Droit des contrats administratifs*, op.cit., p. 429

⁵²DEL PRETE (D.), *L'avenant au contrat dans les contrats administratifs, Thèse de doctorat en droit public, Aix-en-provence*, 2002, (501p), p. 55.

⁵³DUDOIGNON (Ch.), « L'avenant au contrat administratif », in *RDP*, n°5, 2009, pp.1352-1379. –PEYRICAL (J-M), *L'avenant au contrat administratif*, éd. le moniteur, 3^e éd., 2005, p. 1359

⁵⁴TA Melun, 1^{er} juillet 2008, Commune d'Ozoir-la-ferrière, *AJDA*, 2008, 2344, concl. S. Dewailly.

⁵⁵CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, *Quadrige*, PUF, 2007, 8^{ème} éd., p.99

⁵⁶FANTOME (E.), «Les avenants», in *AJDA*, 1998, p.760

toutefois venir le dénaturer ou en affecter la substance. Ce point constitue le trait caractéristique de l'avenant.

Les différents développements appellent en soi quelques observations. Le rôle de la doctrine à l'endroit de la distinction de l'avenant et des autres actes administratifs est salutaire. Il est salutaire d'autant plus qu'il participe à combler certains vides laissés par le législateur. L'interprétation des normes ne se limite pas à l'œuvre de la doctrine. Les juges jouent ainsi un rôle remarquable.

Paragraphe 2: La jurisprudence administrative et constitutionnelle

C'est l'ensemble des solutions fournies par les juges en face d'un problème juridique donné et qui proviennent de l'application ou de l'interprétation des règles juridiques⁵⁷. Ces règles peuvent provenir notamment de la loi, du moins pour ce qui est du juge administratif qui en est le serviteur et de la Constitution pour le juge constitutionnel qui en est la bouche. De nombreux principes et règles relatifs à l'avenant ont été dégagés (**A**) et le contexte de validation des avenant précisés (**B**).

A- Les principes et règles dégagés

Au Bénin, contrairement à d'autres pays, le juge administratif n'a pas été très inventif en matière de conclusion des avenants. Par contre en France, le juge a été très inventif. C'est ainsi que dans l'affaire Société Borg Warner⁵⁸ il consacre la liberté des parties de recourir à l'avenant. Ce n'est plus tard que son homologue constitutionnel le hisse en un principe à valeur constitutionnel dans l'affaire⁵⁹ en ce qu'elle «*découle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789*». La liberté contractuelle est «*l'essentiel de l'autonomie de la volonté* ». Elle signifie : «*la liberté de conclure ou non, avec qui l'on veut, diverses sortes de contrats susceptibles d'être totalement aménagés par des stipulations particulières*»⁶⁰. Elle constitue l'une des plus anciennes libertés du système juridique français. La liberté contractuelle «*prend naissance avec le développement du consensualisme à partir du 17^e siècle et s'épanouit progressivement au point de devenir l'un des éléments essentiels du droit des obligations*». La liberté contractuelle est également une liberté originaire qui

⁵⁷ibid. p.224

⁵⁸ CE, 28 janvier 1998, soc Borg Warner, *Lebon*, 20, *AJDA*, 1998, 287

⁵⁹ Cons. cons, 30 novembre 2006

⁶⁰LLORENS (F.), « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *contrats marchés publ.* 2007, n°5, étude 6

conditionne la reconnaissance et l'exercice de libertés dérivées, telles que le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ou encore la liberté d'association.

B- Le contexte de validité des avenants précisé

L'apport de la jurisprudence en matière de validité de l'avenant à certains contrats de marchés publics est salutaire. Cet apport a participé à combler un certain vide législatif, ce qui offre une exécution de certains contrats. C'est ainsi que contre toute attente le juge administratif a admis dans l'affaire Caenon la légalité de certains avenants alors qu'ils entraînaient un dépassement du seuil de la mise en concurrence dès lors que «*leur objet et leur effet sont de permettre la poursuite initiale des prestations prévues au marché initial*»⁶¹. L'enseignement qui se dégage de l'office du juge administratif en matière d'avenant est que tout avenant est considéré légal à partir du moment où les modifications qu'ils introduisent sont rendues nécessaires par les éléments indépendants de la volonté des parties⁶².

En guise de conclusion à ce chapitre, les développements s'intègrent dans une analyse des différents instruments juridiques servant de fondement à cet outil précieux. De cette analyse, il ressort que la possibilité de recourir à l'avenant a été reconnue sur le plan communautaire avant d'être consacrée par le droit national des marchés publics. En dehors des normes qui régissent cette technique, il existe des institutions qui interviennent dans le processus de conclusion de l'avenant. Elles feront l'objet d'étude dans le deuxième chapitre de cette première partie.

CHAPITRE 2 : UN CADRE DE CONCLUSION STRUCTURE

L'avenant est un acte écrit soumis à une procédure précise⁶³. Il n'y a pas matière à s'étonner. Cette procédure est d'une manière générale celle du contrat auquel il se rattache. Dans le cadre de la concrétisation de la conclusion de l'avenant, des formalités sont prévues par le législateur. Ces formalités concernent les parties au contrat (**Section 1**) et l'autorité investie du pouvoir d'autorisation (**Section 2**).

⁶¹ CE, 1^{er} avril 1998, Caenon, RDI 1998, p.360

⁶²FANTOME (E.), «Les avenants», in AJDA, 1998, p.761.

⁶³LIMOUZIN LAMOTHE (Ph.), «Les avenants : observations complémentaires», in AJDA, 1998, p.767

Section 1: Les formalités relatives à la passation de l'avenant

Pour conclure un avenant, la législation en vigueur consacre les obligations de l'administration et du cocontractant (**Paragraphe 1**). Mais comme il ne s'agit pas d'un contrat nouveau, la passation de l'avenant échappe aux modalités de passation des marchés publics (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les obligations des parties contractantes

Dans le cadre de la conclusion de l'avenant, la volonté des parties est donc absolue (**A**). Cette volonté de modifier quelques dispositions du contrat initial est notifiée à la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (**B**).

A- La volonté des parties

L'opportunité de conclure un avenant se pose en premier lieu en cours d'exécution du contrat. Ainsi, au terme des dispositions régissant les marchés publics, les parties ne peuvent envisager de conclure un avenant que lorsque des difficultés surviennent en cours d'exécution. C'est à ce niveau qu'il faut se rendre compte que l'avenant n'est pas une décision unilatérale prise dans le cadre du pouvoir de modification de la collectivité publique. Si ses effets peuvent être semblables à ceux d'autres actes administratifs, en soulignant toutefois l'intangibilité de certains éléments du contrat, le fondement des deux actes est bien sûr différent : la volonté des parties pour l'un et la volonté d'une seule partie pour l'autre, partie garante de l'intérêt général et donc comptable du respect des «*exigences du service public*»⁶⁴. Une étude des différents contrats en cours d'exécution dans le cadre des marchés publics permet de relever qu'elle est riche d'enseignements. Loin de prétendre faire une étude exhaustive de tous les contrats en la matière, quelques-uns retiennent notre attention.

En 2011, dans le cadre de l'exécution du Projet de Sécurité Alimentaire par l'Intensification Agricole, par les marchés n°273 et 287/MEF/MAEP/DNMP/SP, il avait été conclu des contrats respectivement avec les bureaux d'études PERS-BTP Ingénieurs Conseils et BATHIS Consult Ingénieur en vue de la réalisation des études techniques des travaux de réhabilitation ou de reconstruction de 100Km de pistes de desserte rurale répartis dans les communes de Kandi, Péhunco, Djougou, Glazoué, Lalo, Tori Bossito. En cours d'exécution, suite à des études lancées, l'autorité contractante a constaté que le volet contrôle et surveillance n'a pas été pris en compte. C'est ainsi que la prise d'un avenant au marché de

⁶⁴GAUDEMET (Y.), Traité de droit administratif, op.,cit., p. 703.

base a été sollicité par l'autorité contractante avec les bureaux d'études PERS-BTP Ingénieurs Conseils et BATHIS Consult Ingénieur⁶⁵. A la suite de la volonté des parties, le désir de recourir à un avenant doit être notifié.

B- La notification du désir de recourir à un avenant

Le recours à l'avenant dès lors qu'il devient incontournable doit faire l'objet d'une notification aux partenaires techniques et aux structures de contrôle, plus précisément à la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics. Cette exigence n'est pas méconnue par le Ministère de l'Agriculture de l'Elevage et de la Pêche et les bureaux d'études PERS-BTP Ingénieurs Conseils et BATHIS Consult Ingénieur. Pour ne pas compromettre l'exécution des marchés n°273 et 287/MEF/MAEP/DNMP/SP du 11 février 2011 conclu respectivement avec les bureaux d'études PERS-BTP Ingénieurs Conseils et BATHIS Consult Ingénieur en vue de la réalisation des études techniques des travaux de réhabilitation ou de reconstruction de 100Km de pistes de desserte rurale, la Personne Responsable des Marchés Publics⁶⁶ a dû notifier son désir à la Banque Ouest Africaine de Développement et à la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics.

Toujours dans le même registre, la notification du désir de prendre un avenant à la DNCMP s'est faite dans le cadre de l'exécution du marché qui liait le Ministère des Travaux Publics et des Transports au groupement BNETD/DICBTP⁶⁷. Face aux recommandations d'une mission de la BOAD en février 2014, la Personne Responsable des Marchés Publics du Ministère, par la lettre n°0070/PRMP/MTPT/CCMP-DGTP/A-SGM/DTN/Coord.S/S-PRMP du 20 janvier 2015, a sollicité de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics, une autorisation de la prise de l'avenant n°1 au marché n°346/MEF/MTPT/DNCMP/SP du 09 septembre 2013 relatif au contrôle et la surveillance des travaux d'aménagement et de bitumage de la route Djèrègbé-Aja-Owodé-frontière du Nigéria.

Outre l'accord des volontés, les parties au contrat adoptent l'avenant.

Paragraphe 2: Une adoption du contrat échappant aux modalités de passation du contrat initial

⁶⁵ Marché Public n°273 et 287/MEF/MAEP/DNMP/SP relatif à la réalisation des études techniques des travaux de réhabilitation ou de reconstruction de 100Km de pistes de desserte rurale répartis dans les communes de Kandí, Péhunco, Djougou, Glazoué, Lalo, ToriBossito

⁶⁶ Personne responsable des marchés publics : mandataire de l'autorité contractante dans les procédures de passation et d'exécution du marché

⁶⁷ Marché Public n°346/MEF/MTPT/DNCMP/SP du 09 septembre 2013 relatif au contrôle et la surveillance des travaux d'aménagement et de bitumage de la route Djèrègbé-Aja-Owodé-frontière du Nigéria

L'avenant, contrairement au contrat initial auquel il est rattaché, échappe à certaines procédures formalisées auxquelles est soumis le contrat initial. Dans le rang des procédures formalisées, deux retiennent l'attention. Il s'agit de la publicité **(A)** et de la mise en concurrence **(B)**.

