

# Marchés publics et formulation des fautes de gestion dans les Etats de l'Union économique et monétaire ouest africaine

Adamou ISSOUFOU  
Docteur en droit public  
Université Cheikh Anta DIOP de Dakar

**Résumé :** Le législateur communautaire a reconnu une certaine liberté aux Etats dans l'organisation de la répression des fautes de gestion. Cette option justifie la disparité constatée, surtout dans la formulation des cas de fautes de gestion dans le domaine spécifique des marchés publics.

## Introduction

« Par leurs rôles d'engagement et d'ordonnancement, les ordonnateurs de recettes et de dépenses sont ceux dont les décisions financières ont le plus d'impact sur les finances publiques »<sup>1</sup>. En évoquant ces agents publics, le Professeur MEDE entend mettre en exergue la clé de distribution des rôles dans l'exécution des budgets publics. L'on pense, particulièrement, à l'intervention de deux catégories d'agents publics aux statuts et attributions différents<sup>2</sup> en application du principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables<sup>3</sup>. Ce principe implique, on le sait, que chacun de ces agents publics « n'agisse que dans le strict champ de compétences qui lui a été dévolu »<sup>4</sup>. Il s'agit d'une mesure de précaution, une sorte de pari sur la gestion modérée des finances publiques face à la tentation naturelle d'abuser des compétences en cas de cumul des fonctions. Le principe s'appuie sur l'idée de tenir compte de la différence de préoccupations entre l'ordonnateur et le comptable et du taylorisme financier afin de faciliter la mise en branle des mécanismes de contrôle<sup>5</sup>. L'on se rend compte que le souci majeur est de transposer, au droit public financier, le principe général de la séparation des pouvoirs en vue de garantir la moralisation de l'exécution des opérations financières et d'éviter

---

<sup>1</sup> MEDE N., Finances publiques, Espace UEMOA/UMOA, Dakar CREDILA 2016, P. 342.

<sup>2</sup> Que l'on soit dans le cadre de l'exécution d'une dépense ou celle d'une recette, il appartient à l'ordonnateur et à lui seul, sauf aménagements à la règle, de décider et au comptable public de contrôler et d'exécuter. Ainsi, l'ordonnateur jouera le rôle d'accélérateur et le comptable celui de frein. En conséquence, c'est à l'ordonnateur de prescrire l'exécution d'une recette, d'engager, de liquider une dépense et de prescrire au comptable son paiement et à celui de contrôler avant de recouvrer ou de décaisser.

<sup>3</sup> Sur ce principe, voir, par exemple, MICHAUT C., *Séparation des ordonnateurs et des comptables*, Dictionnaire encyclopédique des finances publiques, Presses Universitaires d'Aix Marseille, Economica, 2<sup>e</sup> édition 2017, pp.810-813.

<sup>4</sup> DAMAREY S., *Exécution et contrôle des finances publiques*, Paris, Gualino éditeur 2007, p. 63.

<sup>5</sup> MEDE N., op. cit. pp. 265-266.

les abus et malversations<sup>6</sup>. C'est ainsi que, sauf quelques aménagements admis, il revient à l'ordonnateur de décider de la dépense ou du recouvrement de la recette et au comptable public de contrôler avant d'exécuter ladite décision. Mais, il se trouve que, ce principe, « *même respecté n'écarte pas tous les risques de responsabilité supportée par ces acteurs dès lors qu'une irrégularité aura été constatée dans l'exécution de l'opération de dépenses ou de recettes* »<sup>7</sup>. C'est la raison pour laquelle, il est constamment rappelé que si « *l'utilisation de l'argent public s'inscrit dans le cadre d'un corps de règles de droit...* »<sup>8</sup>, les irrégularités constatées doivent « *donner lieu à des sanctions adaptées* »<sup>9</sup>. La nécessité d'adapter la sanction au type de manquement et au statut juridique de son auteur a poussé à l'organisation d'un régime de sanction qui tient compte de la spécificité du corps des comptables publics<sup>10</sup> et de celui des ordonnateurs ou agents de l'ordre administratif. Dans tous les cas, il s'agit de « *sanctionner les infractions aux règles de la comptabilité publique et du droit budgétaire afin qu'elles ne se renouvellent pas chaque année* »<sup>11</sup>.

Valable pour l'exécution de toutes les catégories de dépenses publiques, ce constat mérite une attention toute particulière dès lors que la dépense publique en question a pour objet l'exécution d'un marché public. En effet, cette source de dépense publique que sont les marchés publics constituent un enjeu économique et financier de taille.

Dans l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA), ils représentent plus de 20% du Produit intérieur brut. De ce fait, ils sont considérés comme un instrument majeur d'exécution des dépenses publiques. Au Sénégal, par exemple, le rapport de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) indique qu'au titre des exercices budgétaires 2018-2019, un montant de 5 891,261 milliards de francs CFA, soit 3 167,361 milliards de francs CFA en 2018 et 2 723,9 milliards de francs CFA en 2019, a été injecté dans les marchés publics<sup>12</sup>. Il apparaît ainsi qu'une bonne partie des inscriptions budgétaires est affectée aux marchés publics. En conséquence, toute mauvaise conception ou manipulation des procédures

---

<sup>6</sup> Voir DIOUKHANE A. Les Finances publiques dans l'UEMOA, le budget du Sénégal, L'Harmattan Sénégal, 2<sup>e</sup> édition 2021, p. 331.

<sup>7</sup> DAMAREY S., op. cit, p. 64.

<sup>8</sup> PIERUCCI C., Dictionnaire encyclopédique des finances publiques, Presses Universitaires d'Aix Marseille, Economica, 2<sup>e</sup> édition 2017, p. 762.

<sup>9</sup> ibid, p. 762.

<sup>10</sup> Sur la responsabilité des comptables publics, voir DIOUKHANE A., *La responsabilité des comptables publics devant le juge des comptes*, La Revue du Trésor n° 3-4 mars-avril 2002, pp. 797- 803. Pour la France, voir, THEBAULT S., *Le comptable public, un gestionnaire responsable ? De la réforme de la responsabilité personnelle et pécuniaire « au projet de loi Seguin »*. RFFP nov. 2010, n°112 p. 275.

<sup>11</sup> PHILIP L. Finances publiques, les problèmes généraux des finances publiques et le budget, CUJAS 1975, p. 425.

