



REPUBLIQUE DU BENIN



=====

MINISTRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR
ET DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

=====

UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI

=====

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES (FADESP)
ECOLE DOCTORALE

=====

MASTER PROFESSIONNEL EN MARCHES PUBLICS ET PARTENARIATS
PUBLICS-PRIVES

=====

MÉMOIRE DE FIN DE FORMATION

THEME :

**LE DELIT DE FAVORITISME DANS LA COMMANDE
PUBLIQUE AU BENIN**

Rédigé par

TESSY M. Guy-Gaétan

Directeur de Mémoire

Moktar ADAMOU

Agrégé des facultés de droit

Année académique : 2017-2018

**L'ECOLE DOCTORALE N'ENTEND
DONNER AUCUNE APPROBATION NI
IMPROBATION AUX OPINIONS EMISES
DANS CE MEMOIRE. CES OPINIONS
DOIVENT ETRE CONSIDEREES COMME
PROPRES A LEUR AUTEUR**

DÉDICACES

A tous les êtres qui me sont chers.

REMERCIEMENTS

Nous adressons nos sincères remerciements :

- au professeur Moktar ADAMOU , Agrégé de droit privé, je voudrais exprimer ma profonde gratitude pour ses conseils, sa rigueur au travail et sa contribution à l'aboutissement de ce travail ;
- au professeur Titulaire Ibrahim David SALAMI, Directeur du Centre de Droit Administratif et de l'Administration Territoriale (CeDAT), Vice Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de l'Université d'Abomey-Calavi (UAC) ;
- à nos professeurs de l'Ecole doctorale de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques (FADESP), ceux-là mêmes qui nous donnent l'ambition, d'être comme eux ;
- à tous mes amis et condisciples.

SOMMAIRE

DÉDICACES	3
REMERCIEMENTS	4
SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	6
PREMIERE PARTIE :LA CONSECRATION DU DELIT DE FAVORITISME AU BENIN	12
CHAPITRE 1 : LA CARACTERISATION DU DELIT DE FAVORITISME	13
CHAPITRE 2: LA MANIFESTATION DU DELIT DE FAVORITISME AU BENIN	25
DEUXIEME PARTIE :	39
LA PROCEDURE DE TRAITEMENT DU DELIT DU FAVORITISME	39
CHAPITRE 1 : LA REPRESSION DU DELIT AU BENIN	40
CHAPITRE 2 : UN TRAITEMENT PERFECTIBLE	54
CONCLUSION	62
REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES	64
ANNEXES	67
TABLE DES MATIERES	80

INTRODUCTION

« Vivre honnêtement, ne pas porter préjudice à autrui, attribuer à chacun le sien, tels sont les préceptes du droit »¹

L'Etat dans son rôle de moralisation de la vie publique a édicté des lois pour règlementer et réprimer les atteintes à la liberté d'accès des candidats dans la commande publique en permettant de sanctionner les entorses aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Face aux diverses entorses aux lois régissant la commande publique au Bénin, il est important que l'on s'intéresse aux différentes infractions nées de la passation et de l'exécution de la commande publique.

Malgré les efforts d'institutionnalisation et le dispositif d'encadrement de la commande publique au Bénin, le système se conçoit encore comme un univers opaque où semblent être combinés lenteur administrative et plusieurs délits dont le délit de favoritisme.

En ce moment des reformes et de la dynamisation du droit de la commande publique, il paraît opportun de réfléchir sur le thème intitulé : « Le délit de favoritisme dans la commande publique » En effet le délit est une infraction punie d'une peine correctionnelle².

Le concept « favoritisme » est défini comme une tendance à accorder des faveurs injustes ou illégales³ Le favoritisme dans la commande publique constitue un délit.

Communément appelé délit d'octroi d'un avantage injustifié, « le délit de favoritisme » est prévu et puni par la loi⁴. Il se définit comme « le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte locales, ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles sus mentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives. La commande publique englobe l'ensemble des conventions « par lesquelles les personnes publiques cherchent à se procurer un bien ou un service, y compris ce service d'une nature particulière qui consiste à gérer, avec une relative autonomie une activité ou un équipement »⁵.

¹ Ulpian, Dig.I, I, 10.

² Dictionnaire : le Petit Larousse, Maxi poche 2014, édition Paris

³ Dictionnaire : le Petit Larousse, Maxi poche 2014, édition Paris.

⁴ Art.432-14 du code pénal Français

⁵ LIORENS (F.), Typographie des contrats de la commande publique : Contrats marché pub. 5/2005

La commande publique est une notion très large qui rassemble plusieurs formes de contrats passés par une personne publique pour satisfaire ses besoins, tels que les marchés publics, les délégations de service public, les contrats de partenariat public/privé⁶. Elle constitue une procédure d'exécution de la dépense publique et un véritable enjeu de la gouvernance économique des Etats.

Pour afficher sa volonté de réglementer la matière de la commande publique d'une part et dans le souci d'améliorer le cadre de la passation des marchés publics d'autre part, le législateur béninois a apporté des innovations à l'ordonnance n° 96 -04 du 31 janvier 1996 portant code des marchés publics applicable en République du Bénin.

Ainsi, la loi 2009-02 du 07 Août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin, a consacré en ses articles 150 à 152 les cas de violation de la réglementation en matière de marchés publics de même que les sanctions y afférentes.

Mieux, les nouvelles réformes engagées dans le secteur ont amené le pouvoir public béninois à promulguer la loi n° 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin pour assainir les finances publiques⁷. Cette loi dispose en son article 108 que : « est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq (05) ans à dix (10) ans, tout agent public qui intentionnellement n'aura pas respecté une ou plusieurs dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ».

De même la nouvelle loi béninoise, la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin en son article 146 a mis un accent particulier sur le délit de favoritisme avec une précision sur les diverses formes de sa commission⁸.

Ces principes sont opposables à tous les acheteurs publics, quelque soit le montant du marché.

Le respect de ces principes garantit les valeurs éthiques et déontologiques et permet la mise en confiance des soumissionnaires à la commande publique.

L'obligation est désormais faite aux élus tout comme aux agents publics qui servent l'intérêt général de prendre leurs décisions en toute impartialité, a fortiori quand celles-ci pèsent sur les finances publiques.

⁶SAUSSIÉ (S.) et TIROLE (J.), « Les notes du conseil d'analyse économique, n°22, avril 2015 »

⁷ La loi n° 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin. Article 108 que : « Est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq (05) ans à dix (10) ans, tout agent public qui intentionnellement n'aura pas respecté une ou plusieurs dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ».

⁸La loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin .Article 146

Cependant, certains agents publics ou fonctionnaires en quête de gain facile continuent de s'adonner à des pratiques au mépris des principes d'égalité, de transparence et de continuité du service public qui, constituent le fondement de la bonne marche de la commande publique.

Le législateur communautaire dans l'encadrement des infractions spécifiques liées à la commande publique a accordé une place de choix au délit d'octroi d'avantage injustifié dans sa directive n°05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine⁹.

En France, le délit de favoritisme a été créé par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991¹⁰ relative à la transparence et à la régularité des procédures des marchés publics.

Cette loi symbolise le mouvement de pénalisation de l'action administrative vers la fin des années 1980 qui résultait notamment d'une période d'éclosion des « affaires » et autres scandales liant politique et finance¹¹, d'où cette volonté des pouvoirs publics de combattre, certains comportements répréhensibles au sein de la fonction publique afin de mettre en confiance les citoyens.

Les sanctions administratives des comportements fautifs n'étaient sans doute pas assez dissuasives puisque, la violation du code des marchés publics et des règles relatives à l'attribution des marchés était simplement sanctionnée par la nullité de l'acte irrégulièrement passé.

En effet l'ancien code pénal français encadrait le secteur des marchés publics avec les délits de corruption, le trafic d'influence et d'ingérence. Il n'y avait cependant, aucune répression significative de certaines pratiques illicites

Pour répondre à la faiblesse du dispositif de protection des marchés publics et à ces difficultés à réprimer pénalement les comportements volontaires et malhonnêtes des acheteurs publics, le législateur a organisé une véritable pénalisation du droit des marchés publics en optant pour une actualisation des délits existants et pour la création d'une nouvelle infraction spécifique : « le délit d'octroi d'avantage injustifié »¹².

⁹ Directive n°05/2005/CM/UEMOA, article 10 « les Etats membres s'engagent à inclure dans leurs réglementations nationales des sanctions pénales spécifiques visant à sanctions au delà des actes de corruption, les prises illégales d'intérêts ou l'octroi d'avantages injustifiés par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et délégations de service public... »

¹⁰ JO n°4 du 5 janvier 1991, P. 366 .

¹¹ Citons par exemple les affaires dites Urba-Gracco (Crim. 16 décembre 1997, revue des sociétés 1998, P. 402) et Carignon (Crim. 27 octobre 1997, JCP G 1998, I, 10017) qui débutèrent à la fin des années 1980.

¹² La pénalisation du droit des marchés publics, Catherine Prebissy-Schnall , thèse pour le doctorat, LGDJ, bibliothèque de droit public, 2002.

A l'origine le délit de favoritisme ne visait que les marchés publics mais, le souci de lutter contre les comportements illicites en matière de commande publique a conduit le législateur à l'étendre aux délégations de service public¹³.

De la définition de l'article 432-14 du code pénal français, il est à faire remarquer que l'acte incriminé doit être « contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ».

Dès lors, le code pénal ne suffit pas donc en lui-même pour définir dans son entier le délit de favoritisme dans les marchés publics, puisqu'il renvoie à d'autres dispositions « législatives ou réglementaires spécifiques de la commande publique ».

Plusieurs éléments ont en effet contribué à l'élargissement de la base juridique de ce délit à l'ensemble des contrats de la commande publique¹⁴. Ainsi toute ambiguïté autour du champ d'application du délit de favoritisme a été levée¹⁵.

Le délit de favoritisme occupe désormais une place importante dans l'arsenal juridique de la commande publique.

Cependant, en dépit des textes communautaires adoptés et de tout l'encadrement juridique national mis en place par le législateur béninois, pour garantir la concurrence et la transparence, la commande publique continue d'être un terrain propice à l'éclosion des pratiques prohibées par la loi.

En témoignage, l'analyse du récent rapport de la mission de contrôle technique externe commanditée par la Commission Nationale des Finances Locales (CONAFIL) sur la gestion des Fonds d'Appui au Développement des Communes (FADeC) qui a révélé de graves irrégularités et

¹³ Loi « anti-corruption » n° 93-122 du 29 janvier 1993, JO n° 35 du 30 janvier 1993.

¹⁴ * L'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars vont vers une notion unifiée des marchés publics, invitant à considérer que le délit de favoritisme s'applique à l'ensemble des acheteurs publics, quelque soit le type de contrat.

* un arrêt de la Cour de Cassation du 17 février 2016 a considéré que l'article 432-14 du Code pénal "s'applique à l'ensemble des marchés publics et non pas seulement aux marchés régis par le code des marchés publics". La Cour de cassation avance notamment que l'entrée en vigueur de l'article est antérieure à la rédaction du Code des marchés publics. Par ailleurs, la Cour estime que les principes énoncés dans l'article 432-14 ont valeur constitutionnelle et répondent à des exigences posées par le droit de l'Union européenne. Ces données invitent donc à considérer le délit de favoritisme au sens large, et ainsi à privilégier l'esprit de l'article à la lettre pure.

* la loi dite Sapin II, dont un des objectifs est la lutte contre la corruption, a fait entrer les contrats de concession dans le champ d'application du délit de favoritisme en modifiant l'article 432-14 du Code pénal. La mention des "délégations de service public" a ainsi été remplacée par celle plus large de "contrats de concession".

¹⁵La loi dite Sapin II a révolutionné en 2016 le champ d'application du délit de favoritisme dans la passation des commandes publiques

dysfonctionnements dans les procédures de passation des marchés publics dans plusieurs communes du Bénin¹⁶

Les résultats de ce rapport conforte MATTERA A. dans son écrit : « si l'auteur de la " Divine comédie " pouvait assister aux événements de l'époque contemporaine et fustiger ainsi les mœurs de notre société, il consacrerait sans doute une attention toute particulière aux phénomènes des marchés publics et réserverait une place privilégiée dans les bas-fonds de son enfer, aux légions des corrupteurs et de corrompus qui ont transformé les commandes publiques en un instrument de Pillage des deniers des contribuables, que ce soit à des fins d'enrichissement personnel ou pour renflouer des caisses des partis auxquels ils appartiennent »¹⁷.

Cible privilégiée de la corruption¹⁸, la commande publique fait l'objet de malversations aux formes multiples, facile à mettre en œuvre et très difficile à déceler : pratique des commissions d'entremise censées de rémunérer le simple fait de mettre en présence le maître d'ouvrage et un entrepreneur qui veut obtenir ou même seulement avoir accès à un marché¹⁹, financement des activités politiques par le biais des marchés publics, attribution de marché à un membre de sa famille. Cette liste est loin d'être exhaustive compte tenu des nombreuses méthodes existantes et utilisées pour permettre de maquiller un marché public de telle manière qu'il présente aux yeux des contrôleurs, une régularité apparente.

La réglementation peut être, en effet, formellement respectée alors qu'en réalité, l'entreprise titulaire a bénéficié en amont d'informations privilégiées ou en aval des conditions d'exécution plus favorables²⁰.

¹⁶ le contrôle technique externe commandité par CONAFIL sur la gestion des fonds FADeC au cours de l'année 2016 qui a permis d'auditer les communes de Kandi, Gogounou, Comè, Dassa –Zoumè, Aplahoué et Segbana sur le respect des principes fondamentaux de la commande publique, a révélé de nombreuses violations des règles de procédure dues au manque de rigueur et de professionnalisme dans l'exercice de fonctions de certains acteurs clés de la chaîne de passation . Ces violations portent sur des manœuvres collusoires, des exécutions des marchés en violation des clauses contractuelles, la validation irrégulière des Dossiers d'Appel d'offre(DAO), des irrégularités dans l'ensemble des procédures

¹⁷ MATTERA (A.), « la politique communautaire de marchés publics : nécessité ou souci de perfectionnisme ? », Rev. marché unique europ , n°4/1996, P. 9.

¹⁸ Selon l'enquête réalisée en janvier 2000 auprès de 770 cadres juristes par Transparency international, le secteur du bâtiment et des travaux publics est classé en tête des secteurs gangrenés par la corruption (Dossier, « La corruption au quotidien », Capital, mars 2000, n°102, p . 100)

¹⁹ BUEB (J.-P.), « Fraudes et corruption dans les marchés publics » Rev. Marché unique eur., n°11997, P. 36.

²⁰ LAGUERRE (A.), « Concurrence, favoritisme et sanction pénale dans les marchés publics », Rev Marchés publ. GUIBAL(M.), « Commentaire de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des

Ces pratiques malsaines ne manquent pas de graves répercussions aussi bien sur la procédure de la commande publique que sur la qualité des prestations fournies. Dans ces conditions, la satisfaction de l'intérêt général attendue n'est qu'un vain mot.

L'analyse de ce travail revêt un double intérêt. Du point de vue théorique, cette réflexion consistera à inciter le pouvoir législatif béninois à rendre plus dynamique l'arsenal juridique vu l'extension et l'évolution des recherches sur le délit de favoritisme. Du point de vue pratique, la connaissance plus accrue des éléments caractéristiques de ce délit qui est un délit dissimulé d'une part et de sa répression d'autre part permettra non seulement aux acheteurs publics de freiner certaines pratiques peu orthodoxes, mais aussi appellera les entreprises soumissionnaires à une vigilance, toute chose qui renforcerait l'efficacité de la commande publique.

Au regard de la récurrence de ces pratiques, il se pose la question de savoir si les différents encadrements juridiques du délit de favoritisme sont dissuasifs ? Comment l'infraction est-elle appréhendée en droit positif béninois ? Ne faut-il pas revoir l'encadrement voire le traitement de l'infraction ?

Vu l'importance de la place de la commande publique, perçue comme un instrument de politique publique et un levier pour impulser un changement économique, social et environnemental, la présente réflexion portée sur le « délit de favoritisme dans la commande publique », s'articulera autour de deux grands axes. Il s'agira d'aborder respectivement la consécration du délit de favoritisme au Bénin (première partie) puis la procédure de traitement de cet délit (seconde partie).

procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence », AJDA 20 avr. 1991, p.296-300

PREMIERE PARTIE : LA CONSECRATION DU DELIT DE FAVORITISME AU BENIN

Les manquements aux règles relatives à l'égalité de traitement et à la liberté d'accès des candidats dans les commandes publiques peuvent être constatés à toutes les étapes de la Passation des contrats de marchés publics

Issu d'une triple intervention législative²¹ le délit d'octroi d'avantage injustifié, connu sous le nom de délit de favoritisme, constitue l'outil répressif de base en matière de la commande Publique.

Délit phare du droit pénal des marchés publics ²², il est constitué par le simple fait de « procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ». Ce délit est désormais consacré dans le droit de la commande publique en France pour sanctionner les comportements fautifs de l'acheteur public à tous les stades du processus contractuel. Les textes législatifs qui encadrent la commande publique au Bénin ne mentionnent pas clairement ce délit. Ces textes de loi font plutôt allusions au délit d'atteinte des principes de liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics. Au regard de l'évolution du droit de la commande publique, il est important de consacrer ce délit dans les textes législatifs béninois avec sa nouvelle appellation, comme c'est le cas en France.

Une connaissance des éléments qui caractérisent ce délit (chapitre1) et les éléments de sa manifestation au Bénin (chapitre2) paraît importante pour cette consécration .

²¹ L.n°91-3 du 3janv.1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de concurrence, article7 aliéa1(JO 4-5 janv.1991 ; Rev. Marchés publ.1991,n°255 ;JCPéd.G1991,p.82) : laloin°92-686du 22juillet 1992, portant réforme du code pénal, a inséré les dispositions de l'article7, alinéa 1er , à l'article432-14 du nouveau code pénal. Corrélativement l'article296 de la loi du 16 décembre 1992, dite loi d'adaptation, relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, a abrogé l'article7,alinéa 1er qui n'avait plus de raison d'exister, L.n°93-122du29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques(JO 26 mars 1993 ; Rev Marchés publ.1993,n°237 et 1995-96, N)2 ; Gaz.Pal.993, Bull.lég,p.300) accroît le champ de compétence du délit d'avantage injustifié aux sociétés d'économie mixte d'international chargées d'une mission de service public et aux conventions de délégation de service public : mais cette loi du 29 janvier 1993 complétait un texte qui venait d'être abrogé par la loi d'adaptation du nouveau Code pénal, ce qui laissait sans effet les modifications prescrites ;L.n°95-127 du 8 Février1995(JO ç févr. 1995,p.2187) a rétabli l'article 432-14 du nouveau Code pénal dans son intégrité législative.

²² COSSALTER (P.), DEPORCQ (D.), « Le casse-tête des quatre juridictions », MonTP,23 juill.1993, p . 18

CHAPITRE 1 :

LA CARACTERISATION DU DELIT DE FAVORITISME

Le délit de favoritisme est instauré dans un souci de transparence dans les affaires publiques et de moralisation de la vie publique. En effet, il a été consacré dans le droit français de la commande publique pour renforcer la confiance des citoyens dans les institutions politiques.

Le délit de favoritisme est souvent, perçu comme purement formel, trop prompt à sanctionner des actes pourtant accomplis de bonne foi ou relevant d'une simple erreur ou omission, bien plus que d'une intention délictueuse ferme et résolue.

Pour caractériser le délit de favoritisme, le juge pénal est obligé de viser un texte précis auquel on a porté atteinte compte tenu de sa nature spécifique. La caractérisation du délit de favoritisme se repose sur ses éléments constitutifs (section 1), et son extension (section 2)

SECTION 1 : LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU DELIT DE FAVORITISME

Comme toute infraction, le délit de favoritisme bien qu'étant une infraction occulte, comprend un élément matériel (paragraphe1) et un élément intentionnel (paragraphe2).

PARAGRAPHE 1 : L'élément matériel

Deux faits fondamentaux s'avèrent indispensables pour que l'élément matériel du délit de favoritisme soit constitué. Il s'agit de : l'octroi d'un avantage injustifié (A) et de la qualité de l'auteur (B).

A - L'octroi d'un avantage injustifié

Au sens de l'article 341 alinéa 1 de la loi 2018-16 du 04 juin 2018 portant code pénal au Bénin, est réprimé tout agent public qui a volontairement œuvré pour déclarer adjudicataire un soumissionnaire qui n'a pas respecté les règles de procédure en matière de soumission des marchés publics ou qui n'a pas rempli les conditions exigées par les dispositions législatives ou réglementaires applicables. Dans l'article 432-14 du Code pénal français, procurer ou tenter de procurer, à autrui un avantage injustifié, c'est faire bénéficier ou tenter de faire bénéficier une personne d'un acte matériel, administratif ou juridique, constitutif d'une rupture aux principes de liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les marchés publics. Cet avantage injustifié peut être constitué d'information privilégiée, de publicité fantaisiste du marché, des clauses techniques taillées "sur mesure" ... etc.

