



UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

CENTRE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE L'ADMINISTRATION TERRITORIALE

OPTION : Marchés Publics et Partenariats Public-Privé

MEMOIRE DE FIN DE FORMATION POUR L'OBTENTION DU DIPLÔME DE MASTER
PROFESSIONNEL II EN « MARCHES PUBLICS ET PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE »

THEME

LE CONTRÔLE DE LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS AU BENIN

Réalisé et soutenu par:

Anicet Djossê MEDENOU

Sous la direction de:

Dr Ludovic GUEDJE

Maître - Assistant au CAMES

Enseignant à la FADESP/UAC

Année Académique 2018-2019

*LE CENTRE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE
L'ADMINISTRATION TERRITORIALE (CeDAT) N'ENTEND
DONNER NI APPROBATION NI IMPROBATION AUX
OPINIONS EMISES DANS CE MEMOIRE.
CES OPINIONS DOIVENT ETRE CONSIDEREES COMME A SON
AUTEUR*

DEDICACE

A :

- mon épouse Gladis S. HANGBE et ;
- mes enfants Dona Daryl Richard, Doukpè Marie-Christie et Dèdi Trinité

Othilie.

REMERCIEMENTS

Nos remerciements vont:

- au Docteur **Ludovic GUEDJE**, notre Directeur de mémoire qui, malgré ses multiples occupations, a accepté de diriger ce travail;
- à tous mes camarades de promotion;
- à tous ceux qui m'ont formé et informé.

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

AC : Autorité Contractante

AFD : Agence Française de Développement

APMP : Accord Plurilatéral sur les Marchés Publics

AOIR : Appel d'Offre International Restreint

AOOI : Appel d'Offre Ouvert International

AOON : Appel d'Offre Ouvert National

AOOPQ : Appel d'Offre Ouvert de Pré-Qualification

AOR : Appel d'Offre Restreint

ARMP : Autorité de Régulation des Marchés Publics

BM : Banque Mondiale

BOAD : Banque Ouest Africaine de Développement

CCAG : Cahier des Clauses Administratives Générales

CCAP : Cahier des Clauses Administratives Particulières

CCMP : Cellule de Contrôle des Marchés Publics

CCTG : Cahier des Clauses Techniques Générales

CCTP : Cahier des Clauses Techniques Particulières

CE : Conseil d'Etat

CeDAT : Centre de Droit Administratif et de l'Administration Territoriale

CF : Contrôle Financier

CFA : Communauté Financière Africaine

CIP : Carriage Insurance Paid

CMP : Code des Marchés Publics

CPMP : Cellule de Passation des Marchés Publics

CRD : Comité de Règlement des Différends

DA : Directeur Administratif

DAO : Dossier d'Appel d'Offre

DAC : Dossier d'Appel à Concurrence

DCF : Délégué du Contrôleur Financier

DNCMP : Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics

DRFM : Direction des Ressources Financières et du Matériel ou Directeur des Ressources Financières et du Matériel

IGE : Inspection Générale de l'Etat

IGF : Inspection Générale des Finances

MEF : Ministère de l'Economie et des Finances

MOD : Maîtrise d'Ouvrage Délégué

NMP : Nouveaux Management Public

OLC : Observatoire de Lutte contre la Corruption

OMD : Objectifs du Millénaire pour le Développement

ONG : Organisation Non Gouvernementale

PAS : Programme d'Ajustement Structurel

PGFT : Plan Global de Formation Triennale

PME : Petite et Moyenne Entreprise

PMR : Pays Membre Régional

PPP : Partenariat Public-Privé

PTF : Partenaire Technique et Financier

PVD : Pays en Voie de Développement

RFD : Receveur des Finances de la Dette

RGF : Recette Générale des Finances

SIGFIP : Système Intégré de Gestion des Finances Publiques

SIGMAP : Système Intégré de Gestion des Marchés Publics

UE : Union Européenne

UEMOA : Union Economique et Monétaire Ouest Africaine

SOMMAIRE :

INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE : Un double contrôle non juridictionnel	7
Chapitre 1 : Un contrôle administratif interne	9
Section 1 : Une vérification en amont.....	9
Section 2 : Une vérification aux modalités spécifiques.....	11
Chapitre 2 : Un contrôle administratif externe	19
Section 1 : Une fonction non contentieuse.....	19
Section 2 : Une fonction contentieuse.....	27
DEUXIÈME PARTIE : Un double contrôle juridictionnel.....	33
Chapitre 1 : Un contrôle quasi-juridictionnel.....	35
Section 1 : Les mécanismes de l'arbitrage.....	35
Section 2 : Les effets de l'Office du juge administratif.....	38
Chapitre 2 : Un contentieux juridictionnel.....	53
Section 1 : Une substitution inévitable.....	53
Section 2 : Une rénovation limitée.....	59
CONCLUSION.....	67
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES.....	71

INTRODUCTION

Les marchés publics constituent l'un des moyens par lesquels la puissance publique se procure les moyens nécessaires à son fonctionnement et à l'exercice de ses missions. La réglementation des marchés publics s'adapte aujourd'hui à la mondialisation de l'économie et à un environnement concurrentiel. Les contrôles ne visent plus seulement à protéger les intérêts de l'administration vis-à-vis de ses fournisseurs mais aussi les droits des entreprises dans l'accès à la commande publique. « *Si la complexité de la vie juridique ainsi que l'unité des notions juridiques et de science du droit ne permettent pas de séparer, en deux modes distincts, le droit public du droit privé, les questions ne se posent et ne se résolvent pas de la même manière lorsqu'elles mettent en cause, avec l'Etat (...) l'intérêt public et, entre particuliers, des intérêts purement privés* »¹. Il y a fort longtemps que le contrat occupe, parmi les activités de l'Administration, une importance stratégique.

L'existence de contrats impliquant l'Administration est ancienne alors que sa conceptualisation ne l'est pas dans la plupart des régimes juridiques. Il a fallu attendre la création du Conseil d'Etat français pour qu'une théorie des contrats administratifs voit le jour. Dès lors, l'activité contractante de l'Etat ne semble pas avoir faibli ou régressé. L'observation, la plus élémentaire dénote la continuité de ce phénomène et son progrès logique. En Droit positif, les marchés publics signifient « *les contrats par lesquels une personne publique ou assimilée achète, moyennant le versement d'un prix déterminé, des travaux, fournitures ou services, à une personne privée, dans les conditions définies au Code des marchés publics* »².

L'article 4 du Code des Marchés Publics au Bénin³ revêt une importance particulière dans la mesure où il donne des notions clés concernant les marchés publics. Il importe de signaler que la notion de marché public définie dans cet article est la notion juridique de marchés publics et elle ne doit pas être confondue avec celle de marchés du secteur public qui a une valeur essentiellement économique et

¹ TROTABAS L. Finances publiques, 3^e éd. Paris, 1969, pp. 4 et s., spécial, p. 473.

² BARACONNIER S. Le droit des marchés publics: dix ans de jurisprudence 1988-1998, Ed. Juris-Classeur, Dr. Adm., 1999, pp. 3 et s.

³ Article 4 de la loi n ° 2017-04 du 129 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin relatif aux définitions des termes spécifiques de cette loi

administrative. Les marchés publics se caractérisent par une réglementation rigoureuse qui se traduit par des exigences de fond et un formalisme strict. Ces contraintes se justifient par le fait que ces contrats impliquent, directement ou indirectement, une dépense de fonds publics, ce qui se traduit par des règles de fond et de forme destinées à préserver l'intérêt général. Les marchés publics soumis au code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le code : liberté d'accès à la commande publique et égalité de traitement des candidats, lesquels principes sont complémentaires. Ils résultent du principe constitutionnel plus général d'égalité des citoyens devant la loi, ainsi que des principes de libre concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie. Ces principes supposent : la possibilité pour toute personne remplissant les conditions requises, de se porter candidate à un marché public ; l'interdiction des dispositions qui, par leurs exigences particulières écartent certaines catégories de candidats en se fondant sur d'autres conditions que celles que le Code des Marchés Publics permet d'imposer concernant leur situation juridique, leurs capacités techniques, professionnelles et financières ou encore de caractéristiques des offres.

La transparence des procédures est aussi nécessaire à assurer leur intégrité. Elle se traduit notamment par : la publication large et suffisamment à l'avance des besoins, nécessaires à garantir l'accès au plus grand nombre de candidats ; la possibilité de prendre connaissance des règles effectivement appliquées à travers des textes clairs, y compris l'usage de documents types, qui facilitent le contrôle a posteriori du respect de ces règles; l'ouverture publique des plis et la publication des résultats permettant le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution du marché par les candidats eux-mêmes, à travers leurs droits de recours; un droit de recours effectif des candidats en cas de non-respect des règles de passation des marchés. Ainsi, l'importance accordée par les acteurs de développement au dispositif de passation des marchés publics s'explique par le poids prépondérant de la commande publique dans la gestion des

finances publiques. Notons de même qu'en raison de leur taille et de leur complexité, les marchés publics sont l'une des activités des administrations publiques les plus exposées aux maux qui minent leurs fonctionnements dont les réformes attaquent comme facteurs du système auquel on s'attèle à régler, en le fixant comme objectif à atteindre.

En effet, les grands principes de la commande publique ne visent pas à juger de l'opportunité des dépenses réalisées par les acheteurs publics ; mais surtout la seule compétence des acteurs, qui est soumise par ailleurs au contrôle des juridictions. Alors, les acteurs de gestion du système des marchés publics inscrivent donc l'achat public dans un cadre strict, protecteur des règles de la concurrence.

Dans le souci d'assurer l'efficacité administrative et la performance économique, l'amélioration des systèmes de passation des marchés publics en Afrique constituent un des leviers de l'action publique et de la bonne gouvernance. Depuis la déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement (2 mars 2005), les pays africains en particulier ceux de l'espace UEMOA⁴, se sont engagés dans la voie de la réforme de leur système de passation de marchés publics qui représentent près de 15% de leur Produit Intérieur Brut (PIB) de ces pays⁵.

Les procédures de passation, d'attribution et d'exécution des marchés publics au sein de l'union, sont essentiellement dominées par des phénomènes de corruption, de concussion et de prévarication des ressources publiques⁶. En croisade contre une telle situation, le Conseil des Ministres de l'UEMOA a adopté deux directives relatives aux marchés publics, à savoir la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA et la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, directives relatives à la mise en place d'un nouveau système de

⁴Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

⁵ Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), rapport annuel 2011.

⁶ Idem, ARMP

gestion des marchés publics. Ces Directives, entrées en vigueur à compter du 1er janvier 2006, le même conseil a instruit les différents pays membres à les transposer dans leur législation nationale, avant fin janvier 2008. Ce qui explique l'adoption, au Bénin, d'un code des marchés publics en août 2009 abrogée par la loi N° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin et la mise en place de nouvelles structures (les décrets d'application), notamment la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP)⁷ et l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP)⁸.

Les décrets ont été accueillis par les différents acteurs comme une avancée permettant de transcrire, dans les textes législatifs et réglementaires, l'attachement du Bénin « ... à la transparence dans la conduite et la gestion des affaires publiques »⁹. Ils constituent le cadre unique de la passation des marchés publics et vise le rapprochement des procédures nationales des standards internationaux. Ils s'inscrivent dans une vaste réforme dont l'objectif essentiel est la bonne gouvernance économique et financière et s'appuie sur les principes de transparence, d'équité, d'efficacité et d'économie. Le pays s'est également doté, d'une Charte de transparence et d'éthique en matière de marchés publics pris par le décret 2011-479 du 8 juillet 2011 portant Code d'éthique et de moralisation dans les marchés publics et délégations de service public¹⁰. La création des deux organes que sont la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) et l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) consacre, quant à elle, sur le plan institutionnel, la séparation des fonctions de contrôle a priori dévolues à la DNCMP, de celles portant sur la régulation et les recours à la charge de l'ARMP. Un tel dispositif a été renforcé par la création au niveau de l'autorité contractante, des commissions des marchés et cellule de passation des marchés¹¹. Toutefois, la réussite

⁷ Le Décret n°2010-495 du 26 novembre 2010 portant organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP)

⁸ Le Décret n°2010-496 du 26 novembre 2010 portant organisation, fonctionnement et attributions de la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP), des Commissions de Passation et des Cellules de Contrôle des Marchés Publics ; elle est dotée de l'autonomie financière et de gestion. En plus de son rôle de conseil et de résolution des différends, l'ARMP exerce un contrôle a posteriori du respect des règles nationales et de l'U EMOA relatives à la passation et à l'exécution des marchés publics.

⁹ Voir préambule de la constitution de la République du Bénin

¹⁰ Le décret 2011-479 du 8 juillet 2011 portant Code d'éthique et de moralisation dans les marchés publics et délégations de service public au Bénin.

¹¹ La loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin pris en application de l'article 12 du Code relatif aux commissions de passation des marchés placée auprès des autorités contractantes.

de la réforme implique une bonne application des textes. Cela suppose une bonne circulation de l'information mais aussi la maîtrise et le respect des procédures par les différents acteurs intervenant dans le processus des marchés publics. Tous les efforts fournis vont dans une logique d'une bonne gestion des marchés publics. C'est vrai qu'il n'y a pas de bonne gestion sans un système de contrôle efficace mais aussi d'un système fiable et efficace de règlement de possibles différends nés du non-respect strict des procédures.

Les systèmes de passation des marchés publics présentaient d'importantes faiblesses dans la plupart des pays en développement comme le Bénin. Celles-ci résultaient, entre autres, de l'insuffisance ou de la caducité des législations, de la lenteur et de la complexité des formalités, de l'absence des mécanismes de contrôle et de responsabilité, mais également de la corruption, la fraude et la non transparence des procédures de passation. L'impact négatif de ces lacunes sur les finances de l'Etat freine le développement des pays concernés.

Malgré les efforts de codification ayant abouti à l'actualisation du cadre législatif et réglementaire de la commande publique au Bénin, n'est-il pas nécessaire de se préoccuper du degré de prise en compte de l'exigence du contrôle d'acquisition des biens et services ?

On peut s'interroger sur l'état des lieux aussi bien du contrôle non juridictionnel que celui juridictionnel institué par les autorités béninoises à divers niveaux pour plus d'efficacité du processus. Telle est la substance de nos préoccupations dans le cadre de cette étude.

En effet, ils conditionnent l'efficacité du processus. D'où l'intérêt de la présente réflexion dont l'objet est d'analyser l'impact des mécanismes de contrôle dans le processus de la passation des marchés publics. Il apparaît donc nécessaire de s'interroger sur l'efficacité des différents types de contrôle dans la passation des marchés publics pour une commande publique exempt de toute contestation. A l'analyse, apparaissent deux types de contrôle, celui non juridictionnel exercé par la DNCMP (1^{ère} partie) et le contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif (2^{ème} partie).

1ère Partie :

UN DOUBLE CONTROLE NON JURIDICTIONNEL

La procédure de passation constitue l'objet essentiel de la réglementation des marchés publics, son élément central. Le but de cette réglementation est, en effet, d'assurer la plus large concurrence possible, cela dans l'intérêt bien compris tant de l'administration que des candidats eux-mêmes. Ainsi, non seulement les procédures de passation obéissent pour la plupart d'entre elles à un régime très formaliste, mais encore que leur choix même soit strictement réglementé. Face aux exigences de la bonne gouvernance qui s'imposent aux décideurs à tous les niveaux, il était devenu impérieux de bâtir un cadre des finances publiques apte à garantir la transparence et l'efficacité dans la gestion des ressources publiques. Ainsi, un contrôle *a priori* est exercé sur les besoins exprimés dans la commande publique (**Chapitre I**). Pour vérifier la conformité des besoins exprimés avec les résultats obtenus, un contrôle *a posteriori* s'exerce sur les opérations effectuées (**Chapitre II**).

De par son caractère transversal dans l'action de l'Etat, le système de passation de marchés publics est un élément central dans le dispositif de gestion de ces ressources.

CHAPITRE 1 : UN CONTROLE ADMINISTRATIF INTERNE

Le contrôle des procédures de passation des marchés publics est l'un des mécanismes qui visent à assurer la rationalisation de la gestion des finances publiques, la bonne gouvernance, ainsi qu'un développement systémique et cohérent des marchés publics. Ce contrôle est effectué en amont par la DNCMP lors de la passation des marchés publics. La DNCMP vérifie si toutes les dispositions règlementant la passation des marchés ont été soigneusement respectées (**Section I**), à travers des modalités de contrôle appropriées (**Section II**).

SECTION 1 : Une vérification en amont

Les contrôles à priori et à posteriori sont des contrôles qui sont exercés par la DNCMP, d'où la nécessité de la présentation de cet organe, qui d'ailleurs joue un rôle important dans la gestion des marchés publics. Ses fondements juridiques sont donc à rechercher (**Paragraphe 1**), afin de mieux appréhender ses missions et attributions (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Un contrôle aux fondements juridiques évidents

Vu les nombreuses faiblesses qui existaient dans la réglementation des marchés publics, l'Etat du Bénin s'est engagé à améliorer le cadre législatif et réglementaire des marchés publics. Parmi les insuffisances à redresser figuraient celles relevées dans la fonction de contrôle qui constitue un volet central dans le système de passation des marchés publics. En vue d'une réglementation des marchés publics plus satisfaisante et en application de la directive n° 5-2005/CM-/UEMOA du 9 décembre 2005, il a été créé au sein du Ministère de l'Economie et des Finances, une Direction Centrale des Marchés publics (DCMP) rattachée au Cabinet du Ministre de l'Economie et des Finances¹². Elle a été créée par le décret n° 2015-270 du 22 mai 2015, son organisation et son fonctionnement sont régis par la loi 2009-02 du 07 août 2009¹³ portant code des marchés publics et des délégations de marchés publics au Bénin. Elle comprend des services centraux et des services déconcentrés. Parmi les structures en charge du contrôle et de la gestion du respect des procédures de passation des marchés publics au Bénin, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP) semble la moins connue. Or, elle concentre dans ses attributions la gestion des activités les

¹² Décret 2015-270 du 22 mai 2015 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP)

¹³ Loi 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de marchés publics au Bénin

plus essentielles en matière de contrôle *a priori* sur les procédures et dossiers de marchés publics. La DNCMP a pour mission essentielle d'assurer le contrôle à priori des procédures de passation des marchés publics. L'objectif global recherché dans la mise en place de cette instance basée au ministère de l'Economie et des Finances est d'inciter les autorités contractantes à adopter les meilleures pratiques en matière de passation des marchés publics et à rendre fiables les procédures nationales. La dénomination originale prise par ce nouveau service procède de la forte transversalité de ses attributions qui s'étendent à toutes les structures de l'administration assujetties au Code des Marchés Publics (CMP).

Bien que cela ne soit pas explicitement repris au CMP, mais par extrapolation des principes applicables en matière de Finances publiques, la DNCMP n'est pas habilitée à procéder à des contrôles d'opportunité et ne peut donc effectuer que des contrôles de légalité et de conformité. La DNCMP n'étant pas habilitée à exercer de contrôles d'opportunité, ses contrôles ne devront pas porter sur l'objet de la consultation ou du marché mais sur la conformité des procédures et du Dossier d'Appel à Concurrence.

Paragraphe 2 : Une mission à multiple facettes

Sans préjudice de l'application des dispositions de la loi portant code des marchés publics en République du Bénin, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics est chargée de contrôler *a priori*, la procédure de passation des marchés publics d'un montant égal ou supérieur à un seuil fixé par décret pris en conseil des ministres et des délégations de service public.

A ce titre, la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics:

- ✓ procède à la validation des dossiers d'appel d'offres avant le lancement de l'appel à la concurrence et la publication correspondante ;
- ✓ accorde les autorisations et dérogations nécessaires à la demande des autorités contractantes, lorsqu'elles sont prévues par la réglementation en vigueur ;
- ✓ procède à la validation du rapport d'analyse comparative des propositions et du procès-verbal d'attribution provisoire du marché élaborés par la commission de passation du marché;
- ✓ procède à un examen juridique et technique du dossier du marché avant son approbation et, au besoin, adresse à l'autorité contractante toute demande

d'éclaircissement et de modification, de nature à garantir la conformité du marché avec le dossier d'appel d'offres et la réglementation en vigueur;

- ✓ procède à la validation des projets d'avenants ;
- ✓ apporte un appui technique aux autorités contractantes depuis la préparation des dossiers d'appel d'offres jusqu'à la réception définitive des prestations ;
- ✓ contrôle l'activité des directions départementales de contrôle des marchés publics ;
- ✓ émet des avis sur les décisions concernant l'attribution des marchés et accorde, à la demande des autorités contractantes, les autorisations et dérogations nécessaires lorsqu'elles sont prévues par la réglementation en vigueur ;
- ✓ assure en relation avec l'organe de régulation, la formation, l'information et le conseil de l'ensemble des acteurs de la commande publique sur la réglementation et les procédures applicables ;
- ✓ contribue, en relation avec l'organe de régulation, à la collecte et à l'analyse des données ainsi qu'à l'établissement des statistiques sur les marchés publics.

En vertu de son décret de création, la DNCMP a pour mission essentielle d'effectuer un contrôle à priori et à posteriori des procédures de passation des marchés publics, ces contrôles feront l'objet de notre prochaine section.

SECTION II : Une vérification aux modalités spécifiques

Le contrôle des marchés publics consiste à vérifier la conformité ou la compatibilité des actes ou des opérations effectuées aux normes prévues par la réglementation. Il devra essentiellement être préventif pour protéger efficacement les procédures contre les dérives potentielles des acteurs¹⁴. Ce contrôle est sujet à des modalités qui lui sont propres, dont entre autres, celui lié aux seuils de passation (**Paragraphe I**) et celui du respect des délais (**Paragraphe II**).

Paragraphe 1 : Le contrôle lié aux seuils de passation

Aux termes de l'article 2 décret n° 2018- 224 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale (DNCMP), ladite structure a pour mission: « *D'assurer le contrôle à priori des procédures de passation des marchés publics* ».