<sup>12</sup> Voir RAPPORT ANNUEL ARMP 2018-19 p. 12 disponible sur [http://www.armp.sn/images/AUDITS\\_2018-2019/RAPPORT-ARMP-2018-2019.pdf](http://www.armp.sn/images/AUDITS_2018-2019/RAPPORT-ARMP-2018-2019.pdf) consulté le 12 juin 2021.

de passation et d'exécution de ces marchés publics est de nature à entraîner des perturbations dans la gestion de la dépense publique. C'est pourquoi, la rationalisation de l'utilisation de celle-ci nécessite une action concertée qui doit être portée par l'UEMOA. En effet, si dans une zone d'intégration économique, les perturbations d'ordre financier constatées dans un Etat sont susceptibles de se répercuter sur les autres Etats<sup>13</sup>, il faut convenir avec Thomas Ernoul<sup>14</sup> que le comportement d'un seul peut ébranler la solidité de tous. Aussi, le contexte de la nouvelle gestion publique caractérisé par la recherche de l'efficacité doit-il pousser l'UEMOA à inciter les autorités contractantes à élargir la compétition dans les marchés publics afin de pouvoir contracter au meilleur rapport qualité-prix. La recherche de ce « *Best value for money* » est de nature à créer, d'une part, des économies pour les budgets publics et, d'autre part, une baisse de la pression fiscale pour les contribuables<sup>15</sup>.

En outre, les marchés publics constituent une opportunité d'affaires. En effet, l'importance de l'argent public ainsi injecté dans les travaux, les fournitures et les services fait que les marchés publics sont devenus une opportunité d'affaires à laquelle aucun opérateur économique ne peut renoncer. Dans le langage courant à connotation péjorative, le marché public est synonyme d'affaires et l'on y participe pour faire des affaires avec l'Administration publique. Il s'agit, en réalité, de la rencontre de deux volontés : celle de la personne publique qui entend satisfaire les besoins d'intérêt général et celle de l'opérateur économique qui entend rehausser son chiffre d'affaires et élargir sa clientèle. Il est dès lors tentant d'user de tous les procédés dans le but de gagner le marché pour l'un et de chercher à l'attribuer au « candidat préféré » pour l'autre. Face à ces risques de dénaturation des règles de la concurrence et de celles relatives à une bonne gestion des finances publiques, la réaction de l'UEMOA devient plus que nécessaire<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Voir à ce sujet, BOUVIER M. et autres, *Finances, Finances publiques*, Paris, 6<sup>e</sup> édition, LGDJ 2002, p.121.

<sup>14</sup> THOMAS E., « *Maquillage des comptes publics grecs : statistiques à la dérive ?* », *Regards croisés sur l'économie* 1/2°012 (n°11), p.113 disponible sur <https://www.cairn.info/revue-regards-croises-sur-l-economie-2012-1-page-113.htm> consulté le 13 juin 2021.

<sup>15</sup> Voir, BRACONNIER S., *Précis du droit des marchés publics*, Paris, 4<sup>e</sup> édition Le Moniteur, 2012, p. 42.

<sup>16</sup> Elle a dans un premier temps adopté la Directive n°01/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics des Etats membres. Par la suite, des directives spécifiques ont été adoptées par le Conseil des ministres de l'Union. Il s'agit de la directive n°04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, de la directive n°05/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public, de la directive n°04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public et enfin de la directive n°02/2014/CM/UEMOA du 28 juin 2014 relative à la réglementation de la maîtrise d'ouvrage déléguée au sein de l'Union. Il s'y ajoute la Décision n°03/2014/CM/UEMOA du 28 juin 2014 portant adoption du Plan d'actions des réformes des marchés publics et des délégations de service public au sein de l'UEMOA.

Il convient de rappeler que, dans le cadre de l'exécution d'un marché public, la principale obligation qui pèse sur la personne publique est le paiement du prix en contrepartie des travaux, fournitures et services exécutés par les opérateurs économiques. Ce paiement du prix est une opération financière qui s'inscrit naturellement dans le cadre financier, budgétaire et comptable de la gestion des personnes publiques.

Un marché public est dès lors une dépense publique et, à ce titre, la procédure prévue par le droit de la comptabilité publique s'y applique. En conséquence, sa passation et son exécution obéissent à des règles et procédures strictes<sup>17</sup> dont le non-respect est susceptible d'entraîner la mise en jeu de la responsabilité des acteurs en cause<sup>18</sup>.

La pluralité de régimes de responsabilité qui est, en même temps, « *une bonne illustration de la diversité des filières d'encadrement juridique de l'activité des agents publics* »<sup>19</sup> ne doit pas faire perdre de vue les deux hypothèses de responsabilité qui visent, essentiellement, les agents publics qui ont le statut d'ordonnateurs ou d'agents de l'ordre administratif. Il s'agit de celle engagée devant la juridiction des comptes et qui peut donner lieu ; soit à des paiements de manquant constaté dans le compte, au cas où l'ordonnateur est déclaré comptable de fait<sup>20</sup> ; soit au paiement des sommes d'argent correspondant à des amendes pour faute de gestion. C'est cette dernière hypothèse, dans ses rapports avec les marchés publics, qui intéresse la présente réflexion.

---

<sup>17</sup> Les règles encadrant les procédures de passation et d'exécution des marchés publics dont le respect conditionne aussi bien la validité du contrat que le paiement de la dépense publique y afférente sont contenues dans les Codes nationaux des marchés publics.

<sup>18</sup> Ils peuvent engager leur responsabilité pécuniaire ou civile de droit commun en raison du préjudice causé par leur faute personnelle aux tiers ou aux organismes dont ils dépendent. Ils peuvent voir leur responsabilité engagée devant le juge pénal en cas d'atteintes à la probité, la corruption, la concussion, le détournement de deniers publics. Ils peuvent, également, voir leur responsabilité disciplinaire engagée lorsque la faute constatée dans la gestion des finances publiques est assimilée à un manquement aux obligations professionnelles ou aux instructions du supérieur hiérarchique.

<sup>19</sup> MEDE N., rapport introductif : La juridiction financière d'hier à demain et... après demain », in Actes du Colloque international sur le thème : Le contrôle des finances publiques dans les pays membres de l'UEMOA : Quelle contribution pour la juridiction financière ?, RBSJA n°24, 2011, p.10

<sup>20</sup> La responsabilité pour gestion de fait intervient en cas du maniement ou détention, sans habilitation, de deniers publics ou assimilés. Puisque la détention et le maniement des deniers ressortissent de la compétence des comptables publics, l'agent public qui s'imisce dans cet exercice sans habilitation légale est considéré comme un comptable de fait et traité comme tel. La gestion de fait désigne la procédure par laquelle le juge des comptes tire les conséquences de cette situation lorsqu'il est saisi. Il s'agit, comme l'a souligné Jean-Luc GIRARDI de « rétablir les formes comptables, en assujettissant le comptable de fait aux mêmes obligations que le comptable patent (reddition d'un compte, jugement du compte), mais aussi les formes budgétaires (autorisation des dépenses, enfin à sanctionner l'immixtion irrégulière dans des fonctions publiques (amende) et ce, au terme au terme d'une procédure qui va de la déclaration de gestion de fait au jugement du compte ». Voir, dans ce sens, GIRARDI J. L., Dictionnaire encyclopédique des finances publiques, op. cit, pp. 515-518.