A- La procédure de publicité exclue

Tout marché public doit faire l'objet d'une publicité qui permet à tout candidat potentiel d'avoir connaissance de la passation du marché. Cela permet de susciter une diversité des offres, et donc d'accroître les chances de l'acheteur public d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Au Bénin, les marchés publics sont soumis au principe de la publicité et de mise en concurrence conformément à la charte de transparence et d'éthique en matière des marchés publics, à la directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public au sein de l'UEMOA.

Conformément à l'exigence de transparence, on peut considérer qu'un marché a été passé dans des conditions satisfaisantes si les moyens de publicité utilisés ont réellement permis aux potentiels prestataires d'en être informés et ont abouti à une diversité des offres. En effet, l'efficacité de la publicité constitue une composante essentielle de la régularité du marché. Un avis de publicité insuffisant comme le non-respect d'une procédure dont le formalisme est défini par le code est susceptible d'entraîner l'annulation du marché pour violation des principes fondamentaux que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, et la transparence des procédures de passation. De même, une contradiction dans les documents de la consultation, susceptible d'induire en erreur les candidats, est de nature à fonder l'annulation de l'ensemble de la procédure. L'on s'aperçoit que ce principe de transparence fait obligation à l'autorité contractante de communiquer dans les meilleurs délais, toutes les informations utiles. Il renforce la confiance de toutes les parties intéressées dans l'efficacité et l'indépendance du comité de règlement des différends de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et accroît ainsi la légitimité. Par conséquent, toutes les règles et politiques réglementaires, tous les principes régissant l'établissement de réglementations futures et toutes les décisions et accords réglementaires devraient être rendus publics.

Cette notion de publicité qui a donné une énorme résonance au droit des marchés publics et apparaissant comme un vecteur de transparence ne concerne pas la passation des avenants.

B- Une mise en concurrence interdite

L'application du droit de la concurrence aux contrats administratifs en général remonte à la crise du service public, notamment au célèbre arrêt du Tribunal des Conflits **Bac d'Eloka**⁶⁸. Depuis cet arrêt, le droit de la concurrence sommeillerait en quelque sorte dans le secteur public et se serait éveillé à la faveur d'un puissant courant d'opinion⁶⁹.

Le droit de la concurrence doit son extension dans le régime du contrat de partenariat public privé au droit des contrats administratifs, lequel s'est montré très réceptif⁷⁰. Cette extension des règles concurrentielles implique que le contrat de partenariat public privé, contrat de la commande publique soit basé sur l'égalité des parties. Cet idéal prôné par le droit de la concurrence transforme les règles d'exécution du contrat.

Le droit communautaire de la concurrence repose sur l'égalité de traitement juridique entre les opérateurs économiques publics et privés partageant l'espace des échanges; une volonté inavouée de la part des instances communautaires de pousser la puissance publique à extraire, du champ des services publics traditionnels, des activités qui étaient, jusque-là, assumées par elle. Il en dérive un recul de l'exorbitance du droit administratif. L'égalité de concurrence prohibe tout procédé visant à remettre en cause le libre jeu de la compétition, à instituer des pratiques anticoncurrentielles⁷¹, des ententes ou des abus de position dominante. Les interventions de la puissance publique limitant le fonctionnement normal du marché sont interdites de « *plein droit* »⁷². Il en est ainsi des aides publiques quelles que soient leurs formes, natures et origines⁷³. L'UEMOA exige, pour rendre effective l'égalité de concurrence, une transparence dans les relations financières entre l'Etat et ses entreprises publiques. L'objectif visé est d'obtenir toute information sous formes d'avantages financiers d'origine interne ou externe (subvention, exonération fiscale, etc.), susceptible d'être en

⁶⁸TC 21 janvier 1921, *Sté commerciale de l'Ouest Africain*

⁶⁹LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), «La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence », *Recueil DALLOZ- SIREY*, 12e Cahier-Chronique, 1989, p.67

⁷⁰KPENONHOUN (C.), «L'autonomie du droit des contrats administratifs à la lumière de l'évolution récente», disponible sur <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr/>, art. préc.

⁷¹GUÉZOU (O.), *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics*, Thèse de doctorat, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 1998, 2 vol., 283 et 729 p.

⁷²Article 88 Traité UEMOA.

⁷³Règlement n° 4/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et aux modalités d'application de l'article de l'article 88 (c) du Traité.

contrariété avec les lois du marché. Dans la pratique, l'avenant n'étant pas un nouveau contrat, voit sa conclusion échappée à cette exigence. Les règles gouvernant la conclusion de l'avenant prévoient pour sa validité une autorisation de l'autorité investie du pouvoir d'autorisation.

Section 2: Les formalités opérées par l'autorité investie du pouvoir d'autorisation

Lors d'une procédure de conclusion d'un avenant à un marché public d'une collectivité publique, se succèdent plusieurs institutions. Au Bénin, conformément aux dispositions de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin, la conclusion d'un avenant n'est valide qu'après autorisation de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics. La plupart des décisions que cette direction rend montre à bien des égards que ses autorisations diversement formulées (**Paragraphe 2**) sont toujours précédées par un examen minutieux des demandes de recours à l'avenant (**Paragraphe 1**).

Paragraphe 1: L'examen minutieux des demandes

A partir du moment où les parties songent à la conclusion d'un avenant, elles ont l'obligation de le notifier à la DNCMP. Cette dernière, une fois saisie, vide certains préalables (**A**) avant de procéder à l'instruction de la demande (**B**).

A- Les préalables vidés

La Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) est une structure placée sous la tutelle du Ministre en charge des finances⁷⁴. Elle est l'organe central de contrôle des marchés publics et est chargée de contrôler à priori, la procédure de passation des marchés publics d'un montant supérieur ou égal à un seuil fixé par décret pris en Conseil des Ministres et à posteriori, les procédures de passation en dessous dudit seuil, ainsi que les modalités d'exécution des marchés. A ce titre, la DNCMP procède à la validation des projets d'avenants⁷⁵.

⁷⁴Art. 14 de la

⁷⁵Art. 2 du Décret n°2018-224 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale des Marchés Publics retiennent l'attention

Dans le cadre de cette validation des projets d'avenants, la Direction, à cette phase de l'étude des dossiers, est amené à donner la signification des termes. Il en est ainsi de ceux qui touchent à sa compétence.

S'agissant de sa compétence, elle l'établit en référence aux grand termes et principes gouvernant la conclusion des avenants. C'est ainsi qu'elle a dû clarifier à l'autorité contractante dans le cadre du contrat qui liait le Ministère de l'Agriculture et de la Pêche et les bureaux d'études PERS-BTP Ingénieurs Conseils et BATHIS Consult Ingénieur en vue de la réalisation des études techniques des travaux de réhabilitation ou de reconstruction de 100Km de pistes de desserte rurale, les limites de sa compétence au motif que l'autorité a largement dépassé l'enveloppe financière prévisionnelle de trente-trois millions deux cent vingt-cinq mille franc CFA autorisé par la BOAD⁷⁶. En droit béninois des marchés publics, l'avenant est autorisé dans la limite de 25% de la valeur totale du marché de base⁷⁷. Dans le cas d'espèce, l'autorité contractante a dépassé l'enveloppe financière disponible avant de solliciter l'autorisation de prise d'avenant. La DNCMP ne peut donc accéder à sa demande.

Par ces préalables qui lui permettent de savoir si le dossier introduit par la Personne Responsables des Marchés Publics relève de sa compétence, la Direction procède à l'observation du dossier.

B- L'observation du dossier de recours à l'avenant

Lorsque la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics est saisie, elle procède à une observation des dossiers. Cette observation part d'un résumé sincère des faits jusqu'à l'observation proprement dite.

Le résumé sincère des faits renvoie aux éléments mêmes de l'étude du dossier introduit. Il s'agit d'un bilan dans lequel la Direction fait le point des dossiers qui lui sont transmis. Elle s'arrange à ce niveau pour vérifier si le dossier comprend la photocopie des marchés et du procès-verbal. Ensuite elle procède à un rappel des faits et des éléments essentiels de l'affaire. A ce stade, il n'est pas encore question d'analyser les faits, encore moins de les apprécier. Il est plutôt question de les restituer fidèlement. Ce n'est qu'à la suite de ces formalités qu'elle procède à l'observation du dossier. Elle confronte les prétentions aux exigences légales qui régissent la conclusion de l'avenant. Elle pourra observer si l'avenant ne modifie ni l'objet du marché, ni le titulaire du marché, ni la monnaie de règlement, ni la

⁷⁶ Marché Public n°273 et 287/MEF/MAEP/DNMP/SP relatif à la réalisation des études techniques des travaux de réhabilitation ou de reconstruction de 100Km de pistes de desserte rurale répartis dans les communes de Kandi, Péhunco, Djougou, Glazoué, Lalo, ToriBossito

⁷⁷ Art. 116 de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin

formule de révision des prix⁷⁸. Ce n'est qu'à la suite de ces différentes démarches que la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics se sent apte pour donner son autorisation.

Paragraphe 2 : Les avis diversement donnés

Dans son raisonnement, la direction a élaboré de nombreuses réponses concourant à l'exécution des contrats. Elle y est parvenue à travers une précision des modalités d'application des conditions fixées par les textes. Les cas de figure les plus saillants concernent les avis favorable (A) et défavorable (B).

A- Les avis favorables

La notification d'un avis favorable par la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics suppose que le projet d'avenant est validé. Dans le cadre du contrat relatif à la construction du bâtiment administratif du garage central de l'Etat à Abomey –Calavi⁷⁹, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics a donné un avis favorable à la demande de prise d'un avenant au contrat de marché n°989/MEF/DNMP/SP du 06 octobre 2008 introduite par le Secrétaire Générale du Ministère de l'Economie et des Finances. De la relation des faits, il ressort que dans le cadre de l'exécution du marché suscité, s'est avérée la nécessité de rendre fonctionnel le bâtiment R+1 en prenant en compte la réalisation de la forme de la pente de la dalle. Ainsi lors de sa visite sur le chantier en date du 08 avril 2008, la Commission interministérielle chargée du contrôle et du suivi des travaux a procédé sur la base du prix unitaire du marché de base à l'estimation du coût global de ces travaux complémentaires qui s'élève à onze millions neuf cent quarante-huit mille cent soixante (11 948 160) FCFA, soit 9,8 % du montant initial du marché qui est de cent vingt millions huit cent vingt mille cinq cent soixante-douze (120 820 572) FCFA. Par ailleurs la commission a recommandé au maitre d'ouvrage d'engager la procédure de la prise d'avenant.