¹⁴Voir décret n° 2005-576 du 22/06/05 relative Charte de Transparence et d'Ethique en matière de Marchés Publics au Sénégal

En fonction des seuils de contrôle à priori la Direction Centrale des Marchés Publics est chargée d'exercer un contrôle à priori des procédures de passation des marchés publics, à trois niveaux:

- ✓ d'abord la DNCMP émet un avis sur les dossiers d'appel à la concurrence avant le lancement de la procédure de passation concernant les marchés à commande quel que soit leur montant. Cette procédure s'applique aussi aux marchés que l'Autorité Contractante (AC) souhaite passer par appel d'offres restreint ou par entente directe et les marchés dont la valeur estimée est supérieure ou égale aux seuils fixés par le code ;
- ✓ ensuite elle émet un avis sur le rapport d'analyse comparative des offres et sur le procès-verbal d'attribution provisoire du marché établis par la Commission des marchés, relatifs aux marchés dont la valeur estimée est supérieure ou égale aux seuils fixés par le code ;
- ✓ et enfin, elle effectue un examen juridique et technique avant leur approbation des projets de marchés pour lesquels elle a indiqué souhaiter faire un tel contrôle lors de l'examen du dossier d'appel à la concurrence ou qui répondent aux conditions de nature et de montants fixés par le code.

Les seuils définissent les montants des commandes en dessous desquels les achats se font selon des procédures simplifiées ou extrêmement simplifiées. La réglementation sur les seuils et les procédures qui en découlent seraient sans objet si elles pouvaient être aisément contournées notamment au moyen du fractionnement des commandes. C'est pourquoi, il est généralement considéré comme indispensable d'exercer des contrôles permettant de vérifier le respect de l'interdiction de fractionnement et la bonne application des règles relevant des différentes procédures.

Les procédures d'achats publics dépendent du montant de la dépense, alors les achats de toute nature effectués par la personne publique sont rangés en trois grandes catégories : les travaux, les fournitures et services, et les prestations intellectuelles. De même, les achats publics effectués dans l'une de ces catégories sont par nature, payés au moyen de fonds publics. Ces fonds, sont propriétés de la Nation et doivent, pour cette raison, être gérés avec la plus grande rigueur et dans le souci de l'efficacité et de l'économie. Les achats publics font donc l'objet de règles de mise en œuvre qui visent à garantir et permettre la vérification de ses conditions d'utilisation. Bien entendu, plus la dépense est importante et plus les règles et contrôles sont renforcés. On admet ainsi, dans tous les systèmes de gestion des fonds publics, que les dépenses de faibles montants puissent être engagées selon des procédures simplifiées

alors que, à l'inverse, les dépenses importantes ne peuvent généralement être engagées que selon des procédures plus contraignantes.

Dans le Code des Marchés Publics, trois procédures d'achats sont prévues :

- une procédure extrêmement simplifiée pour les dépenses d'un très petit montant ;
- une procédure simplifiée pour les dépenses de petits et moyens montants;
- une procédure complexe d'appel public à la concurrence pour les autres dépenses.

Pour les différents seuils institués par le Code des Marchés Publics, la notion de «dépense importante» est une notion relative et subjective qui varie donc dans le temps et selon les pays. On l'exprime par un chiffre. En dessous de ce chiffre, qui constitue une limite, on considère que la dépense n'est pas assez importante pour justifier un dispositif de mise en œuvre et de contrôle qui est lourd et donc coûteux. Au-dessus de ce chiffre, au contraire, les procédures de sécurisation et les contrôles sont économiquement justifiés.

Cette limite est appelée «seuil». Le Code des Marchés Publics institue quatre séries de seuils successifs décrits ci-dessous :

- le seuil en dessous duquel on considère qu'une dépense est si faible que l'AC peut l'effectuer sans même un contrat écrit;
- le seuil en dessous duquel une dépense est de faible importance et peut être effectuée au moyen de procédures simplifiées et au-dessus duquel les procédures d'appel public à la concurrence deviennent obligatoires;
- les seuils déclenchant les contrôles à priori exercés par la DNCMP;
- les seuils déterminant l'autorité chargée de l'approbation d'un marché public.

Le seuil de déclenchement des procédures d'appel public à la concurrence, à ce niveau, le seuil le plus important est celui qui définit le montant des achats à partir duquel une Autorité Contractante est tenue de recourir aux procédures d'appel public à la concurrence. Les seuils actuellement en vigueur dans ce domaine sont définis par l'article 3 du décret N° 2018 - 232 du 13 juin 2018 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, de contrôle et d'approbation des marchés publics en République du Bénin et se présentent comme suit :

1. marchés de travaux : cent millions (100.000.000) de francs CFA ;
2. marchés de fournitures ou de services : soixante-dix millions (70.000.000) de francs CFA ;
3. marchés de prestations intellectuelles confiées à des cabinets, des bureaux ou à des firmes : cinquante millions (50.000.000) de francs CFA ;

4. marchés de prestations intellectuelles confiées à des consultants individuels. vingt millions (20.000.000) de francs CFA.

Les seuils de passation des marchés publics des communes sans statut particulier sont :

1. marchés de travaux : trente millions (30.000.000) de francs CFA ;
2. marchés de fournitures ou de services : vingt millions (20.000.000) de francs CFA ;
3. marchés de prestations intellectuelles confiées à des cabinets, des bureaux ou à des firmes : quinze millions (15.000.000) de francs CFA ;

4. marchés de prestations intellectuelles confiées à des consultants individuels : dix millions (10 000.000) de francs CFA.

Ces seuils s'appliquent aux marchés passés par l'Etat, les établissements publics, les sociétés d'économie mixte, les autres organismes, agences ou offices, créés par l'Etat pour satisfaire les besoins d'intérêt général, ainsi que les personnes morales de droit privé agissant pour le compte d'une personne morale de droit public ou bénéficiant du concours ou de la garantie de l'Etat ou d'une personne morale de droit public¹⁵.

Les dépenses d'un montant inférieur aux seuils ci-dessus font l'objet de la procédure de demande de renseignements et de prix (*et, pour les plus faibles, de la procédure dispensée de commande écrite*). Les dépenses d'un montant égal ou supérieur aux seuils font l'objet d'appels publics à la concurrence.

Paragraphe 2 : Le contrôle lié aux délais

Pour l'examen des dossiers qui lui sont soumis, la DNCMP est assujettie à des délais de réponse conformément au décret N° 2018-228 du 13 juin 2018 fixant les délais impartis aux organes de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics. Pour examiner les dossiers qui lui sont soumis. En vertu de ce décret, la DNCMP dispose des délais suivants¹⁶ :

- préparation du projet de plan prévisionnel annuel de passation des marchés publics : au plus tard en septembre de l'année N-1 et en annexe au projet de budget ;
- transmission du plan prévisionnel annuel de passation des marchés publics et de l'avis général de passation des marchés publics pour publication par la Direction nationale de contrôle des marchés publics : cinq (5) jours ouvrables après l'adoption du budget par l'organe délibérant et son approbation par l'autorité de tutelle dans le cas des communes ;

¹⁵décret n°2011-479 du 08 juillet 2011 fixant les seuils de passation, de contrôle et d'approbation des marchés publics.

¹⁶Le décret n°2014-550 du 24 septembre 2014 fixant les délais impartis aux organes de contrôle des marchés publics et des délégations de service public

- projet du dossier d'appel à la concurrence, notamment le dossier d'appel d'offres, le dossier d'appel d'offres restreint et l'avis à manifestation d'intérêt : au plus tard un (1) mois avant la date de lancement de l'appel à concurrence prévue dans le plan de passation des marchés ;
- transmission à l'organe de contrôle compétent du dossier d'appel à la concurrence, notamment le dossier d'appel d'offres, le dossier d'appel d'offres restreint et l'avis à manifestation d'intérêt : dix (10) jours ouvrables avant la date indiquée dans le plan prévisionnel de passation des marchés publics de l'autorité contractante pour le lancement de l'avis ;
- prise en compte des observations de l'organe de contrôle compétent, le cas échéant, et transmission du dossier validé à l'organe de contrôle compétent : deux (2) jours ouvrables à compter de la date de réception de l'avis de l'organe de contrôle ;
- retrait du dossier validé et transmission de l'avis d'appel à concurrence pour publication : deux (02) jours ouvrés après obtention du « Bon à lancer » ;
- ouverture des plis, signature et publication du procès-verbal d'ouverture : deux (2) jours ouvrés ;
- vérification des pièces administratives, évaluation des offres techniques et financières et leur classement et élaboration du rapport : dix (10) jours ouvrables à compter de la date limite de dépôt des plis ;
- validation du rapport de la sous-commission d'analyse par la commission de passation des marchés publics : deux (2) jours ouvrables à compter de la finalisation du rapport d'analyse des offres ;
- transmission par la Personne responsable des marchés publics des résultats d'analyse à l'organe de contrôle compétent pour avis : un (1) jour ouvrable à compter de la date de validation des propositions d'attributions de la sous-commission d'analyse ;
- notification des résultats à l'attributaire et aux autres soumissionnaires : un (1) jour ouvrable à compter de la date de réception de l'avis de non objection de l'organe de contrôle compétent ;
- élaboration du projet de marché : dans le délai légal d'attente de dix (10) jours calendaires après la publication des résultats d'attribution
- transmission à l'organe de contrôle compétent du projet de contrat pour examen juridique et technique : un jour (I) ouvrable à compter de l'expiration du délai légal d'attente ;

- signature du marché par l'attributaire à l'initiative de la Personne responsable des marchés publics: trois (3) jours ouvrables à compter de la date de réception du marché par l'attributaire ;
- signature du marché par la Personne responsable des marchés publics, finalisation du processus de réservation de crédit par le gestionnaire de crédits de l'autorité contractante à l'initiative de la Personne responsable des marchés publics: deux (2) jours ouvrables après la signature par l'attributaire du marché ;
- transmission par la Personne responsable des marchés publics à l'organe de contrôle compétent du projet de marché pour visa : un (1) jour ouvrable après la signature du contrat par la Personne responsable des marchés publics ;
- notification de l'approbation au titulaire du marché : trois (3) jours calendaires à compter de la date de transmission du marché à la Personne responsable des marchés publics ;
- élaboration et transmission de l'avis d'attribution définitive à la Direction nationale des marchés publics pour publication : dans les dix (10) jours calendaires après l'entrée en vigueur du marché ;
- restitution de la garantie de soumission aux soumissionnaires non retenus : sans délai après signature du projet de contrat par l'attributaire.

S'agissant de l'expression des délais en jours francs et ouvrés, en l'absence de réponse dans le délai imparti, la réponse de la DNCMP est réputée favorable et la procédure de passation de marché peut se poursuivre. Lorsqu'une autorité contractante passe outre l'avis défavorable ou les réserves accompagnant un avis favorable de la DNCMP sur un dossier d'appel à la concurrence, elle doit motiver sa décision par écrit et en rendre compte à l'autorité d'approbation du marché dont elle relève et en informer l'Organe chargé de la Régulation des Marchés publics. Si cette dernière n'accepte pas les avis et recommandations qui, le cas échéant, auront été formulées par la Direction chargée du Contrôle des Marchés Publics concernant la possibilité d'utiliser une procédure autre que l'appel d'offres ouvert ou relatives à la proposition d'attribution du marché, elle ne peut poursuivre la procédure de passation qu'en saisissant le Comité de Règlement des Différends auprès de l'Organe chargé de la Régulation des Marchés Publics.

Au total, trois niveaux de contrôle à priori exercés par la DNCMP en fonction des seuils de contrôle à priori :

- ✓ **L'examen préalable**

Avis sur les dossiers d'appel à la concurrence avant le lancement de la procédure de consultation concernant : les marchés à commande, les marchés de clientèle et les marchés à tranches conditionnelles, quel que soit le montant ; les marchés que l'autorité contractante souhaite passer par appel d'offre restreint ou par entente directe. Elle exerce un contrôle sur les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés par le code des marchés publics à savoir : les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat ; les avenants aux marchés ci-dessus ou qui ont pour effet de porter le montant du marché au montant du seuil d'examen du dossier. On rappellera que sont concernées les procédures d'AO (appel d'offre) restreints, de marchés par entente directe et les conventions de délégation de service public.

Tous les DAC (Dossier d'Appel public à la Concurrence), de toutes les procédures, doivent également être soumis à l'examen préalable de la DNCMP lorsqu'ils sont relatifs à des commandes publiques dont les montants prévisionnels dépassent les seuils fixés par le code. Comme signalé, tous les Dossier d'Appel à Concurrence concernés doivent inclure copie de l'avis de la DNCMP avant leur remise aux candidats. La DNCMP peut également donner un avis sur les dossiers que lui soumettent spontanément les autorités contractantes. Lorsqu'une Autorité Contractante n'a pas la certitude d'avoir choisi la bonne procédure d'AO et/ou d'avoir élaboré un Dossier d'Appel à Concurrence complet et conforme, elle a toujours la possibilité de soumettre spontanément son projet à la DNCMP.

✓ **Avis sur le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et sur le procès-verbal (PV) d'attribution provisoire**

A ce niveau la DNCMP émet un avis sur le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et sur le procès-verbal d'attribution provisoire du marché établis par la commission des marchés, relatifs aux marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils. Pour l'examen des rapports d'analyses comparatives d'offres ou de propositions et des procès-verbaux d'attributions provisoires de marchés établis par les commissions des marchés, les seuils ont été fixés à des niveaux relativement élevés dans le but de diminuer le volume de marchés à examiner par la DNCMP et de responsabiliser davantage les autorités contractantes. Les seuils proposés sont modulés en fonction de l'importance habituelle des marchés passés par les différentes autorités contractantes. Toutefois, un traitement particulier a été réservé aux marchés d'entretien courant de routes en raison de leur fréquence relativement élevée.

✓ **L'examen juridique et technique sur les projets de contrat.**

La Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics effectue un examen juridique et technique avant leur approbation des projets de marchés pour lesquels elle a indiqué souhaiter faire un tel contrôle lors de l'examen du dossier d'appel à la concurrence ou qui répondent aux conditions de nature et de montants fixés par l'arrêté précité. Il concerne tous les marchés de toutes les Autorités Contractantes soumises au code si les seuils ci-après sont atteints ou dépassés : marchés par entente directe, quel que soit le montant et la nature des prestations ; avenants aux marchés ou qui ont pour effet de porter le montant du marché au montant des seuils d'examen. Quant à l'examen juridique et technique de projets de marchés avant leur approbation, il a été proposé son application aux marchés par entente directe et à des marchés présentant un coût exceptionnellement élevé.

CHAPITRE II : UN CONTROLE ADMINISTRATIF EXTERNE

Il est généralement considéré comme indispensable d'exercer des contrôles permettant de vérifier le respect de la bonne application des règles relevant des différentes procédures. Pour que ces contrôles puissent être valablement exercés, il est impératif de mettre en place un système normalisé qui puisse veiller au respect des procédures et de la réglementation concernant la passation des marchés. En effet trois types de contrôle peuvent assurer en quelque sorte le contrôle à priori. Nous les étudierons successivement. Nous mettrons l'accent sur le contrôle préalable et le contrôle sur le fond dans une première section (**section I**), ensuite dans une deuxième section (**section II**) nous consacreront les développements au contrôle «spécial».

SECTION I : UNE FONCTION NON CONTENTIEUSE

Deux angles nous permettront d'analyser cette fonction. Il s'agit de l'efficacité du système des marchés publics **Paragraphe 1** et de l'audit des marchés publics **Paragraphe 2**

Paragraphe 1 : L'efficacité du système des marchés publics

L'efficacité renvoie à une notion théorique autant qu'à des pratiques concrètes qui sont aujourd'hui évoquées de manière récurrente tant dans le discours universitaire que politique, sans pour autant que le contenu de cette notion ne soit clairement précisé. En effet, la notion d'évaluation apparaît spontanément plus utilisée que celle de l'efficacité qui ne fait pas l'objet de développements théoriques spécifiques. Bien qu'il existe une différence notable entre ces deux termes, c'est paradoxalement une interrogation sur la notion d'évaluation qui est à l'origine d'un questionnement sur l'efficacité. On constate une recrudescence récente de la mobilisation de cette notion dans la doctrine. Cette efficacité qui est recherchée dans le système des marchés publics appelle plusieurs contrôles.

Le contrôle préalable est effectué en trois étapes :

1- Elaboration d'un plan de passation de marché sous peine de nullité du marché (art 23 de la loi 2017 des marchés publics au Bénin)

Conformément à l'article 23 du CMP au Bénin les autorités contractantes doivent : préparer, lors de l'établissement de leur budget, un plan de passation des marchés comprenant l'ensemble des marchés de fournitures, par catégorie de produits, des marchés de services par catégorie de service et des marchés de travaux, qu'elles envisagent de passer au cours de

l'année concernée. Les plans de passation de marchés sont révisables ; communiquer ce plan de passation des marchés à la Direction Nationale de Contrôle des Marchés publics qui en assure la publicité.

S'agissant de la modification du plan de passation de marché (PPM), ce plan peut être modifié au cours d'un exercice budgétaire. Cela sera nécessaire si, par exemple, des financements obtenus en cours d'exercice permettent d'envisager de nouveaux achats ou, à l'inverse, si la réduction des crédits contraint l'Autorité Contractante à réduire ses dépenses. De même, les prévisions établies lors de la préparation du budget et du PPM pourront fréquemment être affinées par des études de faisabilité ultérieures, ce qui pourra conduire l'Autorité Contractante à adapter et modifier son programme d'achats publics. La modification des PPM se fait dans les mêmes conditions que pour la finalisation du projet initial. Ils doivent être communiqués à la DNCMP, au plus tard le 1er décembre de l'année précédant l'année budgétaire considérée ; celle-ci vérifie la conformité du document et en assure la publication dans les trois (03) jours francs suivant la réception. A l'exception des marchés considérés comme secrets (article 23 alinéa 2 du CMP au Bénin), les marchés doivent avoir été préalablement inscrits dans ces plans de passation de marchés, à peine de nullité. Le PPM (Plan de Passation de Marché) doit être élaboré par l'Autorité Contractante lors de l'établissement de son budget. Le PPM doit être transmis à la DNCMP qui se charge de la publication. L'Autorité Contractante propose la révision et l'envoi à la DNCMP pour publication. Après vérification du respect de la réglementation, celle-ci procède à la mise à jour du PPM. C'est dans cette vérification que la DNCMP veille à ce qu'il n'y ait pas de fractionnement des marchés afin d'éviter l'appel d'offres ouvert et le contrôle à priori.

2- Publication d'un avis général de passation de marchés

Le CMP fait obligation aux Autorités Contractantes de publier leur programme annuel d'achats publics. Cette obligation vise à informer aussi tôt que possible les fournisseurs potentiels afin que ceux-ci soient en mesure, le moment venu, de déposer des offres. Les projets de marchés figurant dans le plan de passation des marchés qui doivent donner lieu à une procédure d'appel d'offres comportant un appel public à la concurrence, en application des dispositions du présent décret, font l'objet de la publication, par les soins des autorités contractantes, au plus tard le 15 janvier de l'année prévue pour leur passation, d'un avis général établi et publié selon le modèle arrêté par décision de l'Organe chargé de la régulation des marchés publics. Pour l'avis général des marchés publics les projets d'achats devant faire

l'objet d'une procédure d'appel public à la concurrence sont extraits du PPM pour faire l'objet de l'Avis Général des Marchés Publics. Selon les délais d'élaboration et de publication, l'Avis Général des Marchés Publics doit être publié au plus tard le 30 janvier de l'année concerné. La publication qui est de la responsabilité de l'Autorité Contractante, se fait selon les modalités définies par le code des MP (publication sur le portail officiel des marchés publics et au moins un quotidien de diffusion nationale de large envergure. Le CMP ajoute que les avis généraux de passation des marchés et les avis d'appel public à la concurrence peuvent faire l'objet d'une publicité par voie électronique, elle sert ainsi d'un moyen complémentaire de publication.

3- La mise en place de commissions et cellules de passation des marchés

Dans le but de renforcer la bonne gestion des marchés publics, le CMP instaure des contrôles à priori et des contrôles à posteriori sur le processus de passation et d'exécution des marchés publics. Les contrôles à priori exercés par l'Etat sont de la responsabilité de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP). Ces contrôles s'exercent sur les procédures de toutes les AC soumises aux obligations du CMP. Ils sont complétés par des contrôles à priori internes exercés par la Commission de Passation des Marchés publics.

Pour les Commissions et cellules de passation de marchés, la loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 dispose du cadre institutionnel des marchés publics. Ainsi, le décret n°2010-496 du 26 novembre 2010 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP), des Commissions de Passation des Marchés Publics (CPMP) et des Cellules de Contrôle des Marchés Publics (CCMP) institue qu' *au niveau de chaque autorité contractante, sont mises en place une commission des marchés chargée de l'ouverture des plis, de l'évaluation des offres et de l'attribution provisoire des marchés ainsi qu'une cellule de passation des marchés chargée de veiller à la qualité des dossiers de passation des marchés ainsi qu'au bon fonctionnement de la commission des marchés, dans les conditions fixées par la loi après avis de l'Organe chargé de la régulation des marchés publics.*

A côté de chaque Cellule de passation, se trouve une Commission des marchés chargée de l'ouverture des plis, de l'évaluation des offres et de l'attribution provisoire des marchés (transmission de correspondances pour éclaircissements). La Cellule de passation veille au bon fonctionnement de la Commission des marchés dans chaque Autorité Contractante.

De même, la cellule de passation des marchés publics est régie par le même décret. En application des dispositions de ce décret, chaque autorité contractante est tenue de mettre en

place une Cellule de Passation des Marchés (CPM) chargée de veiller à la qualité des dossiers de passation de marchés ainsi qu'au bon fonctionnement de la Commission des Marchés.

Les attributions et la composition de la CPM donne les détails des missions dont les CPM sont chargées. Pour les Contrôles de la CPM relevant des opérations de préparation des commandes, la CPM n'exerce pas de contrôles au niveau de la préparation des commandes. Par contre, elle exerce des contrôles sur les Dossiers d'Appel à la Concurrence (DAC) qui auront été établis en fonction des résultats des opérations de préparation des commandes. Si ces opérations préparatoires n'ont pas été réalisées avec toute la rigueur voulue, le DAC sera probablement incomplet et/ou inadapté et, dès lors, il risquera fortement d'être rejeté. Les membres des CPM doivent donc maîtriser les opérations de préparation des commandes afin d'être en mesure de juger de la qualité d'un Dossier d'Appel à Concurrence. Le décret stipule que le nombre des membres de la CPM est laissé à l'initiative de chaque AC en fonction de la nature et de la charge des travaux à accomplir. Dans les ministères, les CPM doivent cependant compter au moins un agent ayant une connaissance avérée des MP. Les membres des CPM doivent être au moins de la hiérarchie B dans le secteur public et cadres ou assimilés dans les autres structures.