La faute, du latin *fallita*, c'est-à-dire, action de faillir, renvoie à l'idée de tromper ou de faire défaut<sup>21</sup>. C'est une notion polysémique définie par le Dictionnaire Universel comme une action maladroite ou préjudiciable. Elle se présente, également, comme un manquement au devoir, à la morale ou à la loi. Pour Remy Cabrillac, la faute est « *une erreur de conduite, intentionnelle ou non, susceptible d'engager la responsabilité de son auteur* »<sup>22</sup>.

Le contenu de la faute ainsi que ses caractéristiques variant d'une discipline juridique à une autre ; l'un des buts de cette réflexion est de parvenir à saisir les contours du manquement susceptible d'être commis par un agent de l'ordre administratif dans la passation et l'exécution des marchés publics et pour lequel il est prévu de le poursuivre sur le terrain de la faute de gestion. Quant au mot « gestion », du latin *gestio, de gerere*, il signifie l'action de gérer un bien ou un ensemble de biens en vertu de la loi, soit pour son propre compte, soit pour le compte d'autrui. Il résulte de la combinaison de ces notions que la réflexion porte sur la faute de gestion mais en matière des marchés publics. C'est une infraction particulière « *qui pose les problèmes les plus épineux en matière de compétence de la Cour de discipline et, plus généralement, de responsabilité des administrateurs* »<sup>23</sup>. De façon générale, elle renvoie à tout acte effectué en méconnaissance des règles de la comptabilité publique, toute omission, toute activité frauduleuse, toute négligence et tout gaspillage des ressources publiques. Dans la même veine, Groper et Michaut soutiennent qu'elle « *peut s'entendre de tout acte ou omission contraire aux intérêts d'un organisme indépendamment de leur caractère régulier ou non* »<sup>24</sup>.

La faute de gestion vise, la violation « *des règles fondamentales dont la finalité n'est pas l'observation de formes extérieures, mais l'organisation des compétences et la détermination des modalités garantissant l'utilisation, dans l'intérêt général, des deniers publics* »<sup>25</sup>. Philippe Saunier la considère comme une faute disciplinaire, c'est-à-dire, « *un manquement aux obligations professionnelles des agents engageant les finances publiques dont la répression est juridictionnalisée* »<sup>26</sup>. Le législateur ivoirien précise que « *constitue une faute de gestion, toute atteinte à toute loi ou règlement régissant les finances publiques ou toute atteinte*

---

<sup>21</sup> Ibid. P. 402.

<sup>22</sup> CABRILLAC R. Dictionnaire du vocabulaire juridique, Lexis Nexis 2016, p. 248

<sup>23</sup> SAIDJ L., La responsabilité devant la Cour de discipline budgétaire et financière, Lamy Collectivités territoriales, Responsabilités n°275-40.

<sup>24</sup> Groper et Michaut, chron. Sous CDBF, 24 février 2006, Altus Finance, AJDA 2006, p. 1251.

<sup>25</sup> Voir CDBF, 14 Mai 1973, Sieur Marchal cité par SAUNIER P., in, « La faute de gestion dans la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière », RFDA n°8 1992, p.1059.

<sup>26</sup> SAUNIER P., « La faute de gestion dans la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière », RFDA, nov- dec. 1992, p. 1057.

à toute loi et à un règlement particulier régissant les autres organismes sous le contrôle de la Cour des comptes »<sup>27</sup>.

La faute de gestion n'est pas propre au droit public financier encore moins aux marchés publics. Elle trouve son terrain de prédilection dans le droit commercial, notamment en droit des sociétés commerciales<sup>28</sup>. Alors que dans celui-ci, la faute de gestion renvoie à tout acte ou omission contraire à l'intérêt social de l'entreprise, en droit public financier, la notion couvre une diversité d'actes qui causent un préjudice aux personnes publiques.

Historiquement, la faute de gestion ainsi que la juridiction<sup>29</sup> appelée à la connaître ont été créées, en France, en raison d'irrégularités budgétaires dénoncées par la Cour des comptes dans ses rapports publics. Dans cet Etat, il était apparu nécessaire « d'instaurer, pour les fonctionnaires ou agents ne relevant pas d'une responsabilité politique, une responsabilité qui ne se confondrait ni avec la responsabilité pécuniaire ni avec la responsabilité pénale ni avec la responsabilité disciplinaire »<sup>30</sup>. Il était question de « rééquilibrer les contrôles juridictionnels en matière financière qui ne pesaient jusque-là que sur les seuls comptables publics »<sup>31</sup>. Elle découle ainsi de la nécessité d'aménager un régime de poursuite et de sanction propre aux ordonnateurs à côté de celui qui est spécifiquement conçu pour atteindre les comptables publics.

Le marché public est défini, quant à lui, par l'article premier de la Directive n°04/2005 de l'UEMOA<sup>32</sup> comme « le contrat écrit conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services »<sup>33</sup>. En droit UEMOA, les cas de faute de gestion sont prévus à l'article 80<sup>34</sup> de la Directive n°06/2009 du

---

<sup>27</sup> Voir article 89 de la loi organique n° 2015-494 du 7 juillet 2015 déterminant les attributions, la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour des comptes, Journal officiel de la République de Côte d'Ivoire n°82 du 12 octobre 2015, pp. 1341-1352.

<sup>28</sup> Voir, FAYE G. C., La faute de gestion en droit OHADA des sociétés commerciales, Thèse de doctorat de droit privé, FSJP UCAD 2019 p. 394.

<sup>29</sup> Elle a été instituée au lendemain de la Libération par une loi du 25 septembre 1948 sous l'appellation de la Cour de discipline budgétaire. Elle devient à partir de 1963, la Cour de discipline budgétaire et financière.

<sup>30</sup> CHARRIER J. la Cour de discipline budgétaire et financière, Rep. Dalloz cité par POUJADE B. « La responsabilité des ordonnateurs en droit public financier : état des lieux », AJDA n°6 2005, p. 703.

<sup>31</sup> BOUVIER M et autres, Finances publiques, LGDJ, 15<sup>e</sup> édition 2016-2017, p. 503.

<sup>32</sup> Directive n°04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine. Cette définition a été reprise par les Codes des marchés des Etats membres.

<sup>33</sup> Cette définition a été reprise par les Codes des marchés publics de tous les Etats sous étude.

<sup>34</sup> La directive ne définit pas une faute de gestion. Elle précise tout simplement à cet article que « Les fautes de gestion sanctionnables par la Cour des comptes sont constituées par :

- la violation des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'Etat et des autres organismes publics ;
- la violation des règles relatives à la gestion des biens appartenant à l'Etat et aux autres organismes publics

26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA<sup>35</sup>. Son article 81 renvoie aux législations nationales des Etats la définition du « régime des sanctions autres que disciplinaires relatif aux fautes de gestion énumérées à l'article 80 de la présente Directive ».

La démarche choisie, dans le cadre de la transposition des dispositions de cette directive, permet de classer les Etats en trois catégories : le Bénin<sup>36</sup>, le Burkina Faso<sup>37</sup> et le Togo<sup>38</sup> ont choisi de les réceptionner dans leurs lois organiques relatives aux lois de finances.