Toujours dans le même registre, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics donne un avis favorable pour la prise de l'avenant n°1 au contrat de marché n°346/MEF/MTPT/DNCMP/SP du 09 septembre 2013du groupement BNETD/DICBTP,

⁷⁸ Art. 116 de la Loi n°2017□04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin

⁷⁹Marché Public n° n°989/MEF/DNMP/SP du 06 octobre 2008 relatif à la construction du bâtiment administratif du garage central de l'Etat à Abomey –Calavi.

pour un montant toutes taxes comprises de cent quatre-vingt-dix-sept millions neuf cent quatre-vingt-treize mille cent quatre-vingt-sept (197 993 187) FCFA⁸⁰.

Les avis favorables ne sont pas les seuls avis que rend la Direction Nationales de Contrôle des Marchés Publics.

B- Les avis défavorables

La notification d'un avis défavorable par la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics suppose que le projet d'avenant ne peut pas être validé. Dans le cadre de l'exécution du Projet de Sécurité Alimentaire par l'Intensification Agricole, les marchés n°273 et 287/MEF/MAEP/DNMP/SP avaient été conclus respectivement avec les bureaux d'études PERS-BTP Ingénieurs Conseils et BATHIS Consult Ingénieur en vue de la réalisation des études techniques des travaux de réhabilitation ou de reconstruction de 100Km de pistes de desserte rurale répartis dans les communes de Kandi, Péhunco, Djougou, Glazoué, Lalo, Tori Bossito. En cours d'exécution, suite à des études lancées, l'autorité contractante a constaté que le volet contrôle et surveillance n'a pas été pris en compte. C'est ainsi que la prise d'un avenant au marché de base a été sollicité par l'autorité contractante avec les bureaux d'études PERS-BTP Ingénieurs Conseils et BATHIS Consult Ingénieur. Elle n'a pas été validée par la DNCMP au motif que « *l'autorité contractante a largement dépassé l'enveloppe financière de trente-trois millions accordée par la BOAD* ». L'avenant « *hormis le cas de sujétions imprévues, ne doit pas bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet. Si tel est le cas, il doit y avoir conclusion d'un nouveau marché distinct du marché initial* »⁸¹.

Ailleurs, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics a réservé son avis au motif que « *le coût de l'avenant est supérieur à la proportion légale de 20% du montant initial tel que prévu par les dispositions de l'alinéa 1 de l'article 124 de la loi 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin* »⁸². Tel a été l'avis qu'elle a rendu suite à la demande de prise de l'avenant n°1 au contrat de marché n°273/MEF/DC/SG/DPP/IGF/SA relatif au lot 5 du projet

⁸⁰ Marché Public n°346/MEF/MTPT/DNCMP/SP du 09 septembre 2013 relatif au contrôle et la surveillance des travaux d'aménagement et de bitumage de la route Djèrègbé-Aja-Owodé-frontière du Nigéria

⁸¹ **Bezançon, Christian Cucchiaroni et Philippe Cossalter**, « le Guide de la commande publique », 3^{ème} édition (éditions le Moniteur) p.109

⁸² Marché Public n°273/MEF/DC/SG/DPP/IGF/SA du 23 31/12/03 relatif au lot 5 du projet de construction du siège de l'Inspection Générale des Finances introduite par le Secrétaire Général Adjoint du Ministère de l'Economie et des Finances

de construction du siège de l'Inspection Générale des Finances introduite par le Secrétaire Général Adjoint du Ministère de l'Economie et des Finances.

En définitive, pour conclure ce chapitre sur le cadre structurel des avenants, il convient de rappeler qu'il a été question d'étudier le rôle des parties et des structures administratives investies d'une mission de contrôle et d'autorisation. L'office de ces structures et l'obligation faite aux parties prouvent à bien des égards que le cadre de modification élaboré restreint la liberté des parties en matière de conclusion d'avenants.

DEUXIEME PARTIE:
UN CADRE DE MODIFICATION
CONVENTIONNELLE LIMITE

Au Bénin, le recours des parties à la conclusion d'un avenant dans le cadre des marchés publics reste limité. Ce constat s'explique par le simple fait que le cadre juridique des avenants conditionne la conclusion de ce contrat. La conclusion de ce contrat n'est valide que si la finalité poursuivie par les parties est de modifier le contrat initial afin de l'adapter aux nouvelles exigences et de faire en sorte que ce dernier ne soit pas dénaturé. Au-delà de tout, l'on constate que cette restriction se justifie (**Chapitre 1**) et paraît nécessaire pour la bonne exécution du marché(**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : UNE LIMITATION JUSTIFIEE

La liberté des parties dans le cadre de la conclusion de l'avenant n'est pas totale. Ce constat se justifie par le fait que la législation en vigueur prévoit des sujétions aux parties. Pour rendre compte de ce constat, notre analyse a emprunté un ensemble à deux voix. Elle part d'une analyse de la liberté contractuelle en générale (Section 1) pour s'appesantir sur les sujétions prévues par la législation en vigueur (Section 2).

Section 1: Une liberté des parties reconnue

La reconnaissance du principe de liberté contractuelle au profit des personnes publiques en général, et des collectivités territoriales en particulier, n'est pas chose aisée. En effet, la difficulté d'une telle reconnaissance provient d'une part de l'ambiguïté et du flou qui entourent la valeur juridique de la liberté contractuelle, venant tant du juge constitutionnel que du juge administratif, et d'autre part de la complexité à reconnaître l'autonomie de la volonté pour les personnes publiques. Cette difficulté permet de conclure à la suite de bon nombre d'auteurs que la liberté contractuelle demeure aujourd'hui une liberté contestée (**Paragraphe 1**) et très peu adaptée aux particularités des personnes publiques (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une liberté contestée

Il existe des barrières qui entravent la reconnaissance de la liberté contractuelle pour les personnes publiques. Ces difficultés proviennent de plusieurs éléments accompagnant sa vie juridique. En effet, en ce qui concerne les personnes publiques, ni le juge constitutionnel, ni le juge administratif, ne donne à la liberté contractuelle une valeur certaine. Car même si la liberté contractuelle a été reconnue pour les personnes privées, la situation pour les personnes publiques reste toujours ambivalente. En conséquence, cette rubrique sera consacrée à l'étude de la confusion entourant la valeur juridique de la liberté contractuelle pour les personnes publiques (**A**). L'étude s'intéressera également à la place du principe d'autonomie de la volonté(**B**).

A- L'ambiguïté de la valeur juridique

L'étude de la valeur juridique de la liberté contractuelle révèle un paradoxe dans les réflexions des juristes. Ce paradoxe est le produit de l'oscillation de la jurisprudence à propos de la valeur juridique de la liberté contractuelle des personnes publiques. Force est de

constater que la qualité de norme constitutionnelle de la « liberté contractuelle » reste toujours contestée en faveur des personnes publiques, et son statut de principe général du droit ne lui a pas assuré une protection réelle.

S'agissant de la contestation de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des personnes publiques, il faut dire que le débat autour de la place de la liberté contractuelle dans la hiérarchie des normes a été accentué au cours des années quatre-vingt-dix en raison de séries de décisions rendues par le Conseil Constitutionnel à ce sujet. Le Conseil Constitutionnel a en effet eu plusieurs occasions de se prononcer sur la question de la constitutionnalité de la liberté contractuelle, mais sa réponse n'a pas toujours été la même. Le juge constitutionnel a, en premier lieu, refusé de donner une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle⁸³ en confirmant cette orientation par une autre décision⁸⁴. Cette rigidité a cependant été tempérée d'une façon progressive pour aboutir finalement à une prise en compte de la valeur constitutionnelle du principe de liberté contractuelle.

Toutefois, à défaut de reconnaissance explicite, cette valeur constitutionnelle n'est certaine que pour les personnes privées, la position des personnes publiques au regard de la liberté contractuelle reste toujours incertaine.

En ce qui concerne la reconnaissance de la liberté et de sa dérogation par le juge administratif, il est important de relever qu'après avoir constaté la difficulté de reconnaître la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle des personnes publiques, une autre question peut se poser ; celle de savoir si la liberté contractuelle des personnes publiques pourrait avoir une autre valeur juridique infra-constitutionnelle. En d'autres termes, le principe de la liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-il une norme législative ou même un principe général du droit ? La réponse n'est pas évidente. En effet, le constat de l'absence d'un texte législatif accordant à la liberté contractuelle des personnes publiques la valeur législative ne nous permet que de rechercher si ce principe pourrait être classé parmi les principes généraux du droit administratif. Dans ce contexte, on a pu constater que même si elle est reconnue comme un principe au profit des particuliers, l'analyse de la jurisprudence administrative montre que l'orientation du juge administratif à propos de la liberté contractuelle n'est pas la même pour toutes les catégories de personnes publiques. En effet, son attitude à l'égard de l'Etat n'est pas identique à celle à l'égard des collectivités territoriales. De plus, cette orientation deviendra plus ambiguë, pour ne pas dire

⁸³C.C., Déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, La loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et transposition des directives communautaires, *RFDC*, 1994, P. 832, obs. P. Gaïa.

⁸⁴C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, la loi relative aux fonds de pension, *RFDC*, 1997, P. 333, obs. L. Favoreu.

contradictoire, lorsqu'elle donnera l'autorisation de déroger à la liberté contractuelle par la voie réglementaire ainsi que par l'intervention législative dans ce domaine. Ainsi, si le juge administratif reconnaît que la liberté contractuelle est un principe général du droit, cette reconnaissance ne peut qu'être conditionnée; et cet aveu ne peut pas supprimer les dérogations à ce principe, ce qui affaiblit la protection accordée par le juge administratif à ce principe et la vide quasiment de son contenu.

B- Le désaveu du principe de l'autonomie de la volonté des personnes publiques

Après avoir constaté l'ambiguïté de l'attitude de la juridiction, tant constitutionnelle qu'administrative, à l'égard de la liberté contractuelle des personnes publiques, une interrogation se pose autour des raisons de cette position : quel est le rapport probable entre l'autonomie de la volonté et le droit administratif? Le pouvoir contractuel qui donne à la personne publique une marge d'appréciation n'est pas le résultat d'une volonté autonome mais il est le produit de ce que la doctrine appelle le pouvoir discrétionnaire. Ce constat révèle la difficulté de reconnaître le rôle de la volonté, et plus précisément de l'autonomie de la volonté, dans la sphère du droit administratif.