Paragraphe 2 : L'audit des marchés publics

L'audit a connu un indéniable essor au cours des années 1990 sous l'effet combiné de la politique de modernisation de l'État, de la multiplication des contractualisations. Les démarches évaluatives se sont systématisées, ses acteurs se sont professionnalisés, et un marché de l'évaluation et de la formation à cette pratique s'est structuré. Ce mouvement de développement et d'institutionnalisation de l'audit dans les marchés publics est d'autant plus remarquable que cette pratique s'est heurtée à de très nombreux freins qui en ont fortement réduit la portée. L'audit consiste en une revue systématique et intégrale des dossiers de marché. Le contrôle sur le fond se fait en conformité avec :

1- Les bonnes pratiques administratives

La bonne gouvernance obéit au souci d'assurer une adéquation entre productivité et crédibilité. Ceci impose la nécessaire refonte des pratiques administratives. Selon Wikipédia, le terme « Bonnes pratiques » désigne dans un milieu professionnel donné, un ensemble de comportements qui font consensus et qui sont considérés comme indispensables pour la plupart des professionnels du domaine. L'adoption de politique de bonnes pratiques repose sur le respect des principes que sont la primauté du droit, la réceptivité des autorités par

rapport aux attentes des citoyens. L'administration est légitime quand elle est bien intégrée dans son environnement, quand elle s'organise et se structure de sorte à donner à toute personne la possibilité de «connaître directement sans filtre ni prisme déformant la réalité des faits»¹⁷.

Dans le domaine des marchés publics en particulier les principes comme, la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures de passations des marchés publics etc., constituent un levier important voire l'un des indicateurs de la bonne gestion des marchés publics. C'est logique que tout le long du processus de passation de marchés publics, on veille à ce que les bonnes pratiques administratives soient respectées et que les acteurs de la commande publique les ont toujours à l'esprit. Contribuant ainsi à l'efficacité des procédures de passations des marchés. La transparence, la responsabilité et le professionnalisme contribuent de manière décisive à promouvoir l'intégrité tout au long du cycle de passation, y compris durant les phases d'évaluation des besoins et de gestion du contrat. Le domaine des marchés publics est considéré de plus en plus comme une activité stratégique, qui joue un rôle essentiel dans la prévention de la mauvaise gestion des fonds publics.

2- La réglementation générale et particulière du Dossier d'Appel à Concurrence (offre)

Les Dossiers d'Appel d'Offres comprennent obligatoirement des cahiers des charges, c'est-à-dire des documents regroupant les droits et obligations de l'Autorité Contractante (AC) et des candidats et titulaires dans une procédure d'appels d'offres puis d'exécution d'un marché public. Les cahiers des charges sont normalement au nombre de deux : l'un pour les droits et obligations juridiques, administratifs et financiers et l'autre pour les droits et obligations d'ordre technique. Les cahiers des charges sont institués par le code: ils déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Ils comprennent les documents généraux et les documents particuliers

3- Règlements généraux du Dossier d'Appel d'Offre ou à Concurrence

Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) fixant les dispositions administratives applicables à tous les marchés portant sur une même nature : fournitures, travaux ou services. Ces cahiers sont établis par l'ARMP en relation avec les ministères intéressés et sont approuvés par décret. Les cahiers des clauses techniques générales (CCTG)

¹⁷GENTOT, Michel (1995), La transparence de l'administration publique, Revue Internationales des Sciences Administratives, 1 (1995), p. 5.

fixant essentiellement les conditions et spécifications techniques applicables à tous les marchés de même nature; ils sont élaborés par l'ARMP en relation avec les départements techniques concernés et sont approuvés par arrêté du ou des ministres intéressés.

4- Le Règlement Particulier de l'Appel d'Offres (RPAO)

Quelle que soit la décision qui sera prise sur le projet d'instructions aux candidats (IC), chaque DAO ou dossiers types d'appel à la concurrence (DTAC) devra comprendre un Règlement Particulier de l'Appel d'Offres (RPAO) même si la dénomination qui sera finalement retenue doit être différente.

En effet, chaque Appel d'Offre est un cas particulier qui doit néanmoins respecter le cadre général défini par le Code des Marchés Publics. L'Autorité Contractante doit donc préciser et indiquer dans le Dossier d'Appel à Concurrence comment les règles du Code des Marchés Publics seront appliquées pour l'Appel d'Offre concerné. Le Règlement Particulier de l'Appel d'Offre (RPAO) évoque notamment les modalités de présentation et de dépôt des offres ; la liste et le contenu des pièces à fournir par les candidats ; les critères d'évaluation des capacités des candidats et de leurs offres ; les garanties demandées aux candidats, etc....

Ces dispositions sont généralement regroupées dans 3 documents : les Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO), le Cahier des Clauses Administratives Particulières (CCAP) et les Instructions aux Soumissionnaires.

- Les Cahiers des Clauses Administratives Particulières (**CCAP**) précisant le Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG). Ils sont établis par l'autorité contractante en vue de compléter, de préciser ou de modifier, le Cahier des Clauses Administratives Générales ;
- Les Cahiers des Clauses Techniques Particulières (CCTP) fixant les dispositions techniques nécessaires à l'exécution du marché. Ils sont établis par l'autorité contractante et rassemblent les clauses techniques ou stipulations qui donnent une description précise des prestations à réaliser. Ils permettent à la personne responsable de suivre le déroulement et la bonne exécution du marché. Ce document regroupe toutes les spécifications techniques définies par l'AC, c'est-à-dire les conditions dans lesquelles elle entend que sa commande soit réalisée par le fournisseur et les conditions et garanties complémentaires qu'elle exige en sus de la livraison des travaux, fournitures et services qu'elle commande. Si les opérations préalables de préparation des commandes ont été complètement et correctement menées à bien, l'établissement du CCTP ne posera pas de difficultés particulières car il s'agira

simplement d'y inclure tous les éléments recueillis lors de la préparation de la commande.

5- Les points de contrôle

5.1 Neutralité des spécifications techniques et non orientation de critères d'évaluation et de qualification.

Le principe d'égalité devant la commande publique ne signifie pas que tout le monde est admis à soumissionner à un Appel d'Offre public. S'agissant d'un acte qui va engager des fonds publics, la réglementation prévoit que seules les personnes morales ou physiques présentant des garanties suffisantes de solvabilité, de technicité mais aussi de moralité peuvent concourir. Les articles 43 à 46 du CMP définissent ainsi des conditions d'exclusion ainsi que les conditions d'éligibilité des candidats. Les critères de sélection doivent être neutres, objectifs et doivent permettre de mesurer une capacité réellement utile à la réalisation du marché. On évitera donc les critères "sur mesures" qui visent à favoriser un candidat pré identifié.

Par exemple, on demandera au candidat d'avoir dans son équipe un agronome béninois ayant au moins x années d'expérience professionnelle et on ne lui demandera pas un agronome béninois ayant entre 45 et 47 ans et ayant réalisé telle étude dans telle région; on demandera au candidat d'avoir au moins 3 niveleuses mais on ne lui demandera pas d'en avoir 2 de telle marque et la troisième de telle autre marque. Le principe d'égalité signifie que tous les candidats sont égaux devant la commande publique. Or ça signifie aussi que les Autorités Contractantes ne doivent pas donner des spécifications techniques ou bien orienter de critères d'évaluation et de qualification vers un tel ou tel candidat. Il faut avoir une posture neutre lors de l'élaboration de l'appel à la concurrence.

5.2 L'expression de la garantie de soumission en valeur absolue (entre 1% et 3% du montant estimatif du marché) et sa durée de validité.

L'article 78 du code béninois des marchés publics (la loi de 2017) stipule que *«pour être admis aux appels d'offres, les candidats sont tenus de fournir une garantie de soumission dont le montant est fixé dans le dossier d'appel d'offres. Le montant doit être compris entre 1 % et 3 % de la valeur estimée ou prévisionnelle du marché. Cette obligation ne s'applique pas aux marchés de prestations intellectuelles»*.

Quant à sa validité, la garantie de soumission reste valable pendant un mois à compter de l'expiration de la durée de validité des offres. L'autorité contractante peut ne pas exiger la fourniture d'une garantie de soumission pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils fixés par la loi. Ils doivent vérifier si ces dispositions ont été respectées lors de la revue systématique et intégrale des dossiers de marché.

5.3 Le taux de 5% de la garantie de bonne exécution.

«La garantie de bonne exécution doit être constituée en totalité lors de la signature du marché. Son montant est fixé par les cahiers des charges sans pouvoir dépasser 5 % du montant du marché augmenté ou diminué, le cas échéant, du montant des avenants. En cas d'avenant, elle doit être complétée dans les mêmes conditions¹⁸» (art. 106 CMP au Bénin).

Pour tous les Appels d'Offres pour lesquels la garantie est obligatoire et lorsque l'Autorité Contractante voudra maintenir cette obligation dans un Appel d'Offre qui peut en être dispensé, le CCAP devra signaler cette disposition, fixer le montant de cette garantie et définir comment les candidats peuvent s'en acquitter.

5.4 La retenue de garantie lorsqu'un délai de garantie est prévu

L'article 112 du code des marchés publics de 2017 stipule que *« lorsque le marché comporte un délai de garantie, une partie de chaque paiement peut être retenue par l'autorité contractante au titre de retenue de garantie pour couvrir à la fois les réserves à la réception des travaux, fournitures et services et celles formulées pendant la période de garantie. La part des paiements retenue par l'autorité contractante ne peut être supérieure à cinq (5) pour cent du montant des paiements. Elle est fixée dans le cahier des charges. La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, par une caution personnelle et solidaire d'un montant égal à la totalité des sommes à retenir».*

5.5 Veiller à la mise en œuvre des critères préalablement établis dans le DAO :

- Les références aux dispositions réglementaires applicables se font soit au moyen du CCAG lorsqu'il existe soit au moyen d'un simple rappel au Code et aux principaux articles régissant les marchés. Les textes d'application pertinents doivent être cités

¹⁸Art. 106 CMP au Bénin

chaque fois que nécessaire. Le CCTG (Cahier des Clauses Techniques Générales) applicable aux biens faisant l'objet de l'AO (Appel Offre) doit être joint s'il existe ;

- Le règlement général de l'Appel d'offres, ou tout document équivalent, doit être joint. En l'absence d'un tel document, on doit insérer les références des articles du CMP et des textes d'application définissant les règles d'organisation des Appels d'Offres. Ces pièces de base sont complétées par celles qui forment le règlement particulier de l'Appel d'Offre concerné : dérogations ou adaptations des règles générales au travers du CCAP (Cahier des Clauses Administratives Générales) et des données particulières de l'AO ;
- Les spécifications détaillées de la commande faisant l'objet de l'AO et les caractéristiques techniques de la commande sont regroupées et détaillées par le CCTP;
- La liste des pièces et justificatifs à fournir par les candidats, ces pièces à fournir par les candidats sont énumérées par le CCAG, le RGAO et le RPAO (Règlement Particulier d'Appel d'Offre). Pour plus d'efficacité, il est préférable de récapituler en un seul document toutes les pièces que les candidats auront à fournir pour établir qu'ils sont éligibles aux marchés publics et qu'ils réunissent les conditions définies par le RPAO pour concourir à l'AO concerné. Dans tous les cas on y joindra le modèle d'engagement de respect de la CTE/MP que tout candidat doit signer;
- La liste des pièces qui constitueront le marché, ce récapitulatif est obligatoire. On n'oubliera pas d'y faire figurer la soumission du candidat et de déterminer l'ordre décroissant de la valeur contractuelle de chaque pièce citée;
- Des instructions aux candidats, ces instructions qui peuvent être courtes doivent clairement expliquer aux candidats comment constituer leur dossier (communication des pièces obligatoires) et comment présenter leur soumission (offre technique et financière);
- La copie de l'Avis d'Appel d'Offres, cette copie doit être jointe dans les DAC de tous les AO devant obligatoirement faire l'objet d'une publicité avant le lancement de la procédure.

SECTION II : UNE FONCTION CONTENTIEUSE

Pour accomplir sa mission de régulation des marchés publics, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics est chargée du règlement des différends nés à l'occasion de la passation des marchés publics. Ce règlement passe par la conciliation des acteurs (**Paragraphe 1**) et l'arbitrage des organes (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La conciliation des acteurs

Mode alternatif de résolution non juridictionnel des litiges qui peut conduire à un accord entre les parties, la conciliation est l'un des procédés qui se proposent d'éviter le face à face des protagonistes du litige en leur permettant d'améliorer les chances de trouver une solution grâce à l'intervention d'un tiers chargé de dégager des éléments en faveur d'une solution sans jamais disposer du pouvoir de trancher lui-même le litige. La conciliation peut être conventionnelle c'est-à-dire prévue par les parties dans un contrat avec des clauses de conciliation, ou institutionnelle à laquelle l'on peut recourir à titre facultatif. La conciliation menée par l'ARMP en offrant la possibilité aux acteurs du secteur placé sous son autorité, sans aucune contrainte, de le saisir en cas de différends, peut être classée dans cette catégorie. Ainsi, les articles 2 et suivants du décret n° 2018-223 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics précise les missions de l'ARMP : L'Autorité de régulation des marchés publics a pour mission d'assurer la régulation de l'ensemble du système de passation de la commande publique. Cette mission de régulation a pour objet :

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

Suivant l'article 4 du même décret, l'Autorité de régulation des marchés publics, dans sa mission de régulation, est chargée de :

1. veiller, par des études de suivi-évaluation du système et des avis réguliers, à la saine application de la réglementation et des procédures relatives à la commande publique et faire au Président de la République, toutes suggestions et propositions de nature à améliorer et renforcer l'efficacité du système de la commande publique,

2. assurer la formation, les appuis techniques, la sensibilisation et l'information des opérateurs économiques et des institutions concernées par la commande publique sur le cadre réglementaire et institutionnel de la commande publique, notamment par la publication régulière d'un bulletin d'information sur la commande publique;
3. initier la rédaction des projets de textes d'application relatifs à la réglementation de la commande publique, des documents-types de mise en concurrence et des guides de procédures
4. veiller à la bonne tenue et à la conservation des archives relatives à la commande publique en République du Bénin
5. collecter, traiter, analyser et centraliser, en vue de la constitution d'une banque de données, la documentation et les statistiques (avis, autorisations, procès-verbaux, rapports d'évaluation, marchés et tous autres rapports d'activités) sur l'attribution, l'exécution et le contrôle de la commande publique
6. promouvoir un environnement transparent, offrant des voies de recours efficaces et favorables à la concurrence, au développement des compétences et de performance des acteurs
7. promouvoir et assurer la mise en œuvre, par l'ensemble des acteurs du système, des dispositifs éthiques et déontologiques visant à proscrire la corruption
8. évaluer périodiquement les capacités humaines, logistiques et financières des institutions en charge de la commande publique •
9. établir et publier régulièrement une liste des personnes physiques, des personnes morales ainsi que des agents publics ayant fait l'objet de sanctions ;
10. assurer annuellement par le biais d'audits techniques indépendants, le contrôle périodique a posteriori de la passation et de l'exécution de la commande publique ;
11. initier, sur la base d'une demande ou d'une information émanant de toute personne intéressée, à tout moment, toute investigation relative à des irrégularités ou des violations de la réglementation nationale ou communautaire commises en matière de la commande publique,
12. s'assurer de l'application effective de la réglementation par l'ensemble des acteurs du système de la commande publique,
13. prononcer, conformément aux dispositions du présent décret, les sanctions pécuniaires et/ou d'exclusions prévues par les dispositions du code des marchés publics
14. exclure de la commande publique, pour une durée limitée ou de façon définitive, les personnes physiques, les personnes morales et les agents publics qui ont violé la

réglementation de la commande publique ou qui ont usé de pratiques frauduleuses. La liste desdites personnes est rendue publique dans le bulletin d'information des marchés publics ou par tout autre canal approprié,

15. recevoir et statuer sur les recours exercés par les candidats, les soumissionnaires et les titulaires des contrats/conventions ;

16. s'autosaisir des violations de la réglementation en matière de la commande publique

17. saisir ou assister, en tant qu'organe de liaison des institutions communautaires de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), l'Observatoire Régional des Marchés Publics de l'UEMOA, dans le cadre de la surveillance multilatérale en matière de la commande publique ;

18. participer aux réunions régionales et internationales ayant trait à la commande publique et entretenir des relations de coopération technique avec les organismes régionaux et internationaux agissant dans ce domaine,

19. transmettre au Président de la République, un rapport annuel sur l'efficacité et la fiabilité du système de passation, d'exécution et de contrôle de la commande publique, assorti de toutes suggestions et propositions susceptibles de l'améliorer au plus tard 90 jours après la fin de chaque année ;

20. réaliser toutes autres missions relatives à la commande publique qui lui sont confiées par le Président de la République.

Dans la pratique, lorsque le cocontractant saisit l'autorité de régulation des marchés publics d'une demande de conciliation, le dossier est affecté à la direction des affaires juridiques et de la réglementation pour instruction¹⁹. Le rapport d'instruction est transmis à la commission de règlement des différends qui est chargée de concilier les différentes parties. Elle dispose de deux (2) jours ouvrés pour examiner les rapports d'instruction. Le projet de décision de même que le dossier d'instruction et le rapport sont transmis au président du conseil de régulation en vue de la convocation du conseil de régulation²⁰.

Lorsque la conciliation a connu un succès, la décision qui constate son aboutissement lie les parties et doit donc être exécutée. En tout état de cause, en cas de choix de la voie de conciliation, les parties doivent s'engager à appliquer le règlement de conciliation. Cependant, il y a un silence quant à l'inexécution du règlement de conciliation par l'une des parties.

¹⁹ Art. 36 al 11 du décret 2018-223 précité.

²⁰ Art. 26 al. 2 du décret 2018-223 précité.

Outre la conciliation, l'Autorité de régulation dispose d'un autre mode de règlement de différends. Il s'agit de l'arbitrage qui est consécutif à tout désaccord entre les organes intervenant dans la passation des marchés publics. La saisine de l'autorité de régulation intervient après l'épuisement du délai de réponse de la personne responsable des marchés publics ou du premier responsable de l'un des organes concernés.

Paragraphe 2 : L'arbitrage des organes

Le recours à l'arbitrage par les Autorités de régulation s'opère selon des modalités particulières. « *Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant des usages du commerce* »²¹. Cependant, l'arbitrage dont il s'agit dans le cadre du règlement des différends entre les organes de la passation des marchés publics ne répond pas exactement à celui qui a été décliné ci-dessus. Certes, il s'agit d'un arbitrage, mais il est question d'un acte administratif destiné à interpréter la législation relative à la commande publique (à la manière d'un recours en interprétation en contentieux administratif), à apprécier l'exactitude et la conformité de la décision qui oppose les organes chargés de passation du marché qui fait l'objet du différend soumis à l'Autorité de régulation (point 15 de l'article 4 du décret n° 2018-223 du 13 juin 2018). En dehors de la compétence de règlement des différends, l'autorité de régulation des marchés publics dispose d'un pouvoir de sanction (points 13 et 14 du décret n° 2018-223 du 13 juin 2018) qui porte aussi bien sur les actes que sur les acteurs. En principe, seul le juge administratif est compétent pour sanctionner l'irrégularité de ces actes. Ils peuvent cependant faire l'objet de sanction par l'autorité de régulation des marchés publics. Cette sanction peut être une mesure corrective ou suspensive en cas d'irrégularités telles que la collusion, la manipulation de la procédure en vue de favoriser un candidat, le dol, la corruption, le désistement injustifié de l'exécution du marché etc. la sanction intervient alors que l'acte querellé n'est pas encore définitif. A cet égard, le législateur a prévu les conditions de saisine de cette autorité administrative indépendante. D'abord, il peut s'agir d'un recours contre la décision de l'autorité contractante tel que prévu par les dispositions de l'article 137 de la loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin. Ensuite, l'absence de décision de l'autorité contractante dans un délai de trois jours de sa saisine donne droit au requérant de saisir l'autorité de régulation des marchés publics. Enfin, il y a le cas d'auto-saisine. Dans ce

²¹ Art 15 de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit d'arbitrage de l'OHADA.

cas de figure, elle constitue une suspension de la procédure d'attribution définitive du marché si cette dernière n'est pas encore définitive.

Dans tous les cas, les décisions de l'autorité de régulation des marchés publics en la matière ne peuvent prospérer contre les actes définitifs de l'autorité contractante. Elles ne concernent que les actes dont le processus est en cours. Toutefois, il faut noter que les irrégularités ayant entaché l'acte permettent à l'autorité de régulation de sanctionner leurs auteurs. Il s'agit des candidats, soumissionnaires, attributaires et titulaire de marché d'une part et les acteurs en charge de la passation des marchés publics. Sur la base des irrégularités constatées dans la passation d'un contrat, l'autorité de régulation des marchés publics applique plusieurs types de sanction suivant la catégorie d'acteurs fautive. Ainsi, les candidats, soumissionnaires, attributaires et titulaire de marché peuvent voir leurs garanties constituées confisquées ou simplement exclure de la concurrence pour une durée déterminée en fonction de la gravité de la faute commise. Cette exclusion de toute concurrence de la commande publique peut être définitive en cas de récidive. Ces sanctions peuvent être, selon le cas, cumulatives. Le législateur fait obligation à l'autorité de régulation des marchés publics d'établir trimestriellement la liste actualisée des exclus de la commande publique et de la mettre à la disposition des autorités contractantes. S'agissant des acteurs en charge de la passation des marchés publics, ils sont passibles des mêmes sanctions sans préjudice des poursuites pénales. L'autorité de régulation des marchés publics doit saisir l'autorité hiérarchique de l'agent convaincu de violation des textes régissant la commande publique pour que celle-ci puisse appliquer d'autres sanctions administratives complémentaires. Elle doit également saisir la justice aux fins d'engager la responsabilité pénale et financière dudit agent. A titre illustratif l'on pourra évoquer quelques sanctions de l'autorité de régulation des marchés publics. C'est le cas des cadres et agents du conseil National des Chargeurs du Bénin qui ont été exclus de la commande publique pour trois (03) ans pour avoir méconnu les textes régissant la commande publique dans l'acquisition de quatre (04) véhicules roulants. Ainsi, dès lors que l'action de l'autorité de régulation des marchés publics contribue à l'édification de l'Etat de droit par une certaine garantie de transparence de la gouvernance administrative exprimée par la commande publique, l'œuvre de cette autorité administrative ne suffit pas à elle seule à réussir l'exigence de la bonne gouvernance administrative. Il faut également lutter contre les pratiques de mal gouvernance qui affectent l'administration. Des actions judiciaires s'avèrent indispensables.