La Côte d'Ivoire<sup>39</sup> et le Sénégal<sup>40</sup> ont fait adopter des nouvelles lois organiques sur la Cour des comptes dans lesquelles la liste des cas de fautes de gestion a été dressée.

La situation du Niger et du Mali est assez particulière car dans ces Etats, l'on retrouve la liste des fautes de gestion, avec un contenu assez différent, aussi bien dans les nouvelles lois relatives aux lois de finances<sup>41</sup> que dans la nouvelle loi organique sur la Cour des comptes pour le Niger<sup>42</sup> et dans la nouvelle organique sur la Cour suprême pour le Mali<sup>43</sup>.

- 
- l'approbation donnée à une décision violant les règles visées aux 1er et 2<sup>ème</sup> tirets du présent article par une autorité chargée de la tutelle ou du contrôle desdits organismes ;
  - le fait, pour toute personne dans l'exercice de ses fonctions, d'octroyer ou de tenter d'octroyer à elle-même ou à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature ;
  - le fait d'avoir entraîné la condamnation d'une personne morale de droit public ou d'une personne de droit privé chargée de la gestion d'un service public, en raison de l'inexécution totale ou partielle ou de l'exécution tardive d'une décision de justice ;
  - le fait d'avoir dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, en méconnaissance de ses obligations, procuré ou tenté de procurer à autrui ou à soi-même, directement ou indirectement, un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour l'Etat, ou tout autre organisme public ;
  - le fait d'avoir produit, à l'appui ou à l'occasion des liquidations des dépenses, des fausses certifications ;
  - le fait d'avoir omis sciemment de souscrire les déclarations qu'ils sont tenus, de fournir aux administrations fiscales conformément aux législations nationales ou d'avoir fourni sciemment des déclarations inexacts ou incomplètes.

<sup>35</sup> Directive n°06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA.

<sup>36</sup> Article 98 et suivants de la Loi organique n° 2013-14 DU 27 Septembre 2013 relative aux lois de finances.

<sup>37</sup> Article 104 et suivants de la loi organique n° 073-2015/CNT du 06 novembre 2015 relative aux lois de finances. Pour le cas de cet Etat, il faut tenir compte de la Loi organique 14-2000 AN du 16 mai 2000 portant composition, attributions, organisation, fonctionnement de la Cour des comptes et procédure applicable devant elle (promulguée par décret 2000-442 du 20 septembre 2000, *J.O.BF. n° 1 spécial du 14 août 2001, p. 8*) qui prévoit à son article 80 cinq (5) cas de fautes de gestion dont aucun ne vise spécifiquement les marchés publics.

<sup>38</sup> Article 80 et suivants de la Loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances. Tout comme pour le Burkina Faso, le Togo a déjà prévu six (6) cas de fautes de gestion à travers l'article 83 de la loi organique n°98-014 du 10 juillet 1998 portant organisation et fonctionnement de la Cour des comptes.

<sup>39</sup> Article 89 et suivants de la Loi organique n°2015-494 du 7 juillet 2015 déterminant les attributions, la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour des comptes.

<sup>40</sup> Article 57 et suivants de la Loi organique n° 2012-23 abrogeant et remplaçant la Loi organique n°99-70 du 17 février 1999 sur la Cour des comptes.

<sup>41</sup> Pour le Niger, l'on retrouve les cas de faute de gestion à l'article 79 de la loi n°2012-09 du 26 mars 2012 portant loi organique relative aux lois de finances et pour le Mali aussi à l'article 79 de la loi n°2013-028 du 11 juillet 2013 relative aux lois de finances.

<sup>42</sup> Article 75 de la loi n°2020-035 du 30 juillet 2020 déterminant les attributions, la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour des comptes.

<sup>43</sup> Article 294 de la loi n°2016-046 du 23 septembre 2016 portant loi organique fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle.

Au total, l'on note que la faute de gestion est une infraction qui a été créée, à l'origine, en vue de combler le vide de l'absence de véritable sanction contre les ordonnateurs<sup>44</sup> « *alors qu'ils participent, au même titre que les comptables publics, à l'exécution des recettes et des dépenses publiques* »<sup>45</sup>. A travers son institution, la volonté du législateur était incontestablement de concevoir et d'aménager un régime de sanction adapté au statut des agents chargés de la phase administrative de l'exécution du budget. Le marché public est une dépense publique. Dans sa passation tout comme dans son exécution, il est possible de commettre des manquements qualifiés de fautes de gestion. Il convient, dès lors, de s'intéresser aux spécificités de cette faute en rapport avec ce puissant levier de mise en œuvre des politiques publiques. C'est ainsi que l'on peut se poser la question de savoir ce qui caractérise la formulation des fautes de gestion susceptibles d'être commises à l'occasion de la mise en œuvre des procédures de passation et d'exécution des marchés publics.

Du point de vue théorique, la réflexion a l'avantage de servir de prétexte pour revenir sur les discussions autour de la nature juridique de la faute de gestion. Est-il nécessaire d'exiger un manquement à une règle claire et précise pour engager une poursuite sur le fondement de la faute de gestion ? L'idée est de saisir la nature du manquement, acte ou attitude susceptibles de revêtir cette qualification. En effet, s'il est souvent soutenu que la faute de gestion peut s'entendre de tout acte ou omission contraire aux intérêts d'un organisme « *indépendamment de leur caractère régulier ou non* »<sup>46</sup>, la jurisprudence notamment, en France, indique qu'« *une faute de gestion ne saurait être sanctionnée que si elle se matérialise par une violation des règles* »<sup>47</sup>. L'idée est de revenir, aussi, sur la controverse portant sur l'autonomie du droit de la responsabilité financière. En effet, si cette autonomie lui est refusée en raison de la supposée absence d'autonomie du droit des finances publiques<sup>48</sup>, l'on peut soutenir avec MEDE<sup>49</sup> que les spécificités et l'évolution récente des incriminations ainsi que le régime de leurs sanctions

---

<sup>44</sup> En France, jusqu'en 1948, seuls les comptables pouvaient être sanctionnés en matière de gestion des deniers publics. Les ordonnateurs ne pouvaient être sanctionnés que sur le terrain de la gestion de fait. C'est la loi n°48-1484 du 25 septembre 1948 tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat et de diverses collectivités et portant création d'une Cour de discipline budgétaire et financière qui est venu remédier à ce problème en créant une responsabilité spécifique des ordonnateurs devant la Cour de discipline budgétaire.

<sup>45</sup> DIOUKHANE A., Les juridictions financières dans l'UEMOA : La Cour des comptes du Sénégal, Dakar, L'Harmattan 2016, p. 97.

<sup>46</sup> Groper et Michaut, op. cit.

<sup>47</sup> CDBF, 24 février 2006, Altus Finance, AJDA 2006 p. 1249, Chron. Groper et Michaut ibid.