Il faut que l'avantage injustifié ait été procuré à une tierce personne et non à soi-même car dans ce cas il pourrait s'agir d'une prise illégale d'intérêts qui est un autre type de délit prévu et réprimé par les articles 138 à 140 de la loi 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin et l'article 432-12 du code pénal français.²³

L'auteur de l'infraction de favoritisme doit avoir procuré ou tenté de procurer à autrui un avantage injustifié pour que l'infraction soit consommée. Toute la difficulté réside dans la définition de l'avantage injustifié. Une zone d'ombre subsiste quant au caractère injustifié de l'avantage : s'agit-il d'un avantage octroyé en non-conformité des textes relatifs à la libre et égale concurrence ?

La plupart des juridictions de première instance ont été tentés « de considérer comme injustifié, l'avantage procuré par un acte contraire aux règles des marchés publics, ou réciproquement

²³Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende .

d'estimer que tout avantage injustifié n'a pu par, hypothèse qu'être procuré par un acte contraire aux dites règles »²⁴. Ainsi, peuvent être considérés comme des avantages injustifiés :

- le simple non-respect des règles de procédure des marchés publics (conclusion de plusieurs marchés de gré à gré en dessous du seuil de déclenchement des procédures formalisées alors que le marché en cause, pris dans sa globalité, aurait dû donner lieu à un appel à la concurrence²⁵ ;
- la transmission d'une information privilégiée à un ou plusieurs candidat(s) au détriment des autres, comme la transmission de devis établis par les services de l'administration et qui permettent à l'entreprise d'établir une offre proche des attentes de l'administration²⁶ ;
- la participation à des commissions d'appel d'offre de certains candidats au détriment des autres²⁷.

L'avantage injustifié doit être accordé "à autrui". Dans la très grande majorité des cas, "autrui" recouvre le bénéficiaire du marché. Cependant, certains auteurs considèrent que cet avantage peut également être accordé à un tiers.

Le délit de favoritisme se consomme, aussi quand l'avantage injustifié a été octroyé en violation d'une disposition législative ou réglementaire garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans l'attribution des marchés publics et délégations de service public. Cette notion vise l'ensemble des lois et règlements qui instaurent les procédures particulières applicables en matière des commandes publiques.

La jurisprudence illustre quelques cas de violation des règles relatives aux commandes publiques donnant lieu à caractérisation du délit de favoritisme, entre autres il s'agit de :

- fractionnement du marché pour être en dessous des seuils réglementaires²⁸ ;
- l'insertion de clauses techniques très spécifiques dans le cahier des charges afin de favoriser nettement un candidat²⁹ ;
- une déclaration d'urgence non justifiées³⁰ ;

²⁴ SAVOYE (J.), "De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics", D. 1999, chron, p. 169.

²⁵ Cass crim 12 novembre 1998, Marcel Graud n°97-85.333)

²⁶(CA Paris 23 mars 2000 Juris-Data n°2000-117773)

²⁷(CA Rennes 21 novembre 1996 n°1720/96)

²⁸ Cass crim 13 décembre 2000 Bull crim 2000 n°374 ; Cass crim 11 décembre 2002 Juris-Data n°2002-018102

²⁹ CA Bordeaux 17 mars 1997 Juris-Data n°1997-042976

³⁰ CA Rennes 25 juillet 1996 n°1964/95

- une sous-estimation volontaire du coût du marché pour déclarer l'appel d'offre infructueux et ensuite attribuer le marché à un candidat qui n'est pas forcément le mieux disant³¹ ;
- une publicité trop restreinte eu égard à l'importance du marché³² ;
- la réduction des délais de réception des offres³³ ;
- négociation avec certains candidats après ouverture des plis³⁴ ;
- modification de l'objet du marché après ouverture des plis ;
- mise à l'écart d'un candidat sans motivation alors qu'il était le moins disant³⁵
- irrégularité dans la composition de la commission d'appel d'offres ;
- irrégularité dans les critères de choix qui sont définis dans le Code des marchés publics ;
- recours à des avenants bouleversant l'économie du marché initial³⁶ ;
- recours abusifs à la sous-traitance dissimulant le véritable titulaire du marché.

B- La qualité de l'auteur

Parmi les infractions d'atteintes à la probité, le délit de favoritisme est celui qui recouvre la plus large catégorie d'auteurs. Il concerne aussi bien les élus et agents publics que les personnes privées intervenant dans la procédure d'attribution d'un marché public, à quelque stade que ce soit, ainsi que les mandataires des personnes susmentionnées.

Sont visées comme auteurs potentiels du délit de favoritisme :

Les personnes dépositaires de l'autorité publique c'est-à-dire : toute personne qui dispose d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les personnes et sur les choses, pouvoir qu'elle manifeste dans l'exercice des fonctions, permanentes ou temporaires, dont elle est investie par délégation de la puissance publique. Cette définition englobe l'ensemble des représentants et fonctionnaires de l'État, des collectivités territoriales.

En revanche, ne peuvent être considérés comme auteurs les agents ou représentants de l'État exerçant un contrôle a posteriori sur les marchés publics (contrôleur financier, préfet dans le cadre de son contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales, comptable public). Ces personnes peuvent en revanche être poursuivies pour complicité. De même, les personnes assistant aux réunions de commissions d'attribution des marchés publics mais qui ne disposent que d'une voix consultative, ne peuvent être considérées comme auteurs :

³¹ CA Caen 20 avril 1998 Juris-Data n°1998-041752

³² CMP art 39 et 40

³³ CA Rennes 25 juillet 1996 n°1964/95

³⁴ CA Orléans 3 mars 1998

³⁵ CA Grenoble 27 août 1997

³⁶CA Chambéry 10 mai 2000 Juris-Data n°2000-118619)

- les personnes chargées d'une mission de service public ;
- les personnes investies d'un mandat électif public c'est-à-dire : l'ensemble des élus nationaux et locaux ainsi que les administrateurs élus des établissements publics. Cette mention a été expressément ajoutée car tout élu n'est pas nécessairement " dépositaire de l'autorité publique " (les parlementaires notamment) même s'il a à connaître de l'attribution des marchés publics ;
- les personnes exerçant certaines fonctions spécifiques : Il s'agit des représentants, administrateurs ou agents de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt général national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locale ;
- et les personnes agissant pour le compte de l'une de celle susmentionnées c'est-à dire toute personne privée qui peut se voir confier certaines attributions dans les procédures de marchés.

Les juridictions prennent soin de vérifier que la personne poursuivie entre bien dans une des catégories définies à l'article 432-14 du code pénal français et analysent son degré d'implication dans la commission des actes irréguliers : "L'approche fonctionnelle de l'article 432-14 paraît préférable à une énumération statutaire qui aurait conduit à immuniser par principe certaines catégories d'agents³⁷.

PARAGRAPHE 2 : L'élément intentionnel

L'élément intentionnel du délit de favoritisme est limité au fait d'enfreindre sciemment les règles prescrites. Ceci implique que l'auteur du délit a préalablement connaissance de ces règles et en toute conscience s'en est écarté.

En effet, devant un cas de délit d'octroi d'avantage injustifié », l'élément intentionnel peut revêtir deux conceptions différentes ³⁸:

- Dans la première conception, l'intention peut résider dans la volonté de l'auteur, de contourner la réglementation (A) ;
- Dans la seconde conception, l'intention peut se déduire du manquement que l'auteur n'a pu ignorer et qui permet de dire qu'il a agi en pleine connaissance de cause (B).

³⁷ DAL FARRA (T.), " Un aspect du risque pénal dans la passation de la commande publique :le délit defavoritisme",in "Sécurité juridique et contrats des collectivités publiques",Gaz. Pal.,9-10 juin1999, p. 26.

³⁸ TOUZI-LUOND (A),"Le point sur : la responsabilité pénale des agents publics à raison des manquements commis dans le cadre des opérationsde marchés publics ou délégations de service public ", Rev.Marchés publ.,n°2/98, P . 14.

A- La volonté de tourner la réglementation

La volonté délibérée de l'auteur de tourner la réglementation peut être :

- Soit pour avantager une entreprise, dans ce cas, le favoritisme s'accompagne le plus souvent d'une connivence entre les intervenants à la commande publique. Aussi arrive-t-il que, certains membres des commissions d'analyse ou d'attribution du marché préparent à l'avance les offres de certains soumissionnaires, d'autres donnent des conseils informels aux candidats sans passer par la procédure officielle de demande d'éclaircissements, alors que la loi fait obligation à l'Autorité Contractante de respecter l'égalité entre les candidats en notifiant les réponses aux questions posées par un candidat à tous les autres ayant soumissionné.
- Soit pour échapper aux contraintes des procédures et à des contrôles sans pour autant vouloir nécessairement avantager une entreprise déterminée. Dans ce cas, les prévenus ont une parfaite connaissance de la réglementation et y profitent de toutes ses insuffisances ou de toute zone d'ombre. Ainsi ils ramènent la commande publique dans les seuils de dispense ou procédure simplifiée définis par la loi 2017- 04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en république de Bénin³⁹ pour se permettre la possibilité d'attribuer le marché sur une base de relation personnelle. Cette pratique est souvent observée dans le saucissonnage des marchés qui est une technique qui permet à des agents corrompus de favoriser certains entrepreneurs complices, et qui en conséquence, divisent les marchés à réaliser de telle sorte que la facture soit artificiellement inférieure au seuil du montant prévu par le code des marchés publics. Pourtant les dispositions de l'article 24 alinéa 5 loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics au Bénin l'interdisent formellement⁴⁰

B- L'agissement de l'auteur en connaissance de cause

L'intention coupable est la manifestation d'une volonté qui tend vers un objectif. Il s'agit donc d'une volonté orientée vers un résultat, une volonté qui tend vers un résultat prohibé par la loi pénale. L'« intention coupable dans le délit de favoritisme est caractérisée du seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit », qualifiée par la seule conscience de l'irrégularité de la procédure.

Si l'auteur a méconnu une règle du code des marchés publics "en toute connaissance de cause", le délit est constitué, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'intention de favoriser l'entreprise.

³⁹ 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

⁴⁰ article 24a5 loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics au Bénin. Dispose que « L'allotissement ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés ou des délégations de service public aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu de la présente loi notamment en ce qui concerne les seuils. »

Ainsi pour apprécier la conscience de l'illégalité commise, le juge judiciaire prendra en compte la personnalité, la formation de la personne considérée. Mais la fonction de l'acheteur public présuppose, selon le juge judiciaire, un niveau de compétence et celui-ci ne pourra s'exonérer de ses responsabilités pénales en invoquant sa méconnaissance de la procédure d'appel d'offres. Pour un l'acheteur public ou pour un agent occupant des fonctions à haute responsabilité dans la chaîne de passation, l'infraction est constituée dès que l'irrégularité est commise, le juge supposant qu'il dispose des compétences nécessaires pour avoir conscience de violer les règles de publicité et de mise en concurrence.

Il importe peu que les actes reprochés n'aient pas pu influencer, de manière significative le choix de l'attributaire.

SECTION 2 : L'EXTENSION DU DELIT DE FAVORITISME

Depuis sa création par la loi française du 3 janvier 1991, le délit de favoritisme, devenu dès lors le délit d'octroi d'un avantage injustifié, n'a pas cessé de s'étendre par l'effet des réformes législatives successives et de la jurisprudence. Des marchés publics, aux délégations de service public, puis aux contrats relevant de l'ordonnance française du 6 juin 2005, c'est aujourd'hui tout l'ensemble de la commande publique qui est concernée par ce délit dans une extension intégrée (Paragraphe 1). Bien que cette extension soit généralisée à toutes la commande publique au Bénin, certaines procédures échappent à la constitution de ce délit. Il s'agit des procédures dérogatoires (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : L'extension intégrée du délit

La cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence et adopte une définition plus large du marché public. Elle estime en effet qu'il s'entend des « marchés passés par des personnes morales investies d'une mission d'intérêt général ou de service public, dont la rémunération sera assurée par l'adjudicateur ou l'entité adjudicatrice au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005 ». Elle écarte le moyen tiré de l'interprétation stricte de la loi pénale en considérant que ces dispositions ont pour objet de : « faire respecter les principes à valeur constitutionnelle de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que ces principes, qui constituent également des exigences posées par le droit, gouvernent l'ensemble de la commande publique. Le champ d'application initial du délit (A) et son élargissement (B) feront l'objet de cette extension intégrée.

A- Un champ d'application initial

Au regard des dispositions des alinéas 1 et 2 respectifs de l'article 341 du code pénal béninois, « *tout agent public qui a volontairement œuvré pour déclarer adjudicataire un soumissionnaire qui n'a pas respecté les règles de procédure en matière de soumission des marchés publics ou qui n'a pas rempli les conditions exigées par les dispositions législatives ou réglementaires applicables* » ; « *tout agent public qui a volontairement informé, préalablement à la soumission, tout adjudicataire des conditions d'attribution de marché public.* », le délit de favoritisme fait partie des infractions réprimées dans la passation des marchés publics. Cet article a consacré les différentes sanctions⁴¹ encourues par les auteurs du délit du favoritisme dans les marchés publics. Cette disposition pénale cadre avec la réglementation régissant les marchés publics au Bénin, et définit le champ d'application de ce délit dans les marchés publics.

À titre de droit comparé, les dispositions de l'article 432-14 du code pénal français qui visent précisément le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié en violation des règles garantissant le libre accès et l'égalité des candidats à la concurrence dans les « marchés publics », les tribunaux limitaient cette incrimination aux seuls marchés publics soumis au code des marchés publics, conformément au principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Mais aujourd'hui, le délit de favoritisme est désormais ouvert à l'ensemble de la matière relevant de la commande publique.

B- Un champ d'application élargi

L'élargissement du champ d'application du délit du favoritisme est pour la première fois constaté dans l'affaire « société Bygmalion ». Dans cette affaire, il est reproché à l'ancien Président Directeur Général (PDG) d'avoir octroyé plusieurs centaines de milliers d'euros de contrats à Bastien Millot et sa société Bygmalion, alors que la loi exige une mise en concurrence quand il s'agit d'argent public. Sont poursuivis : l'ancien PDG Patrick de Carolis, son secrétaire général de l'époque Camille Pascal, Bastien Millot, l'un des dirigeants de Bygmalion, et cette dernière en tant que personne morale.

Les faits portent sur près d'un million et demi de contrats passés entre la télévision publique et Bygmalion, sur la période 2009 – 2013, et qui aurait dû faire l'objet d'une mise en concurrence,

⁴¹ Article 341 : Est puni de la réclusion criminelle à temps de cinq (05) ans à dix (10) ans et d'une amende égale au triple de la valeur des promesses agréées ou des choses reçues ou demandées, sans que ladite amende puisse être inférieure à deux cent mille (200.000) francs CFA, ou de l'une de ces deux peines seulement tout agent public qui intentionnellement n'a pas respecté l'une ou plusieurs dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics

"ce qui n'a pas été le cas en l'espèce" écrit le juge d'instruction Renaud Van Ruymbeke dans son ordonnance de renvoi. France Télévisions, en tant qu'entreprise de service public, dont le capital est détenu à 100% par l'État, est effectivement soumise à des règles contraignantes lorsqu'elle passe des contrats, et ce, afin d'assurer une bonne utilisation de l'argent public. Plus le montant est important, plus la procédure est encadrée.

En l'espèce, un syndicat dénonçait les conditions de passation de plusieurs contrats de prestations de services passés par France Télévisions (FTV) avec notamment Bygmalion, société de conseil créée et animée par d'anciens cadres dirigeants du groupe audiovisuel. Ces derniers ont été mis en examen pour favoritisme et recel dudit délit. La cour d'appel a refusé d'annuler leurs mises en examen. Les mis en cause portent l'affaire devant la Cour de cassation.

La Cour de cassation, par un arrêt du 17 février 2016, affirme, pour la première fois, que le délit de favoritisme s'applique indistinctement aux marchés publics passés en application du code des marchés publics et aux contrats relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005⁴²

Désormais le délit de favoritisme s'applique à l'ensemble des marchés. Que ces marchés soient passés par des personnes morales de droit public, des personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ou bien des organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun et donc toutes les entités anciennement soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005.

De même, au regard des nouveaux textes régissant les commandes publiques, le délit de favoritisme s'applique également aux marchés inférieurs aux seuils des procédures formalisées⁴³.

PARAGRAPHE 2 : Les procédures dérogatoires

Le délit de favoritisme est conçu pour garantir l'équité dans l'achat public et sanctionner la violation des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats. Cette infraction

⁴² Cour de cassation, crim., 17 février 2016, n°15-85.363

⁴³ Les marchés inférieurs aux seuils des procédures formalisées ne sont pas exclus du champ d'application du délit de favoritisme : « Le délit de favoritisme pourra également être constitué à l'occasion de la passation d'un marché sans formalités préalables. En effet, ainsi qu'il a été précisé antérieurement [...], l'une des innovations du nouveau code des marchés publics est de définir des règles de portée générale, -applicables à tous les marchés publics, y compris les marchés conclus sans formalités préalables. Ces règles, pour les rappeler, sont notamment les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (art. 1), la définition précise et préalable des besoins à satisfaire (art. 5), le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 53). Dès lors, la violation de telle ou telle règle de fond à l'occasion de la passation d'un marché sans formalités préalables pourra, sous réserve de l'interprétation souveraine de la jurisprudence, être poursuivie du chef de favoritisme ».

est désormais ouverte à l'ensemble des commandes publiques. Cependant certaines procédures encadrées par la loi constituent des dérogations à ces principes et échappent à la constitution du délit de favoritisme. Ces dérogations concernent la procédure de gré à gré ou entente directe (A) et celle des offres complémentaires. (B)

A- Le Gré à Gré ou entente directe

« Un marché est dit de gré à gré ou marché par entente directe lorsqu'il est passé sans appel d'offres, après autorisation spéciale de l'organe compétent. La demande d'autorisation de recours à cette procédure doit exposer les motifs la justifiant »⁴⁴. Il s'agit ici du type de marché dans lequel l'autorité contractante engage, sans concurrence, les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite, le marché, librement au candidat qu'elle a retenu.

Le caractère exceptionnel de cette procédure de gré à gré, contourne les principes généraux de la commande publique et peut ouvrir voie au favoritisme. C'est le cas de marché d'assurance santé attribué à la compagnie d'assurance NSIA au profit du personnel. La loi 2017 portant code des marchés publics au Bénin dispose en son article 31 aux alinéas 2 et 3 que : « sauf en matière de prestations intellectuelles, le recours à tout autre mode de passation doit être exceptionnel, justifié par l'autorité contractante et être autorisé au préalable par la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP). Ils peuvent, exceptionnellement être attribués selon la procédure de gré à gré ou par entente directe dans les conditions définies par la présente loi ». Ceci signifie que la procédure adoptée pour les marchés de prestations intellectuelles est spécifique. En dehors de ces cas, tous les autres modes que l'autorité contractante pourrait être appelé à utiliser, seraient une exception à la règle, donc une dérogation. Il faut donc prendre en considération : le caractère très spécialisé de l'objet du marché, le cas d'urgence extrême ou impérieux et les cas des marchés spéciaux.

Les dispositions des articles 51, 52, 54 et 55 de la loi 2017 portant code des marchés publics au Bénin définissent les cas limitatifs et les conditions à remplir par les autorités contractantes avant de mettre en œuvre cette procédure exceptionnelle.

Le caractère exceptionnel de cette procédure de gré à gré, contourne les principes généraux de la commande publique et peut ouvrir voie au favoritisme. C'est le cas de marché d'assurance santé attribué à la compagnie d'assurance NSIA au profit du personnel de la poste du Bénin S.A qui a fait l'objet de polémique.

En effet par la saisine de l'Autorité de Régularisation des Marchés Publics (ARMP) le 28 décembre 2015, le Syndicat du collectif des travailleurs de la poste du Bénin S.A (Syncotrap), a communiqué

⁴⁴ Article 51 de la loi n° 2017 du 19 octobre portant code des marchés publique au Benin

des informations faisant état des vices ayant entaché la procédure de sélection de la compagnie NSIA -Assurance par la Direction générale de la poste du Bénin S.A pour souscrire à une police d'assurance-santé groupe au profit du personnel de la poste du Bénin S.A.

Les syndicalistes y exposent que la poste du Bénin S.A a choisi d'être agent général de la NSIA-assurance courant 2015 pour la commercialisation des produits d'assurances à travers son réseau postal que constituent ses agences commerciales. Contre toute attente, en août 2015, il est porté à la connaissance du personnel que la Direction générale ambitionne, en lieu et place de l'ancien régime de prise en charge médicale, de souscrire à une police d'assurance santé groupe au profit du personnel.

« Qu'ensuite courant mois d'octobre 2015, la compagnie NSIA -assurance a été invitée à présenter aux membres du Comité de direction, le contenu de son projet de contrat et qu'à cette séance d'énormes réserves ont été soulevées et ladite compagnie devrait revenir apporter des éclaircissements en vue de la sauvegarde des intérêts du personnel. Que cette compagnie s'est retenue d'apporter lesdits éclaircissements. Qu'il suspecte qu'il s'agissait d'un marché gré-à-gré dont les conditions ne sont pas respectées qui prendra effet pour compter du 1er janvier 2016.