2^{ème} partie :

UN DOUBLE CONTROLE JURIDICTIONNEL

Les systèmes de recours contribuent à la surveillance de la passation des marchés. Ils constituent un moyen d'effectuer un suivi des activités des agents chargés des marchés publics, de garantir qu'ils respectent la législation et la réglementation sur les marchés publics, et de prendre des mesures en cas de besoin. Ils permettent en outre aux Autorités Contractantes et autres parties prenantes de contester la procédure et de s'assurer de l'intégrité du dossier d'Appel Concurrence. Dans cette partie de recherche nous parlerons des instruments de régulation par le juge (chapitre 1) la limitation des risques de litiges par le juge administratif (chapitre 2). Qu'en est-il alors des instruments de régulation par le juge?

CHAPITRE 1 : UN CONTROLE QUASI-JURIDICTIONNEL

La mise en place de systèmes de contrôle et de recours en matière de marchés publics a pour objectif de favoriser l'application pratique de l'abondante législation relative aux marchés publics. Ces systèmes donnent « du mordant » à cette législation : la possibilité d'exercer des contrôles et des recours sert de moyen de dissuasion à violer la loi et encourage ainsi la conformité. D'ailleurs, les violations de la loi et les erreurs véritables peuvent être corrigées. Par conséquent, un système public fonctionnel de contrôle et de recours en matière de marchés publics peut finalement contribuer à l'accomplissement visé par les règles fondamentales comme la non-discrimination, l'égalité de traitement, la transparence et le rapport qualité-prix. Les exigences impliquent des principes, des statuts, des recours, des organes de contrôle et des limitations. Néanmoins, les systèmes de contrôle et de recours peuvent également couvrir les contrats en dehors du champ d'application des directives sur les marchés publics comme les contrats d'un montant inférieur aux seuils d'application et les délégations de services publics. S'agissant du contrôle du juge administratif sur les marchés publics, quels en sont les dispositifs réglementaires en la matière ?

SECTION I : LES MECANISMES DE L'ARBITRAGE

En application des directives n° 04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public et la directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et délégation de service public, le Bénin, en tant qu'État membre de l'UEMOA, s'est doté d'une nouvelle législation prévoyant des réformes institutionnelles, de nouveaux modes d'action et de régulation destinés à promouvoir la transparence du processus de passation et l'exercice du contrôle juridictionnel des marchés publics.

Paragraphe 1 : Le cadre de l'office arbitral

La Directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et délégation de service public, le Bénin, en tant qu'État membre de l'UEMOA dispose de la législation concernant le suivi de gestion des marchés publics dans l'espace UEMOA. Selon l'article 2, la présente Directive a pour objet de définir les principes et les modalités de mise en œuvre des fonctions, mécanismes et procédures de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public, au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

L'article 4 de cette directive définit les fonctions et mécanismes de contrôle des marchés publics et des délégations de service public dans l'espace communautaire. En ce sens, les Etats membres s'engagent à mettre en place des entités administratives centrales, déconcentrées, ainsi que décentralisées de contrôle des marchés publics et des délégations de service public ayant pour fonction notamment de : contrôler l'application de la législation et de la réglementation sur les marchés publics sans préjudice de l'exercice des pouvoirs généraux de contrôle des autres organes de l'Etat ; émettre les avis, accorder les autorisations et dérogations nécessaires à la demande des autorités contractantes lorsqu'elles sont prévues par la réglementation en vigueur ; assurer en relation avec l'organe de régulation, la formation, l'information et le conseil de l'ensemble des acteurs de la commande publique sur la réglementation et les procédures applicables ; contribuer en relation avec l'organe de régulation à la collecte d'informations et de documents en vue de la constitution d'une base de données.

En effet, dans l'espace européen, en cas de non-transposition par l'Etat, le juge administratif pourra constater l'illégalité lui permettant par la suite de donner lieu à des annulations ou à des dommages et intérêts. Ce contrôle du juge se fera également lorsqu'il s'agira du maintien d'une directive incompatible avec des règlements internes ou encore avec des lois. La jurisprudence a dégagé ce principe dans un arrêt du 3 février 1989 Cie Alitalia où le CE en Ass constatait que « les autorités nationales ne peuvent légalement, après l'expiration des délais impartis, ni laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives dont il s'agit, ni édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs ». Le Conseil d'Etat juge donc que l'intervention d'une directive constitue une circonstance nouvelle de droit qui interdit d'édicter une réglementation contraire aux objectifs définis par le texte européen, mais encore oblige à modifier les textes antérieurs, légaux à l'origine, mais dont les dispositions s'avèrent incompatibles avec les nouvelles directives. Il est alors évident que si l'autorité compétente ne s'acquitte pas de son obligation, il appartient à tout intéressé de la saisir d'une demande d'abrogation du règlement indûment maintenu en vigueur. Le refus qui serait opposé à cette demande serait sinon annulé par le juge administratif, avec pour conséquence la confirmation, en l'espèce, de l'obligation d'abroger.

Dans un second temps, il est nécessaire de préciser que tout intéressé obtiendra la censure de l'illégalité commise en demandant au juge, saisi dans les deux mois de sa publication, l'annulation du règlement édicté en méconnaissance des objectifs de la directive. Dans tous les

cas, tout intéressé pourra, sans difficulté obtenir du juge l'annulation de décisions individuelles prises sur le fondement du règlement incompatible, en excipant de son illégalité.

Le droit conformément aux principes vus auparavant ne permet pas aux administrés d'obtenir du juge administratif, l'annulation de décisions individuelles, même lorsqu'elles sont incompatibles avec les objectifs d'une directive, lorsque leur recours est directement et exclusivement fondé sur l'incompatibilité existant entre la décision contestée et les objectifs de la directive. Pourtant, récemment la jurisprudence tente de contourner ce principe afin de venir en aide aux justiciables.

Paragraphe 2 : Les moyens de l'office

En application de ces directives, le Bénin, en tant qu'État membre de l'UEMOA, s'est doté d'une nouvelle législation prévoyant des réformes institutionnelles, de nouveaux modes d'action et de contrôle destinés à promouvoir la transparence du processus de passation et l'exercice du contrôle juridictionnel des marchés publics. Désormais, les exigences de performances et d'efficacité vont constituer le substrat d'un nouveau standard de bonne administration. Avec elles, le respect du droit et la régularité procédurale n'offrent plus à l'administration « une méthode pour se présenter comme un monde à part »²², dont le fonctionnement ne serait pas « caractérisé par le souci de performance »²³.

A travers ses références à l'efficacité et à la performance qui demeurent *à priori étrangères* au langage ordinaire du droit et des juristes²⁴, le droit des marchés publics repose sur une nouvelle axiologie²⁵ qui « doit sa promotion et sa fortune aux logiques managériales, ainsi qu'aux activités de communication des entreprises²⁶ ». Dès lors, deux modèles normatifs différents vont sous-tendre l'activité des acheteurs : la rationalité juridique porteuse d'un impératif de régularité des conduites et du respect des règles en matière de passation, et la rationalité managériale porteuse d'un impératif d'efficacité socio-économique.

Le droit devient alors la boussole des marchés publics et, le droit des marchés publics apparaît dès lors comme un droit dont la légitimité dépend de la preuve de l'accompagnement de performances escomptées²⁷. La réforme du système des marchés publics décidée par la

²² Caillosse Jacques, « le droit administratif contre la performance publique ? » *AJDA*, n° 3, 20 mars 1999, p 197.

²³ *Idem*

²⁴ *Ibidem*

²⁵ 7Chevallier Jacques, « La juridisation des percepts managériaux », in *Revue politique et management public*, vol 11, n° 04, dec. 1999 pp : 111-134.

²⁶ Cantillon Guillaume, « L'achat public, un outil au service de l'Etat régulateur », in *RFAP*, 2010 /2 n° 134, p.341

²⁷ *Ibidem*, p. 342

Commission de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), qui a conduit à l'adoption des directives n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service publics et n°05/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public, a été donc une opportunité pour le Bénin d'ajuster sa réglementation en érigeant la fonction de régulation et de contrôle en un nouveau pan de l'action publique. Au regard de ces considérations et, en application de la directive de l'UEMOA du 09 décembre 2005¹¹, des pays de ladite organisation ont été amenés à créer des organismes de régulation et de contrôle des marchés publics.

Le Bénin, en ce qui le concerne, s'est doté d'une autorité de régulation des marchés publics et d'un organe de contrôle, lesquels constituent la principale nouveauté du code des marchés publics de 2009. Ces organes des marchés publics sont des autorités administratives indépendantes, différentes des administrations classiques qui reposent sur le lien de la hiérarchie. Ce type d'organisme ainsi qualifié se développe de plus en plus dans les économies et, est souvent perçu comme des manifestations de la régulation juridique²⁸. Cependant, l'autorité de régulation des marchés publics reste tout de même une autorité administrative, certes, détachée de la tutelle hiérarchique mais qui ne reste pas moins attachée au placenta administratif de l'État.

C'est pourquoi, le contrôle juridictionnel de ses décisions par le juge de l'administration s'impose. Il apparaît comme une garantie du respect des droits des soumissionnaires injustement évincés. Le régulateur n'étant pas une autorité judiciaire, ses décisions doivent être évaluées par les tribunaux²⁹. La cour suprême, par son contrôle, est amenée à s'intéresser au domaine économique et s'y mouvoir, et par conséquent, à réguler le régulateur.

En effet, le juge de l'administration est défini, du point de vue organique, comme l'institution qui dans l'architecture institutionnelle judiciaire, est chargée de juger les litiges opposant l'administration aux administrés ; du point de vue matériel, il est le juge qui, comme nous l'avons dit plus haut, a vocation à trancher les contentieux administratifs conformément au droit administratif, droit de l'administration et dérogoire au droit commun³⁰. Cependant, le juge civil est considéré comme juge de l'administration dans des circonstances particulières

²⁸ N Decoopman, « A propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », J. CLAM, G. MARTIN (dir), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, « Droit et société, Recherches et travaux », vol 5, 1998, p.249

²⁹ Coulibaly Adama, *Analyse de la concurrence et de la régulation en Afrique : cas du Sénégal et du Mali*, Thèse, Dakar, dec. 2013, p. 218. Voir Autin, Jean Louis, « du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP* 1988, p. 1213

³⁰ Tribunal des Conflits, 13 février 1873, Blanco.

où il est amené à trancher des conflits l'administration aux administrés. Dans cette réflexion, nous ne nous intéresserons pas à l'office du juge civil, mais plutôt à celui du juge naturel de l'administration.

Au Bénin, du fait de l'unité de juridiction³¹ à la base et la dualité de contentieux, il existe deux types de juges de l'administration aux compétences différentes : il s'agit du tribunal de grande instance³² et de la Cour suprême. Le tribunal de grande instance est considéré comme le juge de droit commun pour l'ensemble des contentieux. De ce fait, il intervient dans tous les contentieux, y compris le contentieux administratif, mais précisément, dans le cadre du plein contentieux encore appelé contentieux des droits et dans le cadre duquel la requérante demande au juge de condamner l'administration à réparer le fait dommageable. Cependant, la définition juridique de la régulation n'a pas été de tout repos³³ en ce sens qu'il s'agit d'un concept utilisé dans plusieurs disciplines. Les libéraux y voient un moyen de réduire le rôle de l'État dans l'économie, les socio-démocrates, un moyen moderne d'intervention publique sur les flux économiques dans un contexte de forte libéralisation. Entendue à la lumière de cette discipline, le terme régulation se concentre alors sur l'idée de régulation économique³⁴, tant en doctrine universitaire³⁵ qu'en doctrine institutionnelle³⁶. Le terme de régulation devient dans cette optique très étroitement lié à l'ouverture à la concurrence des secteurs anciennement sous monopoles, dans la mesure où les textes de transposition des directives communautaires ont institué pour la première fois des « autorités de régulation³⁷ ». Alors en définitive, le contrôle du juge administratif sur les marchés publics n'est qu'un contrôle de régulation ; mais juridictionnel. Quelles sont les procédures de contrôle du juge administratif ?

³¹ Kanté Babacar, *Unité de juridiction et droit administratif : l'exemple du Sénégal*, Thèse, Université d'Orléans, juillet 1983, p.2. Voir également Alioune Badara Fall, *La responsabilité extracontractuelle de la puissance publique au Sénégal : essai de transposition des règles de droit administratif français dans un pays d'Afrique noire francophone*, Thèse, Université de Bordeaux 1, janvier 1994, p. 243 ; Voir enfin F. P. Benoit, *le droit administratif français*, Dalloz, Paris 1968, p 321

³² La loi n° 2014-26 du 03 novembre 2014 abrogeant et remplaçant la loi 84-19 du 02 février 1984 fixant l'organisation judiciaire remplace l'expression tribunal régional par celle de tribunal de grande instance.

³³ Il y a autant de définition de la régulation qu'il existe de manuels d'institutions administratives de droit administratif ou de droit public économique : voir à ce sujet AddeNicinski. S. *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien 2010, 2e ed, pp 11-12 ; Vedel Georges, « le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges offerts à Pierre Vigueux*, 1981. - t. 2, pp. 767-783

³⁴ Braconnier Stéphane, « la régulation des services publics », *RFDA*, janvier-février 2001, p. 44

³⁵ Voir, par de nombreux autres exemples Frison-Roche M.A. « Le droit de la régulation », Pierre Delvolvé, « le Conseil d'Etat régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in *juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoule*, Paris Dalloz, 2007, p. 260.

³⁶ EDCE (études et documents du conseil d'Etat), *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public, n° 50, Paris, La documentation Française, 1999, pp. 328-332 ; Adde EDCE, les autorités administratives indépendantes.

³⁷ Directive n° 05/2005de l'UEMOA portant sur le contrôle et la régulation des marchés publics.

SECTION II : LES EFFETS DE L'OFFICE DU JUGE ADMINISTRATIF

Le juge administratif sur les marchés publics, dispose, de la possibilité de sanctionner les soumissionnaires et de régler des litiges, agit en droit et doit mener son action tout en respectant et faisant respecter les garanties procédurales qui s'imposent. Dès lors, il devient une quasi-juridiction. Or, il est incontestable que la plénitude des pouvoirs juridictionnels relève du juge et que l'octroi de ce pouvoir dans ce domaine à un régulateur ressort de l'exception³⁸. Par conséquent, les pouvoirs ainsi attribués à un régulateur sont toujours strictement limités par des textes législatifs, et à chaque fois qu'un texte ne lui donne expressément le pouvoir d'intervenir dans le champ de l'action juridictionnelle, seul le juge peut sanctionner le comportement dénoncé ou régler le litige en cause³⁹. Ainsi, l'on constate un contrôle par le juge de l'administration des contrats de marchés au regard des règles du procès équitable (paragraphe 1) mais aussi le rappel par l'autorité judiciaire des critères d'attribution du marché (paragraphe 2)

Paragraphe 1 : L'autorité de la sentence

L'Autorité de régulation des marchés publics⁴⁰ (ARMP), malgré ses pouvoirs quasi-juridictionnels⁴¹, demeure une autorité administrative dont les décisions sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le juge de l'administration, en particulier, les Chambres administratives de la Cour suprême⁴². En effet, le régulateur est responsable devant le juge et, aucune de ses décisions ne peut se targuer d'impunité⁴³. C'est dans ce cadre qu'est prévu le recours des soumissionnaires évincés⁴⁴ dans le but de permettre la sanction, par le juge, des atteintes aux obligations de publicité et de mise en concurrence avant que le marché ne soit signé. Le juge de l'administration effectue ainsi un contrôle de conformité légale des décisions de l'ARMP, contrôle dans le cadre duquel il vérifie le respect de règles de concurrence prévues par le code des marchés. Ce faisant, le juge intègre le droit de la concurrence dans le bloc de la légalité administrative (A). Par ailleurs, la cour suprême, en tant que juge de la légalité, s'attache à vérifier la régularité formelle des procédures de passation des marchés publics (B).

³⁸ Dupuis-Toubol Frédérique, « Le juge en complémentarité du régulateur », in Marie Frison-Roche (dir), op. cit, pp.133-138.

³⁹ Ibidem

⁴⁰ Cette Autorité est le fruit des transformations juridiques et institutionnelles induites par les directives n° 04 et 05 du 09 décembre 2005 qui ont imposé un certain nombre d'obligations dans des domaines jusqu'alors peu règlementés.

⁴¹ Les pouvoirs quasi-juridictionnels renvoient à ceux dont dispose le CRD dans le cadre de la résolution des litiges relatifs à l'application du droit des marchés publics au Bénin.

⁴² Le juge administratif est « le juge naturel des autorités administratives indépendantes », Conclusions de J-D Combreville sur CE, Ass, 03 décembre 1999, Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf, *RFDA*, 2000, p.581.

⁴³ Marimbert Jean, « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », in Marie Anne Frison-Roche, op. cit. pp.179-183.

⁴⁴ Ibidem.

A- L'intégration du droit de la concurrence au bloc de la légalité administrative

L'ordre juridique interne est imprégné de règles de la concurrence d'origine communautaire que des autorités spécialisées comme l'ARMP doivent respecter et dont le juge national contrôle l'application à double titre : en tant que « juge communautaire de droit commun » tout d'abord, en tant qu'autorité de contrôle des dispositions internes largement issues du droit communautaire ensuite. Il en est ainsi du contrôle de l'application de la concurrence relativement à la procédure de passation des marchés publics. La loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en république du Bénin, suivant les directives⁴⁵ de l'UEMOA prévoit l'obligation pour l'autorité contractante d'assurer la publicité de l'offre et de la mise en concurrence des soumissionnaires.

Dès lors, le respect de la mise en concurrence des candidats devient une condition de validité de la procédure de passation des marchés publics. La Cour suprême (organe juridico-administratif), en contrôlant la légalité des décisions de l'autorité contractante au regard de l'exigence de mise en concurrence, intègre le droit de la concurrence dans le bloc de la légalité administrative. Par exemple, les arrêts Sarre-CONS c/ ARMP⁴⁶ et Etat du Sénégal c/ Société Africaine Audit⁴⁷ ont marqué le début d'une évolution jurisprudentielle permettant l'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de la légalité et tendant à mettre à la charge des personnes publiques une obligation de respect de la neutralité, voire de la mise en œuvre de la libre concurrence. Dans cette affaire, le juge de l'excès de pouvoir considère que, en application des dispositions de l'article 24 et 3 nouveau du code des obligations de l'administration du Sénégal, l'autorité contractante ne peut violer les règles de concurrence et de libre accès aux marchés publics en insérant dans les dossiers d'appel d'offres (DAO) une clause relative à l'autorisation du constructeur à fournir par les candidats au marché de véhicules neufs. Dans la seconde affaire, le juge rappelle avec insistance la nécessité pour l'administration de respecter l'obligation de mise en concurrence des candidats dans les procédures de passation des marchés publics. L'on voit, à travers ces rappels et précisions jurisprudentiels, que le juge veut soumettre l'administration au respect des règles qui régissent l'exercice de ses pouvoirs, contenir les privilèges dans les limites que leur assigne la règle de droit et de permettre aux candidats d'obtenir l'annulation d'actes détachables⁴⁸, pris dans le

⁴⁵ Directive n° 04/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 et celle du n°05 de la même année

⁴⁶ CS, 22/08/2013, Société SARRE-CONS c/ ARMP Bulletin des arrêts de la Cour suprême du Sénégal 2013

⁴⁷ CE, 25 avril 2006 Etat du Sénégal c/ Société Africaine Audit

⁴⁸ Il s'agit d'actes périphériques pris dans la phase préparatoire du contrat et qui, autrefois, ne faisaient pas l'objet de contrôle au nom de la théorie de l'incorporation. Selon cette théorie, l'acte était un élément du contrat que le juge de l'excès de pouvoir ne peut pas annuler pour des raisons tenant au fait que celui-ci est un acte bilatéral, fruit de la volonté des parties.

cadre de la passation des marchés publics. Il s'agit d'un contrôle dans le cadre duquel, la cour suprême peut assurer, conformément au droit des marchés publics, la régulation d'un secteur où les enjeux économiques et financiers sont importants. A cet effet, elle précise les règles du jeu et détermine aussi les comportements des différents acteurs.

Ce faisant, l'office du juge comporte deux vertus essentielles : premièrement, il s'agit de créer un climat de confiance entre les acteurs et, deuxièmement, le renforcement de la légitimité du juge de la cour suprême qui, sans parti pris, exerce son rôle départiteur tout en ayant comme boussole le droit des marchés publics. En effet, la commande publique se doit de respecter tout d'abord la liberté d'accès qui consiste à permettre à toutes les personnes remplissant les conditions nécessaires à se porter candidates à un marché public. Dès lors, toute discrimination injustifiée dans le choix des candidats doit être sanctionnée. Cette liberté d'accès des offreurs correspond, en réalité, à l'application particulière de la liberté de concurrence dans le cadre des marchés publics. L'acheteur public devient, par conséquent, débiteur d'une obligation de respecter l'effectivité de la concurrence dont la promotion apparaît comme un moyen de faire respecter la légalité dans le traitement des candidatures, bref le principe d'égalité qui, pourtant, est un principe constitutionnel. C'est la démarche du Professeur Linotte qui estime effectivement que le principe de concurrence a valeur constitutionnelle puisqu'il « *n'est rien d'autre qu'un avatar de la combinaison des principes de liberté et d'égalité tous deux reconnus et appliqués aux entreprises par le Conseil constitutionnel*⁴⁹ ». On peut considérer que les procédés de mise en concurrence ont pour objet d'assortir de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique⁵⁰. L'on voit dans cette configuration que la notion de concurrence irrigue le raisonnement du juge administratif et devient un élément d'appréciation de la légalité des actes de l'administration.

Cette évolution remarquable que l'on doit mettre au crédit du législateur communautaire et de la reconfiguration de l'action publique a singulièrement marqué le contentieux administratif français d'abord, et, ensuite celui du Sénégal. Entre le juge de l'administration et l'économie⁵¹, la frontière n'a jamais été étanche. Le juge a toujours opéré un travail discret d'annexion des activités économiques, comme le soulignait déjà le doyen Maurice Hauriou dans les années vingt⁵². La jurisprudence Sté Million et Marais est apparue comme une illustration des propos du doyen Maurice Hauriou en ce sens qu'elle fait application des règles

⁴⁹ Linotte Didier., « Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence » ?, *AJDA*, 2005, p.1549

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ Bréchon-Moulenes Christine, « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA*, 2000, p.679.