<sup>48</sup> Sur les éléments de ce refus, voir, MEDE N et TONI Errol, « le droit public financier, un droit administratif spécialisé ? » disponible sur [http://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/03/MEDE\\_et\\_EROL\\_Article\\_Le\\_DPF\\_un\\_droit\\_administratif\\_spe\\_cialise\\_.pdf](http://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/03/MEDE_et_EROL_Article_Le_DPF_un_droit_administratif_spe_cialise_.pdf) consulté le 15 juin 2021.

<sup>49</sup> MEDE N., rapport introductif : La juridiction financière d'hier à demain et... après demain », op. cit , pp.10-11

confortent la thèse de l'autonomie de la matière par rapport, par exemple, aux infractions pénales, civiles ou disciplinaires. C'est dans ce sens que DIOUKHANE A. soutient, en substance, qu'en tant qu'infraction autonome, la faute de gestion est une incrimination générale qui peut exister alors qu'aucune violation de la légalité budgétaire ou comptable n'est commise<sup>50</sup>. Refusant de s'engager dans cette controverse, d'autres auteurs soutiennent que la responsabilité de l'ordonnateur est moins efficace, voir à « l'état de principe »<sup>51</sup> ou illusoire par rapport à celle du comptable public.

Sur le plan pratique, divers agents de l'ordre administratif disposent de larges pouvoirs dans la gestion des crédits budgétaires en général et dans la préparation, la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics en particulier. L'étude permettrait de vérifier si le régime de responsabilité de ces agents publics est en adéquation avec, d'une part, les prérogatives qui leur sont désormais reconnues en matière de gestion des marchés publics et, d'autre part, avec les exigences de la nouvelle gestion publique. Cette idée est importante dans la mesure où après réaménagement des prérogatives de l'ordonnateur, c'est la question de sa responsabilité qui se trouve posée.

La prise en charge de ces différentes préoccupations nécessite l'exploitation des différents textes juridiques en vigueur dans les Etats de l'UEMOA. Un accent particulier est mis sur la jurisprudence disponible ainsi que les rapports des corps et organes de contrôle qui révèlent, très souvent, des cas de faute de gestion.

La collecte et l'exploitation de ces différentes sources d'information font apparaître une incrimination empreinte de disparités. En effet, dans l'énumération des cas de faute de gestion, l'article 80 de la Directive n°06/2009 n'a pas entendu viser ou insister sur des catégories d'opérations budgétaires précises. La préoccupation est certainement de reconnaître une certaine marge de manœuvres aux Etats dans le cadre de sa transposition. L'essentiel est que les cas de faute de gestion s'intéressent plus ou moins spécifiquement à toutes les opérations budgétaires y compris celles portant sur les marchés publics. Dans ce domaine, justement, les agents de l'ordre administratif jouent un rôle important. Ils peuvent commettre certaines irrégularités engageant les fonds publics. Seulement, dans l'incrimination de ces manquements l'on constate le choix tantôt des formules générales et englobantes (**I**) tantôt des formules beaucoup plus précises et spécifiques aux marchés publics (**II**).

---

<sup>50</sup> DIOUKHANE A., Les juridictions financières dans l'UEMOA : la Cour des Comptes du Sénégal, Dakar, L'harmattan 2016, p.104.

<sup>51</sup> BOUVIER M et autres, Finances publiques Paris, LGDJ 2013, p. 363.

## **I. Le choix des formules englobantes**

Dans l'énumération des manquements constitutifs de fautes de gestion, certains Etats ont opté pour des formules générales et englobantes. Au sein de ce groupe d'Etats, les uns ont refusé toute référence explicite aux marchés publics (A), d'autres l'ont fait mais de façon lapidaire (B).

### **A. Un refus de toute référence aux marchés publics**

En définissant les cas de fautes de gestion, la Directive n°06/2009 a opté pour les formules générales et englobantes. Son article 80 vise, en effet, huit (8) manquements<sup>52</sup> susceptibles d'être commis dans la gestion de l'essentiel de dépenses et de recettes mais dont trois (3)<sup>53</sup> méritent qu'on s'y attarde après avoir présenté la situation de certains Etats.

Cette démarche communautaire a l'avantage de reconnaître une certaine marge de manœuvres à chaque Etat membre dans le cadre de la transposition de la directive. En effet, en fonction de ses réalités nationales, des risques et enjeux propres à certaines dépenses ou recettes, l'Etat pourrait insister sur les manquements susceptibles d'être constatés dans la gestion des dites opérations budgétaires. C'est dans cette perspective que l'Etat pourrait, par exemple, tout en gardant certaines formules générales, mettre en relief et incriminer explicitement les principaux manquements constatables dans la passation et l'exécution des marchés publics.

---

<sup>52</sup> Il retient ainsi, « la violation des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'Etat et des autres organismes publics, la violation des règles relatives à la gestion des biens appartenant à l'Etat et aux autres organismes publics ; l'approbation donnée à une décision violant les règles visées aux 1er et 2<sup>ème</sup> tirets du présent article par une autorité chargée de la tutelle ou du contrôle desdits organismes ; le fait, pour toute personne dans l'exercice de ses fonctions, d'octroyer ou de tenter d'octroyer à elle-même ou à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature ; le fait d'avoir entraîné la condamnation d'une personne morale de droit public ou d'une personne de droit privé chargée de la gestion d'un service public, en raison de l'inexécution totale ou partielle ou de l'exécution tardive d'une décision de justice ; le fait d'avoir dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, en méconnaissance de ses obligations, procuré ou tenté de procurer à autrui ou à soi-même, directement ou indirectement, un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour l'Etat, ou tout autre organisme public ; le fait d'avoir produit, à l'appui ou à l'occasion des liquidations des dépenses, des fausses certifications ; le fait d'avoir omis sciemment de souscrire les déclarations qu'ils sont tenus, de fournir aux administrations fiscales conformément aux législations nationales ou d'avoir fourni sciemment des déclarations inexactes ou incomplètes ».

<sup>53</sup> Il s'agit de « l'approbation donnée à une décision violant les règles visées aux 1er et 2<sup>ème</sup> tirets du présent article par une autorité chargée de la tutelle ou du contrôle desdits organismes », « le fait, pour toute personne dans l'exercice de ses fonctions, d'octroyer ou de tenter d'octroyer à elle-même ou à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature » et « le fait d'avoir produit, à l'appui ou à l'occasion des liquidations des dépenses, des fausses certifications ».

Une telle option n'a pas été retenue par certains Etats qui ont plutôt choisi de s'aligner sur la directive visée en reproduisant, à l'identique, le contenu de son article 80. Il s'agit de la Côte d'Ivoire<sup>54</sup>, du Niger<sup>55</sup> et du Togo<sup>56</sup>.