Selon les termes du dictionnaire de Vocabulaire juridique, l'autonomie de la volonté est la *«théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi, d'où positivement pour l'individu la liberté de contracter ou de ne pas contracter (liberté contractuelle), celle de déterminer par accord le contenu du contrat dans les limites laissées par l'ordre public et les bonnes mœurs, celle d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque (consensualisme), et d'où plus généralement l'affirmation que la volonté des parties est la source de l'obligation contractée et celle de l'interprétation du contrat »*⁸⁵. Ce principe privatiste, qui n'a pas de valeur constitutionnelle⁸⁶, dirige-t-il aussi les relations contractuelles nouées dans la sphère du droit administratif ? En d'autres termes, existe-t-il en droit administratif français un principe d'autonomie de la volonté qui reçoit la valeur de principe normatif? Les recherches à ce sujet montrent que malgré les tentatives de consécration de ce principe, la majorité de la doctrine administrative considère que l'autonomie de la volonté n'est pas compatible avec le droit administratif et que, en dépit du développement du droit administratif ce postulat n'a pas évolué dans la doctrine la plus récente.

⁸⁵CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1996, 5e édition, p. 84

⁸⁶C.C., Déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, considérant n° 48 : « il ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de l' " autonomie de la volonté " ». Rec. P.31.

Paragraphe2 : Une liberté peu adaptée aux particularités des personnes publiques

Si le principe de la liberté contractuelle rencontre beaucoup de difficultés pour sa reconnaissance juridictionnelle et doctrinale en faveur des personnes publiques, on a pu constater que c'est en raison de leur particularité et de leur spécificité. Ces particularités se résument en deux points essentiels : le premier est lié à la finalité pour laquelle la personne publique a été créée (**A**); le second concerne le cadre dans lequel la personne publique peut nouer des relations contractuelles (**B**).

A- La difficile compatibilité entre liberté contractuelle et intérêt général

En considérant l'intérêt général, on peut concevoir que le respect des engagements contractuels des personnes publiques se fait en application du principe de la sécurité juridique et non de la liberté contractuelle. L'intérêt général va également attribuer aux principes dirigeant le fonctionnement du service public une place dans laquelle la liberté contractuelle ne peut se présenter que de manière résiduelle.

D'un point de vue logique, sans parler de principes, lorsque deux personnes décident de conclure un contrat, chacune d'elles cherche toujours à s'assurer que les engagements de l'autre partie seront bien respectés. En droit privé, ce respect est bien assuré par le principe de la force obligatoire selon laquelle des engagements légalement consentis tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Cependant, en droit administratif, la force obligatoire, qui est l'un des effets essentiels de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, ne peut pas jouer un rôle similaire à celui qu'elle joue en droit privé. En effet, avec les prérogatives de la puissance publique, ce principe devient inutile dès lors que l'Administration peut à n'importe quel moment modifier le contrat pour un motif d'intérêt général. Comment le cocontractant de la personne publique peut-il alors être en sécurité face à de tels pouvoirs? Normalement, le cocontractant de l'Administration cherche à exécuter le contrat sans changement.

En considérant l'intérêt général, la sécurité juridique peut donner une justification plus logique que la force obligatoire pour interpréter le respect des engagements contractuels par les personnes publiques. Si le principe de la liberté contractuelle peut établir un fondement légitime au respect des engagements contractuels des personnes privées, le principe de la sécurité juridique peut être son alter ego en droit administratif. Toutefois, la pratique montre que l'intérêt général lui-même donne constamment des raisons pour déroger à ce principe, tant du fait du législateur qui édicte des lois applicables aux contrats en cours d'exécution,

que par l'utilisation incessante de prérogatives de puissance publique par la personne publique contractante.

B- La compétence des personnes publiques comme défi à la liberté contractuelle

Dès sa création, chaque personne publique dispose d'une compétence par laquelle elle exerce une ou plusieurs activités précises afin de satisfaire l'intérêt pour lequel elle a été créée. Cette même compétence attribuée à la personne publique concernée des pouvoirs et des moyens dont la voie contractuelle peut faire partie, pour réaliser les missions qui sont à sa charge. En réalité, du fait de la compétence il se produira une différenciation dans l'aptitude contractuelle des personnes publiques ; plus précisément, une différenciation dans l'exercice de la liberté contractuelle car le cadre contractuel dans lequel la collectivité publique peut contracter, en disposant d'une clause générale de compétence, ne sera pas identique à celui qui est limité par le principe de spécialité. L'imposition de la voie de l'exercice de la compétence ne peut également être considérée que comme un autre facteur limitant considérablement la liberté contractuelle « prétendue » de la personne publique en cause.

Les différents développements portant sur la notion de la liberté contractuelle permettent de mieux cerner ses contours. Dans le cadre de la conclusion de l'avenant cette liberté est limitée par des sujétions.

Section 2: Les sujétions prévues

Si la faculté de recourir à l'avenant est libre, l'édiction de nouvelles clauses dans le but d'assurer une exécution du contrat est conditionnée. La législation en vigueur impose des sujétions aux parties. Au nombre des sujétions, l'on note l'obligation faite aux parties d'adapter le contrat initial aux modifications (**Paragraphe 1**) sans toutefois le dénaturer (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1: Une obligation faite aux parties d'adapter le contrat

Plusieurs hypothèses dans lesquelles il est possible de faire recours à l'avenant ont été dégagées par la théorie. Dans cette rubrique, il est juste étudié les hypothèses principales (**A**) et les hypothèses secondaires (**B**).

A- Les hypothèses principales

La passation d'un avenant est obligatoire dans certaines hypothèses. Il est parfois obligatoire en raison du type de contrat conclu.

Dans le cadre des marchés publics, l'avenant peut être obligatoire en raison des modifications affectant le contrat initial ou en raison de celles touchant les personnes parties au contrat. L'exécution de travaux supplémentaires ou un changement touchant les délais d'exécution réclament la conclusion d'un avenant. C'est l'exécution des travaux supplémentaires qui a motivé la Personne Responsable des Marchés Publics à recourir à l'avenant dans le cadre de l'exécution du Marché Public n°273/MEF/DC/SG/DPP/IGF/SA relatif au lot 5 du projet de construction du siège de l'Inspection Générale des Finances introduit par le Secrétaire Général Adjoint du Ministère de l'Economie et des Finances. En effet, dans le cadre de l'exécution des marchés suscités, il s'est avéré nécessaire d'effectuer « des travaux supplémentaires dont les coûts toutes taxes comprises s'élèvent respectivement à trente-huit millions cent soixante six mille quatre cent trente (38 166 430) FCFA, représentant 21,74 % du coût initial du marché qui est de cent soixante-quinze millions cinq cent soixante-deux mille neuf cent cinq (175 562 905) FCFA. Aussi, le Conseil des Ministres a approuvé la demande d'autorisation dudit avenant en demandant au Ministre de l'Economie et des Finances de l'examiner»⁸⁷.

Un avenant est également obligatoire en cas de changement de cocontractant. Un avenant de transfert doit être ainsi signé pour qu'une structure distincte de l'entreprise titulaire par exemple, du marché née d'une fusion ou encore du bénéficiaire du marché par apport, puisse exécuter le marché. L'explication est bien connue. L'entreprise qui se substitue au titulaire du marché doit avoir été agréée au regard des garanties professionnelles et financières présentées⁸⁸. Cet accord peut toutefois présenter une forme tacite⁸⁹. L'avenant permet d'organiser le transfert. Si au contraire la collectivité considère que les modifications affectant le titulaire du marché ont un impact important sur le contrat ou l'exécution du marché, elle peut résilier ce dernier, à charge ensuite pour elle de conclure un nouveau contrat.

Plus globalement l'exigence d'un avenant est appréciée très souvent au regard des termes du contrat initial et est conditionnée par l'impact des modifications affectant, d'une part, le titulaire initial dans sa personnalité morale et d'autres part les conditions d'exécution

⁸⁷ Marché Public n°273/MEF/DC/SG/DPP/IGF/SA du 23 31/12/03 relatif au lot 5 du projet de construction du siège de l'Inspection Générale des Finances introduite par le Secrétaire Général Adjoint du Ministère de l'Economie et des Finances

⁸⁸ CE, avis du 28 juin 2001, n°364803, AJDA, 2000

⁸⁹ CE, 28 mai 2001, Territoire des Iles Wallis et Futuna, contrats marchés publics, 2001, n°8

du contrat et notamment du marché. Ainsi, certains changements sont sans conséquence sur les contrats déjà conclus, à l'instar d'un simple changement de domiciliation, de dénomination sociale ou encore de propriété d'actions.

Par ailleurs, dans le cadre de l'exécution d'un marché de fourniture, le titulaire peut solliciter un avenant en cas de substitution d'une marque à une autre. Dans ce cas, certaines vérifications doivent être faites (conformité aux caractéristiques techniques de la nouvelle proposition à celle initialement retenue, le prix, l'effectivité de la rupture signalée). On peut également recourir à l'avenant en cas de modifications de domiciliation bancaire.⁹⁰

B- Les hypothèses secondaires

Les hypothèses secondaires apparaissent comme une situation intermédiaire aux hypothèses précédentes énumérées. Dans ce cas, l'avenant est préconisé voire privilégiée par rapport à une autre technique de modification.

La question centrale réside dans les raisons du recours à l'avenant et à l'objet, parfois les effets de la modification envisagée. L'idée est d'adapter le contrat initial. L'acte, une fois encore, n'est pas autonome. Ainsi, en matière de marchés de travaux, l'avenant doit concerner des travaux directement liés aux travaux initiaux. L'avenant ne doit pas en matière de marchés publics, régulariser une situation donnée, type travaux ou service déjà réalisés. Les avenants de régularisation sont en effet prohibés. Une transaction peut en revanche, mettre un terme au litige né ou à naître. Un avenant ne doit pas être conclu non plus pour rattraper une définition approximative, déficiente des besoins de la personne publique ou encore pour prolonger les délais d'exécution d'un marché compte tenu de l'absence des crédits disponibles. La DNCMP, dans le cadre du projet d'avenant introduit par la Personne Responsable des Marchés du Ministère des Travaux Publics et relatif au contrôle et la surveillance des travaux d'aménagement et de bitumage de la route Djèrègbé-Aja-Owodé-frontière du Nigéria, n'aurait pas donné son avis favorable si l'avenant ne concernait pas directement des travaux liés aux travaux initiaux. L'avenant concernait les travaux puisque, faut-il le rappeler, il a été pris à la suite d'une mission de la BOAD qui a préconisé des travaux connexes avec un prolongement du délai d'exécution des travaux de quatre (04) mois, ainsi que le renforcement de l'équipe du

⁹⁰Art. 127, alinéa 3 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin

consultant par des experts indiqués par elle pour la surveillance et le contrôle de ces travaux connexes⁹¹.