⁵² Hauriou Maurice, commentaire sous CE 05 novembre 1926, Trilleret Delpin, la jurisprudence administrative, tome 1.

de concurrence aux procédures de passation des marchés publics. Jacques-Henry Stahl a bien mis en lumière cette idée dans ses conclusions : « nous souhaitons que vous puissiez continuer de jouer votre rôle dans l'élaboration du droit des services publics. Les mutations technologiques et économiques, l'ouverture des économies de marchés, le droit communautaire de la concurrence conduisent de toute façon, croyons nous, à repenser les relations du service public et de son environnement concurrentiel. Le débat est d'ores et déjà ouvert et nous croyons qu'il importe que vous puissiez y mêler votre choix. Pour cela, encore faut-il que vous acceptiez d'ajouter à votre conception traditionnelle du service public, centrée sur l'usager, une autre dimension, celle des rapports avec l'environnement économique et le droit de la concurrence⁵³ ». Ainsi, le champ d'application rationae personae du principe de concurrence est très vaste. C'est donc tout le champ organique du service public qui est aujourd'hui couvert⁵⁴. Les contrats par exemple sont attirés dans le champ d'application du principe de concurrence : marchés publics, naturellement, mais aussi délégations de service public⁵⁵. Par conséquent, l'économie est devenue le « patrimoine juridique commun » de tous les juges⁵⁶, y compris du juge administratif qui apparaît, de prime abord, peu concerné par ce domaine modelé par les relations privées⁵⁷. En effet, la promotion du libéralisme économique s'est parallèlement accompagnée de l'accroissement considérable des voies de droit destinées à assurer le respect des principes du libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures⁵⁸. Dans cette nouvelle donne, le juge de l'administration, au Bénin comme en France, voit son domaine de compétence s'étendre à des questions⁵⁹ qui jadis, relèvent de la compétence du juge de droit commun. D'ailleurs, le Conseil d'Etat français, pour sa part, a aujourd'hui considéré que « les normes de référence sur lesquelles repose son contrôle de la légalité des actes administratifs » intègrent le droit de la concurrence⁶⁰.

⁵³ Concl. Sur CE sect. 03 novembre 1997, Sté Million et Marais.

⁵⁴ CE Sect 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, *RFDA* 1997, p.1229, conclusion Jacques Henri Stahl : *AJDA*, 1999, p.611, note Michel Bazex Bernard Thiry.

⁵⁵ Respectivement, par exemple, CE, 8 novembre 2000, Avis Sté Jean-Louis Bernard Consultant et CE, Sect 03 novembre 1997, Sté Million et Marais, *RDP* 1998, pp. 256-265

⁵⁶ Caillosse Jacques, « le droit administratif français saisi par la concurrence » ?, *AJDA* 2000, p.99.

⁵⁷ Morpion A, « Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de liberté du commerce et de l'industrie? », *AJDA*, 2008, p.232.

⁵⁸ Richer Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2012, spéc. p.102

⁵⁹ Cette extension de compétence du juge administratif se justifie par le fait que l'économie est un des aspects de la vie sociale. Or le droit parvient à pénétrer tous les compartiments de la vie en société.

⁶⁰ Rapport public 2001 du Conseil d'Etat, p.33. Il est précisé (p.34) qu'il appartient au juge administratif et à lui seul de contrôler la légalité d'un acte administratif ou la validité d'un contrôle administratif par rapport aux règles nationales ou communautaires du droit de la concurrence.

B- Le contrôle de la régularité formelle des procédures

Le fonctionnement des autorités administratives indépendantes, en particulier, de l'ARMP a pu poser des problèmes spécifiques et susciter quelques critiques⁶¹. C'est donc dans le domaine procédural que le contrôle juridictionnel s'est révélé particulièrement utile en vue d'assurer la protection de l'intégrité des textes juridiques. En effet, c'est au juge qu'il appartient de préciser et de rappeler le cadre juridique nécessaire à l'équilibre du marché et à la régulation des marchés publics. Dès lors, l'on peut dire que le contrôle non juridictionnel de l'ARMP ne participe d'une forme d'implantation de l'Etat de droit⁶². En contrôlant la légalité des décisions rendues par l'ARMP et, en particulier, son CRD, la Cour suprême, juge du contentieux de la passation des marchés publics, ne fait que renforcer l'emprise juridictionnelle sur l'activité de régulation. Ce qui répond à des exigences contemporaines d'enracinement du droit dans la réalité sociale. Sous ce rapport, elle veille avec l'attention la plus scrupuleuse au respect par l'administration des règles de droit qui déterminent sa conduite et ses pouvoirs d'action. Par exemple au Sénégal, dans l'affaire qui a opposé la Cellule Nationale de Traitement des Informations financières (CENTIF) à l'ARMP⁶³, la jurisprudence a estimé que les textes⁶⁴ instituant et organisant les fonctions de cette institution ne l'ont pas dotée de la personnalité morale. Elle déclarait, en effet, « considérant ainsi que la CENTIF dépourvue de la personnalité morale n'a pas la qualité d'autorité contractante et ne peut en conséquence mettre en place sa propre commission des marchés en dehors de celle du Ministère de l'Economie et des Finances, autorité de tutelle, que c'est donc à bon droit que l'ARMP a retenue comme nul et de nullité absolue les actes pris par la Commission des marchés mise en place irrégulièrement par la CENTIF »⁶⁵.

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

⁶¹ La création des autorités administratives indépendantes a suscité beaucoup d'espairs, notamment, celui de voir une administration débarrassée de l'emprise du pouvoir politique, administratif, impartiale et efficace. Mais, leur fonctionnement a fait naître des critiques assez importantes par rapport aux pouvoirs dont elles disposent et qui en font une institution exécutive, judiciaire et même législative.

⁶² La validité de l'acte administratif s'apprécie par rapport à la norme immédiatement supérieure. C'est pourquoi, le contrôle de légalité a deux vertus cardinales à la lumière desquelles on peut reconnaître un Etat de droit : il s'agit de la soumission de l'administration au droit et du respect de la hiérarchie des normes.

⁶³ Cour suprême, 10 mai 2012, Cellule Nationale de Traitement des Informations Financières (CENTIF) c/ Comité de Règlement des différends de l'Autorité de Régulation des Marchés publics Bulletin des arrêts de la Cour suprême 2013.

⁶⁴ La CENTIF a été instituée par l'article 16 de la loi uniforme n°2004-09 du 06 février 2004 relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux que l'article 2 du décret n°2004-1150 du 30 juillet 2004.

⁶⁵ Dans cette affaire, le juge sénégalais de l'administration a retenu la définition de l'autorité contractante prévue par la directive 04/2005/CM/ UEMOA Selon ce texte, l'autorité contractante est une personne morale de droit public ou de droit privé, signataire d'un marché public. Cette définition est contraire à celle prévue par l'article 2.1.a qui entend par autorité contractante l'Etat, en tant que personne morale et les organismes non dotés de la personnalité morale et placés sous son autorité.

des marchés publics. Par ailleurs, la Cour suprême du Sénégal, a pu, à la faveur de l'affaire « Port autonome de Dakar contre CRD »⁶⁶, réaffirmer deux principes essentiels dans le cadre de la procédure contentieuse entamée devant le Comité de règlement des différends de l'ARMP. Sur le premier moyen tenant à l'irrégularité de la composition du CRD au motif que celui-ci s'est adjoint aux personnes qui n'ont aucune qualité pour siéger à l'occasion des auditions dudit comité, la Cour a estimé que la présence de ces personnes, en qualité d'observateurs, ne saurait affecter la régularité de la composition du comité, alors surtout qu'il n'est pas établi qu'elles ont participé et voté lors de la prise de décision. Examinant le second moyen, elle estima que les dispositions du code des marchés ne prévoient nullement que l'avis favorable de la Direction de Contrôle des Marchés Publics⁶⁷ emporte régularité de la procédure et lie le Comité de Règlement des Différends (CRD). Ce qui veut dire que le CRD saisi d'un recours, est tenu de vérifier la conformité du dossier d'appel à la concurrence suivant les dispositions légales et réglementaires. Dès lors, le juge de l'administration témoigne, de par son pouvoir d'interpréter les textes et d'éclairer les acteurs de la commande publique, de sa contribution à la régulation des marchés publics. Il s'agit d'une tâche dont s'acquitte le juge administratif en se faisant passer pour un juge d'application des lois, la « bouche de la loi » et, donc, un juge davantage enclin à répondre à des contributions concrètes qu'à construire des théories nouvelles⁶⁸.

Loin de susciter l'application des règles totalement nouvelles, cette fonction de régulation se voit appliquer des règles traditionnelles⁶⁹ au regard de la détermination des types de recours pouvant être mis en œuvre par les soumissionnaires. En effet, le contrôle de la régulation est inhérent en droit, lequel a vocation à la stabilité et à la promotion d'un équilibre⁷⁰.

En tout état de cause, la fonction essentielle du juge dans l'application du droit de marchés publics au contentieux de la passation est de veiller à la cohérence d'ensemble du système juridique. Ce type de régulation, par recours au tiers qui est le juge, n'a pas vocation à remettre en cause l'architecture juridique⁷¹. Il s'applique, donc il s'interprète, dans la

⁶⁶ CS, 22/03/2012, Port autonome de Dakar c/ Comité de règlement des différends de l'ARMP.

⁶⁷ Dans l'architecture institutionnelle des marchés publics, telle qu'elle est prévue par le décret 2007-545 du 25 avril 2007, c'est la Direction du contrôle des marchés publics qui effectue un contrôle a priori relativement à la procédure de passation des marchés publics. En effet, l'article 140 du code des marchés publics, la DCMP assure le contrôle a priori des procédures de passation des marchés publics, en remettant un avis sur le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et sur le procès-verbal d'attribution provisoire du marché établis par la commission des marchés, compétente. La DCMP peut également donner un avis sur les dossiers que lui soumettent spontanément les autorités contractantes (article 140 in fine du CMP), le CRD n'étant pas habilité à donner l'avis sollicité.

⁶⁸ Par théorie nouvelle, nous faisons allusion à la régulation économique entendue comme un nouveau champ investi par le droit. Voir à ce sujet Marie-Anne Frison Roche, op. Cit ; Calandri Laurence, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2008, 733 pages

⁶⁹ Calandri Laurence, op.cit., p.558.

⁷⁰ Lafaix Jean François, « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », in *RFDA*, nov-déc 2010, p.1089.

⁷¹ Canivet Guy, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », in Marie-Anne Frison-Roche (dir) op. Cit, pp.190-193

hiérarchie des normes qui s'en trouve réaffirmée et consolidée⁷². Toutefois, même si le juge de l'administration reste, pour l'essentiel, cantonné à l'application des règles du code des marchés publics, il devra renforcer ses outils méthodologiques en termes de contrôle⁷³.

Dans le cas de la contestation des mesures décidées par la personne publique Contractante, le titulaire du marché doit demander à la personne publique contractante de retirer la mesure qu'elle a édictée, afin d'obtenir une décision préalable (sauf en matière de travaux publics). Seule cette décision de rejet pourra être attaquée. Les recours sont uniquement adressés au juge du contrat lorsqu'ils émanent du cocontractant de la personne publique. Toutefois, des recours pour excès de pouvoir sont envisageables, à l'initiative des parties voire des tiers à condition qu'ils ne se fondent que sur des moyens de légalité.

Par les pouvoirs du juge, après examen de la régularité et de la justification de la mesure d'exécution, le juge administratif du contrat peut : réformer la décision de la personne publique. Le jugement procèdera à une annulation implicite du contenu de la décision de l'administration. Le juge pourra modifier la qualification de la décision administrative, en différer la date d'entrée en vigueur voire s'il s'agit d'une décision à caractère pécuniaire, en moduler le montant ; décharger le cocontractant d'une décision pécuniaire: cela n'affecte que les décisions relatives aux dommages et intérêts et pénalités, la personne publique cocontractante étant obligée de rembourser les sommes qu'elle a perçues, à tort, en application du privilège du préalable ; prononcer la nullité de la mesure d'exécution ; viser toutes les mesures d'exécution (CE, 13 mai 1992, Commune D'Ivry-sur-Seine, Rec. p. 198). Au versement de dommages-intérêts, le juge administratif peut également condamner la personne publique contractante au versement de dommages et intérêts sur le fondement de sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle : mise en jeu de la responsabilité contractuelle de la personne publique contractante pour faute : en cas de mesure d'exécution irrégulière (par exemple, mesure injustifiée au regard des circonstances), sans faute : l'administration contractante doit assumer les conséquences financières des décisions qu'elle a prises, le titulaire ayant droit à l'équilibre financier du contrat (CE, 2 mai 1958, Distillerie Magnac-Laval, D. 1958, p. 730). Par exception: lorsque la mesure est justifiée par des circonstances imputables au titulaire ou extérieures aux parties, la responsabilité de la personne publique contractante n'est pas engagée ; mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle de la personne publique contractante : mise en jeu par les tiers quand la

⁷² De Malbert R. Carré, *La loi expression de la volonté générale*, Sirey 1931, rééd Economica 1984, p.334.

⁷³ Coulibaly D., Baba Kane, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone ? Disponible sur le site <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/>.

personne publique n'a pas contraint son cocontractant à respecter les termes de son contrat et que cette abstention est à l'origine du préjudice subi par lesdits tiers.

Paragraphe 2 : L'effectivité relative de la sentence

Le droit de la passation des marchés publics sert, actuellement, de laboratoire pour l'ensemble du droit des contrats et, surtout du droit administratif, compris dans sa généralité. L'ensemble des acteurs incontournables du droit public sont présents : les personnes publiques, les entreprises des secteurs privés et publics, les puissances normatives, les juges, les citoyens et leurs représentants. Toutes les notions d'importance fondamentale en droit public s'y retrouvent : l'égalité de traitement, liberté d'accès à un secteur donné, l'efficacité du dispositif procédural, responsabilisation des acteurs et transparence⁷⁴.

Le juge de l'administration veille au respect de ces règles dans la phase procédurale de conclusion des marchés publics en rappelant deux exigences fondamentales : d'abord l'obligation, pour l'autorité contractante comme le soumissionnaire, de respecter les critères indiqués dans la déclaration d'appel d'offres ensuite celle consistant à assurer la publicité de l'offre.

Le droit des marchés publics pose un singulier problème d'orientation et est encore à bien des égards, surtout dans ses rapports avec les autres contrats publics d'affaires, conventions de délégation de service public notamment, un labyrinthe procédural⁷⁵. En effet, c'est la passation des marchés publics, moment où l'administration et les entreprises ne sont pas encore partenaires, qui fait aujourd'hui l'objet des recours les plus fréquents au juge administratif⁷⁶ et, notamment, de la Cour suprême.

Le contentieux de la passation offre à la Cour suprême, l'occasion de redresser, d'appeler à la correction des irrégularités administratives constatées dans le cadre de l'examen des candidatures au regard des critères préalablement indiqués dans la dossier d'appel d'offre. Ce faisant, le juge précise les règles du système et fait du code des marchés publics l'outil juridique au regard duquel il apprécie la validité de l'action de l'administration publique mais aussi de celles des candidats soumissionnaires. Ainsi, la Cour suprême, dans l'affaire Société générale de surveillance contre Conseil exécutif des Transports Urbains de Dakar (CETUD) –

⁷⁴ L'exigence de transparence au Bénin a été élevée au rang de principe constitutionnel. En effet, dans le préambule de la constitution du 11 janvier 1990, le constituant sénégalais affirme son attachement à la transparence dans la conduite et la gestion des affaires publiques, ainsi qu'au principe de bonne gouvernance.

⁷⁵ Braconnier Stéphane, Précis du droit des marchés publics, op. cit., p.10

⁷⁶ Ibidem

Autorité de Régulation des Marchés publics⁷⁷ toujours au Sénégal, a estimé que le soumissionnaire ne peut pas se substituer à l'autorité contractante⁷⁸ pour déterminer en lieu et place les règles d'appel à la concurrence. En conséquence, le juge a rejeté le moyen soulevé par CETUD et tendant à l'annulation de la décision d'attribution du marché pour erreur d'appréciation. De même, la Cour suprême a, dans les affaires Bureau VERITAS SA⁷⁹ contre ARMP et CERTEC SA contre ARMP⁸⁰, conclu à l'annulation de la décision de l'autorité contractante pour violation de l'obligation de transparence prévue par le code des marchés publics.

Par ailleurs, la Cour suprême a pu admettre que pour des raisons justifiées par la transparence et le respect des règles organisant la procédure de passation des marchés publics, la non-indication du montant de l'offre justifie le rejet d'un soumissionnaire. D'ailleurs, la Cour estime que cette indication du montant de l'offre est une formalité substantielle : c'est l'orientation indiquée par le juge de l'administration dans l'affaire « Complexe industriel Thiare Gueye c/ ARMP tranchée le 09 février 2012⁸¹.

En outre, la Cour suprême dans l'affaire Port autonome de Dakar et ARMP⁸², le juge a estimé que la non indication des modalités de solution nuit aux exigences de transparence et d'égalité des candidats. Récemment, dans l'affaire « Société Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP-Agence sénégalaise d'électrification rurale (ASER) tranchée le 24 octobre 2013⁸³, le juge de la Cour suprême a affirmé que les critères comme du reste les sous-critères doivent être justifiés par l'objet du marché, avoir la précision nécessaire de manière à ne laisser aucun pouvoir d'appréciation à la commission des marchés.

En rappelant aux autorités contractantes l'obligation de respecter les critères contenus dans le dossier d'appel d'offre, le juge de la cour suprême participe à la concrétisation d'une gouvernance économique et institutionnelle, la transparence étant un moyen de réalisation de celle-ci. Il détient un pouvoir « normatif » par délégation législative ou réglementaire, lequel s'exprime par sa capacité à édicter des règles générales, des décisions ayant force obligatoire et opposables erga omnes. Ainsi, la cour suprême, en tant qu'organe régulateur, veille à

⁷⁷ Cour suprême, Société Générale de Surveillance (SGS) contre Conseil Exécutif des Transports Urbains de Dakar (CETUD)-Autorité de Régulation des Marchés Publics, Arrêt n°11 du 31/03/2011.

⁷⁸ Définition de la notion d'autorité contractante conformément aux directives de l'UEMOA et de la jurisprudence. Dans l'affaire CENTIF contre ARMP tranchée le 10/05/2012, la Cour suprême du Sénégal a estimé que l'autorité contractante est une personne morale de droit public ou de droit privé, signataire d'un marché public. Le code des marchés publics, en son article 2.1-e fait des organisations ou agences non dotées de la personnalité morale placées sous l'autorité de l'Etat, des autorités contractantes. Ce qui est en contradiction avec la Directive n°04/2005/CM/UEMOA, norme supérieure qui rend tributaire la finalité d'autorité contractante de ces organisations ou agences à l'octroi de la personnalité morale.

⁷⁹ CS, 07/04/2011 Bureau VERITAS SA contre ARMP in *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* de 2012

⁸⁰ CS, 03/06/2011 CERTEC SA contre ARMP *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* 2012

⁸¹ CS, 09 février 2012 arrêt n°01 Thiare Gueye c/ ARMP *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* de 2013

⁸² CS, 22 mars 2012, Port autonome de Dakar c/ ARMP *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* 2013

⁸³ CS, 24/10/2013, la Société Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP-ASER

l'application par l'ARMP des règles organisant la passation des marchés. En effet, là où l'entreprise est vouée à l'examen constant de ses performances, la bureaucratie publique doit démontrer une aptitude à s'approprier les règles dont elle est d'ailleurs plus ou moins la source. Ce constat offre au juge de l'administration l'occasion de rappeler et conforter une vérité d'évidence, à savoir, que le droit est un instrument au service de la conquête des marchés, mais aussi un moyen efficace de résolution des conflits opposant la toute puissante administration aux opérateurs économiques faisant valoir leurs libertés économiques. Ce qui, du reste, permet de générer un climat de confiance entre les acteurs du système, autorité contractante, organisme de contrôle administratif et juridictionnel. En effet, en Afrique et particulièrement au Bénin, les affinités politiques et le clientélisme peuvent être source de violation des règles encadrant la procédure de passation des marchés publics où les enjeux financiers et économiques sont parfois énormes. Dès lors, on comprend pourquoi il convient de restituer à la Cour suprême son véritable rôle départiteur des droits des parties en présence, aussi bien dans la perspective de sanctionner les illégalités⁸⁴ que de protéger l'intérêt général. Sous ce rapport, l'administration et l'opérateur économique voient en le juge un rempart, un protecteur des droits et libertés prévus et reconnus par le droit des marchés publics. D'ailleurs, conformément à une évolution qui touche l'ensemble du droit administratif depuis la fin des années soixante-dix, l'heure est à la défense et à la promotion des droits subjectifs des administrés⁸⁵. Ce phénomène consistant à promouvoir un droit administratif de plus en plus libéral⁸⁶, par opposition au droit administratif de la puissance publique des premières années d'indépendance, doit sa fortune au changement de méthodes et techniques du juge de l'administration, en Afrique⁸⁷. Toutefois, l'exigence juridique et même judiciaire de promotion de la transparence dans la passation des marchés publics a conduit le juge administratif à soumettre l'administration au respect des règles de publicité desdits marchés. Tout marché public doit faire l'objet d'une publicité qui permet à tout candidat potentiel d'avoir connaissance de la passation du marché⁸⁸. Cela permet de susciter une diversité des offres, et donc d'accroître les chances de l'acheteur public d'obtenir l'offre économiquement

⁸⁴ Dans les affaires Bureau VERITAS SA contre ARMP et CERTEC SA contre ARMP (03/06/2011) tranchées par la Cour suprême, le juge a annulé la décision du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics pour non-respect des exigences en l'occurrence, le respect des critères de solution et le principe d'égalité des candidats

⁸⁵ Melleray Fabrice, « Déclaration de droits et Recours pour excès de pouvoir », in *RDP* n°04-1998, p.1038

⁸⁶ Les constitutions post-conférences nationales ont apparu comme un catalogue de droits et libertés placés sous l'autorité et le contrôle du juge. Ce qui a permis d'une part la naissance et le développement du libéralisme politique qui a permis de diminuer l'emprise de l'administration sur les administrés et, d'autre part du libéralisme économique ayant favorisé l'éclosion et la mise en œuvre des libertés économiques. Dans cet environnement, le juge administratif, juge protecteur à la fois des privilèges de l'administration et des libertés des administrés, est amené à produire un droit de plus en plus libéral, répondant aux exigences contemporaines de socialisation des droits et libertés.

⁸⁷ Diagne Ndèye Madjiguène, *Les méthodes et techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 1995, 532 pages.

⁸⁸ Braconnier Stéphane, *Précis de droit des marchés publics*, op. Cit. p.282

la plus avantageuse. Cette notion de publicité a donné une énorme résonance au droit des marchés publics.