Au Bénin, après avoir reproduit les huit (8) cas contenus dans l'article 80 de la Directive 06/2009, l'article 98 de la LOLF ajoute « *toutes autres fautes de gestion prévues par les textes en vigueur* ». Il en est de même au Burkina Faso où il a été ajouté à la liste « *tout autre acte portant préjudice à l'Etat ou aux autres organismes publics* ». A travers ces deux cas additifs, il apparaît clairement la volonté des législateurs organiques de n'enfermer ni les saisissants encore moins les juges dans des cas limites. Ils pouvaient, dès lors, s'appuyer sur d'autres textes juridiques pertinents (cas du Bénin)<sup>57</sup> ou sur l'acte posé par l'agent public (cas du Burkina Faso) pour justifier, au cas par cas, tantôt une poursuite tantôt une condamnation pour faute de gestion.

Quoi qu'il en soit le refus, par les Etats visés, de se référer explicitement aux marchés publics dans la formulation des cas de fautes de gestion confère aux autorités de poursuite et au juge un large pouvoir d'interprétation et d'appréciation des comportements en cause. En effet, à y regarder de près l'on se rend compte que certains manquements aux règles régissant la passation et l'exécution des marchés publics sont effectivement susceptibles d'être versés dans la plupart des formules retenues par la directive et le droit de ces Etats.

C'est le cas de « *l'approbation donnée à une décision violant les règles visées aux 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> tirets du présent article par une autorité chargée de la tutelle ou du contrôle desdits organismes* ». En droit des marchés publics, ce cas pourrait viser le manquement imputable à toutes les autorités chargées de contrôler le processus de passation d'un marché public avant son entrée en vigueur. Il suffit de vérifier si les organes chargés du contrôle *a priori* et des autorités approbatrices n'ont pas manqué à leur obligation de s'assurer de la régularité de la procédure avant, soit d'émettre un avis de non objection, soit de prendre la décision d'approbation. Dans le cas contraire, c'est-à-dire, en cas d'avis favorable ou d'approbation nonobstant l'irrégularité, ils sont susceptibles d'être poursuivis sur le terrain de la faute de gestion.

C'est également « *le fait, pour toute personne dans l'exercice de ses fonctions, d'octroyer ou de tenter d'octroyer à elle-même ou à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature* ». Tel qu'il est formulé, ce manquement vise ce que l'on appelle le favoritisme ou

---

<sup>54</sup> Voir l'article 89 de la Loi organique sur la Cour des comptes.

<sup>55</sup> Voir l'article 79 de la loi n°2012-09 du 26 mars 2012 portant loi organique relative aux lois de finances.

<sup>56</sup> Voir l'article 80 de la Loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances.

<sup>57</sup> C'est dans ce sens que l'on comprend les dispositions de l'article 130 de la Loi n° 2004-20 du 17 août 2007, portant règles de procédures applicables devant les formations juridictionnelles de la Cour suprême (abrogée).

l'octroi d'avantages injustifiés<sup>58</sup>. En l'espèce, est susceptible d'être poursuivi, pour faute de gestion, lorsque par son action ou inaction, l'agent public a violé les dispositions légales ou réglementaires garantissant, notamment, la transparence, la liberté d'accès aux marchés et l'égalité de traitement des candidats. Ce comportement doit avoir pour objet, d'avantager un candidat par rapport aux autres candidats lors de l'attribution d'un marché public. Il peut intervenir, par exemple, au stade de la définition des spécifications techniques des travaux, fournitures et services ou encore lors de la détermination des critères d'éligibilité des candidatures et d'évaluation des offres. En effet, le choix de certaines spécifications et critères de participation à la procédure est « taillé sur mesure » et est opéré de telle sorte que seuls certains candidats choisis à l'avance pourraient les satisfaire. L'on constate également ce comportement en cas de fractionnement d'un marché. Il s'agit, on le sait, d'une fraude qui consiste à diviser un marché public dont le montant impose sa passation par appel d'offres ouvert en plusieurs marchés publics d'un montant modeste (notamment en dessous des seuils de passation des marchés ) dans l'intention d'éviter cette procédure ouverte et de réduire ou supprimer, en conséquence, les contraintes imposées par le droit en vigueur à savoir l'ouverture à la concurrence.

Le fractionnement renvoie à une violation des dispositions réglementaires car, il conduit à une restriction, artificielle, de l'étendue de la mise en concurrence afin d'attribuer le marché public à un candidat déterminé à l'avance au détriment des autres<sup>59</sup>. Ce manquement est constitué en cas de publicité insuffisante<sup>60</sup> ou en cas de divulgation de certaines informations comme le prix ou les éléments techniques du dossier des soumissionnaires en vue d'avantager un candidat. L'essentiel est qu'il soit apporté la preuve que ce comportement a pour but d'octroyer ou de tenter d'octroyer un avantage injustifié à un candidat.

L'on peut retenir, enfin « *le fait d'avoir produit, à l'appui ou à l'occasion des liquidations des dépenses, des fausses certifications* ». Ce comportement est assez fréquent en matière de marchés publics. En cette matière, l'on déplore, un peu partout, soit des livraisons fictives mais faisant l'objet d'un paiement, soit des paiements intervenant bien avant la livraison

---

<sup>58</sup> Sur l'historique de ce manquement, notamment en France, voir, FLIZOT S., « La genèse de la loi n°48-1484 du 25 septembre 1948 tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat et de diverses collectivités », in *Gestion et finances publiques*, n°6 juin 2009, pp. 499-501. Voir, également, Loïc Peyen, « Pour une véritable éthique financière : le renforcement de la cour de discipline budgétaire et financière », in *Gestion et Finances Publiques*, n°6, 2017, pp. 25 -34.

<sup>59</sup> Cette pratique de fractionnement est courante au regard de la nette prévalence des demandes de renseignement et de prix (DRP) sur le mode normal de passation des marchés publics qui est l'appel d'offres ouvert. Pourtant, à y regarder de près, la plupart de ces DRP sont rendues possibles à cause des fractionnements artificiels du montant des marchés. L'objectif est, tout simplement, de ne pas atteindre le seuil défini par le Code des marchés publics en vue d'attribuer le marché public à l'opérateur économique que l'on souhaite avantager.

<sup>60</sup> Outre le portail des marchés publics et autres sites spécialisés, il est exigé des autorités contractantes la publication des avis d'appel à candidatures dans les journaux de grande ou large diffusion.

effective. Dans tous les cas, la certification sur la base de laquelle le paiement a été décidé est fautive<sup>61</sup>. Dans un article, assez ancien, Yoro Bocar SY relevait que « *de fausses certifications sont produites souvent dans un but de complaisance à l'égard des tiers fournisseurs, afin de leur permettre d'être payés par anticipation pour leur éviter les longueurs consécutives à un report de crédit enfin d'exercice ou simplement pour faciliter leur trésorerie* »<sup>62</sup>. La gravité d'un tel paiement est évidente puisqu'il est intervenu au mépris de la règle du service fait.

De nos jours, ce sont des arrangements entre les représentants de l'autorité contractante et le fournisseur qui sont en vogue ; arrangements aux termes desquels, les premiers délivrent des certifications de complaisance indiquant que la prestation a été accomplie, de procéder à la liquidation de la dépense sur cette base et permettre au second de se faire payer sur les deniers publics sans contrepartie réelle<sup>63</sup>.