Par décision n°2016/ARMP/PR-CR/SP/DRA/SA du 16 février 2016, l'ARMP a rendu une justice favorable aux syndicalistes ; Elle a par ladite décision ordonné la reprise de la procédure d'attribution de la compagnie d'assurance NSIA pour souscrire à une police d'assurance santé groupe au profit du personnel de la poste du Bénin S.A.

B- Les offres complémentaires

Le marché complémentaire est un : « marché passé sans publicité, ni mise en concurrence, permettant de commander, de gré à gré, auprès d'un cocontractant, des prestations supplémentaires d'une nature similaire ou complémentaire à celles réalisées par ce dernier. Leur régime se distingue de celui des avenants »⁴⁵. Ce qui signifie qu'une exception à la règle de libre concurrence s'observe à ce niveau. La liberté d'accès et l'égalité de traitement des autres potentiels candidats ne sont pas mis en jeu par rapport à ce marché. Cette procédure favorise l'attributaire de marché de base et contourne légalement les principes généraux de la commande publique, un fait constitutif de délit de favoritisme. C'est le cas par exemple du contrat passé et renouvelé successivement avec la société « PHOENIX EUROPE EXPRESS » représentée par Monsieur Jean-Yves PIERCHON (mandataire) et le Conseil National des Chargeurs du Bénin (mandant) en violation de la loi n°2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin ;

⁴⁵ Article 04 de la loi n° 2017 du 19 octobre portant code des marchés publique au Benin

En effet l’Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) a reçu des informations faisant état des irrégularités qui auraient entachées la conclusion du contrat de mandat n° 057 du 15 décembre 2014 entre le Conseil National des Chargeurs du Bénin (CNCB) et la société « PHOENIX EUROPE EXPRESS » dans le cadre de la gestion du Bordereau de Suivi des Cargaisons (BSC).

La dénonciatrice plaide pour le lancement d’un appel d’offres international pour une concurrence entre plusieurs potentiels candidats pour obtenir des offres compétitives, aux fins du respect des textes en vigueur.

À la suite de ces informations, l’ARMP a décidé de s’auto-saisir de ce dossier afin de faire corriger les irrégularités dénoncées au cas où elles s’avèreraient. Après une analyse desdites irrégularités et l’audition des mis en cause, l’ARMP par Décision N°2015-31 /ARMP/PR-CR/ CRD/SP/DRAJ/SA du 17 juin 2015 s’est déclarée incompétente pour connaître du litige lié au contrat en cours d’exécution de perception de la redevance relative au bordereau de suivi des cargaisons entre le Conseil National des Chargeurs du Bénin et la Société PHOENIX EUROPE EXPRESS. Elle demande par conséquent aux supérieurs hiérarchiques de la Directrice Générale du CNCB d’engager une procédure disciplinaire à son encontre.

CHAPITRE 2: LA MANIFESTATION DU DELIT DE FAVORITISME AU BENIN

La pratique de favoriser un soumissionnaire peut découler de la volonté de l'acheteur de préférer une marque déterminée. Bien que cette exigence puisse parfois découler d'une saine intention, c'est-à-dire, disposé d'une marchandise performante et dont les qualités ont été éprouvées par l'expérience, elle constitue une voie vers la fraude. Elle pousse parfois à la connivence. Souvent, certains membres des commissions d'analyse ou d'attribution du marché préparent à l'avance les offres de certains soumissionnaires, d'autres donnent des conseils informels aux candidats sans passer par la procédure officielle de demande d'éclaircissements. Alors qu'il y'a obligation de respecter l'égalité entre candidats. En conséquence, la concurrence sensée permettre de choisir parmi les meilleurs, de pousser au gain qualitatif et au gain de compétitive est biaisée. Le délit d'octroi d'un avantage injustifié dans la commande publique est favorisé au Bénin par plusieurs facteurs (section1) et mis en œuvre par les acheteurs publics avec plusieurs stratégies (section 2).

SECTION 1 : LES FACTEURS FAVORISANT LE DELIT

Les règles et les procédures applicables en matière de marchés publics ne font pas efficacement obstacle au délit de favoritisme.

Si elles sont inefficaces ou inadéquates, ces règles peuvent même créer de multiples occasions de délit de favoritisme. Les facteurs favorisant l'infraction peuvent être créés délibérément, comme ils peuvent découler d'une possibilité de contacts entre les Autorités Contractantes et les opérateurs privés.

Le délit de favoritisme est rarement un délit isolé, il est souvent associé à d'autres infractions. Il fausse énormément les marchés et sape la confiance que l'on peut avoir dans les pouvoirs publics et les institutions. Plusieurs facteurs motivent sa commission.

Ces facteurs peuvent être rangés en deux rubriques. La première concerne les agissements peu orthodoxes de la part des acheteurs publics eux-mêmes. Ces agissements sont perçus comme des facteurs internes (Pragraphe1). La deuxième rubrique constitue des contraintes auxquelles les acheteurs sont confrontés indépendamment de leur volonté, Ce sont des facteurs externes (Pragraphe2).

PARAGRAPHE 1 : Les facteurs internes

Les facteurs internes incriminés dans la commission du délit de favoritisme, sont les pratiques malsaines orchestrées par les acheteurs publics au cours des opérations de passation des achats publics. Ces pratiques sont parfois enregistrées depuis l'étape de la définition des besoins, en passant par la procédure de passation, l'exécution et la réception des biens et services publics.

En matière de partenariat public-privé, ces pratiques intéressent très souvent les étapes de négociation avec le partenaire privilégié, l'attribution de l'offre spontanée au partenaire privilégié en violation des dispositions légales réglementaires spécifiques à ce type de contrat public. Ces pratiques constituent aussi des délits à part entière qui dissimulent le délit de favoritisme. Il s'agit entre autres des actes de corruption (A) et de la prise d'intérêt illicite (B)

A- Les actes de corruption

Prévu et réprimé par l' articles 108 de la loi 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin et les articles 432-11 et 433-1 du code pénal français, la corruption peut se définir comme l'agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite ou accepte un don, une offre ou une promesse en vue d'accomplir, retarder ou omettre d'accomplir un acte entrant, d'une façon directe ou indirecte, dans le cadre de ses fonctions.

La corruption peut être passive⁴⁶ ou active⁴⁷. Ces deux infractions, certes complémentaires, sont distinctes et autonomes. Elles peuvent être poursuivies et jugées séparément et la répression de l'une n'est nullement subordonnée à la sanction de l'autre.

Ces deux formes de corruption existent en matière de commande publique. Elles impliquent donc la violation, par le coupable, des dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les commandes publiques.

L'acheteur public, pour un intérêt personnel, a sciemment procuré ou tenté de procurer un avantage injustifié à un candidat ou un groupe de candidats soit en :

- œuvrant pour déclarer adjudicataire un soumissionnaire qui n'aurait pas respecté les règles de procédures en matière de soumission de la commande publique ou qui n'aurait pas remplis les conditions exigées par les dispositions législatives ou réglementaires applicables ;
- créant une institution au nom de tiers en vue de soumissionner à une commande publique ;
- informant volontairement et préalablement à la soumission, tout adjudicataire des conditions d'attribution de la commande publique ;
- informant le soumissionnaire partie à la corruption du montant du marché programmé .

Dans la commande publique, la corruption apparaît au premier rang des délits incriminés. L'enquête réalisée par l'Observatoire de la Lutte contre la Corruption (OLC) au Bénin sur la Corruption dans les marchés publics en est révélateur⁴⁸.

En effet, compte tenu de l'habileté de la corruption et de sa forme apparente au regard des autres délits enregistrés dans la commande publique, il est souvent très difficile de séparer le délit de favoritisme de celui de la corruption qui pourtant l'a sûrement occasionné.

B- La prise illégale d'intérêt

L'article 139 de la loi 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin prévoit et réprime, le délit de prise illégale d'intérêt.

La prise illégale d'intérêts est le fait pour un élu d'utiliser ses fonctions au sein d'un organe d'une collectivité publique pour en tirer un avantage personnel.

⁴⁶La corruption passive (article 432-11 du Code pénal) lorsqu'une personne exerçant une fonction publique profite de cette fonction en sollicitant ou en acceptant des dons, promesses ou avantages en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction cette personne reçoit le nom de corrompu.

⁴⁷ La corruption active (article 433-1 du Code pénal) lorsqu'une personne physique ou morale obtient ou essaie d'obtenir, moyennant des dons, des promesses ou avantages, d'une personne exerçant une fonction publique, qu'elle accomplisse ou retarde ou s'abstienne d'accomplir ou de retarder un acte de sa fonction ou un acte facilité par elle ; le tiers reçoit le nom de corrupteur.

⁴⁸ Livre blanc sur la perception de la corruption au Bénin, édition 2011.

Le délit de la prise illégale d'intérêt sanctionne le fait pour un agent disposant d'une quelconque autorité de tirer un intérêt d'une entreprise dont il a la charge. En d'autres termes, il s'agit bien d'user de ses fonctions administratives pour tirer un avantage pour autrui ou pour soi.

Ce délit a pour but d'éviter qu'une personne chargée d'une fonction publique ne s'en serve dans son intérêt personnel ou puisse seulement être soupçonné de ne pas en user conformément à l'intérêt général. "la considération qui environne les fonctionnaires naît principalement de la confiance qu'ils inspirent et tout ce qui peut altérer cette confiance ou dégrader leur caractère doit leur être interdit".

Aux termes de l'article 432-12 du code pénal français, la prise illégale d'intérêts consiste pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, ou personne investie d'un mandat électif public, de prendre, de recevoir ou conserver directement ou indirectement un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.

Aucune intention frauduleuse n'est exigée pour que ce délit soit constitué et peu importe que l'agent ait ou non recherché à s'enrichir personnellement ou que l'intérêt général ne soit pas contredit. Seul compte le soupçon de partialité. Le prévenu peut être condamné sans avoir contrevenu forcément aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. C'est le cas d'une affaire relative au conseil municipal de la commune d'Hyères, où sur avis de sa commission d'appel d'offres (CAO), a attribué à la société Creaconception un marché de télévision locale diffusée par internet.⁴⁹

⁴⁹ Le conseil municipal de la commune d'Hyères, sur avis de sa commission d'appel d'offres (CAO), a attribué à la société Creaconception un marché de télévision locale diffusée par internet. Ce marché comportait trois lots. Or, il a été fait part au procureur de la République de Toulon de soupçons de favoritisme pesant sur cette procédure. En effet, le prévenu, collaborateur de cabinet du maire en charge de la communication institutionnelle et rédacteur du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) ainsi que d'un rapport d'analyse des offres remis à la CAO, était professionnellement et personnellement lié au gérant de la société Creaconception.

L'enquête a par ailleurs révélé que le gérant de Creaconception avait falsifié certaines pièces de son offre, augmentant ainsi son chiffre d'affaires et l'effectif de ses salariés. Ce dernier a d'ailleurs déclaré s'être exclusivement prononcé sur l'aspect technique des offres. "Les manœuvres reprochées au prévenu [...] ne sont donc pas suffisamment caractérisées" selon la cour d'appel. La violation de la liberté et de l'égalité d'accès aux marchés publics n'est pas établie, toutefois, les circonstances de l'affaire "jettent la suspicion sur l'impartialité du choix du candidat". En effet, la situation de conflit d'intérêt est potentielle. La cour d'appel a donc décidé de requalifier les faits en prise illégale d'intérêts, au lieu de favoritisme comme le prévoyait l'acte de poursuite.

Les juges de cassation ont confirmé la requalification du délit en prise illégale d'intérêts et validé la décision de la cour d'appel. En effet, l'agent ayant "participé à la préparation de la décision d'attribution du marché public litigieux à la société Creaconception" et étant donné qu'il "entretient une relation amicale et professionnelle de longue date avec le gérant de cette société", "en l'état de ces seules énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision".

Par ailleurs Les acheteurs publics se focalisent sur des intérêts particuliers pour attribuer les marchés soit à :

- une entreprise dans laquelle le décideur public a une participation ou un intérêt financier ;
- une entreprise dans laquelle le décideur public est employé ou dirigeant ;
- une entreprise dans laquelle le décideur public a des intérêts familiaux ou moraux.

Il arrive souvent que le soumissionnaire des marchés publics (entrepreneurs, fournisseurs ou prestataire de services de l'Administration) soit en même temps un fonctionnaire, soit par le biais d'une société écran, soit par le biais d'un membre de famille ou d'amis.

Une autre variante est la création des entreprises de sous-traitance, par les agents publics ou les Autorités Contractantes. La prise illégale d'intérêts constitue une violation des dispositions du code des marchés publics ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats. Les faits qui caractérisent la prise illégale d'intérêts sont aussi des facteurs favorisant du délit du favoritisme.

PARAGRAPHE 2 :Les facteurs externes

L'accès à la commande publique doit avoir comme soubassement : la liberté et l'impartialité.

L'Autorité Contractante ne doit pas injecter dans le processus de la passation des marchés publics la dose de la non concurrence entre les candidats. De ce fait, l'Autorité de Régulation des marchés Publics (ARMP) doit sanctionner la procédure n'ayant pas respecté le principe à la liberté d'accès à la commande publique et entachée d'irrégularités. Injonctions politiques (A) et exigence de devoir de reconnaissance (B) sont autant des facteurs qui favorisent la commission du délit de favoritisme. Ces facteurs externes sont perçus comme des contraintes auxquelles les acheteurs publics s'échappent difficilement.

A- Une injonction politique

L'administration a toujours été rattachée au pouvoir exécutif et placée par rapport à lui dans une stricte relation de subordination.

La plupart des nominations au poste clés de l'administration Béninoise paraît souvent plus politique que technique. Dans ces conditions, les agents publics ont une liberté très restreinte. Ceux-ci reçoivent très souvent « des ordres des supérieurs hiérarchiques politiques de faire ».

Quand bien même lesdits ordres sont de nature à porter atteintes aux dispositions légales réglementaires régissant la matière de la commande publique.

Il arrive souvent que l'agent public reçoive l'ordre de mettre à la disposition des certains soumissionnaires privilégiés des informations secrètes ou confidentielles susceptibles d'influencer la décision d'attribution du marché. Cet ordre, contrevient à l'obligation de publier ou de mettre à la disposition de tous les soumissionnaires potentiels les informations sur les critères d'évaluation des offres.

L'exécution de ces ordres compromet l'exercice de la fonction de ces agents publics et met en doute parfois leur compétence.

L'agent public est parfois tenu de se soumettre à ces ordres qui sont à l'antipode de la transparence et à la régularité des procédures de la commande publique, au risque d'être menacé ou de perdre son poste surtout dans un environnement, où l'accès à l'emploi semble être difficile.

De même, il n'est pas rare de voir, pour des raisons d'intérêts inavoués certaines hautes autorités politiques ou structures étatiques tordrent le cou à la procédure légale de la commande publique. C'est le cas qu'illustre le marché des travaux de déplacement de réseaux d'adduction d'eau villageoise dans le cadre du projet de réhabilitation de la route Akassato-Bohicon par la procédure d'appel d'offres restreint. Cette procédure qui est déjà à son terme a été substituée par une procédure de gré à gré sur décision politique.

En effet par lettre n°2015/019/DG/DTDAF/VIC-SA du 24 mars 2015, adressée à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), l'Entreprise « VICI INTERNATIONAL Co a saisi l'organe de régulation d'un recours en annulation de la procédure de gré à gré substituée à la consultation restreinte, préalablement retenue.

Déclarée attributaire des lots 2 et 3 de la consultation restreinte, à la suite de la validation des résultats de l'analyse des offres par la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics (DNCMP), l'entreprise « VICI INTERNATIONAL Co » déclare avoir été convoquée à deux (02) séances de négociations, pour le rabais des montants du marché dont la seconde est restée sans succès. Pendant qu'elle s'apprêtait à la signature du contrat, contre toute attente et sans avoir reçu aucune notification de son éviction, elle affirme avoir appris par voie de presse, qu'une autre entreprise (entreprises AGIRE et EWA) qui n'avait pas initialement participé à la consultation restreinte, aurait été contactée pour la signature du marché et s'apprêterait à démarrer les travaux des lots 2 et 3.

Après avoir exercé un recours préalable sans satisfaction, l'entreprise « VICI INTERNATIONAL Co » demande à l'ARMP de procéder à l'« annulation de la procédure de gré à gré substituée à la procédure de consultation restreinte et la réhabilitation de l'attribution des lots 2 et 3 » qui lui a été faite.

Plusieurs irrégularités ont été relevées par l'ARMP dans ce litige notamment :

-l'irrégularité des négociations faites par le Ministère des Travaux Publics et des Transports (MTPT), l'Agence Béninoise des Grands Travaux (ABGT) et l'entreprise « VICI INTERNATIONAL Co » aux fins de rabais des montant des lots 2 et 3 dont l'entreprise « VICI INTERNATIONAL Co » est attributaire ;

-l'omission d'informer l'entreprise « VICI INTERNATIONAL Co » de l'arrêt de la procédure d'appel d'offres restreint avant l'enclenchement d'un autre processus par gré à gré ;

-l'immixtion de l'ABGT dans la procédure de passation (la procédure de gré à gré été décidée en Conseil des Ministres, à la suite d'une communication introduite par le MTPT et c'est l'ABGT qui a indiqué les entreprises AGIRE et EWA avec qui le MTPT doit contracter en lieu et place de l'attributaire retenue par l'autorité contractante)

Au regard de ces irrégularités, étant donné que les contrats sont déjà approuvés, l'ARMP après analyse des faits, par décision N°2015-35 /ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 17 juin 2015 a déclaré irrégulières les négociations faites et l'éviction de l'entreprise « VICI INTERNATIONAL Co » de la procédure d'appel d'offres restreint pour l'exécution des travaux de déplacement de réseaux d'adduction d'eau villageoise dans le cadre du projet de réhabilitation de la route Akassato-Bohicon, lancé le 30 octobre 2013 par le Ministère des Travaux Publics et des Transports et a demandé à la requérante de se pourvoir autrement.

B -Une exigence de devoir de reconnaissance

Le devoir de reconnaissance peut prendre la forme du favoritisme lorsque l'acheteur public cherche à élargir sa sphère d'influence par l'octroi d'avantages indus.

Il n'est pas rare de voir les hommes politiques portés au pouvoir par les opérateurs économiques. Une fois au pouvoir, ils doivent alléger à leurs bienfaiteurs politiques en leur accordant des faveurs injustifiées, souvent en échange de leur vote. La plupart de ces faveurs qui sont des accords signés par le pouvoir public et l'opérateur économique politique sont de nature à creuser la tombe des économies nationales.

Au-delà de cet aspect politique, le devoir de reconnaissance s'étend parfois aux appartenances familiales et religieuses.

Aussi, faut-il noter que certaines dispositions de loi 2017- 04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics notamment celles qui définissent le gré à gré et surtout les marchés complémentaires qui sont taxées d'un creuset de marchés passés par reconnaissance et sauvegarde des relations amicales entre l'Autorité contractante et le titulaire du marché principal.

Ces procédures applicables en matière de marchés publics se révèlent parfois inefficaces ou inadéquates, et peuvent renforcer les relations amicales et par ricochet créer de multiples occasions favorables de délit de favoritisme.

Le devoir de reconnaissance fait partie des pratiques informelles et illégales, qui sont largement considérées comme antidémocratiques, faussant ainsi l'ordre normal des procédures de passation de la commande publique.

SECTION 2 : LES STRATEGIES DE MISE EN ŒUVRE DU DELIT

Il convient de dénoncer les pratiques qui pendant longtemps ont pu avoir cours dans certaines collectivités ou établissements, qui avaient leurs fournisseurs et prestataires attirés, pour permettre à toutes les entreprises intéressées de pouvoir participer aux commandes publiques, si elles en ont la capacité.

Les manières d'altérer le jeu concurrentiel dans les commandes publiques sont pléthoriques. Certaines d'entre elles portent entorse à la loi (paragraphe1) et d'autres constituent des pratiques frauduleuses (Paragraphe2).

PARAGRAPHE 1 : Les entorses à la loi

Les procédures de passation des marchés publics ne doivent pas être opaques ou secrètes, les différentes phases des procédures doivent bannir toute discrimination et donner lieu à une information et à une concurrence loyale entre les divers candidats

La publicité est une caractéristique très importante dans la passation des marchés publics. Bien souvent, elle constitue une des pratiques des fraudes la plus courante qui peuvent prendre certaines formes. La publicité asymétrique (A) et l'élaboration des critères de sélection monopolisés ou orientés vers les spécificités particulières d'une maison de production, d'un type de consultant (B) sont autant de facteurs qui portent entorse aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent les procédures dans les commandes publiques

A- Une publicité asymétrique

Le principe de transparence oblige à garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi qu'un contrôle de l'impartialité des procédures.

La transparence est largement tributaire de l'information.