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 dans l'UEMOA. En effet, la commande publique est une nébuleuse et l'énormité des enjeux financiers et économiques qui entourent la passation des marchés peut amener l'administration à se soustraire aux règles organisant la conduite des candidats dans la passation. C'est ainsi que des voies de droit juridictionnelles, notamment le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables au contrat, sont prévues pour permettre au juge administratif d'apparaître comme le régulateur du système. En réalité, il s'agit là d'une mission dont le juge s'acquitte comme organe chargé du contrôle de la légalité procédurale de la passation des marchés publics. L'analyse des décisions rendues par la Cour suprême du Sénégal atteste singulièrement de la permanence de l'office du juge en la matière.

Dans les affaires Société Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP⁸⁹ et Bureau VERITAS contre ARMP tranchées par la Cour suprême, le juge considère qu'à partir du moment où les critères et sous critères n'ont pas été portés à la connaissance des candidats, il y a violation de l'obligation de publicité et des principes fondamentaux de transparence, d'égalité des candidats et de non-discrimination. Par conséquent, 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 code⁹⁰ 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

⁸⁹ CS, 24/10/2013 Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP au Sénégal

⁹⁰ CE, 23 novembre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, contrats des marchés publics 2012, comm. n°26, obs. Piétri ; BJCP 2012, p.63, Concl. Dacosta.

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 publics⁹¹.

En France, la jurisprudence est allée beaucoup plus loin dans le contrôle de l'obligation de publicité des marchés, sans doute, pour mieux faire respecter les droits des potentiels candidats. En effet, la jurisprudence administrative a pu apparaître, s'agissant des mentions devant figurer dans les avis d'appel public à la concurrence, particulièrement exigeante, voire excessivement formaliste. Ainsi, le fait pour un pouvoir adjudicateur d'omettre d'indiquer dans l'acte de publicité la langue de la procédure⁹² ou les « modalités essentielles de financement et de paiement » et l'origine précise des financements mobilisés⁹³ a pu entraîner la nullité des marchés y afférents.

Dans la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat français, le juge paraît, marquer une légère inflexion, le juge interprétant de plus en plus les exigences procédurales et leur violation à l'aune de leur impact sur des principes de transparence, d'égalité entre les candidats et de bonne utilisation des deniers publics. Ainsi, si la mention, dans l'appel à candidature, des pièces exigées des candidats demeure impérative⁹⁴, un renvoi aux formulaires a été jugé suffisant pour informer les candidats sur les renseignements à fournir⁹⁵. Le juge de l'administration demeure très attaché à une information suffisante des candidats. Ainsi, si la publication obligatoire des critères de sélection n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à indiquer dans l'avis les conditions de mise en œuvre de ces critères, celui-ci doit, en revanche, indiquer les documents et renseignements au vu desquels il entend procéder, sur la base de ces critères-là, à la sélection des candidatures⁹⁶. De manière générale, les éléments contenus dans l'avis doivent être suffisamment précis⁹⁷.

A la lumière de ces décisions rendues dans l'espace UEMOA, comme en France, l'on peut dire que le juge de l'administration chargé de vérifier la régularité de la décision de l'ARMP, procède, au regard de l'impératif du respect de la publicité, à l'examen critique de l'ensemble du mécanisme qui y a conduit, de la saisine de l'autorité jusqu'à la formalisation de ce qui est imposé aux opérateurs. Le respect de l'exigence de publicité dépasse les considérations

⁹¹ Coulibaly Adama, Analyse de la concurrence et de la régulation en Afrique : cas du Sénégal et du Mali, op. cit, p.213.

⁹² CE, 27 juillet 2001, Compagnie générale des eaux, BJCP, 20/2002, p.21, Concl. M. Piveteau et obs. R.S, Dr adm., 2001 n°224, obs. D.O.

⁹³ CE, 2 juin 2004, ville de Paris et Sté polyurbaine, contrat et marchés publics, 2004, comm. n°167, note G. Eckert, AJDA 2004, p.1723.

⁹⁴ CE, 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, contrats et marchés publics, 2008, Comm. n°125, obs. J-Piétri.

⁹⁵ CE, 21 novembre 2007, Département du Var, JCPA, 2007, 1026.

⁹⁶ CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'Onclave des Papes, contrats et marchés publics 2010, Comm. n°131, note W. Zimmer.

⁹⁷ CE, 8 juillet 2009, Ministre de la justice c/ Société CS Système d'information, contrats et marchés publics ; 2009, Comm. n°276 et 294, obs. F. Llorens

procédurales pour s'imposer comme une méthode de raisonnement. Ce point est primordial parce que la légitimité de la décision de justice est de ne pas exprimer une vérité qui soit celle du juge⁹⁸, mais qui résulte de la confrontation de l'action administrative aux textes juridiques qui en réglementent, en déterminent les modalités. En effet, c'est en procédant au contrôle des décisions du régulateur attitré, en l'occurrence, l'ARMP, que le juge donne crédit à son pouvoir. Dès lors, le juge de l'administration devient l'artisan d'une bonne justice, d'une justice équitable respectueuse des garanties procédurales en matière de passation des marchés publics. Sous ce rapport, le juge, dans l'exercice de son pouvoir de régulation des marchés publics, agit comme s'il était un agent de l'administration au sens large en ce sens qu'il doit veiller à la bonne application et au respect des règles juridiques organisant les rapports entre les acteurs de la procédure de passation.

⁹⁸ Canivet Guy, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges, in Marie Anne Frison-Roche (dir), op.cit, p.193.

CHAPITRE II : UN CONTENTIEUX JURIDICTIONNEL

L'exercice par l'autorité de régulation des marchés publics de ses compétences n'empêche pas le juge administratif d'exercer les siennes. En effet, la rénovation des structures étatiques dans le contexte de la régulation a été consolidée et sécurisée grâce au contrôle juridictionnel approfondi de la cour suprême. On est entré dans une période qui est celle de la régulation économique où les modes de jugement deviennent raisonnement économique, alors même que l'administration qu'il convient de contrôler ne s'effectue pas en forme d'entreprise, mais en forme d'action juridique. L'office du juge ne peut que s'en trouver transformé. Il lui faut s'approprier les procédures intellectuelles qui n'appartiennent pas d'emblée à son univers mental. Ce contrôle que le juge administratif exerce avec beaucoup de timidité du fait de sa propension à demeurer un juge de la légalité, implique pour lui une substitution totale de son appréciation à celle délivrée par l'ARMP dans le cadre de l'examen des recours dont il est saisi (section I). Cependant, le domaine des marchés publics est un domaine économique. Or, ce juge n'est pas formé à la connaissance des réalités économiques dont il doit tout de même tenir compte dans l'examen des recours portés à son appréciation. Du coup, sa formation initiale ainsi que le peu d'expérience dans ce domaine relativement nouveau rendent difficile l'exercice de son office (section II).

SECTION I : Une substitution inévitable

On sent des difficultés rencontrées par le juge de l'administration pour contrôler l'autorité publique⁹⁹. D'où traditionnellement, une jurisprudence administrative prudente, privilégiant le contrôle formel sur le contrôle de fond, s'abritant largement sous la bannière de l'intérêt général pour présumer les décisions administratives légales¹⁰⁰. Aujourd'hui, le contrôle de la régulation a permis au juge de l'administration d'avoir une nouvelle approche des rapports entre l'administration et les administrés et de pouvoir arbitrer les conflits y relatifs. C'est ainsi que le juge de l'administration a dégagé sa conception de l'intérêt général dans le cadre duquel les considérations économiques sont très présentes (paragraphe 1). Dans la foulée, il a permis, par son office, l'extension de l'erreur manifeste d'appréciation au contentieux de la passation des marchés publics (paragraphe 2).

⁹⁹ Debbasch Charles, Déclin du contentieux ? Op. Cit p89.

¹⁰⁰ Ibidem

Paragraphe 1 : La conception judiciaire de l'intérêt général dans la passation des marchés publics

Le contentieux économique a offert au juge de l'administration l'occasion de s'intéresser à un secteur d'activités de l'administration: la commande publique au travers des marchés publics. Désormais, la Cour suprême et notamment la chambre administrative est amenée à jouer un rôle en matière économique, en veillant au respect des droits et libertés économiques et à exercer un contrôle direct sur l'action de l'Autorité de régulation des marchés publics en charge, théoriquement, de la régulation. De cette manière, il est possible d'affirmer que « juger la régulation, c'est encore réguler¹⁰¹ ». Il s'agit d'un contrôle juridictionnel dans le cadre duquel elle s'évertue à assurer l'application des règles traditionnelles, mais avec une déviance sensible de celles-ci au contact de l'économie. L'on note des ruptures épistémologiques et conceptuelles sous l'influence du juge de l'administration, lesquelles sont révélatrices de l'adaptation du juge à l'environnement économique qui connaît des fluctuations en permanence.

Les notions de « régulation » et d'intérêt général sont considérées comme faisant partie intégrante du droit administratif. Dès lors, l'analyse du juge de l'administration, s'en trouve profondément transformée parce qu'intégrant les considérations économiques dans la résolution des affaires dont il est saisi. Par exemple, au Sénégal, la Cour suprême dans l'affaire « Association sénégalaise des hémodialysés et insuffisants rénaux, ASHIR » contre ARMP¹⁰² a dégagé une conception de l'intérêt général qui semble mettre en avant la teneur économique. Dans cette affaire, la cour suprême a estimé que l'intérêt général est une condition de légalité de l'acte administratif; position jurisprudentielle classique. Le plus important dans cette affaire c'est que le juge considère que l'attribution du marché à Carrefour médical rendant plus accessible les médicaments à un moindre coût, le but de l'intérêt général est aussi réalisé. Ce qui l'amène à conclure que le moyen développé par (ASHIR) et tenant à la violation de la loi n'est pas fondé. Par cette décision, elle a cherché à concilier protection de l'intérêt général et celle des intérêts économiques particuliers¹⁰³. Ce faisant, le juge montre que le procédé régulateur, en dépit de sa souplesse, poursuit une finalité d'intérêt général¹⁰⁴. A ce titre, le besoin de régulation apparaît dans des différents domaines où l'application de la norme juridique est particulièrement complexe.

¹⁰¹ CE, sect, 25 février 2005, France Telecom note P. Idoux

¹⁰² CS ; 12/04/2012 Association sénégalaise des hémodialysés et insuffisants rénaux (ASHIR) contre l'ARMP

¹⁰³ Morpion Anne, « le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de liberté de commerce et de l'industrie *AJDA* 2008, p323. Voir également, Savy René, « la notion de droit économique en droit français », *AJDA*, 1971, pp132-138.

¹⁰⁴ Calandri Laurence, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit., p424

Recourir à la régulation et à l'intérêt général entendu dans sa teneur économique, est souvent pour le juge le seul moyen de reconnaître à l'administration les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour mener sa politique économique, tout en exerçant sur ces pouvoirs un certain contrôle. Dans cette configuration, on constate l'inadaptation du contrôle juridictionnel aux techniques classiques, inadaptation due à la grande rigueur et à l'extrême finesse de ses méthodes. En effet, c'est une tâche malaisée que de soumettre l'économie aux règles du droit administratif classique, la matière y étant largement rebelle. Inévitablement, elles subissent des infléchissements sensibles: l'originalité de la matière enduit une originalité du droit, plus subie que voulue par le juge. On le voit, la plus haute juridiction administrative est déjà prête pour jouer pleinement son rôle de contrôle du régulateur, donc de régulateur des marchés publics, pour une meilleure efficacité de l'action administrative et singulièrement une efficacité de la commande publique.

La juridisation et la judiciarisation des marchés publics montrent que le juge de l'administration ne peut pas, moins que jamais, s'enfermer dans une analyse abstraite et indifférente aux enjeux économiques et financiers des décisions qu'il constate. Il doit non seulement les comprendre, mais aussi déterminer in concreto leur place dans l'équilibre parfois subtil entre les différentes composantes de l'intérêt général protégées par la loi telles que la concurrence, mais aussi la protection des consommateurs, la garantie d'un service universel accessible à tous, l'égalité d'accès aux services et bien sûr la protection des libertés fondamentales. L'on comprend pourquoi le juge de l'administration, dans l'affaire Hémodialyse, considère que l'existence de l'intérêt général est avérée en raison de l'accessibilité des patients aux médicaments à un moindre coût. En raisonnant ainsi, la Cour suprême s'est située sur le terrain de l'appréciation des faits alors que rien ne l'empêchait de se placer sur l'application stricte de la règle de droit. Le juge exprime sa volonté d'aller au-delà de l'aspect normatif et prescriptif du droit pour intégrer dans son raisonnement des considérations économiques. Ce qui montre que le juge, même s'il le fait avec beaucoup de timidité, œuvre de plus en plus pour un droit de la régulation dont il intègre les paradigmes dans le droit administratif. Ce droit de la régulation qui présente une indéniable singularité juridique, appelle à la prise en charge des exigences persistantes du marché, du service public et de l'intérêt général. Outre les techniques du droit, ce sont des mécanismes d'appréhension ou d'appropriation juridique de la réalité qui changent¹⁰⁵. On cesse de raisonner avec les méthodes habituelles de juge, par confrontation à l'intérieur d'un système des normes

¹⁰⁵ Cette situation est révélatrice d'une dynamique rendant compte du processus d'endogénéisation du droit dans les activités économiques. Voir sur cette question Christian Bessy, Thierry Delpuch et Jérôme Pélisse, *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, LGDJ, Paris, 2011, 360p...

hiérarchisées pour se référer à un calcul effectué en forme de bilan coûts-avantages devenu expression d'un contrôle de légalité¹⁰⁶. La représentation juridique des faits dont participe l'intérêt général perd de son autonomie pour se structurer autour du modèle dominant qu'offre la pensée économique¹⁰⁷. Les évolutions que subit l'intérêt général révèlent la nouvelle sensibilité économique d'un droit dont la teneur classique fut d'abord fondamentalement politique¹⁰⁸. Poursuivant son contrôle dans le cadre de la régulation, le juge de l'administration a pu mettre l'extension de l'erreur manifeste d'appréciation au contentieux de la passation des marchés publics.

Paragraphe 2 : L'extension de l'erreur manifeste d'appréciation au contentieux de la passation des marchés publics

Rendue possible par la juridiciarisation¹⁰⁹ de la commande publique, la régulation des marchés publics est révélatrice de l'extension du champ d'intervention du juge administratif ainsi que de son rôle départiteur des acteurs du système, en l'occurrence, l'administration et les candidats aux marchés. En effet, l'étendue exacte du contrôle juridictionnel effectué sur l'action de régulation permet de déterminer quelle liberté d'action est laissée à l'instance de régulation. D'ailleurs, dans cette hypothèse, le juge contrôle, d'une part, « l'équation de la qualification juridique aux faits, proprement dite, qui consiste à mettre en rapport les données de la situation, les faits avérés avec la condition posée par le droit » et, d'autre part, « si la condition légale est remplie (...), si la mesure est prise, si la décision est satisfaisante au regard de la condition, si elle est proportionnée à la situation. Autrement dit, c'est le choix de la décision qui est en cause et l'adéquation de son contenu aux motifs ».

Divers degrés de contrôle peuvent alors être distingués. Ainsi que le relève le Professeur Bernard Pacteau, « *le juge n'examine qu'un contrôle variable sur l'ajustement des motifs de faits aux motifs de droit* »¹¹⁰. Par exemple, le juge peut n'exercer aucun contrôle sur les choix opérés par l'administration¹¹¹. Dans d'autres cas, le juge exerce un contrôle normal¹¹². Enfin,

¹⁰⁶ Caillousse Jacques « le droit administratif contre la performance publique » op. cit, p.999

¹⁰⁷ Ibidem

¹⁰⁸ De cette perception politique du droit administratif, le Doyen Maurice Hauriou a donné jadis un exemple fameux : voir son commentaire sous tribunal des conflits, 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, S 1900.3.49.

¹⁰⁹ On constate un recours de plus en plus important dans les pays membres de l'UEMOA, au juge administratif relativement au contentieux de passation des marchés publics. Le volume du contentieux est plus développé au Burkina Faso (avec 1080 recours) au Sénégal à 211 et en Côte d'Ivoire avec 10. Ce volume de contentieux est révélateur d'une mal appropriation du droit des marchés publics par les auteurs. En effet, le contentieux suppose un dysfonctionnement et exprime la volonté de lutter contre l'arbitraire

¹¹⁰ Pacteau Bernard, « le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif », in Revue internationale de droit comparé, Vol 30, no 3, 1978, p. 200

¹¹¹ Il s'agit du contrôle dit « infra minimum » voir, par exemple le contrôle opéré par le juge administratif sur les appréciations des juges d'examen et le concours, cf. not. CE, 20 mars 1987 Gambris ; Rec, p100 ; AJDA 1987, obs. X.Prelot

¹¹² Il s'agit 'un contrôle entrant de la qualification juridique des faits qui sanctionne toute erreur commise par l'administration sur ce point CF not. les arrêts de principe CE 4 avril 1914, Gomel, Rec, P 488, CE, 19 mai 1933, Benjamin, Rec., p. 541

il peut effectuer un contrôle « maximal ». Ce dernier se concrétise soit par un contrôle dit de « pleine proportionnalité¹¹³ », soit par un bilan “coût-avantage”¹¹⁴.

L'exercice dans un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, par ailleurs conforme aux attentes doctrinales¹¹⁵, dans le domaine du contentieux de la régulation des marchés publics, permet de susciter et de conforter la confiance des acteurs du système.

Le juge de l'administration ne censure ainsi que la seule erreur grossière, évidente et flagrante. Telles ont été les caractéristiques de la décision administrative susceptible d'être frappée d'annulation pour erreur manifeste d'appréciation selon le juge sénégalais de l'administration dans l'arrêt CICR rendu le 28 octobre 1993 par le Conseil d'Etat¹¹⁶. Cette technique étendue, aujourd'hui, au contentieux du contrôle de la régulation des marchés publics, garde toute sa pertinence. En effet, elle est apparue pour s'adapter aux « nouvelles modalités de l'action administrative » qui se sont développées dans les années 60 et 70¹¹⁷ en France et 90 et 2010¹¹⁸, au Sénégal, et qui, comme l'explique le Professeur Bernard Pacteau, ne pouvaient durablement échapper à l'emprise du juge administratif sans que son autorité de censeur du pouvoir exécutif ne finisse pas elle-même par être remise en cause.

Le professeur Pacteau précise que face à cette « administration nouvelle » l'erreur manifeste étant un moyen d'adapter son contrôle aux formes plus complexes de l'action administrative contemporaine. Si ces formes se prêtent en effet à un contrôle total de l'appréciation administrative, du moins l'erreur manifeste lui permet-elle d'en censurer les débordements les plus évidents¹¹⁹. C'est particulièrement le cas de la nouvelle forme de l'action administrative apparue au début des années 2000 et qui développe l'action de régulation. Cette technique à défaut d'être propre à l'action de régulation, lui est particulièrement adaptée.

Dès lors, l'instance de régulation en l'occurrence l'ARMP ne doit pas excéder certaines limites. C'est tout le sens de la décision rendue, le 29 novembre 2012 par la Cour suprême du Sénégal dans l'affaire « Société Angélique International Limited » (A.I.L) à l'ARMP. Selon le juge, la mise à l'écart de la société A.I.L au motif que l'attestation de service fait que l'ASER lui a délivrée est donnée avec le terme des travaux (attestation nécessaire pour prouver que l'on remplit les critères contenus dans l'appel d'offre, à savoir, la capacité

¹¹³ Voir note, CE 19 mai 1933, Benjamin, Rec., p. 541

¹¹⁴ Voir note, CE Ass, 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », Rec., p. 409

¹¹⁵ Voir note, Gérard Timsit, « La régulation : naissance d'une notion » In *L'archipel de la norme*, PUF, coll « les voies du droit » 1997, p. 217.

¹¹⁶ CE, 27 octobre 1993, CICR. Dans cet arrêt, le juge n'a certes pas annulé la décision pour erreur manifeste d'appréciation, mais a tout de même défini l'erreur manifeste comme une erreur grossière, évidente pouvant être décelée par n'importe qui.

¹¹⁷ La jurisprudence de l'erreur manifeste d'appréciation est née en France avec l'arrêt Lagrange, rendu en 1961 par le Conseil d'Etat.

¹¹⁸ Le juge sénégalais est inspiré de son homologue français

¹¹⁹ Pacteau Bernard, « le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif », op.cit. p. 239

technique et l'expérience), par le Comité de règlement des différends de l'ARMP est entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

En conséquence, la Cour suprême annule la décision rendue par le comité de règlement des différends de l'ARMP au motif que l'instance de régulation n'a pas fait un travail d'investigation pour savoir comment l'opération est exécutée par A.I.L d'abord et ensuite par ENCO, la société sous-traitante¹²⁰. Le pouvoir d'interprétation du CRD, estime le juge, est poussé à son maximum comme s'il s'agissait d'une interprétation *contra legem*. En effet, l'ARMP par l'intermédiaire de son CRD aurait dû dégager la part de responsabilité qui incombe à la société ENCO, attributaire de la part du marché non exécutée. L'introduction de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation dans le contentieux des marchés publics constitue une illustration du renforcement du contrôle juridictionnel de l'administration. Le juge a accompli dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration en vue de faire respecter la légalité mais aussi de protéger les droits et libertés des citoyens¹²¹. En toute hypothèse, il devrait pouvoir se livrer à une application correcte de la règle de droit et participer de manière plus satisfaisante au processus de démocratisation et, in fine, à l'édification d'un réel État de droit¹²².

De même, dans l'affaire *Al Firdaws Services c/ARMP* du Sénégal¹²³, la Cour suprême estime que le marché similaire n'est pas, contrairement à ce qui est retenu par l'Autorité en charge de la régulation, un marché identique. Cela veut dire concrètement que si dans le dossier d'appel d'offre on prévoit par exemple qu'il faut nettoyer un immeuble de six étages alors que l'on a nettoyé un immeuble de quatre étages, on peut se faire attribuer le marché. Cette interprétation des conditions d'attribution du marché montre la volonté du juge administratif de ne pas écarter de la compétition les candidats qui sont intervenus dans le secteur d'activité concerné. Il s'agit là de faire comprendre à l'ARMP qu'elle a procédé à une interprétation assez rigoureuse des critères contenus dans le dossier d'appel d'offre.

L'exercice par le juge de l'administration d'un contrôle de l'erreur manifeste, tant sur le principe même de la mise en œuvre d'une action de régulation que sur le choix d'adopter un acte de régulation en lieu et place d'actes décisifs, permet de préserver la logique de proportionnalité qui anime l'exercice concret de ces divers pouvoirs. Le lien étroit entre

¹²⁰ Ce raisonnement est révélateur de la volonté du juge de promouvoir une administration efficace, dynamique qui fait de l'examen des circonstances de fait une condition préalable à l'édition d'actes administratifs valables. Ce raisonnement est révélateur de la volonté du juge de promouvoir une administration efficace, dynamique qui fait de l'examen des circonstances de fait une condition préalable à l'édition d'actes administratifs valables.