En dépit du refus affiché de viser les manquements propres aux marchés publics, il est possible tant pour les saisissants que pour le juge de verser certains comportements dans les formules générales et de poursuivre les auteurs sur le terrain de la faute de gestion.

Dans d'autres Etats, il a été choisi de faire allusion lapidaire aux marchés publics dans la définition des cas de fautes de gestion.

## **B. Une allusion lapidaire aux marchés publics**

Contrairement à certains Etats qui ont choisi de s'aligner sur la directive n° 06/2009 et de reproduire son article 80, d'autres ont tenté d'apporter quelques précisions en s'intéressant laconiquement aux marchés publics. C'est le cas du Mali où l'article 294 de la loi sur la Cour suprême<sup>64</sup> vise, entre autres, « *le fait d'avoir enfreint la réglementation en vigueur concernant les marchés ou conventions d'un des organismes visés à l'article 332 ci-dessus* ». Au Niger, l'article 75 de la loi organique sur la Cour des comptes<sup>65</sup> incrimine « *le non-respect des règles relatives au Code des marchés publics* » avant de viser spécifiquement « *toute procuration ou tentative de procuration à autrui ou à soi-même, en méconnaissance de ses obligations et dans l'exercice de ses fonctions d'un avantage pécuniaire ou en nature non prévue par la réglementation y compris la surfacturation* ».

---

<sup>61</sup> Voir ISSOUFOU A., Le nouveau droit des marchés publics et la rationalisation de la dépense publique au Niger et au Sénégal, Tome II, L'harmattan Sénégal, 2017, p.122.

<sup>62</sup> Y. B. SY, « La Cour de discipline budgétaire du Sénégal », *RIPAS* n°2, octobre-décembre 1981, p.219.

<sup>63</sup> ISSOUFOU A. op. cit. p. 122.

<sup>64</sup> Il s'agit de la Loi n°2016-046 du 23 septembre 2016 portant loi organique fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle.

<sup>65</sup> Il s'agit de la Loi organique n°2020-035 du 30 juillet 2020 déterminant les attributions, la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour des comptes.

Ces dispositions qui visent, incontestablement, la violation du droit des marchés publics suscitent deux observations.

La première observation qui s'impose est que la formule choisie, dans ces deux Etats, est englobante. En effet, hormis la référence à la surfacturation<sup>66</sup> par le droit nigérien, elle prend en charge toutes les formes de violation du droit des marchés publics. Ainsi, quel que soit le procédé qui serait déployé par les justiciables de la Cour des comptes en vue de contourner la réglementation, le juge pourrait le verser dans le champ d'application de la faute de gestion.

La seconde observation qui n'est qu'une conséquence de la première est relative à l'élasticité et à l'imprécision de la formule employée. En effet, la formule « *violation de la réglementation des marchés publics* » est quelque peu vague et pourrait poser des difficultés d'interprétation et de définition quant à son contenu. C'est pourquoi, dans un souci pédagogique, il n'est pas superflu de songer à définir ce contenu, c'est-à-dire, à énumérer les cas de violation de la réglementation des marchés publics qui constituent des fautes de gestion.

Cette précision a trois avantages. Elle permet, d'abord, de faire constater que les violations de la réglementation des marchés publics ne se valent pas. Elle permet, ensuite, de sensibiliser et d'avertir directement les agents publics concernés sur les cas de fautes de gestion au regard de la faible maîtrise du droit des marchés publics. Ainsi, en posant l'acte, ils auraient agi en connaissance de cause. Elle pourrait, enfin, faciliter l'office du juge en le mettant à l'abri de toute interprétation et qualification hasardeuses.

Contrairement aux Etats qui ont opté pour des formules générales, englobantes et imprécises, l'Etat du Sénégal a choisi de circonscrire de façon à assez précise les différents cas de fautes de gestion en rapport avec les marchés publics.

---

<sup>66</sup> La surfacturation est l'un des grands classiques du droit de la commande publique. Le problème qu'elle pose n'est pas, en réalité, dans l'existence ou la matérialité de la prestation. Il porte plutôt sur sa valorisation. Ainsi, il y a surfacturation lorsque la valeur monétaire des travaux, fournitures et services a été largement surestimée. La surfacturation est un phénomène particulièrement difficile à cerner dans les marchés publics et son appréhension nécessite beaucoup de lucidité.

Dans les marchés passés par appel d'offres ouvert, il faut reconnaître que c'est la loi du marché qui prévaut et qui gouverne la formulation des offres financières. En conséquence et en l'absence de tout référentiel des prix actualisé, l'on ne peut formellement parler de marge bénéficiaire licite ou illicite. L'autorité contractante peut, certes, demander au soumissionnaire des éclaircissements sur le prix proposé mais simplement dans le sens de le comprendre et non dans l'optique de le faire diminuer; l'offre étant intangible. Aussi, le risque de surfacturation est-il moindre en raison de l'étendue de la concurrence et de la diversité des offres qui placent l'autorité contractante dans les dispositions de comparer et de choisir la meilleure proposition financière.

Tel n'est pas le cas des marchés passés par entente directe dans lesquels, il est permis à l'autorité contractante d'engager directement des discussions avec un ou plusieurs candidats et d'attribuer le marchés au candidat qu'elle a retenue. Dans ces marchés, tout se passe sans mise en concurrence réelle, sans publicité et sans aucune formalité gênante. C'est pour minimiser le risque d'abus, de collusion et éventuellement de surfacturation qu'il est prévu, dans les marchés passés selon cette procédure, l'inscription obligatoire de clauses relatives au contrôle spécifique des prix de revient ou la transmission obligatoire des informations financières et comptables.

## **II. L'option des formules spécifiques**

L'option des formules spécifiques et précises dans l'énumération des cas de fautes de gestion en matière des marchés publics a été prise par l'Etat du Sénégal. En effet, après avoir incriminé « *le fait d'avoir enfreint la réglementation en vigueur concernant les marchés publics ou conventions d'un organisme* »<sup>67</sup>, l'article 57 de la loi organique sur la Cour des comptes précise, dans un souci pédagogique, que « *sont notamment considérées comme infractions à la réglementation des marchés publics ou conventions :* ». Par la suite, il dresse une liste non exhaustive certes, de neuf (9) cas de violation de la réglementation applicable aux marchés publics érigés en faute de gestion auxquels s'ajoute deux cas de gaspillage<sup>68</sup>.

Le droit des marchés publics étant un droit des procédures<sup>69</sup>, l'on constate que certains de ces manquements sont commis dans la phase de passation (A) et d'autres au cours de son exécution (B).

### **A. La faute de gestion dans la passation des marchés publics**

La passation d'un marché public renvoie à l'ensemble des procédures et opérations qui concourent au choix du partenaire contractuel. Celles-ci englobent l'expression des besoins, l'évaluation de leur montant, la définition des critères d'éligibilité des candidats et d'évaluation des offres, les différentes mesures de publicité, la mise en concurrence, l'ouverture des plis, la réunion des commissions, les différentes formalités d'achèvement de la procédure.