De tout ce qui précède, l'avenant est une modification du contrat initial. Il vient enregistrer un changement touchant les termes de l'accord initial de volonté, modifier certains clauses du contrat préexistant pour l'adapter à de nouvelles situations.

Paragraphe 2 : Une interdiction faite aux parties de dénaturer le contrat initial

Outre l'obligation faite aux parties d'adapter le contrat par l'avenant, le législateur leur interdit aussi de ne pas dénaturer le contrat. Cette interdiction se situe à deux niveaux. Le premier niveau est l'objet du contrat (**A**) et le deuxième est au niveau de l'économie du contrat (**B**).

A- L'objet du contrat

Le projet d'avenant ne saurait changer l'objet du contrat initial ou lui greffer un autre contrat. L'objet s'apprécie au regard de la nature des prestations. Toutefois, il peut l'être au regard des propriétés matérielles voire des caractéristiques géographiques du marché ainsi que des finalités poursuivies. Il se pose ici notamment la question des prestations supplémentaires. Elles doivent avoir le même objet. Ainsi, pour les marchés de fournitures les travaux supplémentaires doivent être non dissociables⁹². D'objets identiques aux contrats initiaux, les travaux supplémentaires doivent s'inscrire dans la continuité de l'exécution de ceux-ci⁹³. Si les prestations sont dissociables, alors un nouveau contrat doit être conclu⁹⁴.

S'agissant des marchés de services et de maîtrise d'œuvre, les caractéristiques du projet d'ensemble modifiées par avenants doivent être comparables avec celles du marché initial⁹⁵. De nouvelles prestations sont possibles dès lors qu'elles sont complémentaires aux prestations prévues dans le contrat initial et pour autant qu'elles ne bouleversent pas l'économie de ce dernier.

L'affaire récente du Velib peut illustrer nos propos. A l'origine de l'affaire se trouve un contrat de mobilier urbain conclu entre la ville de Paris et la société J-C Decaux contrat qui

⁹¹Marché Public n°346/MEF/MTPT/DNCMP/SP du 09 septembre 2013 relatif au contrôle et la surveillance des travaux d'aménagement et de bitumage de la route Djèrègbé-Aja-Owodé-frontière du Nigéria

⁹²BRACONIER (S.), Précis du droit des marchés publics, op. cit., p.383

⁹³CE, 29 juillet 1994, Communauté urbaine de Lyon, Lebon, 1033.

⁹⁴CE, 28 juillet 1995, Préfet de la région ile de France, Lebon 321

⁹⁵CAA, Bordeaux 7 mars 2006,

avait globalisé l'exploitation du mobilier avec une prestation de location de vélos libre en libre-service. L'espace contractuel de ce service fut ensuite étendu par avenant à trente communes limitrophes. Le juge des référés du tribunal administratif de Paris a annulé la délibération du Conseil de Paris portant autorisation pour le maire de signer cet avenant. Selon le juge du référé précontractuel, l'avenant avait notamment pour objet l'extension d'une certaine ampleur de prestations prévues par le contrat initial. A part l'objet du contrat, le projet d'avenant ne saurait bouleverser l'économie du contrat.

B- La nécessaire prise en compte de l'économie du contrat

L'économie du marché ne saurait être appréciée sans que l'on ne remonte à la théorie de l'imprévision. Les bases de cette théorie sont essentiellement prétoriennes. De ces bases découlent les conditions qui nécessiteraient d'être réunies. Créée par l'arrêt Cie du gaz de Bordeaux⁹⁶, la théorie vise la continuité et le partage de l'aléa entre les parties. Elle prend en compte l'aléa économique. En cours d'exécution, des bouleversements économiques, étrangers à la volonté des parties, imposent au cocontractant une surcharge ruineuse. L'exécution reste matériellement possible. Le juge a estimé que la ruine du cocontractant compromettrait la nécessaire satisfaction de l'intérêt général.

Le bouleversement de l'économie du contrat initial fut l'un des motifs pour lesquels la DNCMP a donné un avis défavorable au projet d'avenant pris dans le cadre de la construction du siège de l'Inspection Générale des Finances. Pour la DNCMP *«le coût de l'avenant est supérieur à la proportion légale de 20% du montant initial tel que prévu par les dispositions de l'alinéa 1 de l'article 124 de la loi 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin. Au regard de l'observation faite ci-dessus, elle recommande au maître d'ouvrage de négocier à la baisse le coût de l'avenant au contrat N°273/MEF/DC/SG/DPP/IGF/SA du 23/12/03 relatif au lot 5 du projet de construction du siège de l'Inspection Générale des Finances afin de ramener le montant des travaux supplémentaires dans les proportions légales de 20% du montant initial ».*

Le développement sur la justification de la limitation de la liberté des parties révèle de façon significative que la conclusion de l'avenant répond à une logique et ne dépend pas uniquement du bon vouloir des parties. Ceci est dû aux sujétions prévues par le législateur.

⁹⁶ CE, 24 mars 1916, Cie Gaz de Bordeaux

Ces sujétions étant connues, il importe donc de procéder à l'analyse de leur incidence sur l'exécution du contrat.

CHAPITRE 2 : UNE LIMITATION NECESSAIRE

La restriction de la liberté des parties à avoir recours à l'avenant est nécessaire. Cette nécessité s'explique par le fait que si la volonté des parties n'était pas limitée, elles auraient pu dénaturer le contrat initial et ne pas l'adapter aux circonstances nouvelles. Désormais, en les obligeant à adapter le contrat et à ne pas le dénaturer, le législateur assure la préservation de la substance du contrat (**Section 1**) et sa bonne exécution (**Section 2**).

Section 1: La substance du contrat préservée

Il est impossible qu'un projet d'avenant détruise la substance du contrat initial. L'avenant doit au contraire préserver la substance du contrat. La préservation de la substance du marché n'est rien d'autre qu'une manière de protéger l'économie du contrat. En remontant à l'origine prétorienne⁹⁷ de l'économie du marché (**Paragraphe 1**), il sera également convoqué les modalités par lesquelles le juge mesure le bouleversement de l'économie du marché (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1: L'origine prétorienne de l'économie du marché

L'économie du marché ne saurait être appréciée sans que l'on ne remonte à la théorie de l'imprévision(**A**). A partir de cette théorie, le juge a dégagé des conditions nécessaires à la validité de l'avenant (**B**).

A- La théorie de l'imprévision

Créée par l'arrêt Cie du gaz de Bordeaux, la théorie de l'imprévision vise la continuité et le partage de l'aléa entre les parties⁹⁸. Elle prend en compte l'aléa économique⁹⁹. En cours d'exécution des bouleversements économiques, étrangers à la volonté des parties, imposent au cocontractant une surcharge ruineuse. L'exécution reste matériellement possible mais devient désastreuse économiquement. Le juge a estimé que la ruine du cocontractant compromettrait la nécessaire satisfaction de l'intérêt général.

⁹⁷DUDOGNON (Ch.), « L'avenant au contrat administratif », in RDP, n°5, 2009, p.1374

⁹⁸CE, 24 mars 1916, Cie Gaz de Bordeaux

⁹⁹SALAMI (I.), Droit administratif, Cotonou, les Editions du CeDAT, 2015,p. 143

B- Les conditions de validité

Trois conditions doivent être réunies:

- les cocontractants n'ont pu raisonnablement prévoir les faits venant bouleverser la situation étant donné leur caractère exceptionnel (guerre, cataclysme, blocage des prix grève, crise économique, dévaluation monétaire) ;
- ces faits doivent être indépendants de leur volonté ;
- ils doivent provoquer un réel bouleversement dans les conditions d'exécution du contrat (ne suffit ni la disparition du bénéfice du cocontractant, ni l'existence d'un déficit ; la gravité et la persistance du déficit doivent excéder ce que le cocontractant a pu et dû prévoir).

Une fois la théorie de l'imprévision élucidée, se pose la question des techniques de mesure du bouleversement de l'économie.

Paragraphe 2: Les techniques de mesure du bouleversement de l'économie du contrat

A comment se mesure et sur quoi porte le bouleversement de l'économie du marché, le juge contrairement aux législateurs (A) a apporté une réponse d'ordre quantitatif appliquée aux données financières¹⁰⁰(B).

A- Une absence de précisions textuelles avérées

Face à l'inquiétude de savoir comment se mesure le bouleversement du marché, force est de constater que le législateur n'a pas apporté la moindre précision. En France, il est observé en l'absence de précisions textuelle (même avec la nouvelle rédaction du décret du 19 décembre 2008), que le législateur s'est juste contenté de préciser à quel niveau le montant du marché paraît acceptable. Cette précision est contenue dans l'article 20 du code des marchés publics et est très vague car dans la pratique il n'est pas aisé de distinguer l'objet et sa modification de l'économie du marché et son bouleversement.

Sur le plan communautaire, il est noté également l'absence des règles spécifiques. En droit communautaire, les directives n'ont également pas apporté la moindre précision. C'est d'ailleurs ce qui explique une transposition de la règle de la délégation des services publics en droit des marchés publics.

¹⁰⁰RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs, op.,cit., p.236*

B- L'apport du juge administratif face au silence textuel

Par l'affaire Vélib, le Conseil d'Etat, a apporté une réponse d'ordre quantitatif appliquée aux données financières. Le Conseil fait principalement état d'un surcroît de 8% par rapport au prix initial du marché. Il reste que l'économie du marché ne saurait se limiter à ces seules données pour comprendre d'autres éléments, données essentielles du marché initial soumis à la concurrence¹⁰¹. Face à la difficile question de la considération de la proportion à partir de laquelle le marché doit être considéré comme bouleversé, le juge a précisé que l'appréciation se fait au cas par cas. Le bouleversement peut concerner d'autres éléments que les données financières. Parfois l'appréciation doit porter sur divers éléments.

Fondamentalement la légalité de l'avenant est lié à l'impact des modifications apportées sur les dispositions du contrat initial et donc à sa potentialité à constituer un nouveau marché. En ce sens, le caractère substantiel des modifications introduites dans le marché est considéré par le juge comme le critère de distinction entre l'avenant et le nouveau marché.