Les candidats aux marchés publics doivent régulièrement être tenus au courant de tous les actes relatifs à la commande publique. Les dispositions de l'article 59 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du

Bénin⁵⁰ et celles de l'article 63 de la loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin⁵¹ exigent que l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public soit fait, dans les mêmes termes.

De même le jeu de la concurrence exige qu'en amont, tous les candidats connaissent les besoins susceptibles d'être exprimés par l'administration, ainsi que les moyens qu'elle compte mettre en œuvre en terme de procédure et de ressources pour les satisfaire.

Pour ce faire, le législateur béninois a fait obligation à toutes les Autorités Contractantes que soient publiés annuellement à chaque début d'exercice, au moyen d'un avis général de passation, les biens et services susceptibles de faire objet de marché à exécuter au cours de l'année.⁵² Il est aussi fait obligation que les Autorités Contractantes élaborent et publient sur le portail des marchés publics béninois, leur Plan de Passation des Marchés Publics (PPMP)⁵³ avant le lancement d'une activité de marché. Ainsi, en aval, les données relatives aux décisions de marché à savoir les différents procès-verbaux doivent être communiqués aux candidats soumissionnaires pour leur permettre d'apprécier le bien-fondé du choix de leurs concurrents à leur détriment.

Malheureusement pour des raisons non justifiées ou des intérêts personnels, certains acheteurs publics manifestent leur mauvaise foi soit en dissimulant ou en retardant l'information à certains soumissionnaires, toute chose qui crée une discrimination et favorise les soumissionnaires qui sont dans les bonnes grâces de ces agents publics.

⁵⁰ Article 59 : Les marchés publics par appel d'offres, dont le montant est supérieur ou égal au seuil réglementaire visé à l'article 6 de la présente loi, doivent obligatoirement faire l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public par une insertion faite, dans les mêmes termes, dans le journal des marchés publics et/ou toute autre publication nationale et /ou internationale ainsi

que sous le mode électronique, selon un document modèle dont les mentions obligatoires sont fixées par décret pris en Conseil des ministres. Cette disposition concerne également les avis de préqualification. L'absence de publication de l'avis qui doit être obligatoirement revêtu du sceau d'approbation de la Direction nationale du contrôle des marchés publics compétente, est sanctionnée par la nullité de la procédure.

⁵¹ Sauf dans le cas des marchés publics passés par sollicitation de prix, les marchés publics doivent obligatoirement faire l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public par une insertion faite, dans les mêmes termes, dans le journal des marchés publics et/ou dans le quotidien de service public et, en cas de nécessité, dans toute autre publication nationale et/ou internationale de large diffusion ainsi que sous le mode électronique, selon un document modèle dont les mentions obligatoires sont fixées par décret pris en Conseil des ministres. Cette disposition concerne également les avis de pré qualification.

L'absence de publication de l'avis qui doit être obligatoirement revêtu du sceau d'approbation de l'organe de contrôle des marchés publics compétent, est sanctionnée par la nullité de la procédure

⁵² Article 24 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin.

⁵³ Article 23 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin

C'est qu'illustre la décision n° 2018/24/ARMP/PR-CR/CD/SP/DRAJ/SA DU 12 JUIN 2018. En effet dans le cadre de la procédure d'acquisition de 468 tonnes de ciment au profit des écoles maternelles et primaires et publiques de la ville de Porto-Novo, de graves irrégularités ont été commises et font état de ce que le marché a été attribué à la société NOCIBE par des informations parallèles alors qu'elle n'était pas soumissionnaire régulièrement enregistrée au détriment des vrais soumissionnaires à l'appel d'offre.

B- Des critères de sélection orientés

La pratique de favoriser un soumissionnaire peut découler de la volonté de l'acheteur de préférer une marque déterminée. Souvent il arrive que l'Autorités Contractantes donnent leur intention sur la marque à acheter. Cette exigence peut parfois découler d'une saine intention, c'est-à-dire, disposé d'une marchandise performante et dont les qualités ont été éprouvées par l'expérience.

Mais le plus souvent l'orientation des critères est soutenue par la volonté de certains acteurs publics d'acheter chez leurs fournisseurs attirés avec qui ils bénéficient des avantages financiers ou matériels induits.

Or l'article 4 de loi n° 2009-02 du 07 aout 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public au Bénin dispose que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures s'imposent aux autorités contractantes dans le cadre des procédures de passation des marchés publics et de délégations de service public et ce, quel qu'en soit le montant.

Le principe de liberté d'accès veut que les termes du marché soient rédigés avec objectivité pour ne pas privilégier certains candidats et exclure une entreprise qui répond à toutes les conditions pour soumissionner.

Quant au principe d'égalité de traitement, il découle de l'idée selon laquelle tous les citoyens sont égaux devant la loi.

De la même manière, tous les candidats à un marché public doivent bénéficier d'un même traitement, recevoir les mêmes informations. Aucune entreprise ou fournisseur ne peut être favorisé. Excepté les dispositions de l'article 20 de la loi n° 2016-24 du 28 juin 2017 portant cadre juridique du partenariat public- privé en République Bénin,⁵⁴ la violation de ces deux principes

⁵⁴ Exceptionnellement, un contrat de partenariat public- privé peut être passé par entente directe, après accord de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics(DNCMP) et après avis de la Cellule d'Appui au Partenariat Public- Privé (CAPPP) lorsque la réalisation ou l'exploitation d'un projet ne peut être menée que par un partenaire privé déterminé du fait de l'absence de concurrence après appel d'offres ouvert international pour des raisons techniques, des raisons liées à la protection de brevets, de droits d'auteur ou d'autre droit de propriété intellectuelle ou des raisons liées à la protection d'autres droits exclusifs

fondamentaux amène souvent les agents publics dans l'intérêt de favoriser les candidats de leur choix à élaborer des critères de sélection basés sur des spécificités des entreprises de leur bord ; ou élaborer des critères qui rendront le choix serré, de nature à imposer le seul soumissionnaire de leur clan même si son offre n'est pas techniquement bon et moins disant ou des critères de sélection basés sur des données invérifiables...

Ces pratiques constituent une voie vers la fraude. Elles poussent à la connivence et portent entorse à la loi, ce qui fausse à l'avance le jeu de concurrence des candidats

PARAGRAPHE 2 : Les pratiques frauduleuses

Les pratiques frauduleuses recouvrent tout acte ou omission, y compris les fausses déclarations, qui induisent ou tentent d'induire en erreur, délibérément ou imprudemment une partie pour obtenir un avantage financier ou d'une autre nature ou pour se soustraire à une obligation. Les manœuvres collusoires (A) et le Saucissonnage des marchés (B) constituent les pratiques frauduleuses les plus dénoncées.

A- Les manœuvres collusoires

Bien qu'étant régis par des principes d'impartialité et de libre concurrence, les marchés publics sont soumis à des règles strictes. Les manœuvres collusoires s'entendent comme un système ou un arrangement entre deux soumissionnaires ou plus, l'autorité contractante en étant informé ou non, destiné à fixer des prix à des niveaux artificiels et non concurrentiels. Cette pratique est réalisée très souvent avec la complicité des agents publics, qui parfois positionnent des soumissionnaires fictifs qui bénéficient plus d'informations détaillées sur toutes les étapes de la commande à passer. Aussi, il y'a des abstentions de soumissionner avec entente secrète dont l'objectif serait de procéder à la sous-traitance occulte ou déclarée, ou même remise de pure forme des offres. Les soumissionnaires accompagnateurs peuvent s'arranger à introduire une offre incomplète ou encore s'abstiennent de soumissionner pour une entente en vue de se partager l'exécution du marché. Aussi existe-t-il le cas soumissionnaire qui sous l'influence politique peut manifestement introduire une offre d'un montant anormalement bas et profité de ses relations pour obtenir des avenants dont les coûts totaux pourraient atteindre plus du double du montant du marché principal.

Les manœuvres collusoires faussent énormément le jeu de la concurrence des candidats. C'est cas du marché d'acquisition d'une niveleuse neuve au profit de sa commune de KETOU où le maire a saisi par lettre n°113/828/SG/ST/SPRMP/SA du 11 décembre 2017 l'ARMP d'une demande d'avis relatif à la conduite à tenir suite au rapport définitif d'une mission de contrôle technique externe diligentée par la Commission Nationale des Finances Locales (CONAFIL) du 12 au 16 novembre 2015. Un rapport qui révèle que la procédure de passation de ce marché serait entachée

de graves irrégularités passibles de sanctions à l'encontre des acteurs de la passation et du contrôle de ce marché, avec des recommandations tendant à faire rembourser le montant de l'avance du marché perçu par la société « PROMPTEL GROUP » en raison de son incapacité à livrer la niveleuse neuve dans le délai requis.

En effet, le rapport a retenu comme attentatoires à la réglementation en matière des marchés, les faits ci-après :

- l'orientation des spécifications techniques du Dossier d'Appel d'Offres (DAO) lancé dans le cadre du marché sur une marque déterminée, privilégiant ainsi le soumissionnaire choisi comme fournisseur et faussant en conséquence le jeu de la concurrence ;
- la non-conformité des caractéristiques techniques de l'engin, préalablement définies dans les stipulations du DAO, avec celles de la niveleuse livrée ;
- le non-respect des règles de publicité ;
- la non information des soumissionnaires non retenus sur les motifs de rejet de leurs offres;
- le non-respect des critères de qualification technique définis par le DAO lors de l'analyse et de l'évaluation des offres ;
- l'existence des manœuvres collusoires entre les soumissionnaires ;
- l'attribution du marché à un soumissionnaire qui aurait falsifié les pièces administratives demandées dans les données particulières du DAO ;
- la complaisance et la légèreté dans le contrôle a priori ;
- l'absence de réserve de la CCMP et de la DNCMP sur le DAO en dépit des nombreuses irrégularités relevées dans ledit DAO ;
- l'inexistence d'un mécanisme de suivi de l'exécution du marché en difficulté ;
- l'existence d'un écart considérable et injustifié entre le prix réel de la niveleuse sur le marché et celui proposé par le fournisseur.

Au regard des fait et après analyse, l'ARMP par sa décision N°07/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA DU 13 FEVRIER 2018 : s'est déclare incompetente pour statuer sur la validite du contrat N°1J/042/SG-ST-SPDI-SAF-SMP du 31 décembre 2014 relatif a l'acquisition d'une niveleuse neuve avec accessoires. Toutefois elle s'est autosaisit en procédures disciplinaires .

B - Le saucissonnage des marchés

Les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures s'imposent aux autorités contractantes dans le cadre des procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public et ce, quel qu'en soit le

montant⁵⁵. Bien qu'étant régis par des principes d'impartialité et de libre concurrence, les marchés publics sont soumis à des règles strictes.

Scinder un marché public en plusieurs lots est monnaie courante lorsqu'il s'agit de prestations radicalement différentes.

Le saucissonnage de marché public permet d'échapper à la procédure formalisée du code des marchés publics. Il permet de rester dans le cadre d'un marché à procédure adaptée, où la négociation et le libre choix sont alors privilégiés. À l'inverse, si les appels d'offres dépassent un certain montant, ils doivent obligatoirement se soumettre aux procédures beaucoup plus contraignantes du code des marchés publics.

L'opération de saucissonnage consiste à découper un marché important en parts plus petites, afin d'engager des procédures adaptées, dans le but de se dérober à des législations plus contraignantes. C'est le cas relatif à l'acquisition des intrants d'imprimerie et de cinq (05) machines d'imprimerie au profit de l'Office Nationale de l'Imprimerie et de Presse (ONIP).

En effet, saisie par une correspondance sans numéro en date du 04 Juillet 2017 enregistrée à son secrétariat administratif de l'ARMP sous le numéro 603, cette correspondance dénonce les irrégularités ayant entaché certaines procédures de passation des marchés publics, en l'occurrence celles relatives à l'acquisition des intrants d'imprimerie et de cinq (05) machines d'imprimerie au profit de l'Office Nationale de l'Imprimerie et de Presse (ONIP)

Au nombre de ces irrégularités dénoncées figurent :

- l'absence de planification des marchés d'acquisition des intrants d'imprimerie dans le plan prévisionnel annuel de passation de marchés de l'ONIP ;
- la non implication des organes de passation et de contrôles compétents de l'ONIP dans la procédure de passation dudit marché ;
- la conduite de façon séparée et simultanée sans une mise en concurrence à travers un dossier d'appel d'offres des procédures d'acquisitions des cinq (5) machines d'imprimerie ;
- le non-respect des seuils de passation des marchés requis par la réglementation en vigueur.

Après examen du recours, l'ARMP par la décision n° 2018-21 /ARMP/PR CR/CD/SP/DRAJ/SA du 12 juin 2018, a déclaré fondée les irrégularités qui ont entachées cette procédure de passation des marchés publics au sein de l'ONIP et a saisi la Ministre de l'économie numérique et de la communication aux fins de sanctionner les agents impliqués dans cette procédure.

Le saucissonnage est une technique qui permet à des agents corrompus de favoriser certains entrepreneurs complices, et qui en conséquence, divisent les marchés à réaliser de telle sorte que

⁵⁵article 4 loi n° 2009-02 du 07 aout 2009 portant code des marchés publics au Bénin.

la facture soit artificiellement inférieure au seuil du montant prévu par le code des marchés publics. Pourtant les dispositions de l'article 24 alinéa 5 loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics au Bénin l'interdisent formellement⁵⁶.

⁵⁶Article 24 al 5 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics au Bénin. dispose que « L'allotissement ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés ou des délégations de service public aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu de la présente loi notamment en ce qui concerne les seuils. »

DEUXIEME PARTIE : LA PROCEDURE DE TRAITEMENT DU DELIT DU FAVORITISME

L'objectif premier du délit de favoritisme, « délit phare »⁵⁷ du droit pénal de la commande publique est de promouvoir des comportements conformes à l'éthique ou encore de réduire les conduites délictueuses par la simple perspective de sanctions afin d'obliger au respect de la réglementation.

Pour répondre aux attentes immédiates des citoyens et rendre crédible l'aspect répressif de la lutte contre les comportements fautifs, le législateur béninois a assorti le délit de favoritisme de multiples sanctions. Si le dispositif juridique mis en place au Bénin permet de réprimer le délit de favoritisme (chapitre1) il n'en demeure pas moins que la procédure du traitement de ce délit reste perfectible (chapitre2)

⁵⁷ COSSALTER (P.), DEPORCQ (D.). "Le casse-tête des quatre juridictions", MonTP, 23 juill. 1993, p. 18.

CHAPITRE 1 :

LA REPRESSION DU DELIT AU BENIN

La loi n° 2018-16 du 04 juin 2018 portant code pénal en République du Bénin dispose en son article 15 que « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Chaque cas individuel est examiné par le juge en fonction des éléments définis par la loi et la faute de l'un n'exonère pas celle des autres.

De même l'article 16 de la loi n° 2018-16 du 04 juin 2018 portant code pénal en République du Bénin dispose clairement que « l'ignorance de la loi pénale, le mobile, l'erreur sur la personne de la victime ou sur l'objet de l'infraction ainsi que le pardon de la victime, sont sans conséquence sur l'existence de la responsabilité. Ils peuvent cependant être pris en compte dans l'appréciation par la juridiction de la mesure de la peine. »

La répression du délit de favoritisme au Bénin peut revêtir deux formes. Elle peut être une répression administrative ou pénale selon la procédure adoptée (section 1) et les sanctions infligées aux auteurs du délit (section 2) sont définies par les textes de loi.

SECTION 1 : LES PROCEDURES ADOPTEES

Contrairement à la sémantique du mot favoritisme, le sens de ce délit n'est pas seulement d'empêcher des connivences, du clientélisme, au profit d'entreprises amies qui bénéficieraient de relations privilégiées pour contracter avec des personnes morales gérant des services publics. Il permet surtout de réprimer les atteintes au jeu concurrentiel qui doit exister réellement sur ces marchés économiques publics. La répression du délit de favoritisme au Bénin adopte très souvent la procédure administrative (Paragraphe 1) mais il n'est pas exclu qu'une procédure pénale (Paragraphe 2) soit enclenchée.

PARAGRAPHE 1 : La procédure administrative

La procédure administrative adoptée en matière de répression du délit de favoritisme dans la commande publique est constituée du recours devant l'Autorité Contractante (A) et du règlement non juridictionnel de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) (B)⁵⁸.

A- Les recours devant l'autorité contractante

S'agissant du régime de droit commun, l'article 827 du Code béninois de procédures civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes relatifs à la procédure devant les juridictions administratives, prescrit qu'« avant de se pourvoir contre une décision individuelle, le demandeur doit présenter un recours hiérarchique ou gracieux tendant à faire rapporter ladite décision.

Le silence gardé plus de deux (02) mois par l'autorité compétente pour le recours hiérarchique ou gracieux vaut décision de rejet ».

Ce texte a vocation à s'appliquer toutes les fois que le contrat pendant la passation duquel le contentieux est né n'est pas régi, par des textes ou principes jurisprudentiels spécifiques à l'exception des contrats de la commande publique.

En effet, dans le cadre du contentieux non-juridictionnel de ces contrats, le législateur a prévu une tentative de règlement amiable obligatoire à l'initiative du soumissionnaire prétendument lésé, qui consiste certes dans un recours gracieux ou hiérarchique, mais assorti de délais spécifiques.

Ainsi, aux termes des dispositions de l'article 145 alinéa 1^{er} de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin, « les candidats et soumissionnaires peuvent introduire un recours devant l'autorité contractante ou son supérieur hiérarchique dans le cadre des procédures de passation des marchés et délégations de service public à l'encontre des actes et décisions de cette dernière leur créant un préjudice ».

Aux termes des dispositions de l'article 145 alinéa 4 la loi loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin, ce recours gracieux ou hiérarchique « doit être exercé dans les cinq (05) jours ouvrables de la publication de la décision d'attribution du marché ou de la délégation de service public, ou dans les dix (10) jours ouvrables précédant la date prévue pour le dépôt de la candidature ou de la soumission. Il a pour effet de suspendre la procédure d'attribution jusqu'à la décision définitive de l'autorité contractante ou de son supérieur hiérarchique ».

⁵⁸ Article 145 de la loi N° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin

Le recours gracieux ou hiérarchique peut être introduit, soit par lettre recommandée avec avis de réception, soit par tout moyen de communication électronique, selon les modalités définies par la présente loi⁵⁹.

Ce recours est caractérisé par des éléments constitutifs précis⁶⁰ (tableau1- annexe 1).

Mais ces recours gracieux ou hiérarchiques, se révèlent dans la plupart des cas inefficaces du fait qu'il peut être illusoire de voir l'Autorité Contractante se raviser ou son autorité hiérarchique le soutenir. Ce qui conduit, dans plusieurs cas des commandes publiques, le plus souvent à la saisine de l'ARMP.

Lorsque le recours gracieux auprès de l'Autorité Contractante ou de son supérieur hiérarchique est infructueux, l'instance non juridictionnelle de l'ARMP peut être saisie. C'est le cas par exemple de la décision n°2013-29/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 28 novembre 2013 sur le recours de la société MGM-COMPAGNIE SARL contre le Ministère de l'Agriculture de l'Élevage et de la Pêche (MAEP) dans le cadre de l'attribution des lots 2 et 4 de l'appel d'offres international n°0003/SC2/C2/PADA/ProCAD/MAEP/2012⁶¹.

En effet Par lettre n°/ref.148/2013/MGM-DG-RAF/PS du 11 septembre 2013 adressée l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), la Société « MGM-COMPAGNIE Sarl » a introduit un recours pour contester le rejet de ses offres relatives aux lots 2 et 4 de l'appel d'offres international n°0003/SC2/PADA/ProCAD/MAEP/2012 du 21 novembre 2012 pour l'acquisition des équipements agricoles au profit de la FENAPAB dans le cadre du Projet d'Appui à la Diversification Agricole (PADA), lancé par le Ministère de l'Agriculture, de l'Élevage et de la

⁵⁹- Article 146 alinéa 8 loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin

⁶⁰ Les éléments constitutifs du recours :

1- la nature du réquerant et les motifs du recours ;

2-l'institution compétente pour recevoir le recours : l'autorité contractante ou son supérieur hiérarchique.

3-les modalités d'exercice du recours : le recours devra être exercé par : lettre recommandée avec accusé de réception ou tout moyen électronique susceptible d'établir une date certaine de réception par son destinataire.

4-l'effet du recours : Le recours introduit devant l'autorité contractante ou son supérieur hiérarchique a pour effet de suspendre la procédure d'attribution jusqu'à la décision définitive de celle-ci.

En tout état de cause, pendant le délai de recours postérieur à la publication du PV d'attribution provisoire, le marché ne peut être signé, notifié ou même recevoir de commencement d'exécution.