¹²¹ Sy Demba, « L'évolution du droit administratif sénégalais », in *Revue EDJA* n° 67, oct-nov-déc 2005, pp. 39-68

¹²² Fall Alioune Badara, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Revue électronique AFRILEX*, n° 03, juin 2003

¹²³ CS, 13/12/2012 *Al Firdaws Services c/ARMP*

l'action de régulation et le principe de proportionnalité a pu être relevé par la doctrine. Ainsi, le professeur Marie Anne Frison-Roche considère le principe de proportionnalité comme un des fondements de l'action de régulation¹²⁴. De façon générale, la référence à la proportionnalité est sous-jacente aux analyses qui font de l'efficacité le cœur de l'activité de régulation¹²⁵. Comme l'affirme Guy Braibant, « *la proportionnalité résulte en effet « de la combinaison de l'économie, de l'utilité et de l'efficacité*¹²⁶ ». Or, l'erreur manifeste d'appréciation constitue bien une application implicite aux motifs de la décision administrative du principe de proportionnalité. C'est en réalité la disproportion entre les motifs de fait de la décision et le contenu de celle-ci. Mais simplement pour que le juge puisse utilement la relever, la disproportion doit être manifeste, c'est-à-dire encore une fois évidente et grave tous ensemble. Toutefois, l'attitude du juge sénégalais de l'administration face aux contentieux économiques, en particulier le contentieux de la régulation économique, témoigne des difficultés qu'il rencontre pour intégrer les paradigmes du droit de la régulation dans son raisonnement d'où les limites du juge administratif dans l'exercice de son pouvoir de régulation des marchés publics.

SECTION II : Une rénovation limitée

Entendue dans sa teneur purement économique, le contrôle de la régulation suscite des questions non seulement par rapport à l'attitude du juge administratif mais aussi et surtout à la nature des règles juridiques applicables. Dans ce domaine, les considérations économiques bref extra juridiques sont très fortes et amènent le juge à devoir se pencher sur les rapports entre droit et économie de manière à pouvoir vider les affaires dont il est souvent saisi. Or, le juge africain de l'administration et sénégalais en particulier, n'a pas reçu une formation sur les paradigmes du droit de la régulation qui fait partie intégrante du droit économique, un droit nouveau et complexe. L'on comprend aisément la difficulté pour le juge administratif, d'intégrer dans sa jurisprudence des données du marché et des impératifs de régulation (paragraphe 1). Ce qui explique la faiblesse du pouvoir régulateur du juge de l'administration (paragraphe 2).

¹²⁴ Frison-Roche M.A, *Droit de la régulation* Dalloz., Paris, 2001, p. 2000

¹²⁵ La promotion de l'efficacité dans l'autorité de régulation montre qu'il s'agit d'un domaine où, pour reprendre les propos de Gérard Farjat, la normativité juridique de l'Etat côtoie la normativité du marché.

¹²⁶ Cité par Guibal Michel, « De la proportionnalité », *AJDA*, 1978, p. 486

Paragraphe 1 : Une difficulté d'intégration

Le contentieux du contrôle de la régulation des marchés publics reste principalement marqué par sa teneur économique du fait précisément des enjeux économiques et financiers qui entourent ces types de contrats. Or, face à l'action économique des pouvoirs publics, le juge de l'administration a éprouvé longtemps un réflexe de recul, soit en déclinant sa compétence, soit en abandonnant volontiers cette question au juge de droit commun. On dit que l'économie « intimidait » ou « ennuyait » le juge¹²⁷. L'économie n'est pas une matière simplement technique : elle entretient avec le droit des relations différentes de celles que connaît le savoir technique. Les mécanismes économiques sont des mécanismes vivants. Or, le juge de l'administration, tant par sa formation que par la composition de son tribunal, ne connaît que le droit.

Cette nouvelle dimension donnée à l'autorité juridictionnelle amène le juge à sortir de son rôle traditionnel et de ses modes habituels de raisonnement puisque cette fonction de régulation suppose non seulement d'avoir en permanence à l'esprit l'intérêt général, mais également très souvent de faire œuvre de création et d'innovation. Le raisonnement juridique classique se trouve ainsi mis en mal, dans la mesure où le droit économique « exige de réfléchir plus en termes d'effets que de sources »¹²⁸. Or, traditionnellement, le juriste cherche à qualifier une situation ou un comportement pour déterminer le régime qui lui est applicable. Dès lors, surgissent des difficultés pour le juge de la Cour suprême de traiter efficacement le contentieux économique, en particulier, celui de marchés publics.

La complexité de l'analyse économique des faits est en effet alors renforcée par les difficultés de confronter les faits à d'autres¹²⁹, puis de déterminer le point d'équilibre des différents éléments soumis à l'appréciation. L'on voit alors que cette mission nouvelle conduit le juge à devenir de moins en moins un juge enfermé dans un conservatisme caractérisé par l'exercice de contrôle de légalité pour intégrer les considérations de régulation économique dans son raisonnement. L'analyse de la jurisprudence administrative, relativement aux contentieux, montre que le juge s'en tient fondamentalement à son office de gardien de la légalité, donc à rester « la bouche de la loi ». Ainsi, dans l'affaire de la Société Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP toujours au Sénégal, le Comité de règlement des différends (CRD) de l'ARMP a ordonné l'attribution du marché¹³⁰ à la société Lucky Exports alors que l'ARMP a constaté que l'offre du candidat repêché n'est pas conforme à l'exigence de

¹²⁷ Vedel Georges, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges Vigreux*, 1981 p. 778

¹²⁸ Bréchon-Moulenes Christine, op. cit, p. 679 et s.

¹²⁹ Fruchs Olivier, « Conciliation des intérêts dans le contentieux administratif de la concurrence », *AJDA*, 2006, p. 747

¹³⁰ L'entreprise évincée, auteur du recours, a estimé que l'ARMP n'a pas respecté les conditions prévues dans l'appel d'offre et le juge lui a donné raison en estimant que l'imminence de la date prévue pour l'utilisation du financement indien ne saurait justifier une atteinte au code

capacité financière qu'il faut prouver en justifiant pour chacune des trois dernières années, un chiffre d'affaire annuel minimal de 90.000.000 de dollars US. L'ARMP a jugé en toute incompetence que cette exigence du cahier des charges est disproportionnée avant de l'écartier au profit de Lucky Exports au motif que l'accord de financement du 21 avril 2011 liant le Sénégal à Eximbank INDIA sera caduc le 30 avril 2013 si le marché n'est pas attribué à Lucky Exports. Alors la Cour suprême a estimé que ce raisonnement de l'ARMP qui, il faut le préciser, apparaît comme solution d'opportunité¹³¹, est juridiquement inconcevable. Selon le juge, l'administration ne peut pas se soustraire volontairement aux dispositions des articles 44¹³² et 59 du code des marchés publics sénégalais.

Cette décision du juge de la Cour Suprême est révélatrice des limites qui s'imposent à l'administration dans la passation des marchés publics. L'administration doit pouvoir diligenter la procédure et agir à temps requis pour éviter de « créer des urgences »¹³³. Ce qui nous renvoie aux conditions au regard desquelles l'urgence est appréciée et même acceptée par le juge. La première condition correspond à la dimension événementielle de l'urgence, laquelle n'existe que du fait d'une nécessité de réaction rapide face à un événement inattendu. On ne peut soulever l'urgence du fait d'un événement dont on pouvait, plus ou moins raisonnablement avoir une représentation psychique antérieurement aux faits. La seconde consiste à considérer que l'urgence à ceci de commun avec la turpitude juridique, que nul ne peut l'invoquer lorsqu'elle lui est propre¹³⁴. A la lumière de cette décision, il apparaît que le juge de l'administration ne sait pas que le contentieux des marchés publics est aujourd'hui très éloigné du contentieux classique de la légalité, entendu au sens classique du terme. C'est un contentieux d'espèce, sous-tendu par un grand pragmatisme, qui révèle le caractère purement économique du droit des marchés publics¹³⁵. Et le juge ne peut plus ignorer que sa mission est évaluée en termes de performance sociale. Il ne lui est plus simplement demandé

¹³¹ Le contrôle d'opportunité renvoie au pragmatisme procédural qui permettrait de pouvoir utiliser l'argent prévu au titre du financement indien avant la date butoir, soit le 30 avril 2011.

¹³² Aux termes de ces deux articles du code des marchés publics du Sénégal, tout candidat à un marché public doit justifier qu'il dispose des capacités techniques et financières requises pour exécuter le marché en présentant tous les documents et attestations énumérés par le dossier d'appel à la concurrence et que la qualification du candidat qui a présenté l'offre évaluée la moins disante au regard des capacités juridiques, techniques et financières requises, est examinée indépendamment du contenu de son offre, au vu des justifications qu'il a soumises

¹³³ De Baecke Pierre, *Comprendre simplement les marchés publics*, éditions le Monteur, Paris, 2013, p. 09

¹³⁴ Pour une analyse complète de la notion et de ses utilisations, voir également G. Pambou Tchivounda, « Recherches sur l'urgence en droit administratif français », *RDP*, 1983, p. 81.

¹³⁵ Les prérogatives de l'ARMP le conduisant très souvent à trancher entre différents intérêts en présence en faveur de l'administration pour lui permettre d'attendre les objectifs de développement que l'Etat s'est fixé. Ce qui, en l'espèce, a amené l'ARMP à accélérer la procédure et à ne pas respecter les autres critères contenus dans la dossier d'appel d'offre pour ne pas perdre le financement. Le juge administratif sénégalais a dans cette affaire manifesté sa volonté de s'en tenir davantage à un contrôle de légalité qui fait de lui un juge soucieux du respect de la hiérarchie des normes juridiques, qu'un contrôle de régulation. C'est pourquoi sans doute, le Président de la République a réagi à cette situation, par la signature du décret du mois de septembre 2014 portant adoption d'un nouveau code des marchés publics, prévoyant singulièrement, de simplifier les procédures et faire jouer aux marchés publics leur rôle de moteur de la croissance économique d'un pays.

de dire le droit¹³⁶, il doit se faire l'administrateur de ses propres décisions¹³⁷. Cette conception d'une justice pratique faisant de l'efficacité une caractéristique principale de sa décision, n'est pas dans la tradition sénégalaise dont procède et participe la juridiction administrative. C'est pourquoi, le juge de la cour suprême doit pouvoir apprécier les arguments des parties et être pénétré des méthodes du droit économique pour apprécier le débat qui se déroule devant lui et y répondre. En effet, il s'agit d'une tâche qui lui permet de participer à la correction des imperfections du marché par le biais de la régulation par l'établissement des conditions adéquates en matière de concurrence¹³⁸. Ce contentieux le place au cœur de l'élaboration de droit de la régulation économique, et en particulier de la concurrence¹³⁹. Ainsi, plus le juge a des connaissances techniques, plus il peut avancer dans le contrôle d'opportunité des décisions de l'autorité de régulation sectorielle¹⁴⁰. Il s'agit, pour le juge, d'appliquer un droit qui l'invite à chausser des lunettes d'économistes pour aborder les faits. Sur le plan pratique, le défi est avant tout celui de la formation des juges, à la fois au droit communautaire¹⁴¹ et à l'économie¹⁴². Cependant, l'application par le juge d'un droit aussi imprégné d'économie soulève également des interrogations d'ordre plus théorique. Le droit économique¹⁴³ réveille chez le juriste la crainte que l'économie ne porte « atteinte à l'intégrité du droit »¹⁴⁴. Cette crainte n'est pas nouvelle et elle concerne directement le rôle du juge dans la réalisation du droit. Par exemple, en France, des auteurs qui avaient, dans les années 1970, annoncé la naissance d'un droit économique pensaient que la « déjuridiciarisation du droit » était inéluctable¹⁴⁵. C'est précisément la perméabilité de la norme juridique aux considérations économiques qui était censée entraîner une dégradation des sources formelles du droit¹⁴⁶. En

¹³⁶ Le droit que le juge administratif, dans cette nouvelle configuration des rapports entre l'administration et les soumissionnaires, doit dire n'est pas le droit entendu au sens formel, mais un droit intégrant des considérations économiques, des politiques de régulation économique, bref un droit empirique.

¹³⁷ Gaudemet Yves, « Le juge administratif futur administrateur ? », in *Le juge administratif à l'aube du XXIème siècle*, Presses Universitaires de Grenoble, 1955, p. 179 et s.

¹³⁸ L'appareil judiciaire traditionnel n'étant pas idéalement conçu pour contrôler les décisions prises en matière de concurrence. En effet, le juge administratif, notamment de l'excès de pouvoir saisit des actes (confrontation entre des actes et les normes immédiatement supérieures) et non des comportements, alors que le droit économique, en particulier, le droit de la concurrence, doit s'intéresser aux comportements. Voir sur ce sujet Laurent Richer, « Le juge économiste », *AJDA*, 2000, p. 703.

¹³⁹ Sibony Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, voir 2008, p. 2

¹⁴⁰ Canivet Guy, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », op. cit, p.192

¹⁴¹ La perméabilité du droit administratif aux normes communautaires, dont la teneur économique est très forte, contribue à repenser le droit et ses règles autrement. La prise en considération des données du marché et des impératifs de régulation économique contribue à atténuer et même altérer l'exorbitance du droit administratif. D'ailleurs, on a toujours dit que le droit administratif est réputé inadapté à l'économie, l'activité économique offrant moins de prise que d'autres activités au contrôle contentieux. Avec ce changement de paradigme juridique du à l'intégration de la régulation dans le droit administratif et dont le juge africain est tenu, se pose la question de l'évolution du contenu du droit administratif lui-même. Voir à ce sujet : Jacques Caillose, « Le droit administratif français saisi par la concurrence », *AJDA*, pp.99-105 ; Voir également, Jean Yves Chérot, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA*, 2000, pp. 687-701.

¹⁴² 156 Armand-Prevost, « Quel profit pour un juge économique en France ? », in *Mélanges Pierre Bezar*, LPA et Montchrestien, 2002, pp.33-40 ; voir également Laurent Richer, « Le juge économiste », *AJDA*, 2000, pp. 704.-708.

¹⁴³ Dans cette discipline, le droit n'est pas une source première et le fondement de la règle juridique, c'est une technique subordonnée à la réalisation d'un but économique. Dans cette conception, l'économie n'est plus un outil pour le droit, c'est le droit qui devient un instrument de l'économie. Voir sur cette question Jacquemin A, « Le droit économique », *RTD*, com. 1972 ; pp.283-295 ; Voyel. L « L'économie serviteur ou maître du droit », *Mélanges André Decocq*, Litec 2004, pp. 605-614

¹⁴⁴ Tamin C, « Economie et droit » in Dénys. Alland et J. Riels (dir), *Dictionnaire de la culture juridique* PUF et Lamy, 2003, pp. 578-581

¹⁴⁵ Farjat Gérard, *droit économique*, PUF, coll. « themis » 1ère édition. 1971 p.392

¹⁴⁶ *Ibidem* p.393

clair, le droit aurait perdu au contact de l'économie les qualités nécessaires à l'application judiciaire de la norme¹⁴⁷. Pour appliquer un nouveau droit pénétré d'économie, il faudrait inventer des « magistratures économiques¹⁴⁸ ». Ce qui leur permettra d'intégrer les enjeux et impératifs de la régulation économique dans leur raisonnement et de comprendre que dans certaines situations l'application du droit dans toute sa rigueur et son autorité peut être contreproductive d'un point de vue économique. Toutefois, il importe de souligner que le juge sénégalais de l'administration n'est pas aussi outillé que le juge français. En effet, il ne dispose ni du pouvoir d'enjoindre à l'administration d'agir dans un sens ou dans un autre, ni de prononcer une astreinte. Or, l'efficacité du contrôle juridictionnel de la régulation justifie le renforcement des pouvoirs du juge.

Paragraphe 2 : Une faiblesse d'exécution

Les raisons de douter de l'efficacité du contrôle juridictionnel des décisions de l'ARMP demeurent malheureusement nombreuses en dépit des efforts¹⁴⁹ d'analyse et de construction juridique constatés chez le juge de la Cour Suprême. Des difficultés actuelles ressortent au moins trois ordres de préoccupations. Il y a d'abord l'absence des dispositions réglant de manière satisfaisante le problème des procédures d'urgence relativement au contentieux de la passation des marchés publics. En effet, la réforme du droit des marchés publics impulsée par le droit communautaire¹⁵⁰ devrait induire de nouvelles méthodes de gestion du contentieux y relatif. Il en est ainsi de l'institution du référé précontractuel à l'image de ce qui se passe en France¹⁵¹. Ce type de recours est un recours singulier en ce qu'il se situe à mi-chemin entre les procédures classiques et le contentieux de pleine juridiction. A cet égard, nombreux sont les acteurs qui qualifient le « juge des référés précontractuels de juge de pleine juridiction statuant en la forme des référés ».

¹⁴⁷ Boulouis Jean, « Droit économique » in *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p.175

¹⁴⁸ Jacquemin Alexis *La magistrature économique*, oyez et Bruylant, 1976, « Eléments structurels d'une magistrature économique » RTD com 1977, pp. 421-434

¹⁴⁹ Parmi les efforts révélateurs de la volonté du juge sénégalais de l'administration de se départir du COA jugé dépassé sur certains points, on note le renversement de la charge de la preuve (CS, 7 mars 1963, Amadou Alpha Kane) et l'erreur manifeste d'appréciation (CE du Sénégal 27 octobre 1999 CICR).

¹⁵⁰ Les marchés publics n'ont pas échappé à la communautarisation des politiques étatiques en ce sens que leur ouverture à la concurrence constituait l'un des éléments clés de la réalisation du marché commun. Afin d'instaurer des conditions de mise en concurrence effective, l'UEMOA a mis en place un triple rideau législatif portant respectivement sur la publicité des appels d'offre, l'harmonisation des conditions de passation des marchés publics et enfin les voies de recours pour les concurrents non retenus. Voir à ce sujet Alexandra Langlais, « l'influence du droit communautaire sur la liberté contractuelle du décideur public dans le cadre du contrat de partenariat », *RDP*, no 6, 2006, pp.1600-1614.

¹⁵¹ V. Brenet François, « Succession d'un référé précontractuel et d'un référé contractuel », note sous CE, 10 novembre 2010, France Agrimer, in *Droit administratif*, janvier 2011, p. 38 et s.,spéc. p. 38. Le Professeur Jean-David DREYFUS remarquait une « mosaïque de recours ». V.Dreyfus Jean-David, « Référé précontractuel et référé contractuel : l'ignorance prémunit contre l'irrecevabilité », note sous CE, 10 novembre 2010, France Agrimer, in *AJDA*, 2011, p. 51. et s.,spéc. p. 52. Le Professeur Philippe Cossalter qualifiait le contenu du contentieux administratif des contrats publics de « feu d'artifice ».V. en ce sens : Cossalter Philippe, « Vingt ans de contentieux administratif des contrats publics : permanence et innovations », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, IDPA, 2012, p. 231 et s.,spéc. p. 250. Le Professeur Stéphane Braconnier soulignait la « concurrence fratricide entre les actions post-contractuelles ouvertes aux concurrents évincés » ; Marino-Philippe Clémence, « Les nouvelles règles de la commande publique : bilan autour d'un contentieux en perpétuelle évolution », in *RDP*, 2011, p. 113 et s.,spéc. p. 114

Dans ce nouveau système, la Cour suprême qui, faut-il le rappeler, est compétente pour le contentieux de la passation des marchés et, notamment, des actes détachables¹⁵² du contrat, pourra bénéficier des avantages du contentieux de pleine juridiction et des procédures d'urgence classique¹⁵³. Il aura à ses dispositions une large palette de pouvoirs et sera prêt pour statuer rapidement au terme d'une procédure contentieuse allégée. Aussi bien la doctrine que la jurisprudence admettent que les pouvoirs conférés au juge des référés précontractuels sont ceux du juge de pleine juridiction¹⁵⁴. Cette assimilation est symptomatique de l'étendue des pouvoirs conférés au juge des référés précontractuels qui peut ordonner à l'administration, auteur de manquement, de se conformer à ses obligations¹⁵⁵. Cependant, il peut enjoindre à l'administration de reprendre l'ensemble de la procédure de passation du contrat¹⁵⁶ ou seulement une partie de cette procédure à partir d'un stade fixé par lui en fonction du moment où a été commise la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence ou de procéder à un nouvel appel d'offres¹⁵⁷.

Toutefois, il convient de souligner que des réformes sont nécessaires, qu'elles se produisent par voie législative ou réglementaire, pour permettre au juge sénégalais de l'administration d'assurer, à l'image de son homologue français l'efficacité de la régulation des marchés publics. En effet, les libertés économiques des soumissionnaires et les enjeux économiques et financiers de ses marchés sont à ce prix. L'efficacité de contrôle juridictionnel est, en second lieu gravement affectée au Sénégal, par l'interdiction que se fait à lui-même, le juge de la Cour suprême d'adresser des injonctions à l'administration. On ne peut lui trouver aucune justification théorique véritablement satisfaisante puisque « ordonner à l'administration de faire ce que le droit lui impose ne constitue pas une méconnaissance de la séparation des pouvoirs ou des fonctions »¹⁵⁸, et qu'elle n'est posée par aucun texte. D'ailleurs, cette attitude du juge africain de l'administration, et particulièrement béninois, peut être perçue par les

¹⁵² Article 19 de la loi n° du 7 août 2008, JORS n°6420 du 8 août 2008 en France, p759. L'article 140 du code des obligations de l'administration qui, faut-il le rappeler, codifie une bonne partie de la jurisprudence administrative française, considère comme actes détachables les actes suivants : l'autorisation de contracter, la décision de contracter ou de ne pas contracter, l'opération d'adjudication, l'approbation du contrat, l'acte de conclusion du contrat ou le refus de conclure.