A propos de la modification substantielle du marché, la section des travaux publics du Conseil d'Etat répond dans un avis rendu le 19 avril 2005.¹⁰² Il considère, outre les précisions relatives à l'interdiction de modifier l'objet de la délégation et celles tenant à la réalisation d'investissements normalement à la charge du délégataire, que l'avenant «*ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation*»¹⁰³. Cette exigence qui se démarque donc de celle du bouleversement de l'économie du contrat en matière de marché public est l'apport principal de l'avis. En raisonnant de la sorte, la section des travaux publics fait sienne l'analyse retenue par la section des finances, donne un avis de 2000, au sujet de la légalité des cessions de contrat, conditionnant celle-ci à l'absence de modifications substantielles des éléments essentiels du contrat initial. Sans toutefois considérer que la directive formulée par la section permet de marquer la spécificité de la délégation, force est de souligner le changement de perspective en consacrant une approche qualitative de la modification du contrat. Au rang des éléments essentiels de la délégation, la Cour Administrative de Paris a hissé, le risque d'exploitation. En l'espèce, le juge administratif a considéré que l'avenant en ce qu'il modifiait un élément essentiel du contrat, constituait un nouveau contrat, qui en tant que tel devrait être soumis à la procédure de mise en concurrence.

¹⁰¹ GUETTIER (G.), Droit des contrats administratifs, op. cit, p.432

¹⁰² CE, Sect. des travaux publics, du 19 avril 2005, avis n°371.325

¹⁰³ MOLLION (G.) n « La gestion déléguée des remontées mécaniques ou la remise en question du droit des délégations de service public », RDP, 2008, p. 863

Section 2: La bonne exécution du contrat initial assurée

La limitation de la liberté des parties de modifier le contrat initial est sans nul doute profitable pour sa bonne exécution. En privant les parties de toucher à certains aspects du contrat initial, le législateur contribue au maintien des finalités (**Paragraphe 1**) dudit contrat et à son exécution à temps (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La durée du contrat réajustée

Tel un acte administratif unilatéral, les contrats de marchés publics naissent, vivent et meurent¹⁰⁴. En concluant leur contrat, les parties déterminent ou fixent la durée du contrat. Mais lorsque des circonstances nouvelles surviennent, la durée (**A**) du contrat fait l'objet d'une prolongation(**B**).

A- La notion de durée du contrat

La durée au sens général est l'espace de temps dans lequel dure une chose. C'est aussi le temps pendant lequel doit être maintenu un son, un silence¹⁰⁵ par exemple. Définie ainsi, la durée du contrat est le temps pendant lequel le cocontractant exécute ses obligations. C'est le temps pendant lequel le cocontractant exécute ses obligations au service de la personne publique propriétaire du marché. La durée du contrat est déterminée en fonction de la masse des obligations et du volume des tâches prévues. Une fois définie, la durée du contrat peut connaître des prolongations mais ces dernières sont définies.

B- Une prolongation de la durée du contrat définie

L'originalité de la conclusion des contrats des marchés publics tient au fait que les parties ne peuvent pas conclure des avenants de prolongation. La règle portant interdiction des avenants de prolongation des marchés publics limite strictement leur durée. Toutefois, des dérogations à l'interdiction de prolongement sont admises. La prolongation d'un marché public par avenant n'est possible que dans deux hypothèses. La première dérogation tient à un motif d'intérêt général et est limité à un an¹⁰⁶. La seconde est liée à l'exécution d'investissements supplémentaires. Il faut simplement souligner que l'admission du second cas de prolongation est pour le moins restreinte étant soumise à plusieurs conditions cumulatives. Au nombre de ces dernières, figure la disposition interprétée strictement par le

¹⁰⁴ SALAMI (I.), *Droit administratif*, Cotonou, les Editions du CeDAT, 2015, p. 115

¹⁰⁵ GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 20^e éd., 2013, p.363

¹⁰⁶ CE, 8 juin 2005, Tomaselli c/ Commune de Ramatuelle, Lebon T. 964, AJDA, 2005

juge selon laquelle les investissements doivent être indispensables « à la bonne exécution » du marché public ou l'extension de son champ géographique ». Il doit s'agir d'investissements justifiés par le bon fonctionnement des marchés dans ses propres exigences.

Pour fermer cette rubrique, il convient de préciser qu'en réajustant la durée du contrat par le biais de l'avenant, le but du contrat initial est poursuivi.

Paragraphe 2 : Le but du contrat poursuivi

La vie juridique du contrat peut être animée et parfois très animée¹⁰⁷ à cause de la survenance de changement des circonstances ou des conditions qui régissaient un des éléments sur lesquels porte le contrat. Les parties n'ont plus d'autres issues que d'adapter le contrat initial afin de poursuivre les finalités pour lesquelles le contrat a été conclu. Si la modification permet d'éviter la ruine des parties (**A**) alors il est possible de soutenir que l'exécution des obligations contractuelles est assumée (**B**).

A- La ruine des parties évitée

L'empêchement de la ruine des parties est l'un des indices qui justifient à bien des égards, que la limitation de la liberté des parties dans le cadre de la conclusion de l'avenant assure la bonne exécution du contrat. Le contrat est un instrument fragile qui dépend des événements sociaux. La survenance de ces événements à des moments donnés bouleverse l'économie du contrat et compromettrait matériellement l'exécution des travaux. C'est la raison pour laquelle face à ces événements indépendants de la volonté du cocontractant l'Administration est obligée de modifier quelques dispositions contractuelles par avenant. C'est ce que précise la Direction Nationale des Marchés publics: « *les stipulations relatives au montant d'un marché public ne peuvent être modifiées que par voie d'avenant et dans la limite de 25 % de la valeur totale du marché de base* »¹⁰⁸.

B-L'exécution des obligations contractuelles assumée

S'il est fait interdiction aux parties de modifier l'objet du contrat initial par avenant, il ne fait aucun doute que le but pour lequel il a été conclu est poursuivi. Les marchés publics comme d'autres contrats sont des contrats conclus en vue de satisfaire un but précis. A ce sujet la professeure **LOMBARD** enseigne que les marchés publics sont des contrats passés dans les conditions prévues par le code des marchés publics, par les collectivités publiques en

¹⁰⁷ **LIBERT (X.)**, « Les modification du contrat en cours d'exécution », in AJDA, 1994, p.65.

¹⁰⁸ Art. 116 de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin

vue de la réalisation de travaux, fournitures et services¹⁰⁹. Ces différents buts grâce à la passation d'un avenant sont poursuivis.

Par exemple dans le cadre de l'exécution du contrat relatif à la construction du bâtiment administratif du garage central de l'Etat à Abomey –Calavi¹¹⁰, il s'est avéré la nécessité de rendre fonctionnel le bâtiment R+1 en prenant en compte la réalisation de la forme de la pente de la dalle. Le Secrétaire Général du Ministère de l'Economie et des Finances a sollicité la prise d'un avenant à la suite de la sortie de la Commission interministérielle chargée du contrôle et du suivi des travaux. Le défaut de recours à l'avenant compromettrait le but pour lequel le contrat initial a été conclu.

Au terme de ce chapitre, il conviendrait de faire remarquer que le recours à l'avenant est une solution efficace pour les parties au contrat en ce sens qu'il favorise la bonne exécution du contrat. Ce constat explique mieux la raison pour laquelle la limitation du cadre de modification conventionnelle demeure profitable pour la continuité des relations contractuelles.

¹⁰⁹ **LOMBARD (M.)**, *droit administratif*, DALLOZ, 3^{ème} édition, paris, 1999, p.539

¹¹⁰ Marché Public n° n°989/MEF/DNMP/SP du 06 octobre 2008 relatif à la construction du bâtiment administratif du garage central de l'Etat à Abomey –Calavi.

CONCLUSION GENERALE

Si l'avenant est un précieux outil¹¹¹, notamment du droit de la commande publique et de la gestion contractuelle des services publics, le recours à celui-ci n'est pas sans limite. Tel est le constat qui se dégage de cette étude. Pour parvenir à ce constat, la présente étude a emprunté un chœur à deux voix.

La première partie de ce travail constate que le cadre de modification conventionnelle est avant tout élaboré par l'autorité législative et réglementaire. Dans tous les pays d'Afrique francophone, le cadre juridique des avenants fait appel, à des notions de droit public issues de la jurisprudence des juridictions administratives françaises, de la doctrine qui n'ont généralement pas fait l'objet de textes ou de jurisprudence dans ces pays. Ce cadre normatif qui demeure visible est complété par un cadre structurel défini. Dans ce cadre, il a été analysé les sources, les bases juridiques de l'avenant. Les sources de cet instrument sont au nombre de deux à savoir: les sources normatives et les sources interprétatives. Le cadre structurel contrairement au cadre normatif organise la procédure de passation de l'avenant avec une définition claire du rôle des différents acteurs. C'est dans ce sens que des formalités ont été prévues par le législateur et concernent les parties au contrat, l'autorité investie du pouvoir d'autorisation. La plupart des autorisations que l'autorité administrative rend, montre que ces dernières sont diverses et sont toujours précédées d'un examen minutieux des demandes de recours à l'avenant. A la suite de ces développements, il convient utilement de préciser que les obligations faites aux parties de préserver l'économie substantielle du contrat ou de l'adapter aux nouvelles situations, limitent fortement ce champ de modifications conventionnelles.

La deuxième partie du présent travail constate un cadre de modification conventionnelle restreint. Autrement dit, le recours des parties à la conclusion d'un avenant dans le cadre des marchés publics reste limité. Cette restriction est l'obligation qui est faite aux parties d'adapter le contrat sans le dénaturer. La restriction de la liberté des parties à avoir recours à l'avenant est nécessaire car face à l'obligance d'adapter le contrat et à ne pas le dénaturer, le législateur assure par-là la préservation de la substance du contrat initial et sa bonne exécution.

¹¹¹**DUDOGNON (Ch.)**, « L'avenant au contrat administratif », in RDP, n°5, 2009, p.1378

ANNEXES

Annexe 1

DNCMP

REEXAMEN DE DOSSIER D'AVENANT

OBJET : Avenants n° 1 aux contrats de marché n° 273 et 287/MEF/MAEP/DNMP/SP du 11 février 2011, relatifs à la réalisation des études techniques des travaux de réhabilitation ou de construction de 100 km de pistes de desserte rurale répartis dans les Communes de Kandi, Péhunco, Djougou, Glazoué, Lalo, Tori-Bossito et de Dangbo.

REFERENCE : Ln° 396/2013MAEP/SGM/PRMP/CCMP/SA du 30 août 2013

AUTORITE CONTRACTANTE : MAEP

FINANCEMENT : BOAD

DATES D'APPROBATION DES MARCHES: 19 et 26 juillet 2010

DATE DE 1^{ère} ETUDE DU DOSSIER PAR LA DNCMP : 24 septembre 2012.