⁶¹ Décision N°2013-29/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 28 novembre 2013 sur le recours de la société MGM-COMPAGNIE SARL contre le MAEP dans le cadre de l'attribution des lots 2 et 4 de l'appel d'offres international n° 0003/SC2/C2/PADA/ProCAD/MAEP/2012 relatif à la fourniture d'équipements agricoles au profit du FENAPAB dans le cadre du Projet d'appui à la diversification agricole (PADA)

Pêche (MAEP). Ce dossier d'appel d'offres (DAO) a prévu des critères de post-qualification au soumissionnaire dont l'offre sera évaluée la moins-disant avant l'attribution définitive du marché. La société « MGM-COMPAGNIE Sarl » n'a pas satisfait pour les lots 2 et 4 pour lesquels elle a proposé des offres conformes pour l'essentiel et moins- distantes à cause des critères de post-qualification

Alors que requérante déclare avoir reçu directement de la DNCMP le procès-verbal d'attribution du marché.

Mieux elle soutient qu'« étant donné qu'aucune précision n'a été indiquée par rapport à la définition de marché similaire, tout marché qui s'inscrit dans le cadre de l'aboutissement du projet devrait être accepté.

Aussi affirme-t-elle que le marché similaire ne peut en aucun cas être un marché ayant obligatoirement le même objet.

Après avoir exercé un recours infructueux auprès du Coordonnateur du Procida le 04 septembre 2013, la Société « MGM Compagnie Sarl » a saisi l'ARMP aux fins de solliciter son arbitrage face au rejet de ses offres.

L'ARMP par la lettre n° 657/PR-ARMP/CRD/DRAJ/SA du 13 septembre 2013, a suspendu la procédure de passation de ce marché et a demandé des pièces subséquentes pour l'instruction dudit recours. (Décision I Annexe 2)

B Le règlement non juridictionnel de l'ARMP

▪ La procédure de saisine :

La saisine de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) se fait à travers une procédure encadrée et bien définie par le législateur béninois.

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics tient ses pouvoirs dans le cadre du contentieux de la passation des contrats de la commande publique selon les dispositions réglementaires suivantes :

- l'article 145 et suivants d'une part, et des articles 150 et suivants d'autre part de la loi 2009-02 du 07 août 2009 portant Code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin ;
- l'article 137 et suivants d'une part, et des articles 143 et suivants d'autre part de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin ;
- le décret 2012-224 du 13 août 2012 et le décret 2018-223⁶² du 13 juin 2018 portant Attribution Organisation et Fonctionnement de l'ARMP.

⁶² Articles 1 et 2 du décret 2018-223 du 13 juin 2018 « l'ARMP est l'organe de régulation de la commande publique ; l'ARMP a pour mission d'assurer la régulation de l'ensemble du système de la commande publique »

Ces prérogatives ont été réaffirmées dans les nouveaux textes régissant les marchés publics et du cadre juridique du partenariat public-privé au Bénin⁶³.

En effet, l'article 146, alinéas 1 et 2 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public en République du Bénin, dispose que les décisions rendues par l'Autorité Contractante ou son supérieure hiérarchique peuvent faire l'objet d'un recours devant l'Autorité de Régulation des Marchés Publics chargée du règlement des différends dans un délai de deux (02) jours ouvrables à compter de la notification de la décision faisant grief.

En l'absence de décision rendue par l'autorité contractante ou l'autorité hiérarchique dans les trois (03) jours ouvrables de sa saisine, le requérant peut également saisir l'Autorité de Régulation des Marchés Publics. Cette saisine est formellement structurée⁶⁴ (tableau 2 annexe1).

Il est à relever que la loi n'a prévu de recours en direction de l'ARMP que contre la décision expresse ou tacite rendue par l'autorité contractante ou son supérieur hiérarchique, d'où le caractère obligatoire du recours gracieux ou hiérarchique avant la saisine de l'ARMP.

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics ainsi saisie « rend sa décision dans les sept (07) jours ouvrables de sa saisine »⁶⁵.

Par ailleurs, outre cette saisine de l'ARMP par le soumissionnaire prétendument lésé, la loi a prévu également une auto-saisine de cet organe.

⁶³ Article 7 alinéa 2 de la loi N° 2016-24 du 28 juin 2017 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin

⁶⁴ Les étapes de la procédure : 1-Le candidat ou soumissionnaire saisit L'Autorité de Régulation des Marchés Publics sur sa requête adressée deux (2) jours ouvrables après notification de la réponse de l'autorité contractante. Si le requérant ne reçoit pas de notification de réponse de l'Autorité contractante trois (3) jours ouvrables après que celle-ci ait été saisie, il peut considérer que sa demande a fait l'objet d'une décision implicite de rejet. Et à partir de là, il dispose de deux (2) jours ouvrables pour saisir l'ARMP

2-Une fois saisie, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics dispose de sept (7) jours ouvrables pour rendre sa décision.

3-La requête doit contenir : les noms et adresse du demandeur ; l'objet de la demande ; l'exposé sommaire des motifs ; La liste des pièces dont le requérant entend se servir ; la décision faisant l'objet du recours ; la preuve du paiement de frais de recours.

- Le recours devra être exercé par lettre recommandée avec accusé de réception ou tout moyen électronique susceptible d'établir une date certaine de réception par son destinataire.
- Le recours introduit devant l'Autorité de régulation par le candidat ou soumissionnaire évincé, est suspensif de la procédure. Au demeurant, lorsqu'elle est saisie, l'Autorité de régulation peut ordonner la suspension provisoire de la procédure avant de rendre sa décision définitive.
- En tout état de cause, pendant le délai de recours postérieur à la publication du PV d'attribution provisoire, le marché ne peut être signé, notifié ou même recevoir de commencement d'exécution.

⁶⁵ - Article 146 alinéa 3 loi 2009 et 138 alinéa 3 loi 2017 sur les marchés public

▪ L'Auto-saisine de l'ARMP

L'article. 146 alinéa 6 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 dispose que : « sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toutes informations communiquées par l'autorité contractante, des candidats, soumissionnaires ou des tiers, l'ARMP peut s'auto-saisir à la demande de son président ou du tiers de ses membres ». C'est le cas qu'illustre la décision n°2013-26/ARMP/PR-CR /CRD/SP/DRAJ/SA du 24 Octobre 2013 relative à la Société Nationale des Eaux du Bénin (SONEB) et le Cabinet « CONSEILS REUNIS »⁶⁶.

En effet pour les motifs suivants :

- la violation des articles 91, 92 et 106 de la loi n°2009-02 du 07 août 2009 susvisée par l'autorité contractante ;
- la modification unilatérale par le cabinet « Conseils Réunis » des critères de sélection de personnel au profit de la SONEB,

L'ARMP s'est auto-saisi en matière disciplinaire et Par décision n°2013-25/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 24 octobre 2013, le Conseil de Régulation a annulé la procédure de recrutement de personnel au profit de la Société Nationale des Eaux du Bénin (SONEB). (Décision II annexe 2).

L'ARMP dispose de sept (07) jours ouvrables pour statuer sur les irrégularités, fautes ou infractions constatées. Cette auto-saisine est suspensive de la procédure d'attribution définitive du marché si cette dernière n'est pas encore définitive.

À titre de droit comparé, on peut retenir qu'en droit français, le soumissionnaire lésé dispose d'un recours devant le juge de l'urgence cristallisé par le référé précontractuel, ou d'un recours devant le juge du contrat.

Le référé précontractuel doit être initié avant la conclusion du contrat et son exercice. Il suspend automatiquement la procédure de passation⁶⁷. Si le contrat est conclu, l'intéressé peut transformer son référé précontractuel en référé contractuel.

Lorsque le requérant n'est pas satisfait du règlement non juridictionnel de l'ARMP, il peut faire un recours ou lorsque l'infraction commise est pénalement répressive, l'ARMP confie le dossier à une juridiction compétente ou une instance arbitrale.

⁶⁶ n°2013-26/ARMP/PR-CR /CRD/SP/DRAJ/SA du 24 Octobre 2013 portant exclusion de la commande publique pour une durée d'un an du cabinet «Conseils Réunis » dans le cadre de la procédure de recrutement de personnel au profit de la Société Nationale des Eaux du Bénin (SONEB) au titre de l'année

⁶⁷ Cf. Article 551- 1 et suivants du Code de justice administrative français.

À l'aune de ces dispositions, le juge administratif se verra donc déférer le recours contre la décision rendue par l'ARMP dans le cadre de l'article 146 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et délégations de services publics en République du Bénin.

Le juge administratif connaîtra dans les mêmes conditions, le contentieux visé à l'article 155 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et délégations de services publics en République du Bénin. Ce texte prescrit que « toute personne qui aura subi un préjudice résultant d'un acte de corruption et/ou d'une violation des dispositions de la présente loi est recevable à intenter une action contre l'État et toute autre personne physique ou morale impliquée, en vue d'obtenir la réparation du préjudice subi ».

La juridiction statuant en matière administrative est saisie par requête introductive d'instance signée du demandeur ou de son avocat, et adressée au greffe sous pli recommandé avec demande d'avis de réception, le cachet postal faisant foi de la date du recours⁶⁸.

En matière de plein contentieux notamment en cas de réclamation de dommages-intérêts, le ministère d'avocat est obligatoire pour saisir le juge administratif⁶⁹.

Mais il est très rare voire inexistant que les candidats fassent usage de cette possibilité pour quelques raisons qui se traduisent par la :

- crainte que les autorités contractantes ne l'exclussent des commandes ultérieures ;
- peur d'être aussi dénoncé s'ils se reprochaient une attitude délictuelle qui n'aurait pas abouti, le domaine de la commande publique étant sujet aux pratiques anticoncurrentielles.

Outre la saisine du juge administratif, il est fait appel au juge pénal dans certains cas spécifiques qu'il convient d'élucider.

PARAGRAPHE 2 : La procédure pénale

Le soumissionnaire évincé à la possibilité de saisir le juge pénal sans forcément attendre la décision du juge administratif. Cette possibilité lui impose l'obligation d'apporter les preuves des agissements fautifs qui fondent le délit. Le juge pénal devra préalablement rechercher la disposition violée qui a pour caractéristique d'être de celles qui garantissent le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les marchés : "l'avantage injustifié doit résulter de la violation de la règle s'appliquant à l'espace, et non de texte généraux⁷⁰ . Mais l'absence de preuve du lien de causalité entre la rupture d'égalité et/ou l'atteinte à la liberté et l'attribution du

⁶⁸- Article 819 et suivant du Code béninois de procédures civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes

⁶⁹ - Article 823 et suivant du Code béninois de procédures civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes

⁷⁰ P.PETIT, "Délit de favoritisme : un texte "attrape- tout" à réformer", cah.jur.coll.terr., sept.1999,p.6.

marché le dispense de rechercher si la violation de cette disposition ait bien été le moyen de l'attribution du marché litigieux.⁷¹

La procédure pénale requiert les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des décideurs publics (A) avant l'intervention du juge pénal (B)

A- Les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des décideurs publics.

Les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des décideurs publics, élus et cadres administratifs, ne diffèrent pas sensiblement de celles de droit commun.

En particulier, la responsabilité pénale répond au principe de personnalité impliquant que nul ne peut répondre pénalement que de son propre fait⁷² ; point donc de responsabilité pénale du décideur public du fait d'autrui, comme en matière civile par exemple.

Cela n'exclut pas pour autant sa responsabilité pénale du fait d'une désorganisation du service qui lui serait imputable et qui aurait permis la réalisation de l'infraction. Ce principe de personnalité constitue d'ailleurs le fondement de l'effet exonératoire de responsabilité pénale des délégations de pouvoir.

En effet le délégataire n'agit alors pas en son nom mais au nom du délégant, il est censé agir sous sa surveillance et sa responsabilité.

Eu égard aux dispositions de l'article 121-1 du code pénal français selon lesquelles « nul n'est responsable que de son propre fait », le juge pénal recherchera avant tout l'auteur immédiat de l'infraction, c'est-à-dire le délégataire qui commet directement et matériellement l'acte incriminé. Cependant, les poursuites engagées, le cas échéant, contre le délégataire, n'excluent pas celles qui pourraient également être engagées contre le délégant⁷³.

Peut également être poursuivi tout complice d'un tel délit, c'est-à-dire toute personne qui aide ou prête assistance à l'auteur principal du délit par un acte antérieur ou concomitant au délit facilitant sa commission ou consommant l'infraction. Peut-être enfin poursuivie toute personne coupable de recel de délit de favoritisme, c'est-à-dire toute personne ayant bénéficié du produit d'un tel délit (l'opérateur économique qui a bénéficié de la situation).

⁷¹ TGI Orléans, 5 juin 1996, Monsieur M., n° 1231/96/S3, réf.MIEM,a/12/93 ; Rev.Marchés publ.n°5/1997,p.18-28 ; Droit des service publics locaux, VII.30, mise à jour n° 11, p.48 : modification des offres après ouverture des plis au prétexte d'erreurs(condamnation à 10 mois de sursis et 100000 francs d'amende soit 15000euros).

⁷² l'article 15 de la loi du 05juin 2018 portant code pénale en République du Béninois

⁷³ Dans un arrêt en date du 28 février 1956, la Cour de cassation a en effet posé le principe de la responsabilité du fait d'autrui (Cass. crim. 28 février 1956, JCP 1956, II, 9304 : « En principe, nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel. [...] La responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné. ».

B L'intervention du juge pénal

Le législateur béninois, pour conscientiser davantage les acteurs intervenant à quelque titre que ce soit dans le processus de passation de certains contrats administratifs, en l'occurrence les marchés publics et les délégations de service public, a érigé en infractions certaines violations de la réglementation en vigueur relativement à ces contrats. Il a donc prévu et puni de peine d'amende et d'emprisonnement des agissements qu'il a nommément identifiés.

Ce qui ouvre la voie à l'intervention du juge pénal dans le droit administratif.

Au nombre de ces infractions, on peut citer :

- le fait de procéder à des pratiques frauduleuses préjudiciables aux intérêts de l'Autorité Contractante (AC) : (pratiques de collusion entre soumissionnaires afin d'établir les prix des offres à un niveau artificiel et non concurrentiels, pratique de surfacturation, fournir des informations et des déclarations fausses), puni d'une peine de 05 à 10 ans d'emprisonnement et d'une amende dont le minimum ne saurait être inférieur au montant du marché et dont le maximum ne saurait être inférieur au double du marché⁷⁴ ;
- violation ou complicité de violation des règles en matière de conflit d'intérêts, de fractionnement de marchés et des règles d'exclusion de la commande publique, punie d'une peine de 05 ans à 10 ans d'emprisonnement et d'une amende de FCFA 500.000.000⁷⁵ ;
- violation des règles de contrôle a priori sur les marchés publics par les représentants et membres des autorités chargées du contrôle, punie d'une peine de 05 à 10 ans d'emprisonnement et d'une amende de 25.000.000 à 500.000.000 FCFA⁷⁶.

Le juge pénal est saisi soit par citation directe à la requête d'une personne lésée par ces agissements ou du procureur de la République, soit par plainte avec constitution de partie civile, soit par un réquisitoire aux fins d'informer, adressé par le procureur de la République à un juge d'instruction. L'action au pénal, dans le domaine de la commande publique au Bénin est presque inactive et semble être souvent reléguée au dernier rang.

⁷⁴- Article 152 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et délégations de services publics en République du Bénin

⁷⁵- Article 152 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et délégations de services publics en République du Bénin

⁷⁶- Article 153 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et délégations de services publics en République du Bénin

SECTION 2 : LES SANCTIONS APPLICABLES

Les dispositions de l'article 108 de la loi n° 2011-20 du 11 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin, et celles de l'article 342 de la loi n° 2018-16 portant code pénal au Bénin prévoient et punissent le délit de favoritisme dans les marchés publics. De même l'ARMP peut le cas échéant rendre des décisions à titre de sanctions administratives visant à réprimer le comportement fautif de l'acheteur public.

Le coupable du délit de favoritisme écope une sanction qui selon le type de règlement, peuvent être administrative (Paragraphe 1) ou pénale (paragraphe 2). Ces sanctions sont réglementairement encadrées.

PARAGRAPHE 1 : Les sanctions administratives

L'Administration dispose du pouvoir exorbitant de se faire justice elle-même. La sanction administrative vise à réprimer un comportement fautif de l'acheteur public.

Les sanctions administratives applicables aux agents publics en cas d'infraction commises dans les marchés publics sont limitativement énumérées par la loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin. Ces sanctions selon la gravité de l'acte peuvent aller d'un avertissement de l'agent à sa révocation. Dans le cadre des litiges nés de la passation des marchés publics. Les agents fautifs peuvent se voir infliger des mesures disciplinaires de l'Autorité Contractante (A) ou le cas échéant des sanctions de l'ARMP (B)

A- Les mesures disciplinaires de l'autorité contractante

Une mesure disciplinaire correspond à toute mesure, autre que les observations verbales, prises par l'autorité à la suite d'un agissement fautif d'un agent. Dans le cas spécifique des marchés publics, cette mesure est prise par l'Autorité Contractante. En dehors des sanctions administratives prévues pour réprimer les agents publics fautifs, il n'existe pas de façon spécifique des mesures disciplinaires de l'Autorité Contractante dans le cadre du contentieux de passation à l'encontre des auteurs de l'infraction. En effet les articles 145 de la loi de 2009 et 137 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics au Bénin qui donnent prérogative au candidat ou soumissionnaire pour introduire un recours gracieux ou hiérarchique devant l'Autorité contractante rend le règlement amiable et on ne saurait parler d'une sanction. Ce recours peut porter : sur la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché, sur les conditions de publication des avis, les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées, le mode de passation et la procédure de sélection retenus, la conformité des document d'appel d'offre à la réglementation, les spécification techniques retenues, les critères d'évaluation et la

décision d'arrêt de la procédure. Ce recours doit invoquer une violation de la réglementation des marchés publics. Les mesures disciplinaires prises par l'Autorité Contractante à la suite d'un agissement fautif d'un agent peuvent avoir pour effet, un avertissement, une exclusion temporaire de fonction ou le cas extrême une révocation de l'agent. (Tableau 3 annexe 2).

Toutefois l'article 138 alinéa 2 de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 dispose qu'en l'absence de décision rendue par l'Autorité Contractante ou de l'autorité hiérarchique dans les trois (03) jours ouvrables de sa saisine, le requérant peut également saisir l'Autorité de Régulation des Marchés Publics. C'est le cas par exemple de la saisine de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) faite par l'Entreprise « VICI INTERNATIONAL Co » représentée par son gérant au moyen de la lettre n°2015/019/DG/DTDAF/VIC-SA du 24 mars 2015, d'un recours en annulation de la procédure de gré à gré substituée à la consultation restreinte, préalablement retenue, Après avoir exercé un recours préalable sans satisfaction. En effet, l'entreprise « VICI INTERNATIONAL Co » demande à l'ARMP de procéder à l'« annulation de la procédure de gré à gré substituée à la procédure de consultation restreinte et la réhabilitation de l'attribution des lots 2 et 3 » qui lui a été faite.

B- Les sanctions de l'ARMP

Tout candidat, soumissionnaire, attributaire ou titulaire de marché, encourt sur décision de l'ARMP en cas de violation des textes les sanctions suivantes :

- La confiscation des garanties ;
- L'exclusion de la concurrence pour une durée déterminée ;
- Le retrait d'agrément ou de certificat de qualification.⁷⁷

« Les décisions de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ne peuvent avoir pour effet que de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés, de suspendre ou de faire suspendre la décision litigieuse ou la procédure de passation et dans la mesure du possible, orienter le soumissionnaire évincé dans les procédures légales. C'est le cas qu'illustre le marché d'acquisition de matériels de manutention portuaire, objet de l'appel d'offres international restreint n°09/S0BEMAB/PRMP/S-PRMP/2013 au profit de la SOBEMAP lancées le 09 décembre 2013 par la Personne Responsable des Marchés Publics de la SOBEMAP et en février 2014 par le Directeur General de la SOBEMAP.

De nombreuses irrégularités ont entachées la procédure de passation de ce marché.

Au nombre des irrégularités constatées, il est souligné :

⁷⁷ Article 144 de la loi de 2017 portant code des MP en République du Bénin

- la confiscation du procès-verbal d'attribution provisoire du marché par le Directeur Général de la SOBEMAP parce que « les sociétés étrangères avec lesquelles il a déjà ficelé les attaches sont éliminées dans ce procès-verbal qui n'est que provisoire ;
- le changement unilatéral des quantités (augmentation) sur certains gros équipements par le Directeur Général ;
- la modification des pièces administratives du Dossier Appel Offres, demandant que « les fournisseurs apportent leurs proformas et fiches techniques ».

L'ARMP saisie par courrier n°334/FONAC/Pdt114, du Président du Front des Organisations Nationales de lutte contre la Corruption (FONAC) et après analyse des faits a rendu la décision N°2014-19/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA DU 23 MAI 2014. Cette décision porte annulation desdites procédures aux fins de faire corriger les irrégularités dénoncées.

En cas de décision constatant la violation de la réglementation applicable, l'Autorité Acontractante doit s'y conformer en prenant, dans un délai de cinq (05) jours ouvrables, les mesures de nature à remédier aux irrégularités constatées. La décision de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics est immédiatement exécutoire»⁷⁸.