¹⁵³ Les procédures d'urgence classiques renvoient, ici au sursis à exécution des décisions administratives dont le prononcé est subordonné à la réunion de deux conditions : l'existence de moyens qui paraissent sérieux en l'état de l'instruction et un préjudice irréparable. La cour suprême dans les affaires Etat du Sénégal c/ARMP et Société Angélique International Limited (A.I.L) tranchées respectivement le 25/09/2008 et le 23/08/2012, a ordonné le sursis à exécution des décisions d'attribution des marchés publics en cause. Voir sur cette question du sursis, Moustapha Ngaïde et Momar Tall Sock, Code des marchés publics annoté, édition Judiscare, 2015, p. 176 ; Voir sur la jurisprudence relative au sursis à exécution, Alioune .Sall, « le sursis à exécution des décisions administratives dans la jurisprudence sénégalaise », Revue juridique et politique des Etats francophones, n°04, vol 59, 2005, pp.499-543

¹⁵⁴ Lafaix Jean François, « le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *RFDA*, novembre-décembre 2010, pp.1089-1113

¹⁵⁵ En France par exemple, il est à noter que le juge des référés précontractuels des contrats passés par les entités adjudicatrices dispose d'un pouvoir d'injonction auquel est assortie une obligation d'information de l'auteur du manquement du délai qui lui est imparti pour y remédier. Voir sur cette question Laura Preud'homme, *L'articulation des voies de recours dans le contentieux de la commande à l'initiative des tiers au contrat*, Thèse, Université Paris, Panthéon Sorbonne, 2013, 458 pages

¹⁵⁶ V. par ex. : CE, ass., 10 juin 1994, Commune de Cabourg, req. n° 141633, Rec. p. 300 ; CE, 13 décembre 1996, Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur de Cannes-Grasse, req. n° 169706, Rec. p. 488

¹⁵⁷ V. par ex. : CE, 6 novembre 1998, Assistance publique – Hôpitaux de Marseille, req. n° 194960

¹⁵⁸ Debbasch Charles, *Déclin du contentieux administratif*, op. Cit, p.97

justiciables comme un déni de justice. En réalité, l'inexistence de cette règle en droit béninois constitue un obstacle insurmontable à la modernisation de la juridiction administrative.

Cependant, la structure est relativement différente en France en ce sens que la loi du 16 juillet 1980 et celle du 8 février 1980 prévoyant respectivement la possibilité de condamner l'administration sous astreinte et lui enjoindre d'exécuter une décision de justice. La jurisprudence française a même été très loin dans cette voie l'arrêt Bour du 26 février 2003¹⁵⁹ dans lequel on voit le Conseil d'Etat, après avoir annulé une décision de préemption, dicter à l'administration la conduite qu'elle doit adopter pour revenir dans la légalité et le faire en lui donnant de véritables instructions sur la façon de procéder à la revente de l'immeuble irrégulièrement préempté, à la fixation du prix. Cette extension des pouvoirs d'exécution du juge a conduit bon nombre d'individus à se demander s'il ne convenait pas d'envisager de nouvelles extensions des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoirs pouvant conforter, par exemple, un pouvoir de réformation ou, comme en Allemagne, celui de procéder à une déclaration des droits de l'administré¹⁶⁰.

Dans un souci de renforcement de l'Etat de droit et du contrôle juridictionnel de l'Administration, le législateur devrait pouvoir introduire ces techniques juridiques dans notre droit positif. Il ne faut pas attendre du juge de l'administration qu'il le fasse parce que davantage cantonné à ses fonctions d'application de la loi que de créer de nouvelles règles.

En réalité, c'est une évidence de dire que le juge a une lecture littérale de ses attributions. Ce qui fait de lui un juge qui met davantage en œuvre son pouvoir juridictionnel que celui dit jurisprudentiel. Or, grâce à ses techniques, le juge pourra s'intéresser de plus en plus étroitement aux conséquences de ses décisions et faire entrer dans son office la responsabilité de veiller à l'après jugement, œuvrant ainsi pour une grande effectivité de la justice administrative. Ce qui lui permettrait, après avoir annulé une décision d'attribution d'un marché public en raison de la violation du code des marchés publics, d'exiger de l'administration de reprendre la procédure le plus rapidement en lui indiquant les orientations qu'il estime appropriées. Concrètement, en l'état actuel du droit positif béninois, lorsque le juge annule une décision de l'ARMP, il n'accepte pas de se prononcer sur la question de savoir si le soumissionnaire avait droit à l'attribution du marché.

Enfin, si on laisse de côté les problèmes d'ordre juridique qui pèsent lourds sur le pouvoir régulateur du juge de l'administration, il faut s'interroger sur sa capacité au regard de sa

¹⁵⁹ *AJDA* 2003, 732, Chr. Donnet et Casas, *AJDA* note Fatôme

¹⁶⁰ Cette procédure permet au juge, après avoir conclu à l'illégalité de l'acte administratif, de constater que le requérant est juridiquement fondé à demander à l'administration compétente de prendre un acte administratif individuel en sa faveur. En d'autres termes, dans le cadre de cette, le juge administratif déclarait que l'administration à l'obligation légale d'émettre un tel acte. Voir sur cette question Fabrice Melleray, « Déclaration de droits et Recours pour excès de pouvoir », *RDJ* N°04-1998 pp.1088-1129

formation, à juger efficacement les problèmes afférents au contentieux économique. Cette interrogation vient à son heure du fait que la mondialisation économique a pu entraîner une reconfiguration de l'action publique et induit une nouvelle manière de penser les rapports droit-économie. Le juge de l'administration, juge naturel de l'action publique, se doit d'être imprégné des réalités juridiques et économiques sans cesse évolutives. De ce fait, il pourra se familiariser avec le droit économique, le droit de la régulation économique, l'intégrer dans le droit administratif et élargir, ainsi, le spectre de la légalité.

CONCLUSION

Véritable pilier dans le paysage de la gestion financière et comptable du Bénin et de l'espace UEMOA, la mise en œuvre à partir de 2009 des réformes liées à la gestion performante des marchés publics a induit de profondes mutations dans toutes les procédures du système des marchés publics en général et la problématique du contrôle des procédures de passation des marchés publics ; ce qui a entraîné des conséquences positives dans la gestion des finances publiques béninoises.

La dynamique d'intégration économique en Afrique s'est résolument inscrite dans une perspective de promotion, par le droit, d'une économie de marché à l'échelle sous régionale. En effet, l'économie de marché n'a jamais signifié l'absence de droit, même dans la conception la plus minimaliste de l'encadrement juridique de l'économie¹⁶¹. Elle est née du droit et demeure encadrée par ses instruments et ses exigences¹⁶². C'est pourquoi, l'UEMOA a entrepris un programme régional de réforme visant à instaurer dans le domaine spécifique de la passation des marchés publics, des pratiques de bonne gouvernance économique permettant aux États membres d'assurer l'efficience¹⁶³ de la dépense publique. Dans ce cadre, des textes communautaires spécifiques au droit des marchés publics ont été adoptés : 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 et la directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et délégation de service public.

Les contrôles ne visent plus seulement à protéger les intérêts de l'administration vis-à-vis de ses fournisseurs mais aussi à sauvegarder le tissu économique du pays ainsi que les droits des entreprises dans l'accès à la commande publique. Ainsi, le Contrôle des marchés publics constitue l'une des pierres angulaires du développement des administrations, notamment en matière d'adoption du Programme d'Ajustement Structurel (PAS), dont la mise en œuvre exige entre autre la libéralisation du commerce extérieur, la rationalisation de la gestion des finances publiques, la bonne gouvernance, ainsi qu'un développement systémique et cohérent qui sont autant de raisons qui motivent la nécessaire promotion des techniques de Contrôle des marchés publics et de règlement des différends dans les procédures de passation des marchés publics au Bénin. Alors le contrôle des procédures de passations des marchés publics, c'est un des mécanismes qui vise à assurer que tous les éléments mentionnés plus

¹⁶¹Dans les thèses de Hayek, le droit est le garant de l'absence d'interférence des pouvoirs dans l'exercice individuel des libertés. En cela, certes sous forme négative, le droit demeure nécessaire V. F Hayek, Droit, législation et liberté, 3t, rééd. PUF, coll « Quadrige », 1995, spéc. 4 premiers tomes, Règles et ordre.

¹⁶² Descoings Richard, « la nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation » in Frison-Roche Marie Anne, *les régulations : légitimité et efficacité*, Dalloz, Paris, 2004, p. 09

¹⁶³ Atteindre l'objectif à moindre coût

haut soient respectés. Ce contrôle est effectué en amont par la DNCMP lors de la passation des marchés publics. La DNCMP vérifie si toutes les dispositions règlementant la passation des marchés ont été soigneusement respectées. Face aux exigences de la bonne gouvernance qui s'imposent aux décideurs à tous les niveaux, il est devenu impérieux de bâtir un cadre des finances publiques apte à garantir la transparence et l'efficacité dans la gestion des ressources publiques. Il s'y ajoute que, de la mise en place d'un cadre assaini, dépend la crédibilité de l'Etat aux yeux de ses différents partenaires et de ceux des citoyens.

Le contentieux économique se développe de façon exponentielle du fait non seulement de l'ouverture de plusieurs secteurs d'activité publique à la concurrence mais aussi de la création et du fonctionnement des autorités de régulation que sont les autorités administratives indépendantes. Cette nouvelle configuration du paysage administratif donne l'occasion au juge d'intervenir soit pour rappeler les règles du jeu économique, auquel cas le juge témoigne de son rôle d'arbitre et de régulateur du système économique, en particulier la passation des marchés publics. Mais, il prend en considération le fait que l'évolution ainsi que la diversification des champs d'action de l'administration doivent l'amener à concevoir son office autrement s'il ne veut être un juge dépassé par les événements. Ses outils doivent être adaptés à la résolution des litiges, en particulier, les contentieux de la passation des marchés publics soumis à son appréciation. Par conséquent, le juge de l'administration va apprendre à vivre dans un environnement juridique communautaire qui constitue pour lui à la fois une contrainte forte du fait de l'intégration des aspects économiques de régulation sans son raisonnement mais aussi un facteur constant de renforcement de ses pouvoirs et de son rôle. Ce faisant, on assistera à la perméabilité accrue du droit administratif aux normes communautaires et, aussi, à l'altération de l'exorbitance de ce corps de règles dérogatoires au droit commun. Les techniques et la structure de pensée du juge de l'administration s'en trouveront profondément modifiées au bénéfice des administrés qui, du fait, du libéralisme du juge, verront leurs droits mieux affirmés et protégés.

Mais, aujourd'hui l'environnement est plus favorable avec des réformes qui constituent des atouts majeurs limitant les maux du système. A travers notre travail, nous avons pu diagnostiquer les procédures de contrôles non juridictionnel et du contrôle juridictionnel sur système de gestion des marchés publics, proposer des solutions pour le rendre moderne et performant afin d'assurer sa fiabilité et sa célérité en vue d'atteindre l'efficacité et l'efficience de la dépense publique. Certes, nous ne pensons pas avoir épuisé toutes les réflexions en la matière, en apportant des solutions exhaustives. Mais, dans le cadre de notre travail, nous

avons voulu contribuer à améliorer les performances du contrôle des procédures de passation des marchés publics au Bénin.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES

- ALBERNOT (Y.) et RAVESTEIN (J.), *Réussir son master en sciences humaines et sociales*, Edition DUNOD, Paris, 2009, 220 p.
- AZZONNE (R), *Les Marchés publics d'études et de Maîtrise d'œuvre*, Paris, Edition Berger- Levrault, 1996, 183 p.
- BRACONNIER (S.), *Précis du Droit des Marchés Publics*, Paris, édition du Moniteur, 2007, 528 p.
- BRECHON (C.) et autres, *Droit des marchés publics*, Paris, le Moniteur, 1993, 122 p.
- CASTAING (B.) NOGUELOU (R.) et PREBISSY – SCHNALL (C), *Les Marchés Publics : Notion, modalité de gestion et exécution*, Paris, édition du juris-classeur, Litec, 2002, 208 p.
- CHABANOL (D.) et JOUGUELET (J.P.), *Marchés publics de travaux : Droits et obligations des signataires*, Paris, 3^{ème} édition, le MONITEUR, 2000, 492 p.
- CLEMENT (J.) et RICHER (D.), *Les marchés publics de travaux des collectivités territoriales*, 2^e édition, CNFPT (Centre National de la Fonction Publique Territoriale) Paris, Editions, ECONOMICA, 1993, 48 p.
- EMERY (C.), *Passer un marché public : principes, procédures, contentieux*, 2^e édition, , Paris, LE MONITEUR, DELMAS 2004, 480 p.
- GUEDEGBE (I.), *Gouvernance en République du Bénin : Droit et pratique des marchés publics*, Cotonou, édition HORID PRESS, 2007-2008, 147 p.
- LAJOYE (C.), *Droit des marchés publics*, Paris, GUALINO éditeur, EJA, 2005, 234 p.
- LICHERE (F.), MARTOR (B.), PEDINI (G.)et THOUVENOT (S.), *Pratique des partenariats public-privé : choisir, évaluer, monter et suivre son PPP*, 2^{ème} édition, Paris, Litec, 2009, 268 p.
- LIGNIERES (P.), *Partenariat public-privé*, 2^{ème} éd, Paris, Litec, 2005, 452 p.

- LINDITCH (F.), *Le Droit des marchés publics*, 3^{ème} édition, Paris, DALLOZ, 2003, 150 p.
- MICHON (J.), *Les marchés publics en 100 questions : guide pratique à l'usage des acheteurs publics et des prestataires*, 3^e éd., Paris, Editions du Moniteur, 2006, 304 p.
- PERROTIN (R.), et LOUBERE (J – M), *Nouvelles Stratégies d'Achat : Sous-traitances, coopération, partenariat*, Paris, les éditions d'organisation, 1997, 256 p.
- PREBISSY – SHNALL (C.), *La pénalisation du droit des marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 2004, 640 p.
- ROMEUF (R.), *La pratique des marchés publics*, Paris, Edition « J. DELMAS et COMPAGNIE », 1997, 366 p.
- SABIANI (F.), *Marchés publics de travaux et contrats voisins*, Paris, DELMAS, 5^{ème} édition 1995, 232 p.
- SALAMI (I.), *Droit Administratif général*, Cotonou, Editions ODOUCHINA, 2015, 404 p.
- SCHULTZ (P.), *Les Marchés Publics*, Paris, L.G.D.J., 2003, 315 p.
- SEDJARI (A.), *Partenariat public-privé et gouvernance future*, Editions l'Harmattan-GRET, 2005, 528 p.
- ZIEGEL (R.), *Les marchés publics dans les pays en voies de développement*, Paris, édition Armand Colin, 1968, 867 p.

II- Articles, revues et autres documents

A- Articles et revues

- BRACONNIER (S.), « L'accès aux marchés publics dans le nouveau code des marchés publics » ; *contr. Et march. Publ.*, 2001, pp.. 33 – 51.
- DREYFUS (J.D.), « Le nouveau code des marchés publics », in *A.J.D.A.*, du 23 février 2004, pp. 366-384.

- DUPONT (O.), « Les contrats de partenariat entre secteur public et secteur privé en Belgique. Aperçu du droit français », mai 2006, article du Séminaire de droit des contrats publics et privés, Université Catholique de Louvain, Faculté de droit.
- FLAMME (P.) et FLAMME (M), « Les marchés publics de services et la coordination de leur procédure de passation », in Revue du marché commun et de l'Union Européenne n° 365, février 1993, pp. 150-176.
- HEMERY (V.), « Le partenariat, une notion juridique en formation ? » in RFD adm., n°14, mars-avril 1998.
- MARCOU (G.), « Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique ? » in Caisse des Dépôts et consignations (CDC) (dir.), Partenariat public-privé et collectivités internationales, Paris, la Documentation française.
- MARTY (F.), VOISIN (A.) et TROSA (S.) « *Les partenariats public-privé* » ; LA DÉCOUVERTE 9 bis, rue Abel-Hovelacque 75013 Paris.

B- Autres documents

- GONOU (A.), « Les incidents d'exécution des marchés publics au Bénin », Communication au séminaire atelier de formation du personnel de la presse privée du Bénin, Cotonou, les 15 et 16 mars 2003.
- HOEPPFNER (H.), « Le régime des modifications conventionnelles des délégations de service public », Contrat-Marchés publ. n° 12, 2006, Etude n° 19.
- MARTY (F.), TROSA(S.), VOISIN (A.), « La construction des méthodes de comparaison des coûts public-privé : les enseignements des expériences étrangères », PMP N°3, vol.22, 2004.

III- Mémoires et thèses

A- Mémoires

- AHOUANDJINO (K.) et MAYABA (H.), Réflexion sur la passation des marchés publics communaux, Mémoire de maîtrise ès Sciences Juridiques, UAC, FADESP, 2002 -2003.
- AIZOUN (M.), Contribution à l'amélioration du Contrôle des marchés publics au Bénin : cas de la DNCMP, Mémoire de fin de formation du premier cycle de l'ENAM-UAC, 2009-2010.
- AKANMOUN (G.), Contribution à l'optimisation de l'exécution financière des marchés publics, Mémoire de fin de formation du premier cycle de l'ENAM-UAC, 2010-2011.
- BATCHO (M.G.) et BATONON (H.L.), La problématique de la responsabilité en matière de marchés publics au Bénin, Mémoire de Maîtrise ès Sciences Juridiques, UAC FADESP 2004 – 2005.
- BIO (H.) et OBA CHABI (D.), les privilèges de l'administration dans les contrats administratifs, Mémoire de Maîtrise ès Sciences Juridiques, UAC FADESP 2002 – 2003.
- CHABI (D.) et OROU GANDE (B.S.), les marchés publics locaux dans le contexte de la décentralisation : cas de la commune de Parakou, Mémoire de Maîtrise ès Sciences Juridiques, UAC FADESP 2002 – 2003.
- CHABY (D.), Contribution à l'amélioration du suivi de l'exécution des marchés des travaux, Mémoire de fin de formation du premier cycle de l'ENAM-UAC, 2009-2010.
- KOUDESSOUGBE (P.), Problématique de la consommation optimale des crédits sur financement : cas du projet e-Bénin, Mémoire de fin de formation du premier cycle de l'ENAM-UAC, 2010-2011.

B- Thèses

- GOUNOU SALIFOU (A.), Droit et pratique des marchés publics en Afrique de l'ouest francophone : cas de la République du Bénin, thèse de droit public soutenue à l'Université de Lomé, 2008, 536p.
- KALFLECHE Grégory, Des marchés publics à la commande publique : L'évolution du droit des marchés publics. Droit. Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004, 764 p.
- TALBOT Jean, L'évolution de la réglementation des marchés de travaux et de fournitures de l'Etat, Thèse Paris, 1958, 386 p.
- TAMBA Rose-Marie Pref. HAEL, La protection du sous-traitant dans le cadre des marchés publics, Thèse Lyon 3, 1987, 208 p.

IV- Principaux textes officiels cités

A- Textes communautaires

- UEMOA, Programme régional de réforme des marchés publics des Etats membres de l'UEMOA (PRMP-UEMOA), vol II
- Directive N°04/2005/CM/UEMO portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et de délégation de service public dans l'UEMOA.
- Commission de l'UEMOA, Directive N°005/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA du 9 décembre 2005.

B- Textes internes

- Loi n° 90 -32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin, J.O N°1 du 1^{er} janvier 1991, P.2 ;
- Loi n° 2001– 07 du 09 mai 2001 portant maîtrise d'ouvrage public en République du Bénin, J.O N° 14 du 15 juillet 2001, P.492 ;
- Loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

- Décret n° 2018-223 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de l’Autorité de Régulation des Marches Publics.
- Décret n° 2018-224 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marches Publics.
- Décret n° 2018-225 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement des cellules de Contrôle des Marches Publics en République du Bénin.
- Décret n° 2018-226 du 13 juin 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Personne Responsable des Marches Publics et de la Commission de Passation des Marches Publics.
- Décret n° 2018-227 du 13 juin 2018 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix.
- Décret n° 2018-228 du 13 juin 2018 fixant les délais impartis aux organes de passation, de contrôle et d’approbation des marchés publics.
- Décret n° 2018-229 du 13 juin 2018 portant approbation des documents types de passation des marchés publics en République du Bénin.
- Décret n° 2018-230 du 13 juin 2018 portant code d’éthique et de déontologie dans la commande publique.
- Décret n° 2018-231 du 13 juin 2018 portant procédures d’élaboration des plans de passation des marchés publics
- Décret n° 2018-232 du 13 juin 2018 fixant les seuils de passation, de sollicitation de prix, de dispense, de contrôle et d’approbation des marchés publics en République du Bénin.
- Décret n° 2018 - 233 du 13 juin 2018 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret.

Table des matières

DEDICACE :.....	iii
REMERCIEMENTS :.....	iv
LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS	v
SOMMAIRE :	viii
INTRODUCTION.....	1
1ère Partie : Un double contrôle non juridictionnel	7
CHAPITRE 1 : UN CONTROLE ADMINISTRATIF INTERNE.....	9
SECTION 1 : Une vérification en amont	9
Paragraphe 1 : Un contrôle aux fondements juridiques évidents.....	9
Paragraphe 2 : Une mission à multiple facettes	10
SECTION II : Une vérification aux modalités spécifiques	11
Paragraphe 1 : Le contrôle lié aux seuils de passation.....	11
Paragraphe 2 : Le contrôle lié aux délais	14
CHAPITRE II : UN CONTROLE ADMINISTRATIF EXTERNE	19
SECTION I : UNE FONCTION NON CONTENTIEUSE.....	19
Paragraphe 1 : L’efficacité du système des marchés publics.....	19
Paragraphe 2 : L’audit des marchés publics.....	22
SECTION II : UNE FONCTION CONTENTIEUSE	27
Paragraphe 1 : La conciliation des acteurs.....	28
Paragraphe 2 : L’arbitrage des organes.....	31
2 ^{ème} partie : Un double contrôle juridictionnel.....	33
CHAPITRE 1 : UN CONTROLE QUASI-JURIDICTIONNEL.....	35
SECTION I : LES MECANISMES DE L’ARBITRAGE.....	35
Paragraphe 1 : Le cadre de l’office arbitral.....	35
Paragraphe 2 : Les moyens de l’office.....	37
SECTION II : LES EFFETS DE OFFICE DU JUGE ADMINISTRATIF.....	40
Paragraphe 1 : L’autorité de la sentence	40
Paragraphe 2 : L’effectivité relative de la sentence	47
CHAPITRE II : UN CONTENTIEUX JURIDICTIONNEL.....	53
SECTION I : Une substitution inévitable.....	53
Paragraphe 1 : La conception judiciaire de l’intérêt général dans la passation des marchés publics	54
Paragraphe 2 : L’extension de l’erreur manifeste d’appréciation au contentieux de la passation des marchés publics	56

SECTION II : Une rénovation limitée.....	59
Paragraphe 1 : Une difficulté d'intégration	60
Paragraphe 2 : Une faiblesse d'exécution	63
CONCLUSION	67
BIBLIOGRAPHIE	71