DATE DE 2^{ème} ETUDE DU DOSSIER PAR LA DNCMP : 14 novembre 2012

DATE DE 3^{ème} ETUDE DU DOSSIER PAR LA DNCMP : 24 avril 2013

DATE DE RECEPTION DU DOSSIER PAR LA DNCMP : 03 septembre 2013

DATE DE 4^{ème} ETUDE DU DOSSIER PAR LA DNCMP :

OBSERVATIONS : Oui

AVIS DE LA DNCMP : RESERVE

REFERENCE DU PV : N° /DSEM/2013

ETUDE DU DOSSIER

I - SYNTHESE DU DOSSIER

Par la lettre n° 396/2013MAEP/SGM/PRMP/CCMP/SA du 30 août 2013, la Personne Responsable des Marchés Publics du Ministère de l'Agriculture, de l'Élevage et de la Pêche a sollicité de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics, la prise des avenants n° 1 aux marchés n° 273 et n° 287/MEF/ MAEP/DNMP/SP du 11 février 2011 relatifs à la réalisation des études techniques des travaux de réhabilitation ou de construction de 100 km de pistes de desserte rurale répartis dans les Communes de Kandî, de Péhunco, de Djougou, de Glazoué, de Lalo, de Tori-Bossito et de Dangbo.

Le dossier transmis à la DNCMP comprend :

- la photocopie des marchés n°273 et 287/MEF/MAEP/DNMP/SP des 19 et 26 juillet 2010 ;
- la photocopie du procès-verbal n° 04-54/DIAS/2013 de la DNCMP en date du 24 avril 2013 ;

Dans le cadre de l'exécution du Projet de Sécurité Alimentaire par l'Intensification Agricole (PASAIA), les marchés n° 273 et 287/MEF/MAEP/DNMP/SP du 11 février 2011 ont été conclus respectivement avec les bureaux d'études PERS-BTP Ingénieurs Conseils et BATHYS CONSULT Ingénieurs Conseils en vue de la réalisation des études techniques des travaux de réhabilitation ou de construction de 100 km de pistes de desserte rurale répartis dans les Communes de Kandî, Péhunco, Djougou, Glazoué, Lalo, Tori Bossito et de Dangbo.

Suite à ces études, les appels d'offres ont été lancés et les attributions définitives ont été prononcées. Les contrats étaient en cours de signature quand l'autorité contractante a constaté que le volet contrôle et surveillance n'a pas été pris en compte.

La BOAD saisie à ce sujet, a donné son avis de non objection pour la prise des avenants n° 1 aux marchés de base et a demandé que ce volet soit confié aux entreprises ayant réalisé les études techniques.

Par télécopie n° DDRI/DRPS-2012F07987 du 01/06/2012, elle a précisé d'imputer le montant de l'avenant n° 1 qui est de trente- trois millions deux cent vingt- cinq mille (33 225 000) francs CFA sur le reliquat du budget alloué à la rubrique «Etude et Contrôle de pistes rurales».

C'est pour permettre la prise en compte de ce second volet autorisé par le Partenaire Technique et Financier que l'autorité contractante a sollicité la prise des avenants n° 1 aux contrats suscités avec les bureaux d'études PERS- BTP Ingénieurs Conseils et BATHYS CONSULT Ingénieurs Conseils pour le contrôle et la surveillance de l'exécution desdits travaux.

Par le procès-verbal n° 11-33/DSEM/2012 du 24 septembre 2012, la DNCMP avait réservé son avis pour la prise de ces avenants aux motifs que l'autorité contractante, devrait préciser pour chacun des bureaux d'études, le montant de l'avenant n° 1 auxdits marchés et joindre au dossier, les projets desdits avenants n° 1.

En satisfaction aux observations de la DNCMP, l'autorité contractante a entrepris de négocier avec les deux bureaux d'études, leurs devis quantitatifs et estimatifs.

Les montants proposés sont de trente- huit millions six cent cinquante mille (38 650 000) francs CFA hors taxes pour BATHYS CONSULT et quarante-quatre millions deux cent mille (44 200 000) francs CFA hors taxes pour PERS-BTP.

Au terme des négociations, le bureau BATHYS CONSULT consent à assurer le contrôle et la surveillance des travaux objet des lots 1 et 3 (53, 35 km) pour un montant hors taxes de trente millions deux cent mille (30 200 000) francs CFA. Quant au bureau PERS-BTP, il se propose d'assurer le contrôle et la surveillance des travaux objet du lot 2 (33, 894 km) pour un montant hors taxes de vingt millions cent cinquante mille (20 150 000) francs CFA.

Par le procès-verbal n° 13-35/DSEM/2012 du 14 novembre 2012, la DNCMP a réservé à nouveau son avis pour la prise de ces avenants aux motifs que :

- l'autorité contractante, en précisant pour chacun des bureaux d'études, les montants des avenants n° 1 aux marchés n° 273 et 287/MEF/MAEP/DNMP/SP du 11 février 2011, a largement dépassé l'enveloppe financière prévisionnelle

de trente trois millions deux cent vingt- cinq mille (33 225 000) francs CFA autorisé par la BOAD ;

- l'écart entre les ressources disponibles et le montant cumulé des prestations de contrôle et de surveillance des travaux est de dix- sept millions cent vingt- cinq mille (17 125 000) francs CFA.

En satisfaction à ces observations, l'autorité contractante envisage de faire financer conjointement le montant cumulé des prestations de contrôle et de surveillance desdits travaux par la BOAD et le budget national, exercice 2014 de la manière suivante :

Année	2013	2014
Source de financement	BOAD	Budget national
Avenant n°1 au marché 273	13 225 000 hors taxes	6 925 000 hors taxes soit 8 171 500 toutes taxes comprises
Avenant n°1 au marché 287	20 000 000 hors taxes	10 200 000 hors taxes soit 12 036 000 toutes taxes comprises
Total	33 225 000 hors taxes	17 125 000 hors taxes soit 20 207 500 toutes taxes comprises

Par le procès-verbal n° 04-54/DSEM/2013 du 24 avril 2013, la DNCMP a réservé à nouveau son avis pour la prise de ces avenants aux motifs que :

- en indiquant que le gap de 17 125 000 FCFA hors taxes, soit 20 207 500 FCFA toutes taxes comprises se ra financé par le Budget Général de l'Etat 2014 n'ont encore voté, l'autorité contractante viole les dispositions de l'article 23, alinéa 1 de la loi n°2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin en vertu desquelles « l'autorité contractante est tenue de s'assurer de la mise en place et de la disponibilité du financement avant le lancement de la consultation conformément à son plan de passation prévisionnel des marchés et ce, jusqu'à la notification du marché » ;
- les marchés de base ne sont pas joints au dossier.

En satisfaction, l'autorité contractante a fourni la photocopie des différents marchés de base. Par ailleurs, il attire l'attention de la DNCMP sur le fait que :

- le retard accusé dans la signature des avenants aux marchés des bureaux de contrôle, pourrait engendrer des requêtes de révision de prix de la part des entreprises de travaux dont le démarrage des travaux ;
- le projet est dans sa phase de prorogation de la date limite de mobilisation des ressources du prêt qui prend fin en décembre 2014 ;
- les prévisions de ressources budgétaires 2014 du MAEP ont été faites pour prendre en charge cette dépense et
- le risque de perdre le reste du financement des avenants par la BOAD est élevé si ces avenants ne sont pas signés et les travaux exécutés avant décembre 2014.

II- OBSERVATIONS

La Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics ne saurait outrepasser les textes en vigueur dans les marchés publics dont elle est garante de l'application

III- AVIS DE LA DNCMP:

Au regard de l'observation formulée ci-dessus, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics réserve à nouveau son avis.

Cotonou, le

**Le Directeur National de
Contrôle des Marchés Publics**

Boniface C. VISSOH-

Annexe 2

DNCMP

ETUDE DE DOSSIER D'AVENANT

Objet : Avenant n°1 au marché n°346/MEF/MTPT/DNCMP/SP du 09 septembre 2013 relatif au contrôle et surveillance des travaux d'aménagement et de bitumage de la route Djèrègbé-Aja-Owodé-frontière du Nigéria.

REFERENCE : Lettre n°0070/PRMP/MTPT/CCMP-DGTP/A-SGM/DTN /Coord.S/S-PRMP du 20 janvier 2015.

AUTORITE CONTRACTANTE : MTPT.

FINANCEMENT:BOAD.

DATE D'ETUDE DU DOSSIER PAR LA DNCMP :

DATE DE RECEPTION DU DOSSIER PAR LA DNCMP : 20 janvier 2015.

OBSERVATIONS : Néant.

AVIS DE LA DNCMP : Favorable.

REFERENCE DU PV : N° /DSEM/2015

ETUDE DU DOSSIER

I- SYNTHÈSE DU DOSSIER

Par la Lettre n°0070/PRMP/MTPT/CCMP-DGTP/A-SGM/DTN/Coord.S/S-PRMP du 20 janvier 2015, la Personne Responsable des Marchés Publics du Ministère des Travaux Publics et des Transports a sollicité de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics, une autorisation de la prise de l'avenant n°1 au marché n°346/MEF/MTPT/DNCMP/SP du 09 septembre 2013 relatif au contrôle et la surveillance des travaux d'aménagement et de bitumage de la route Djèrègbé-Aja-Owodé-frontière du Nigéria.

Le dossier transmis à la DNCMP comprend les photocopies des pièces ci-après :

- ✓ 01 copie du contrat de marché n°346/MEF/MTPT/DNCMP/SP du 09 septembre 2013 ;
- ✓ 01 copie de l'avis de non objection de la BOAD ;
- ✓ 01 copie du cadre du BPU et du DQE.

En effet, le groupement BNETD/DICBTP est attributaire du marché n°346/MEF/MTPT/DNCMP/SP du 09/09/2013 sur financement du budget national pour un montant toutes taxes comprises de cent dix millions huit cent trente mille (110 830 000) francs CFA. Par la suite un mandat de levée de fonds a été confié à la Banque Ouest Africaine de Développement (BOAD) par la République du Bénin, pour un total financement du projet.

Dans ce cadre, une mission de la BOAD a séjourné au Bénin en février 2014, et a préconisé des travaux connexes avec un prolongement du délai d'exécution des travaux de quatre (04) mois, ainsi que le renforcement de l'équipe du consultant par des experts indiqués par elle pour la surveillance et le contrôle de ces travaux connexes.