En effet, les lois régissant les commandes publiques visent plus le cas des candidats et soumissionnaires en dissimulant la prise en compte des acteurs qui dans la plupart des infractions commises par les candidats ou soumissionnaires en sont des auteurs privilégiés. Outre ces sanctions administratives, le législateur béninois a prévu des sanctions pénales dans les cas de la commission des délits en matière de la commande publique.

PARAGRAPHE 2 : Les sanctions pénales

La loi n° 2011 – 20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin en son article 108 et article 432-14 du Code pénal français prévoient et punissent le délit d'octroi d'avantage injustifié de différentes peines principales et complémentaires (A). Cependant si le délit d'octroi d'avantage injustifié n'est pas réprimé, les preuves peuvent s'effacer avec le temps. Cette prescription (B), éteint l'action publique et institue en quelque sorte un droit à l'oubli.

A- Les peines principales et complémentaires

La loi n° 2011 – 20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin dispose en son article 108 que « est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq (05) ans à dix (10) ans, tout agent public qui intentionnellement n'aura

⁷⁸ Art 138 alinéa 5 de la loi de 2017 portant code des MP en République du Bénin

pas respecté une ou plusieurs dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, notamment : en œuvrant pour déclarer adjudicataire un soumissionnaire qui n'aura pas respecté les règles de procédure en matière de soumission des marchés publics ou qui n'aura pas les remplir les conditions exigées par les dispositions législatives ou réglementaires applicables ; ... ». Cette disposition de l'article s'étend au soumissionnaire tout comme au complice du délit. Le bénéficiaire de l'avantage injustifié quant à lui, peut être interdit de prendre part à vie ou à temps à une procédure de passation des marchés publics sans que cette interdiction ne soit inférieure à cinq (05) ans. Ces sanctions se trouvent être renforcées dans le nouveau code béninois des marchés publics en ses articles 147 et 148.

L'article 432-14 du Code Pénal français punit également le délit d'octroi d'avantage injustifié d'une peine principale maximale de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Par ailleurs, l'article 432-17 du Code pénal français édicte différentes sanctions susceptibles d'être prononcées à titre de peines complémentaires. Il s'agit tout d'abord de la peine complémentaire d'interdiction des droits civils, civiques et de famille.

Dans ce cadre, le juge pénal peut, notamment, prononcer l'interdiction du droit de vote et l'inéligibilité pour une durée maximale de cinq ans. Par application de l'article 131-26 du Code pénal français, cette interdiction, qui peut porter sur tout ou partie des droits précités, emporte interdiction d'exercer une fonction publique. Le juge pénal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire facultative, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus, ainsi que l'affichage ou la diffusion de la décision de condamnation.

B- La prescription du délit du favoritisme

L'article 8 du code de procédure pénale Béninois dispose que : « Sauf pour les cas où la loi en dispose autrement, l'action publique se prescrit par dix (10) années révolues à compter du jour où le crime a été commis. La prescription est de trois (03) années révolues en matière de délit et d'une (01) année révolue en matière de contravention. Les crimes économiques, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles. Toutefois, en cas de contravention ou de délit connexe à un crime ou de contravention connexe à un délit, le délai de prescription le plus long s'applique ».

La jurisprudence considère qu'un délit est occulte lorsqu'il existe des difficultés à découvrir l'infraction, comme la clandestinité de l'opération rendant impossible la connaissance des faits ou l'impossibilité de dénoncer l'infraction⁷⁹.

Pour éviter des impunités de fait, la jurisprudence a décidé de retarder le point de départ de la prescription de certains délits « au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »

Le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à la l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations des services publics est une infraction instantanée qui se prescrit par trois (3) ans à compter du jour où les faits la consommant ont été commis ; toutefois le délais de prescription de l'action publique ne commence à courir , lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accompli de manière occulte, sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice de la poursuite⁸⁰ . Ne donne donc pas une base légale à sa décision la cour l'appel qui retarde le point de départ de la prescription au jour du dépôt de la plainte, sans établir que les actes irréguliers avaient été dissimulés ou accomplis de manière occulte⁸¹.

⁷⁹Cass. crim. 30 juin 2004, pourvoi n°03-86287.

⁸⁰caractérise la dissimulation des actes irréguliers de nature à retarder le point de départ de la prescription, l'arrêt qui relève qu'un marché d'édition et de diffusion du numéro spécial d'un magazine d'information d'une collectivité territoriale, d'un montant excédent le seuil alors en vigueur, a été confié sans appel public à la concurrence, à une société déjà attributaire de l'édition de ce magazine, en ayant recours à une structure de droit privé qui a eu pour effet d'empêcher des contrôles habituels et à fait obstacle à la découverte de l'aspect irrégulier d'un l'opération présentée comme s'inscrivant dans l'exécution d'un marché déjà passé alors qu'il s'agissait d'une opération autonome (Cass crim.,5 mai2004 : Bull. crim, n° 110.- 19 mai 2004 : Bull.crim., n°131).

⁸¹ Cass.crim, 27 oct 1999 :Bull. crim,n°238et 239 ;Dr pénal ,2000 comm, n°27,obs, M. Veron ;Rev.sc.crim 2000, n°618.obs.Delmas Saint Hilaire

CHAPITRE 2 :

UN TRAITEMENT PERFECTIBLE

Le traitement du délit de favoritisme reste confronté à certaines limites (Section 1). Les peines qu'écopent les fonctionnaires fautifs auteurs de ce délit sont peu dissuasives. Au regard de tout ceci, il urge d'envisager les améliorations à apporter au système de gestion de la commande publique (Section 2) pour un meilleur traitement du délit de favoritisme.

SECTION 1 : LES LIMITES DU TRAITEMENT

De manière générale, le traitement des délits nés à l'occasion de la commande publique au Bénin et en particulier le délit de favoritisme est confronté à des limites théoriques d'une part (Paragraphe 1) et à des limites pratiques d'autre part (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : Les limites théoriques

La prérogative de règlement de tout litige ou de connaissance de toute infraction relative à la commande publique reconnue l'ARMP, l'amène à rendre des décisions pour situer les différents acteurs sur la régularité des procédures de passation, sur les manquements observés et parfois à prononcer des sanctions relevant de son ressort. Cette compétence légale de l'ARMP se heurte très souvent à certaines défaillances. Ces défaillances sont liées aux textes (A) et à la restriction de son pouvoir (B).

A - Les défaillances liées aux textes

Pour les litiges nés de la passation et de l'exécution de la commande publique, les insuffisances notées dans la loi 2009-02 du 07 Août 2009 portant Code des Marchés Publics et des Délégations de Service Public en République de Bénin, ont été reprises dans la loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin. En effet, l'article 146 dernier alinéa de la loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin dispose que : « Sans préjudice des sanctions disciplinaires et pénales, sur décision de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, les intéressés peuvent être interdits de prendre part à temps ou à vie à une procédure de passation des marchés publics sans que cette interdiction ne soit inférieure à cinq (05) ans », alors que le nouveau décret n° 2018-223 du 13 juin 2018 portant AOF de l'ARMP dispose en son article premier au dernier alinéa : qu'« elle est dotée de la personnalité juridique et jouit d'une autonomie administrative et financière ». De même, le quatrième point de l'article 2, alinéa 2 dudit décret portant sur les missions de l'ARMP dispose qu'elle a pour objet « le règlement non juridictionnel des litiges nés à l'occasion de la passation des marchés publics et des partenariats public-privé ». Dès lors, la sanction pénale retrouvée dans cet article 146 de la loi 2017, en ce qui concerne les sanctions de l'ARMP, montre clairement la confusion et l'incohérence qui sont faites des attributions de l'ARMP chargée uniquement du règlement non juridictionnel des contentieux de la commande publique.

Aussi, cette loi 2017 n'a pas corrigé l'insuffisance liée à la limite de compétence de l'ARMP en ce qui concerne le contentieux de l'exécution. Car, son article 143 alinéa 1, 6^{ème} tirets dispose que sont passibles de sanctions sur décision de l'ARMP, tout candidat, soumissionnaire, attributaire ou titulaire de marché, coupable des incriminations ci-après : « ... participation pendant l'exécution du marché à des actes et pratiques frauduleuses préjudiciables aux intérêts de

l'Autorité Contractante, contrairement à la réglementation applicable en matière de marché public et susceptibles d'affecter la qualité des prestations ou leur prix ainsi que les garanties dont bénéficie l'Autorité Contractante. »

Ceci marque une autre contradiction dans les textes régissant les contentieux de la commande publique au Bénin. C'est ce qui amène l'ARMP à se déclarer incompétente pour connaître des litiges nés de l'exécution des Marchés Publics. De même, l'une des insuffisances liées aux textes réside dans la durée prolongée de la période de suspension du processus de la commande publique objet du litige, encadré par les articles 137 et 138 de la nouvelle loi 2017 applicable aux marchés publics. Outre les insuffisances relevées dans les textes régissant les marchés publics, il existe des difficultés relatives à la pratique de la gestion des contentieux aussi bien de la passation que de l'exécution.

B- La restriction du pouvoir de l'ARMP

Il convient de relever ici, une insuffisance contenue dans l'alinéa 1 de l'article 150 de la loi 2009-02 du 07 août 2009 portant Code des Marchés Publics et des Délégations de service public en République du Bénin qui donne plein pouvoir à l'ARMP de sanctionner tout titulaire de marché, ou fournisseur ou prestataire de service en cas d'infractions. Le quatrième tiret du troisième alinéa prévoit une sanction pénale à savoir : « une peine d'emprisonnement de cinq (05) ans à dix (10) ans et une amende dont le minimum ne saurait être inférieur au double du marché. »

Cette insuffisance a été heureusement corrigée dans le dernier alinéa de l'article 154 de la loi sus citée, qui dispose que : « l'ARMP doit également saisir toute juridiction financière ou judiciaire compétente des violations de la réglementation visée au présent article. »

Cette insuffisance notée dans la réglementation de 2009 a été malheureusement reprise dans le dernier alinéa de l'article 146 de la nouvelle loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin qui dispose que : « Sans préjudice des sanctions disciplinaires et pénales, sur décision de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, les intéressés peuvent être interdits de prendre part à temps ou à vie à une procédure de passation des marchés publics sans que cette interdiction ne soit inférieure à cinq (05) ans ».

En réalité, les sanctions prévues par les différentes lois qui sanctionnent les infractions et violations relatives à la procédure, de passation et à l'exécution des marchés publics, des délégations de service public et de partenariats public-privé sont aussi bien disciplinaires que pénales.

L'ARMP est une structure qui dispose de la personnalité juridique, une Autorité Administrative à caractère Indépendante (AAI) mais qui n'a pas une compétence juridictionnelle ; c'est pourquoi le législateur a prévu le recours de l'ARMP à toute juridiction compétente lorsque l'infraction nécessite une sanction pénale.

Cette restriction perçue comme limite des prérogatives de l'ARMP la contraint à recourir dans le cas de certains litiges à toute juridiction financière ou judiciaire compétente.

PARAGRAPHE 2 : Les limites pratiques

Les principes de transparence et de saine concurrence édictée par le code des marchés publics sont de plus en plus transgressés dans le but d'écartier certains candidats de la commande publique. Bien que le Code des marchés publics ait encadré les procédures de passation et d'exécution des marchés l'on observe encore des retards dus essentiellement aux mauvaises pratiques. La non dénonciation des infractions (A) et les attitudes peu orthodoxes (B) de certains acteurs de la chaîne de passation de la commande publique constituent des limites observées dans la pratiques.

A- La non dénonciation des infractions

Il arrive souvent que les infractions ou les violations des dispositions des lois relatives aux marchés publics, aux délégations de service public et/ou aux partenariats public-privé ne soient pas dénoncées pour plusieurs raisons. Parmi celles-ci, peuvent être citées :

- la méconnaissance des droits par les candidats évincés ;
- la peur de faire sanctionner les coupables éventuels ou de se voir sanctionner ;
- la crainte de l'Autorité Contractante de se voir publiée face à tel ou tel autre dossier ;
- la crainte de l'application des sanctions par l'ARMP ;
- l'ignorance de la loi par l'une ou l'autre des parties.

Ces raisons font passer plusieurs litiges ou infractions nées de la violation des dispositions des lois relatives aux marchés publics, aux délégations de service public et/ou aux partenariats public-privé sous silence.

Les différentes infractions qui sont des manquements au devoir de probité sont souvent commises de commun accord entre les deux parties ; ce qui rend difficile la dénonciation et par conséquent la difficulté de trouver les éléments de preuve comme en matière de favoritisme.

De même l'ignorance surtout de la loi par l'une ou l'autre des parties oblige souvent l'ARMP à s'auto saisir aux fins de dénoncer certaines violations.

B - Les attitudes peu orthodoxes des acteurs

Le traitement des délits nés à l'occasion de la commande publique est confronté à plusieurs obstacles dans la pratique. Ces obstacles handicapent la gestion matérielle du contentieux. Il s'agit entre autres de :

- la méconnaissance des textes ;
- la peur de dénonciation ;

- la force du pouvoir politique qui agit sur les décisions de justice ;
- la force des liens de familiarité, d'amitié et de complicité qui agissent sur les décisions de justice ;
- des délais de réaction plus ou moins longs prévus par les textes ;
- la non collaboration des soumissionnaires ou autorités contractantes en contentieux aux auditions de la commission de discipline de l'ARMP ;
- les fausses ou mauvaises déclarations.

Dans la pratique, les délais des différents recours administratifs encadrés par les textes ne sont pas toujours respectés. En cas d'insatisfaction de la décision de l'ARMP, le soumissionnaire évincé saisi très rarement juge administratif.

Il arrive que, dans l'exercice de leurs fonctions, les acteurs publics commettent des infractions pour lesquelles ils doivent être sanctionnés, mais il est souvent difficile que leur responsabilité pénale soit mise en cause.

Aussi, le relationnel, le manque de dénonciation, la peur des représailles, les tournures politiques constituent-ils des freins quant à la mise en œuvre de certains contentieux liés à la passation et à l'exécution des commandes publiques.

Il est fréquent d'apprendre que des agents publics exigent des soumissionnaires des commandes publiques, des pots de vin qui leur conditionnent l'octroi des marchés.

Certains agents publics sont mêmes des prestataires et s'octroient des marchés sous couverts, mais il est pourtant difficile aux entrepreneurs légaux de les dénoncer de peur de voir leurs dossiers à l'avenir bloqués.

SECTION 2 : LES AMÉLIORATIONS DU SYSTÈME DE GESTION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Au regard des limites évoquées dans le traitement des délits de commande publique en général et celui du favoritisme en particulier, il importe de suggérer un réaménagement de la procédure (paragraphe1) et un renforcement de la transparence et de la capacité de acteurs (paragraphe2).

PARAGRAPHE 1 : Un réaménagement de la procédure

Les marchés publics sont un instrument de développement économique. Leur mise en concurrence, devrait être un gage de la qualité des dépenses publiques. Leur efficacité est conditionnée par la célérité dans le choix de la procédure. Les procédures de Passation des marchés publics fonctionnent comme un cycle dont les étapes se suivent, se complètent et forment un processus bien déterminé. Les dysfonctionnements qui handicapent les procédures de passation des marchés publics dans la mise en œuvre, ne contribuent pas véritablement au développement économique

du Bénin et semblent persister malgré la mise en place des dispositions réglementaires. Les procédures adoptées dans le cadre des infractions nées à l'occasion de la passation des commandes publiques souffrent de certains maux qui méritent un réaménagement. Ce réaménagement doit surtout viser l'allègement de la procédure administrative (A) et l'extension des sanctions (B).

A- L'allègement de la procédure administrative

La lourdeur administrative constitue un goulot d'étranglement dans la passation des marchés publics. Les procédures élaborées dans l'esprit de la transparence et de l'égalité des chances pour toutes les entreprises sont pensées comme une panacée contre le délit de favoritisme et toutes autres fraudes. Mais la pratique a démontré que les procédures par excellence longues engendrent quelques fois des impacts négatifs. Au regard des limites enregistrées dans la procédure, il importe que l'on allège celle-ci afin de la rendre plus dynamique pour ne pas bloquer l'intérêt général du commanditaire public du fait du caractère suspensif du recours. Cet allègement pourra aussi rétablir dans un délai raisonnable le candidat, soumissionnaire ou titulaire de bonne foi à un contrat public. Aussi importe-t-il de réitérer le rôle central que l'ARMP est appelé à jouer pour la mise en œuvre des réformes stratégiques engagées par les pouvoirs publics et devant contribuer aux objectifs de transparence, d'efficacité et de professionnalisation de tout le cycle de gestion des marchés publics. A ce titre, il est plus qu'impératif de veiller à ce que tous les actes de régulation pris dans ce cadre contribuent davantage à l'effectivité d'un système qui favorise non seulement la concurrence, mais aussi développe la confiance des soumissionnaires des marchés publics, du secteur privé et des partenaires au développement. Pour cela l'allègement peut porter sur :

- la réduction des délais de recours ;
- l'atténuation de l'effet suspensif de la procédure jusqu'à la solution définitive ;
- caractère facultative le recours gracieux ou hiérarchique de l'autorité contractante ;
- La dynamisation des commissions de règlements des différends et de discipline de l'ARMP, à travers une prompt réaction sur les recours ;
- L'encouragement l'éthique dans la commande publique ;
- la mise en place d'un mécanisme de suivi des sanctions prononcées par l'ARMP.

B- L'extension des sanctions

Nonobstant le caractère non juridictionnel et la nonchalance de la procédure administrative, il convient de suggérer face au constat fait que l'ARMP assure la régularité et le contrôle des sanctions a elle retenues à l'encontre des fautifs.

Au regard des dispositions de l'article 108 et 109 de la loi 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin, qui font cas des

peines retenues pour certaines infractions, il est remarqué que ces peines sont limitatives et peu dissuasives. Pendant qu'en France outre les peines prévues par les dispositions de l'article 432-14 relatives au délit de favoritisme, d'autres textes tels que le code électoral et Code des juridictions financières prévoient d'autres peines plus dissuasives. Malheureusement c'est pas le cas au Bénin, même si les dispositions de l'article 418 de la loi n°2013-06 portant code électoral en République du Bénin font mention des catégories des personnes qui ne doivent pas s'inscrire sur la listes électoral.⁸² C'est pour cela qu'une extension des peines est souhaitée pour décourager davantage les agents fautifs qui s'investissent plus dans le délit de favoritisme au cours des opérations de passation de la commande publique. Il ne suffira pas seulement de procéder à l'extension des sanctions à d'autres peines, mais d'encourager aussi la dénonciation et l'action au pénal de ce délit.

PARAGRAPHE 2 : Le renforcement de la transparence et de la capacité des acteurs

Si les auteurs sont unanimes sur le fait que les mauvaises pratiques constituent le principal obstacle à la performance du système des Marchés Publics, ils conviennent également que l'incompétence des acteurs justifie certains dysfonctionnements constatés à l'occasion de la passation des commandes publiques. Il apparaît important de renforcer la transparence (A) et de renforcer la capacité des acheteurs publics.

A- Le renforcement la transparence

Les marchés publics constituent un domaine très important dans le secteur social, économique, juridique et politique d'une nation du fait que lors de la passation des marchés publics, c'est l'argent du contribuable qui est décaissé. Il est indispensable que cette dépense qui engage l'argent du contribuable soit conduite avec efficacité et transparence. Cette transparence doit être synonyme de la clarté des procédures permettant aux soumissionnaires de prendre connaissance de toute information relative à la passation, l'exécution et au contrôle des marchés publics. La transparence des procédures de passation des marchés publics est abrégée par le triptyque selon lequel le processus de passation des marchés publics doit être visible, compréhensible et prévisible. Une plus grande transparence dans la commande publique est la contrepartie indispensable de procédures d'attribution plus flexibles et crédibles des marchés. Les pouvoirs adjudicateurs

⁸² l'article 418 alinéa3 de la loi n°2013-06 portant code électoral en République du Bénin que dispose « les individus condamnés à une peine d'emprisonnement avec ou sans sursis d'une durée égale ou supérieure à trois (03) mois assortie ou non d'amende pour vol, escroquerie, abus de confiance, détournement de denier publics, faux et usage de faux, corruption et trafic d'influence ou attentats aux mœurs ou tous autres faits prévus par les dispositions du code pénal et constitutifs de délit » ne doivent pas être inscrit sur la liste électorale

devraient être tenus de publier systématiquement les données sur la commande publique, particulièrement sur les raisons de leurs choix. En effet, dès lors que c'est l'offre économiquement la plus avantageuse⁸³ il est indispensable d'informer les candidats malheureux ainsi que les parties prenantes des raisons qui ont poussé l'autorité publique à retenir une offre plutôt qu'une autre. L'objectif de cette proposition est d'augmenter la transparence dans la passation et l'exécution des contrats publics. Il ne s'agit pas d'améliorer la transparence par principe, mais de mieux responsabiliser les décideurs publics.

B- Le renforcement des capacités des acheteurs publics

Les dysfonctionnements observés dans le processus de passation des Marchés Publics découlent en partie de l'incompétence des acteurs qui, très souvent, ne disposent pas des qualifications nécessaires pour interpréter la réglementation et appliquer de manière objective les dispositions qui régissent le processus. En effet, les personnels en charge de la passation des Marchés Publics n'ont parfois aucune base de formation en matière des Marchés Publics. Ils sont généralement choisis parmi des fonctionnaires disposant de qualifications précises en rapport avec les fonctions principales qu'ils occupent au sein de l'Administration. Le constat est ainsi fait que les mauvaises pratiques et l'incompétence des acteurs de la passation des Marchés Publics constituent des causes profondes de la mauvaise performance du système. Face à cette situation, il paraît à juste titre d'organiser par moment des séances de renforcement de la capacité des acheteurs publics.

⁸³ L'offre économiquement la plus avantageuse est celle...qui est retenue, en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation

CONCLUSION

Le délit d'octroi d'avantage injustifié, plus connu sous le nom de favoritisme, compte certainement parmi les incriminations les plus redoutées des élus et agents publics officiant en matière de commande publique.

Son appréhension, jurisprudentielle est parfois incertaine, voire extensive et donc mal comprise. Ce délit souvent perçu comme purement formel, trop prompt à sanctionner des actes pourtant accomplis de bonne foi.

IL relève parfois d'une simple erreur ou omission, bien plus que d'une intention délictueuse ferme et résolue.

Au Bénin depuis de l'ordonnance n°96-04 du 31 janvier 1996 portant code des marchés publics applicable en République du Bénin jusqu'à la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Bénin et la loi 2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé, un effort remarquable d'amélioration continue des lois qui encadrent les commandes publiques est fait. Cependant une nécessaire consécration du délit de favoritisme dans les textes de lois qui encadrent la commande publique comme c'est le cas en France s'avère indispensable.

Aussi est-il à faire remarquer que les outils de répression des litiges ou délits nés de la passation des commandes publiques sont peu dissuasifs et leur application reste muette du fait de la non dénonciation des infractions pour des raisons sus évoquées.

De même les procédures administratives comme pénales préoccupent moins les soumissionnaires évincés du fait de : l'ignorance des textes, le relationnel, le manque de dénonciation, la peur des représailles, et les tournures politiques.

L'ARMP étant un organe de règlement non juridictionnel ne peut qu'agir dans la limite de ses compétences. (suspension de la procédure et sanction disciplinaire à l'encontre de l'agent fautif). Ces mesures ne sont pas de nature à trop inquiéter les acheteurs publics fautifs et par ricochet endiguer ce délit.

Au regard de la spécificité et du caractère occulte du délit de favoritisme, il s'avère indispensable qu'au-delà des sanctions administratives de l'ARMP, que le dispositif répression pénale au Bénin soit plus renforcé. Certes la loi 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes au Bénin en son article 108 dispose des sanctions à l'encontre des acteurs fautifs qui intentionnellement n'auraient pas respecté une ou plusieurs dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité de traitement dans les commandes publiques. Ces sanctions paraissent peu dissuasives et méritent un renforcement par une extension à d'autres peines pour

décourager ces pratiques malsaines fréquemment observées dans le processus de la commande publique.

Dans la législation française par exemple, en dehors des sanctions pénales, les fautifs en la matière, écopent d'autres peines dites des peines complémentaires attachées de plein droit à une condamnation pénale. C'est le cas notamment de :

- article L.7 du Code électoral français inséré par la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie publique qui dispose que : « ne doivent pas être inscrites sur la liste électorale, pendant un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive, les personnes condamnées pour l'une des infractions prévues par les articles 432-10 à 432-16 [...] du Code pénal ou pour le délit de recel de l'une de ces infractions ». Aux termes de cet article. L'auteur reconnu coupable du délit de favoritisme était donc de plein droit frappé d'inéligibilité et d'une interdiction de droit de vote.

- De même l'article L. 313-6 du Code des juridictions financières française sanctionne le fait, pour un fonctionnaire ou un agent de l'État ou des collectivités territoriales, de procurer ou tenter de procurer à autrui « en méconnaissance de ses obligations [...] un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé », même si ces dispositions soulèvent d'emblée la question du cumul des peines.⁸⁴

Aussi faudrait-il que les soumissionnaires évincés intègrent dans la pratique, la culture de dénonciation des délits généralement commis à l'occasion de la passation des commandes publiques et spécifiquement le délit de favoritisme . Ceci permettra à l'ARMP de connaître bon nombre de dossiers qui lui échappent et d'éviter moins d'auto-saisine.

Cette extension souhaitée des peines dans l'arsenal répressif de ce délit au Bénin et la dénonciation par les soumissionnaires évincés des agissements fautifs des acheteurs publics peuvent freiner la commission des délits nés des commandes publiques et particulièrement le délit de favoritisme.

⁸⁴ le principe « non bis in idem », impliquant qu'une personne ne peut être puni deux fois pour le même fait, semble devoir faire théoriquement obstacle à ce cumul des sanctions. Il pourrait certes être opposé, comme en matière de droit pénal fiscal , que les sanctions édictées par l'article 432-14 du Code pénal et celles de l'article L. 313-6 du Code des juridictions financières n'auraient pas la même finalité et seraient donc cumulables. Une telle solution nous apparaîtrait toutefois particulièrement contestable, au regard du principe précité.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

A- Ouvrages généraux

- Cyrille (E), «Passer un marché Public : Principe, Procédure, Contentieux » 2^e édition ; Paris, le moniteur, 2004,480 pages.
- FENEC (G.) et PETIT (P.), « la moralisation des marchés publics » 1^{ère} édition PUF, Paris
- Jacques (C), Daniel (R), «les marchés publics de travaux des collectivités territoriales», 2^e édition ; Paris, le moniteur, 1994, 462pages.

B- Ouvrages spécialisés

- BERGEAL (C.), et LENICA (F.), Le contentieux des marchés publique, Moniteur, paris, 2010.
- LAJOYE (C.), droit des marchés publics, GUALINO, Paris,2008.
- MAYER (N), PERRINEAU (P.), les comportements politiques, Armand Colin, Paris, 1992.
- PREBISSY-SCHENLL (C.) ,La pénalisation du droit des marchés publics,L.G.D.J.,Paris,2002.
- HERNU (R), «Principe d'égalité et Principe de non-discrimination dans jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes thèse de doctorat en droit Publico», LGDJ, Paris 2003, p. 555.

C-Articles

- BERBARI (M.), «Délit de favoritisme : trop de flou pour les praticiens», *Mon. TP*, 25 nov. 1994, p. 52-53.
- DEMELIN (M.), «Marché public des collectivités locales, le décret du 31 mars 1992 et le délit de favoritisme», *Droit et affaires*, n° 517, juin 1992, p. 115.
- DEPORCQ (D.) «Marchés publics, un nouveau délit», *Gaz. Cnes*, 11 février 1991, p. 96-98.
- LIORENS (F.) , Typographie des contrats de la commande publique : Contrats marché pub. 5/2005

- FABRE (B.), «Premier bilan du délit de favoritisme», *Mon. TP.*, 2 oct. 1998, p. 47.
- GUIBAL (M.), «Favoritisme, concurrence et contrats publics», *JCP*, éd. E, suppl. n°4/1991, p. 7-12.
- BUEB (J.-P.), «Fraudes et corruption dans les marchés publics » *Rev. Marché unique EUR.*, n°11997, P. 36.
- SAVOYE (J.), «De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics», *D. 1999,chron,p.169.*
- LAGUERRE (A.), « Concurrence, favoritisme et sanction pénale dans les marchés publics», *Rev. Marchés publ. N271, janv.-févr. 1993, p. 26-32.*
- LEMOINE (C.), «Le délit de favoritisme.», *Bull. des contrats de marchés publics*, août 2000, première partie, p. 1.
- MATTARA (A.), « la politique communautaire de marché publics : nécessité ou souci de perfectionnisme ? », *Rev. marché unique europ* , n°4/1996, P. 9.
- MOLONIE (J.),«Délit de favoritisme des commandes hors marché», *Interface, Bull. d'information de l'ACSI*, janv. 1996, n°25, p. 10.
- COSSALTER (P.), DEPORCQ (D.), « LE casse- tête des quatre juridictions », *MonTP*,23 juill.1993, p. 18
- PETIT (P.), «Délit de favoritisme : un texte «attrape-tout» à réformer », *Cah. Jur. Coll.Terr.*, sept. 1997, p. 5-6.
- PIREYRE (B.-A), «Marchés publics, Rubrique favoritisme», *Rép. Dalloz. Dr pén.*, 1998, avr, 11 pages.
- ROGER (A.), «La notion d'avantage injustifié», *JCP*, éd. G., 1998, I, p. 65-71.
- SAVOYE (J.), «De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics», *D. 1999, chron, p. 169-173.*
- SAUSSIÉ (S.) et TIROLE (J.), « Les notes du conseil d'analyse économique, n°22, avril 2015 »
- TOUZI-LUOND (A.),«Le point sur : la responsabilité pénale des agents publics à raison des manquements commis dans le cadre des opérations de marchés publics ou délégations de service public », *Rev.Marchés publ.*,n°2/98, P . 14.

D- Thèses et mémoires

- BATCHO (M. G.) et BATONON (H.L.), «la problématique de la responsabilité en matière de marché publics au Bénin», Mémoire de Maitrise ès-sciences juridiques *UAC FADESP* 2004-2005.
- BIO FOUSSENI (T.) et BALOCHA (S), «Entraves à une bonne exécution des marchés publics au Bénin», *UAC FADESP*, 2001- 2002.

E- Lois et règlements

- Loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et délégations de services publics en République du Benin, JO, 15 mars 2010, Recueil JO 2010, 121ième année, n°06, P274, Archives Nationales
- Loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République du Benin,
- Décret 2018 -223 du 13 juin 2018 portant Attribution, organisation et fonctionnement de l'ARMP
- Loi n°2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infraction connexes en République du Benin, JO, 06 mars 2012, Recueil JO 2012, 123ième année, n°05Bis P3, Archives Nationales
- Loi n° 2018- 16 du 04 juin 2018 portant code pénal en République du Bénin
- Loi 2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat publi-privés République du Bénin
- Loi n° 2018-16 du 04 juin 2018 portant code pénal en République du Bénin
- Code pénal français vingt - unième édition 2009

F- Webographie

- <http://www.seban-associes.avocat.fr>, Le délit d'octroi d'avantage injustifié - Seban & Associés : consulté le 25/02/2018
- justice.ooreka.fr, Délit de favoritisme : définition et poursuites consulté le 25/02/2018
- <http://www.seban-associes.avocat.fr> Commande publique. La nécessaire réforme du délit d'octroi consulté le 26/02/2018
- <http://www.justice.gouv.fr> Le favoritisme : l'octroi d'un avantage injustifié : consulté le 28/02/2018
- <http://www.sba-avocats.com> Le favoritisme - STÉPHANE BABONNEAU Avocat Pénaliste : consulté le 28/02/2018

ANNEXES

ANNEXES 1

TABLEAU 1 : SCHÉMATIQUE DU RÉGIME DES RECOURS DEVANT L’AUTORITÉ CONTRACTANTE⁸⁵

N°	Les étapes du recours hiérarchique devant l’Autorité Contractante	
1.	Recours ?	<ul style="list-style-type: none"> •les candidats et soumissionnaires peuvent introduire devant l’autorité contractante ou son supérieur hiérarchique un recours à l’encontre des actes et décisions leur créant des préjudices (Art 145CMP)
2.	Objet du recours?	<ul style="list-style-type: none"> •décision d'attribution ou non d'un marché •Conditions de publication des avis •Règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées •Le mode de passation et la procédure de sélection retenus •La conformité des documents d’appel d’offres à la réglementation •les spécifications techniques retenues •Les critères d’évaluation
3.	Forme du recours	<ul style="list-style-type: none"> •lettre recommandée avec avis de réception, soit par tout moyen de communication électronique
4.	Délai pour exercer le recours?	<ul style="list-style-type: none"> •Cinq (5) jours ouvrables de la publication de la décision d'attribution du marché ou de la DSP •Dix (10) jours ouvrables précédant la date prévue pour le dépôt de la candidature ou de la soumission
5.	Effet du recours	<ul style="list-style-type: none"> •Effet suspensif de la procédure d'attribution jusqu'à la réception définitive de l'autorité contractante ou de son supérieur hiérarchique
6.	Délai de réaction de l'autorité contractante ?	<ul style="list-style-type: none"> • Trois (3) jours après sa saisine

Source :ARMP-DFAT- « formation des membres des organes de passation et de contrôle des marches publics au titre de l’année 2017 sur ... la gestion des litiges liés aux marches publics » manuel du participant –Avril 2017.

⁸⁵ ARMP-DFAT- « formation des membres des organes de passation et de contrôle des marches publics au titre de l’année 2017 sur ... la gestion des litiges liés aux marches publics » manuel du participant –Avril 2017.

Tableau 2 : schématique du régime des recours devant l'ARMP.

N°	Les étapes des recours devant l'ARMP	
1	Recours devant l'ARMP ?	<ul style="list-style-type: none"> • en cas d'insatisfaction, les décisions rendues par l'autorité contractante peuvent faire l'objet d'un recours devant l'ARMP (Art 146 CMP)
2	Objet du recours?	<ul style="list-style-type: none"> • Décision de l'autorité contractante faisant grief
3	Délai pour exercer le recours ?	<ul style="list-style-type: none"> • Deux (02) jours ouvrables à compter de la notification de la décision faisant grief • Trois (03) jours ouvrables après la saisine de l'autorité contractante ou son supérieur hiérarchique, ceci en cas d'absence de décision de ces derniers
4	Forme du recours	<ul style="list-style-type: none"> • Lettre recommandée avec avis de réception, soit par tout moyen de communication électronique
5	Délai de réaction de l'ARMP?	<ul style="list-style-type: none"> • Sept (7) jours ouvrables après sa saisine
6	Portée des décisions de l'ARMP	<ul style="list-style-type: none"> • effet de correction de la violation alléguée • empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés • faire suspendre la décision litigieuse ou la procédure de passation • les décisions de l'ARMP peuvent faire l'objet d'un recours devant un organe juridictionnel

Source : ARMP-DFAT- « formation des membres des organes de passation et de contrôle des marchés publics au titre de l'année 2017 sur ... la gestion des litiges liés aux marchés publics » manuel du participant –Avril 2017.

Tableau 3 : Les sanctions disciplinaires applicables aux fonctionnaires titulaires sont limitativement énumérées par la loi.

Sanctions applicables aux Agents de l'Etat	
Groupe	Fonction publique d'État (FPE)
1 ^{er} groupe	<ul style="list-style-type: none"> • Avertissement • Blâme
2 ^e groupe	<ul style="list-style-type: none"> • Radiation du tableau d'avancement • Abaissement d'échelon • Exclusion temporaire de fonctions jusqu'à 15 jours • Déplacement d'office
3 ^e groupe	<ul style="list-style-type: none"> • Rétrogradation • Exclusion temporaire de fonctions de 3 mois à 2 ans
4 ^e groupe	<ul style="list-style-type: none"> • Mise à la retraite d'office • Révocation

ANNEXES II

Décision I

Décision N°2013-29/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 28 novembre 2013 sur le recours de la société MGM-COMPAGNIE SARL contre le MAEP dans le cadre de l'attribution des lots 2 et 4 de l'appel d'offres international n° 0003/SC2/C2/PADA/ProCAD/MAEP/2012 relatif à la fourniture d'équipements agricoles au profit du FENAPAB dans le cadre du Projet d'appui à la diversification agricole (PADA)

LE CONSEIL DE REGULATION STATUANT EN MATIERE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS ET LITIGES,

Vu la loi n°2009-02 du 07 août 2009 portant Code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin ;

Vu le décret n°2012-224 du 13 août 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) ;

Vu le décret n°2012-225 du 13 août 2012 portant nomination du Secrétaire Permanent de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n°2012-364 du 26 octobre 2012 portant nomination des membres et du Président du Conseil de Régulation de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;

Vu la lettre N°/Réf.148/2013/MGM-DG-RAF/PS du 11 septembre 2013 enregistrée au Secrétariat Administratif de l'ARMP sous le numéro 619 du 11 septembre 2013 par laquelle la Société MGM Compagnie Sarl a introduit un recours devant l'ARMP ;

Vu la lettre n°657/ARMP/PR/CRD/SP/DRAJ/SA du 13 septembre 2013 et celle de relance n°746/ARMP/PR/CRD/SP/DRAJ/SA du 9 octobre 2013 adressées à la Personne Responsable des Marchés publics (PRMP) du Ministère de l'Agriculture, de l'Elevage et de la Pêche (MAEP) pour lui demander les pièces nécessaires à l'instruction de ce recours ;

Vu la lettre n°3696/MAEP/SGM/ProCAD/SA du 16 octobre 2013, enregistrée sous le n° 691 du 17 octobre 2013 au Secrétariat Administratif de l'ARMP et transmettant les pièces demandées ;

Vu l'ensemble des pièces du dossier ;

Monsieur Hervé Nicaise AWOLO, Secrétaire Permanent de l'ARMP, entendu en son rapport ;

Sur proposition des membres de la Commission de Règlement des Différends ;

Les membres du Conseil de Régulation présents ou représentés : Messieurs Issiaka MOUSTAFA, 1^{er} Vice Président et Président par intérim, Théodule NOUATCHI, 2^{ème} Vice-Président, Madame Aurélie Antoinette M. BADA DEGUENON et Messieurs Rémy ENIANLOKO, Pierre d'Alcantara ZOCLI, Expédit CAKPO-ASSOGBA, Sylvain Mahougnon AHOUANDJINO, Tôgbé Cyriaque AGONKPAHOUN, Victor FATINDE, Gualbert Félix Jonas S. A. KOUDOGBO et Saliou YOUSAO ABOUDOU, membres ;

Après en avoir délibéré :

I- LES FAITS

Par lettre n°/ref.148/2013/MGM-DG-RAF/PS du 11 septembre 2013 enregistrée sous le numéro 619 du 11 septembre 2013 au Secrétariat Administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), la Société « MGM-COMPAGNIE Sarl » a introduit un recours pour contester le rejet de ses offres relatives aux lots 2 et 4 de l'appel d'offres international n°0003/SC2/PADA/ProCAD/MAEP/2012 du 21 novembre 2012 pour l'acquisition des équipements agricoles au profit de la FENAPAB dans le cadre du Projet d'Appui à la Diversification Agricole (PADA), lancé par le Ministère de l'Agriculture, de l'Elevage et de la Pêche (MAEP). En effet, le dossier d'appel d'offres (DAO) a prévu des critères de post-qualification au soumissionnaire dont l'offre sera évaluée la moins-disante avant l'attribution définitive du marché. Ces critères de post-qualification se présentent comme ci-après :

« avoir une moyenne de chiffre d'affaires des trois (03) dernières années au moins équivalente au montant de l'offre » ;

-« avoir exécuté en tant que fournisseur principal au moins deux marchés portant sur les fournitures de matériels de nature similaire au cours des cinq (5) dernières années ».

C'est donc à cette dernière condition que la Société « MGM-COMPAGNIE Sarl » n'a pas satisfait pour les lots 2 et 4 pour lesquels elle a proposé des offres conformes pour l'essentiel et moins-disantes.

La requérante déclare avoir reçu directement de la DNCMP le procès-verbal d'attribution du marché. Elle soutient qu' « étant donné qu'aucune précision n'a été indiquée par rapport à la définition de marché similaire, tout marché qui s'inscrit dans le cadre de l'aboutissement du projet devrait être accepté. Elle affirme que le marché similaire ne peut en aucun cas être un marché ayant obligatoirement le même objet.

Après avoir exercé un recours auprès du Coordonnateur du ProCAD le 04 septembre 2013, sans qu'elle ne soit informée du rejet de son offre, ni de la notification de l'attribution définitive des différents lots aux soumissionnaires attributaires, la Société « MGM Compagnie Sarl » a saisi l'ARMP aux fins de solliciter son arbitrage face au rejet de ses offres.

Par la lettre n° 657/PR-ARMP/CRD/DRAJ/SA du 13 septembre 2013, l'ARMP a suspendu la procédure de passation de ce marché et a demandé des pièces subséquentes pour l'instruction dudit recours. Ce n'est que par lettre n° 3696/MAEP/SGM/ProCAD/SA du 16 octobre 2013 que la PRMP du MAEP a transmis une partie des documents demandés par l'ARMP et ce, après une relance en date du 9 octobre 2013 par lettre n°746/PR-ARMP/CRD/DRAJ/SA.

II-SUR LA COMPETENCE DE L'ARMP :

Considérant qu'aux termes de l'article 5 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 susvisée : « Les marchés passés en application d'accords de financement ou de traités internationaux sont soumis aux dispositions de la présente loi, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions de ces accords et traités internationaux » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 2, points du décret n° 2012-224 du 13 août 2012 susvisé, l'ARMP est chargée de « recevoir et statuer sur les recours exercés par les candidats et

soumissionnaires, ou même s'auto-saisir des violations de la réglementation de marchés publics et des délégations de service public » ;

Considérant que le présent recours porte sur un appel d'offres international lancé par le MAEP suivant les directives de la Banque Mondiale en matière de passation des Marchés de fournitures ;

Qu'en tant qu'organe de régulation des marchés publics consacré par l'article 15 de la même loi, l'ARMP est donc compétente pour connaître des litiges nés à l'occasion de la passation de ce marché.