Un projet d'avenant a été soumis à l'examen de la BOAD, qui a donné son avis de non objection le 05 novembre 2014.

Eu égard à ce qui précède, l'Autorité contractante demande l'autorisation de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics pour la prise de l'avenant n°1 au contrat de marché n°346/MEF/MTPT/DNCMP/SP du 09 septembre 2013 du groupement BNETD/DICBTP, pour un montant toutes taxes comprises de cent quatre-vingt-dix-sept millions neuf cent quatre-vingt-treize mille cent quatre-vingt-sept (197 993 187) francs CFA.

II- OBSERVATION :

Le projet d'avenant n'est pas joint au dossier.

III- AVIS DE LA DNCMP

La Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics donne un avis favorable pour la prise de l'avenant n°1 au contrat de marché n°346/MEF/MTPT/DNCMP/SP du 09 septembre 2013 du groupement BNETD/DICBTP, pour un montant toutes taxes comprises de cent quatre-vingt-dix-sept millions neuf cent quatre-vingt-treize mille cent quatre-vingt-sept (197 993 187) francs CFA.

Cotonou, le

Le Directeur National de Contrôle
des Marchés Publics,

Boniface C. VISSOH.-

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE

I-Ouvrages généraux

1-**CHAPUS (R)**, Droit Administratif Général, Paris, LGDJ, Précis Domat, 15^{ème} édition, 2008, 1440 p.

2-**GAUDEMET (Y)**, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 21^{ème} éd., 2015, 644p.

3-**GUGLIEMI (G. J.), KOUBI (G.),LONG (M.)**, Droit du service public, Paris, LGDJ, 2016, 896p.

4-**KOKOROKO (D.)**, Les Grands Thèmes du Droit Administratif, Lomé, PUL, 1^{ère} éd., 2014, 213p.

5-**LAUBARDERE(A.), VENIZA(J-C), GAUDEMET(Y.)**, Droit Administratif, Paris, LGDJ, 16^{ème} édition, 2014, 813 p.

6-**LEBRETON (G.)**,Droit administratif général, Paris, Edit. Dalloz, Coll. Cours Dalloz, 8^e édition, 2015.

7-**NOGUELLOU (R.), MELLERAY (F.), YOLKA (PH.), CHAMARD-HEIM (C.)**, Les grandes décisions du droit administratif des biens, Paris, 2015, 996p.

RICHER (L.), Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2008, 2^e éd. p.586.

8-**SALAMI (I)**, Droit Administratif, Cotonou, les Editions du CeDAT, 2015, 404 p.

9-**SY (D.)**,Droit administratif, Dakar, L'Harmattan, 2^e édition, 2014,

10-**VAN LANG (A),GONDOUIN (G), et INSERGUET-BRISET (V.)**, Dictionnaire de Droit Administratif, Paris, Armand colin, 6^{ème} édition, 2012, 516p.

II-Ouvrages spécialisés

1-AMILHAT (M.), La notion de contrat administratif, l'influence du droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2014, 678 p.

2-HOEPFFNER (H.), La modification du contrat administratif, Paris, LGDJ, 2009, 600p.

3-PEYRICAL (J-M), L'avenant au contrat administratif, éd. le moniteur, 3^e éd, 2005, 248p.

III-Articles, Contributions, Mémoires et Thèses

A- Articles et Contributions

1-AKERERKORO (H.), « L'environnement juridique des investissements au Bénin » in Revue Trimestrielle d'Informations Juridiques et Judiciaires Droit et Lois, n°31,2012, p22-27.

2-BELKACEMI (V-M), «La limitation de la liberté contractuelle : Le contrôle des avenants aux contrats administratifs», in Gaz Pal, 1998, p. 739-750.

3-BRUNO (J.), « Les délégation de service public dans le secteur de la petite enfance : Enquêtes et retour d'expériences », in Informations sociales, n°179, février 2013, pp.120-123.

4-DESIREUX (C.), « La gestion contractuelle des services publics », in Revue Economique, vol.59, mars 2008, pp.451-461.

5-DUDOGNON (Ch.), « L'avenant au contrat administratif », in RDP, n°5, 2009, pp.1352-1379.

6-FATOME (E.), « Les avenants », in AJDA, 1998, p.755-770

7-KPENONHOUN (C.), « L'autonomie du droit des contrats administratifs à la lumière de l'évolution récente», disponible sur <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr/>

8-LIBERT (X.), « Les modification du contrat en cours d'exécution », in AJDA, 1994, p.63-73.

9-LIMOUZIN LAMOTHE (Ph.), «Les avenants : observations complémentaires», in AJDA, 1998, p.751-767

10-MONNIER (L.), L'avenant au contrat, Thèse de doctorat en droit privé, Toulouse, 1999, disponible sur www.thèses.fr.

11-MONTIALOUX (C.), « Service public et intérêt général », in Regards croisés sur l'économie, n°2, février 2007, pp. 107-120.

12-OUEDRAOGO (S-M), « L'évolution du droit des contrats administratifs à l'épreuve de la transparence au Burkina Faso et au Sénégal », *Revue burkinabé de Droit*, 2013, pp.162-173.

13-RAPP (L.), «Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet», in Contrats marchés publics, 2008, n°7, p.23-50

14-SAUVE (J-M), « Le contrat administratif au cœur des préoccupations du Conseil d'Etat », in Entretiens, IPA, 2008, n°166, pp.2-8.

15-VOISIN (A.), « La gestion mixte des services publics, Délégation du service public, externalisation et partenariat public - privé », in Regards croisées sur l'économie, n°2, 2007, pp.168-175.

B- Mémoires, Thèses, cours

1-BIDJA NKOTTO (Th.), *Les contrats de l'administration au Cameroun*, Université de Lille, Agence nationale de reproduction des Thèses, 2000, 630p.

2-DEL PRETE (D.), L'avenant au contrat dans les contrats administratifs, Thèse de doctorat en droit public, Aix-en province, 2002, 501p.

3-MBALLA (R.), L'acte administratif unilatéral, Thèse de doctorat, Université de Douala, 2010, 675 p.

4-MONNIER (L.), L'avenant au contrat, Thèse de doctorat en droit privé, Toulouse, 1999, disponible sur www.theses.fr .

5-SAMB (S.), *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse de Doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 28 novembre 2015, 876p.

6-SWEKAT (A.), *Les droits et obligations des parties du contrat administratif dans le droit français et libyen : étude comparative*, Ecole doctorale Droit et Science politique, 2016, disponible sur www.publications.ut-capitole.fr.

IV- Textes officiels

1- Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics.

2- Loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

V- Autres documents

Avis de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics.

VI-Moteurs de recherches et sites internet

1-www.cedatuac.org (Bénin)

2-www.juricaf.org

3-www.coursuprême.gouv.bj. (Bénin)

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES

Avertissement.....	i
Dédicace.....	ii
Remerciement.....	iii
Sigles et acronymes.....	iv
Résumé.....	v
Abstract.....	vi
Sommaire.....	vii
Introduction générale.....	1
Première partie : Un cadre de modifications conventionnelles élaboré.....	8
Chapitre 1 : Un cadre normatif visible.....	10
Section 1 : Les sources normatives.....	10
Paragraphe 1 : La directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics.....	10
A- Le contenu de la directive.....	10
B- La portée et l'intérêt de la directive dans le droit national.....	11
Paragraphe 2 : Les sources législatives et réglementaires.....	12
A- Le Code des Marchés Publics.....	13
B- Les actes règlementaires.....	13
Section 2 : Les sources interprétatives.....	14
Paragraphe 1 : La doctrine administrative.....	14
A- Une distinction exclusive.....	15
B- Une définition technique.....	16
Paragraphe 2 : La jurisprudence administrative et constitutionnelle.....	17
A- Les principes et règles dégagés.....	17
B- Le contexte de validité des avenants précisé.....	18
Chapitre 2 : Un cadre de conclusion structuré.....	18
Section 1 : Les formalités relatives à la passation de l'avenant.....	19
Paragraphe 1 : Les obligations des parties contractantes.....	19
A- La volonté des parties.....	19
B- La notification du désir de recouvrir à un avenant.....	20
Paragraphe 2 : Une adoption du contrat échappant aux modalités de passation du contrat	

initial.....	21
A- La procédure de publicité exclue	21
B- Une mise en concurrence interdite	22
Section 2 : Les formalités opérées par l'autorité investie du pouvoir d'autorisation.....	23
Paragraphe 1 : L'examen minutieux des demandes	23
A- Les préalables vidés	23
B- L'observation du dossier de recours à l'avenant	24
Paragraphe 2 : Les avis diversement donnés.....	25
A- Les avis favorables.....	25
B- Les avis défavorables	26
Deuxième partie : Un cadre de modification conventionnelle limité.....	27
Chapitre 1 : Une limitation justifiée	29
Section 1 : Une liberté des parties reconnue	29
Paragraphe 1 : Une liberté contestée	29
A- L'ambiguïté de la valeur juridique.....	29
B- Le désaveu du principe de l'autonomie de la volonté des personnes publiques	31
Paragraphe 2 : Une liberté peu adaptée aux particularités des personnes publique.....	32
A- La difficile comptabilité entre liberté contractuelle et intérêt général	32
B- La compétence des personnes publiques comme défi à la liberté contractuelle	33
Section 2 : Les sujétions prévues	33
Paragraphe 1 : Une obligation faite aux parties d'adapter le contrat	33
A- Les hypothèses principales.....	34
B- Les hypothèses secondaires.....	35
Paragraphe 2 : Une interdiction faite aux parties de dénaturer le contrat en l'adaptant.....	36
A- L'objet du contrat.....	36
B- La nécessaire prise en compte de l'économie du contrat	37
Chapitre 2 : Une limitation nécessaire	38
Section 1 : La substance du contrat préservée.....	38
Paragraphe 1 : L'origine prétorienne de l'économie du marché.....	38
A- La théorie de l'imprévision	38
B- Les conditions de validité.....	39
Paragraphe 2 : Les techniques de mesure du bouleversement de l'économie du contrat	39
A- Une absence de précisions textuelles avérées	39

B- L'apport du juge administratif face au silence textuel	40
Section 2 : La bonne exécution du contrat initial assurée	41
Paragraphe 1 : La durée du contrat réajustée	41
A- La notion de durée du contrat	41
B- Une prolongation de la durée du contrat définie	41
Paragraphe 2 : Le but du contrat poursuivit	42
A- La ruine des parties évitée.....	42
B- L'exécution des obligations contractuelles assumée.....	42
Conclusion générale	44
Annexes	46
Bibliographie.....	55
Table des matières	60