III- SUR LA RECEVABILITE

Considérant les dispositions de l'article 145 alinéas 1^{er} et 4 de la loi n°2009-02 du 07 août 2009 susvisée selon lesquelles, tout candidat ou soumissionnaire peut, dans le cadre des procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public, introduire un recours devant l'autorité contractante ou son supérieur hiérarchique contre toute décision lui faisant grief dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de la publication de la décision d'attribution du marché ou de la délégation de service public, ou dans les dix (10) jours ouvrables avant la date prévue pour le dépôt de sa candidature ou de sa soumission ;

Que le même article en son alinéa 2 dispose qu'« une copie de ce recours est adressée à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 85 alinéa 1^{er} de la même loi : « L'attribution est notifiée au soumissionnaire retenu. Les autres soumissionnaires sont informés du rejet de leur offre et le cas échéant, leur garantie leur est restituée » ;

Considérant que la procédure de passation du marché querellée est mise en œuvre conformément aux directives de la Banque Mondiale ;

Qu'ainsi, outre l'avis de la DNCMP, l'avis de non objection de la Banque Mondiale doit être obtenu par l'autorité contractante avant toute notification des résultats aux soumissionnaires ;

Que dans le cas d'espèce, sans l'avis de non objection de la Banque Mondiale, la PRMP du MAEP ne peut notifier les résultats de cette procédure à un soumissionnaire ;

Qu'à la date d'exercice du recours préalable le 04 septembre 2013 devant le coordonnateur du ProCAD et de la saisine de l'ARMP, aucune notification des résultats n'a encore été faite aux soumissionnaires ;

Considérant que la Société « MGM-COMPAGNIE Sarl » dit avoir reçu un procès-verbal auprès de la DNCMP, faisant état du rejet de ses offres pour défaut d'expériences dans les marchés de nature similaire ;

Que la DNCMP ne devrait communiquer aucun résultat aux soumissionnaires avant la transmission de son procès-verbal à la PRMP du MAEP, seule habilitée à notifier les résultats auxdits soumissionnaires ;

Qu'à l'étape actuelle de la réglementation, les textes en vigueur n'établissent aucun lien direct entre la DNCMP et les soumissionnaires ;

Qu'en raison de la nature du financement de ce marché, l'Avis de Non Objection de la Banque Mondiale doit être requis après celui de la DNCMP ;

Que l'avis de non objection de la Banque Mondiale peut être différent de celui de la DNCMP ;

Qu'il y a lieu de constater que le processus de contrôle de ce marché par les instances habilitées n'est pas encore bouclé ;

Qu'il s'ensuit que le recours exercé par la Société « MGM Compagnie Sarl » dans ces conditions ne peut être recevable.

PAR CES MOTIFS ET SANS QU'IL NE SOIT NECESSAIRE DE STATUER SUR LES AUTRES MOYENS :

DECIDE

Article 1^{er} : Le recours de la Société « MGM-COMPAGNIE Sarl » est irrecevable.

Article 2 : La suspension de la procédure de l'Appel d'Offres International n° 0003/SC2/C2/PADA/ProCAD/MAEP/2012 relative à la fourniture d'équipements agricoles au profit du FENAPAB dans le cadre du Projet d'Appui à la Diversification Agricole (PADA) est levée.

L'autorité contractante poursuit la procédure de passation dudit marché.

Article 3 : La présente décision sera notifiée :

- au Directeur Général de la Société « MGM-COMPAGNIE Sarl » ;
- à la Personne Responsable des Marchés Publics et au Chef de la Cellule de Contrôle des Marchés Publics du Ministère de l'Agriculture, de l'Elevage et de la Pêche ;
- au Ministère de l'Agriculture, de l'Elevage et de la Pêche ;
- au Directeur National de Contrôle des Marchés Publics.

Article 4 : La présente décision sera publiée dans le Journal des Marchés Publics, dans le quotidien 'LA NATION' et sur le site web de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

Le Président du Conseil de Régulation par intérim

Issiaka MOUSTAFA

Le Secrétaire Permanent de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics

Hervé Nicaise AWOLO

Décision II

Décision N°2013-26/ARMP/PR-CR/CD/SP/DRAJ/SA du 24 octobre 2013 portant exclusion de la commande publique pour une durée d'un an du cabinet " CONSEILS REUNIS" dans la cadre de la procédure de recrutement de personnel au profit de la Société Nationale des Eaux du Bénin (SONEB) au titre de l'année 2013

LE CONSEIL DE REGULATION STATUANT EN MATIERE DISCIPLINAIRE

Vu la loi n°2009-02 du 07 août 2009 portant Code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin ;

Vu le décret n°2012-224 du 13 août 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) ;

Vu e décret n°2012-225 du 13 août 2012 portant nomination du Secrétaire Permanent de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n°2012-364 du 26 octobre 2012 portant nomination des membres et du Président du Conseil de Régulation del'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;

Vu la décision n°2013-25/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 24 octobre 2013 portant annulation de la procédure de recrutement de personnel au profit de la Société Nationale des Eaux du Bénin (SONEB) au titre de 2013 ;

Vu l'ensemble des pièces du dossier et les résultats des diverses auditions organisées par la Commission de Discipline ;

Monsieur Hervé Nicaise AWOLO, Secrétaire Permanent de l'ARMP, entendu en son rapport ;

Sur proposition des membres de la Commission de Discipline de l'ARMP ;

Les membres du Conseil de Régulation présents ou représentés : Messieurs Issiaka MOUSTAFA, 1^{er} Vice-Président, Théodule NOUATCHI, 2^{ème} Vice-Président, Madame Aurélie Antoinette M. BADA DEGUENON et Messieurs Rémy ENIANLOKO, Pierre d'Alcantara ZOCLI, Saliou YOUSAO ABOUDOU, Expédit CAKPO-ASSOGBA, Sylvain Mahougnon AHOUANDJINO, Victor FATINDE, Tôgbé Cyriaque AGONKPAHOUN et Gualbert Félix Jonas S. A. KOUDOGBO, membres ;

Après en avoir délibéré :

I- RAPPEL DES FAITS

Par décision n°2013-25/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 24 octobre 2013, le Conseil de Régulation a annulé la procédure de recrutement de personnel au profit de la Société Nationale des Eaux du Bénin (SONEB) au titre de 2013 et s'est auto-saisi en matière disciplinaire afin de sanctionner les irrégularités constatées. Celles-ci sont relatives à :

- la violation des articles 91, 92 et 106 de la loi n°2009-02 du 07 août 2009 susvisée par l'autorité contractante ;
- la modification unilatérale par le cabinet « Conseils Réunis » des critères de sélection de personnel au profit de la SONEB.

En ce qui concerne la violation des articles ci-dessus-cités, la sanction a porté sur l'annulation de la

procédure de recrutement de personnel au profit de la SONEB au titre de 2013.

II- SUR LA REGULARITE DE L'AUTO-SAISINE DE L'ARMP

Considérant les dispositions de l'article 146 alinéa 6 de la loi n°2009-02 du 07 août 2009 selon lesquelles : « Sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toutes informations communiquées par les candidats, soumissionnaires ou des tiers, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics peut s'auto-saisir à la demande de son Président ou du tiers de ses membres et statuer dans un délai de sept (07) jours ouvrables sur les irrégularités, fautes ou infractions constatées » ;

Considérant que la présente auto-saisine de l'ARMP a été demandée par tous les Conseillers présents et représentés à la session du Conseil de Régulation du 03 avril 2013 ;

Qu'ainsi les conditions de forme requises pour l'auto-saisine de l'ARMP sont remplies ;

Que cette auto-saisine est donc régulière.

III-SUR LA COMPETENCE DE L'ARMP POUR SANCTIONNER LES IRREGULARITES RELATIVES A LA COMMANDE PUBLIQUE

Considérant qu'aux termes de l'article 150 alinéa 1^{er}, 6^{ème} tiret de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 susvisée : « Tout titulaire de marché, le fournisseur ou le prestataire de services, encourt sur décision de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics des sanctions énumérées au présent article, lorsqu'il a : ... participé pendant l'exécution du marché à des actes et pratiques préjudiciables aux intérêts de l'autorité contractante, contraires à la réglementation applicable en matière de marché public et susceptibles d'affecter la qualité des prestations ou leurs prix ainsi que les garanties dont bénéficie l'autorité contractante » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 2 alinéa 3 point o du décret n°2012-224 du 13 août 2012 susvisé, l'ARMP est habilitée à « initier sur la base d'une demande ou d'informations émanant de toute personne intéressée, à tout moment, toute investigation relative à des irrégularités ou des violations à la réglementation nationale ou communautaire commises en matière des marchés publics et des délégations de service public » ;

Considérant les dispositions de l'article 5 alinéa 14 du même décret selon lesquelles : le Conseil de Régulation a, entre autres, pour attribution de « prendre conformément aux dispositions du code des marchés publics et des délégations de service public, les décisions relatives au règlement des contentieux de la passation et de l'exécution des marchés publics ainsi qu'aux sanctions proposées dans le cadre de la violation de la législation et de la réglementation en matière de marchés publics et des délégations de service public » ;

Considérant les dispositions de l'article 28 du même décret selon lesquelles : « La Commission de Discipline a pour mission de proposer au Conseil de régulation des sanctions à l'encontre des candidats, soumissionnaires ou titulaires de marchés publics ou de délégation de service public, conformément aux dispositions des articles 150 à 156 de la loi portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin » ;

Qu'il s'ensuit que l'ARMP est compétente pour sanctionner ou faire sanctionner les irrégularités qu'aurait commises tout soumissionnaire ou titulaire de marchés publics ou délégations de service public dans le cadre de la passation ou de l'exécution d'un marché public.

IV- DISCUSSION

A- MOYENS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

1- Le Directeur Général (DG) de la SONEB

Pour le Directeur Général de la SONEB, les critères de sélection des candidats ont été élaborés par le cabinet « ConseilsRéunis » qui devrait les faire valider préalablement par la SONEB avant de lancer le processus. Il soutient qu'il n'y a eu aucun avenant légitimant les modifications des critères de sélection de personnel au profit de la SONEB. Mais, il affirme qu'il est prématuré d'affirmer « que ce Cabinet a mal exécuté ou qu'il y a eu de fraudes dans l'exécution » des prestations déléguées, étant donné que « la SONEB n'a pas encore eu le temps de se prononcer sur le travail dudit cabinet ».

2- Le Directeur des Ressources Humaines (DRH) de la SONEB

Le DRH de la SONEB a déclaré lors de son audition par la Commission de Discipline de l'ARMP le 21 mai 2013 que :

- c'est « sur la base des critères de sélection liés au poste à savoir :intitulé du poste, mission, responsabilité et tâches » que la mission de recrutement de personnel au profit de la SONEB a été confiée au cabinet « Conseils Réunis » ;
- « Le cabinet n'avait pas encore fini son travail dans sa globalité » ;
- le Syndicat National des Agents d'Exécution a déposé une plainte » à cet effet ;
- il n'y a pas eu d'avenant à ce contrat ;

-« le rapport a révélé des irrégularités à la phase de présélection qui apparaissent justes quant au niveau des candidats ».

3- La Personne Responsable des Marchés Publics de la SONEB

Elle reconnaît avoir eu connaissance « d'un tract de 3 pages ½ » d'un syndicat de la SONEB qui conteste les résultats des travaux du Cabinet « Conseils Réunis ». Mais elle estime que le rapport définitif n'étant pas encore déposé, elle ne saurait confirmer si les cahiers de charges ont été respectés ou non.

B- MOYENS DU CABINET « CONSEILS REUNIS »

Le Directeur Général du Cabinet « Conseils Réunis » a confirmé lui-même, lors de son audition, avoir modifié unilatéralement certains critères de présélection des candidats. En effet, le Cabinet « Conseils Réunis » reconnaît avoir procédé à la présélection de certains candidats moins qualifiés au détriment de ceux qui détiennent les diplômes requis et exigés par l'autorité contractante, sans aucun avenant. A la question suivante de la Commission de Discipline de l'ARMP, le 21 mai

2013 : « Reconnaissez-vous avoir changé les clauses du contrat en cours d'exécution », le Directeur Général du Cabinet « Conseils Réunis » a répondu par écrit, par l'affirmative « pour le poste d'agent réseau » dans la phase de présélection. Il a soutenu que les prestations sont toujours en cours d'exécution et a promis de les améliorer pour les phases restantes.

V-L'OBJET DE L'AUTO-SAISINE :

La présente auto-saisine a pour objet la sanction de la modification unilatérale par le cabinet « Conseils Réunis » des critères de sélection des candidats dans le cadre du recrutement de personnel au profit de la SONEB.

Considérant les dispositions de l'article 150 alinéa 1^{er}, 6^{ème} tiret de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 ci-dessus citée ;

Considérant que selon les informations parvenues à l'organe de régulation sur la procédure de recrutement de personnel au profit de la SONEB, des candidats ne remplissant pas les conditions de diplôme stipulées dans le contrat de prestations déléguées, ont été présélectionnés par le Cabinet « Conseils Réunis » pour passer le test de sélection du 16 février 2013 alors que d'autres, qui remplissent lesdites conditions, ne l'ont pas été ;

Considérant que l'autorité contractante affirme qu'il n'y a pas eu d'avenant au « contrat initial » avec le cabinet « Conseils Réunis » consacrant la modification des critères afférents aux diplômes retenus avec la SONEB ;

Considérant que le DRH de la SONEB a déclaré dans sa réponse au questionnaire de la Commission de Discipline le 21 mai 2013, que les irrégularités révélées à la phase de présélection « apparaissent justes quant aux niveaux des candidats » ;

Considérant que le cabinet « Conseils Réunis » a reconnu avoir modifié unilatéralement les critères de présélection des candidats contenus dans les cahiers de charges, seulement pour le poste d'agent réseau et ce, sans aucun avenant, ni une quelconque autorisation de la SONEB ;

Que ce faisant, il a présélectionné des candidats moins qualifiés au détriment d'autres plus qualifiés dans le cadre du recrutement de personnel au profit de la SONEB ;

Qu'en ramenant d'une part, le niveau de présélection des candidats pour le poste d'agent réseau à un niveau inférieur (CEP au lieu de BEPC) à celui initialement prévu dans les cahiers de charges le liant à la SONEB et sans l'aval de cette dernière et, d'autre part, en écartant de la liste des candidats ayant les mêmes diplômes ou qualifications que ceux qui y figurent, le cabinet « Conseils Réunis » n'a pas respecté ledit cahier des charges et n'a pas réservé un traitement égal à tous les candidats ;

Que cette modification unilatérale reconnue par le cabinet « Conseils Réunis » même, ne peut s'analyser que comme des manœuvres frauduleuses préjudiciables aux intérêts de la SONEB dans le cadre de l'exécution de ces prestations, au regard des dispositions de l'article 150 alinéa 1^{er} 6^{ème} tiret de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 susvisée ;

Qu'il est donc établi que le cabinet « Conseils Réunis » a violé les clauses du cahier des charges dans le cadre du recrutement de personnel au profit de la SONEB ;

Qu'il y a lieu de sanctionner ledit cabinet, en application de l'article 150 alinéa 2, 2^{ème} tiret de la même loi.

PAR CES MOTIFS :

DECIDE

Article 1^{er}: Le cabinet « Conseils Réunis » est exclu de toute commande publique en République du Bénin pour une durée d'un (1) an, pour la période allant du 1^{er} novembre 2013 au 31 octobre 2014 inclus, en application de l'article 150 alinéa 1^{er}, 6^{ème} tiret et 2, 2^{ème} tiret de la loi n°2009-02 du 07 août 2009 susvisée.

Article 2: La présente décision sera notifiée :

- au Directeur du cabinet « Conseils Réunis » ;
- à la Personne Responsable des Marchés Publics, au Directeur Général et au Chef de la Cellule de Contrôle des Marchés Publics de la SONEB ;
- à Monsieur Jean-Baptiste ELIAS, Président de l'ex OLC ;
- au Ministre de l'Energie, des Recherches Pétrolières et Minières, de l'Eau et du Développement des Energies Renouvelables ;
- au Directeur National de Contrôle des Marchés Publics.

Article 3: La présente décision sera publiée dans le Journal des Marchés Publics, dans le quotidien "LA NATION" et sur le site web de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

TABLE DES MATIERES

DÉDICACES	3
REMERCIEMENTS	4
SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	6
PREMIERE PARTIE :	12
LA CONSECRATION DU DELIT DE FAVORITISME AU BENIN	12
CHAPITRE 1 :	13
LA CARACTERISATION DU DELIT DE FAVORITISME.....	13
SECTION 1 : LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU DELIT DE FAVORITISME.....	14
PARAGRAPHE 1 : L'élément matériel.....	14
A - L'octroi d'un avantage injustifié.....	14
B- La qualité de l'auteur	16
PARAGRAPHE 2 : L'élément intentionnel.....	17
A- La volonté de tourner la réglementation.....	18
B- L'agissement de l'auteur en connaissance de cause	18
SECTION 2 : L'EXTENSION DU DELIT DE FAVORITISME	19
PARAGRAPHE 1 : L'extension intégrée du délit	19
A- Un champ d'application initial	20
B- Un champ d'application élargi	20
PARAGRAPHE 2 : Les procédures dérogatoires	21
A- Le Gré à Gré ou entente directe.....	22
B- Les offres complémentaires.....	23
CHAPITRE 2: LA MANIFESTATION DU DELIT DE FAVORITISME AU BENIN	25
SECTION 1 : LES FACTEURS FAVORISANT LE DELIT.....	26
PARAGRAPHE 1 : Les facteurs internes	26

A- Les actes de corruption.....	26
B- La prise illégale d'intérêt.....	27
PARAGRAPHE 2 :Les facteurs externes.....	29
A- Une injonction politique	29
B -Une exigence de devoir de reconnaissance.....	31
SECTION 2 : LES STRATEGIES DE MISE EN ŒUVRE DU DELIT	32
PARAGRAPHE 1 : Les entorses à la loi.....	32
A- Une publicité asymétrique.....	32
B- Des critères de sélection orientés	34
PARAGRAPHE 2 : Les pratiques frauduleuses.....	35
A- Les manœuvres collusoires.....	35
B - Le saucissonnage des marchés.....	36
DEUXIEME PARTIE :	39
LA PROCEDURE DE TRAITEMENT DU DELIT DU FAVORITISME	39
CHAPITRE 1 :	40
LA REPRESSION DU DELIT AU BENIN	40
SECTION 1 : LES PROCEDURES ADOPTEES.....	40
PARAGRAPHE 1 : La procédure administrative	41
A- Les recours devant l'autorité contractante	41
B Le règlement non juridictionnel de l'ARMP	43
PARAGRAPHE 2 : La procédure pénale.....	46
A- Les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des	47
décideurs publics.....	47
B L'intervention du juge pénal	48
SECTION 2 : LES SANCTIONS APPLICABLES	49
PARAGRAPHE 1 : Les sanctions administratives	49
A- Les mesures disciplinaires de l'autorité contractante.....	49
B- Les sanctions de l'ARMP	50
PARAGRAPHE 2 : Les sanctions pénales.....	51

A- Les peines principales et complémentaires	51
B- La prescription du délit du favoritisme	52
CHAPITRE 2 :	54
UN TRAITEMENT PERFECTIBLE.....	54
SECTION 1 : LES LIMITES DU TRAITEMENT	55
PARAGRAPHE 1 : Les limites théoriques	55
A - Les défaillances liées aux textes.....	55
B- La restriction du pouvoir de l'ARMP	56
PARAGRAPHE 2 : Les limites pratiques	57
A- La non dénonciation des infractions.....	57
B - Les attitudes peu orthodoxes des acteurs	57
SECTION 2 : LES AMÉLIORATIONS DU SYSTÈME DE GESTION DE LA COMMANDE PUBLIQUE	58
PARAGRAPHE 1 : Un réaménagement de la procédure.....	58
A- L'allègement de la procédure administrative	59
B- L'extension des sanctions	59
PARAGRAPHE 2 : Le renforcement de la transparence et de la capacité des acteurs.....	60
A- Le renforcement la transparence.....	60
B- Le renforcement des capacités des acheteurs publics	61
CONCLUSION	62
REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES	64
A- Ouvrages généraux.....	64
B- Ouvrages spécialisés.....	64
C-Articles	64
D- Thèses et mémoires	66
E- Lois et règlements.....	66
F- Webographie.....	66
ANNEXES	67
ANNEXES 1	68

TABLEAU 1 : SCHEMATIQUE DU REGIME DES RECOURS DEVANT L’AUTORITE CONTRACTANTE	68
Tableau 2 : schématique du régime des recours devant l’ARMP.....	69
Tableau 3 : Les sanctions disciplinaires applicables aux fonctionnaires titulaires sont limitativement énumérées par la loi.	70
ANNEXES II	71
TABLE DES MATIERES	80