Certains manquements qualifiés de fautes de gestion sont susceptibles d'être relevés dans cette phase particulièrement importante et qui cristallise toutes les attentions. L'article 57 de la loi organique sur la Cour des comptes vise expressément :

- **Le fait de n'avoir pas assuré une publicité suffisante aux opérations dans les conditions prévues par les textes en vigueur.**

Cette faute est constituée dès lors que les plans annuels de passation des marchés, les avis généraux de passation des marchés, les avis d'appel à candidatures, les avis de report ou de renonciation de la passation des marchés, les avis d'attribution provisoire et définitive n'ont pas fait l'objet d'une publicité conformément aux dispositions du Code des marchés publics.

---

<sup>67</sup> Voir l'article 57 de la Loi organique sur la Cour des comptes.

<sup>68</sup> Sont visées « les transactions trop onéreuses pour la collectivité intéressée, en matière de commande directe, de marché ou d'acquisition immobilière » et « les stipulations de qualité ou de fabrication qui, sans être requises par les conditions d'utilisation des travaux ou de fournitures, seraient de nature à accroître le montant de la dépense ».

<sup>69</sup> BRECHON-MOULENES C., Choix de procédures, choix dans les procédures, *AJDA*, 1998 p.753.

L'objectif est de veiller au respect des principes de transparence des procédures, de libre concurrence et d'égalité de traitement des candidats.

- **Le fait de n'avoir pas fait appel à la concurrence dans les conditions prévues par les textes en vigueur.**

L'incrimination vise plusieurs situations. C'est le cas, par exemple, du choix de mode de passation. A travers celui-ci, la personne responsable des marchés publics peut décider de restreindre l'étendue de la mise en concurrence en optant pour l'appel d'offres restreint ou une demande de renseignement et de prix ou encore une entente directe alors qu'au regard des éléments du marché, c'est un appel d'offres ouvert qui est indiqué. C'est aussi le cas lorsque la personne responsable des marchés publics choisit de publier l'avis d'appel à candidatures sur un support autre que celui préconisé par le Code des marchés publics<sup>70</sup>. L'on peut poursuivre sur le terrain de la faute de gestion en cas du non-respect des délais réglementaires qui doivent être impartis aux candidats pour préparer et déposer leurs dossiers de soumission. L'on peut aussi ranger dans cette catégorie de faute, l'introduction dans le dossier d'appel à candidatures des éléments discriminatoires à l'égard de certains candidats ou le fait d'omettre, volontairement, de verser dans ce dossier, des éléments censés renseigner les candidats sur les caractéristiques de la prestation attendue. Dans toutes ces situations, l'appel à concurrence n'a pas respecté les textes en vigueur.

Le juge a eu l'occasion de sanctionner la publicité insuffisante ayant consisté, pour un prévenu (un ancien gouverneur), à organiser une consultation «restreinte» de deux entreprises, procédure qui était conditionnée à une autorisation préalable du Premier Ministre. Cette condition n'étant pas satisfaite, le mis en cause aurait dû organiser un appel d'offres ouvert<sup>71</sup>.

- **Le fait d'avoir procuré ou tenté de procurer un avantage anormal à un candidat à un marché public.**

Est visée, en l'espèce, l'atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats. Ce comportement s'observe lorsque la personne responsable des marchés publics ou les membres de la commission d'ouverture et d'évaluation des offres accordent un traitement particulier à un candidat au détriment des autres candidats. Par exemple, lorsque l'on fournit une information à un soumissionnaire à l'insu des autres candidats. C'est aussi le cas, lorsque l'on dispense un candidat de la production d'une pièce et qu'on l'exige des autres ou lorsque les dossiers de

---

<sup>70</sup> En plus du portail des marchés publics, le Code des marchés publics insiste sur les journaux de grande ou large diffusion qu'il convient d'identifier au regard de la régularité de leur parution et de leur audience.

<sup>71</sup> Cour de discipline budgétaire (Sénégal), arrêt n° 15 du 19 décembre 1979, inédit.

certain candidats sont rejetés pour défaut d'une pièce alors que celui d'un candidat a été maintenu malgré l'absence de la même pièce.

Sur le fondement de cette faute le juge a eu à sanctionner le prévenu (un ancien gouverneur) pour avoir présidé une Commission de dépouillement des offres non réglementaire et de s'être substitué à l'Administrateur de la Commune pour l'attribution de marchés financés par la Collectivité locale et d'avoir surtout attribué un marché concernant l'aménagement d'une gare routière à une entreprise dont l'offre était classée en 4<sup>e</sup> position par la Commission technique d'évaluation des offres<sup>72</sup>. Il en est de même de la substitution par un Directeur général de deux entreprises à une entreprise moins-disante choisie par la Commission de dépouillement<sup>73</sup>.

- **Le fait d'être intervenu à un stade quelconque dans l'attribution d'un marché à une entreprise dans laquelle l'agent concerné a pris ou conservé un intérêt.**

Sont manifestement visées, certaines autorités susceptibles d'exercer une certaine influence, voire, une pression sur les membres de la Commission des marchés ou sur la personne responsable des marchés publics afin que les marchés soient attribués à l'entreprise de leurs protégés ou à leurs propres entreprises mais qui seraient gérées par une autre personne. Cette situation est fréquente au regard du contexte de politisation de l'Administration où l'attributaire de certains gros marchés est connu bien avant le lancement de la procédure. En effet, c'est un secret de polichinelle que c'est dans les états-majors des partis politiques ou dans « certains salons » que la décision de donner tel marché à tel opérateur économique est prise. Pour le reste, il suffit, simplement, de demander aux membres de la Commission et à la personne responsable des marchés publics "de mettre la forme".

- **Le fait d'avoir fractionné des dépenses en vue de se soustraire au mode de passation normalement applicable ou d'avoir appliqué une procédure de passation de marché sans l'accord requis.**

Deux situations sont prises en charge par cette incrimination. Il s'agit de l'épineuse question du fractionnement des marchés publics et du refus de solliciter l'avis ou l'autorisation de certaines structures notamment celles qui s'occupent du contrôle *a priori*.

Dans le premier cas, l'idée est de décourager, voire, d'éradiquer le fractionnement des marchés publics. Cette pratique qui consiste à morceler le montant du marché en vue de ne pas atteindre le seuil de passation fixé par les Code des marchés publics est à l'origine de l'essentiel des marchés en dessous des seuils passés selon la procédure spécifique de demande de renseignement et de prix. Il s'agit d'un mode de passation des marchés, particulièrement, prisé

---

<sup>72</sup> Cour de discipline budgétaire (Cour des comptes du Sénégal), arrêt n° 15 du 19 décembre 1979, inédit.

<sup>73</sup> Chambre de discipline financière (Cour des comptes du Sénégal) arrêt n° 03 du 24 septembre 2003, inédit.

puisque'il impose moins de contraintes aux autorités contractantes. Mais, il fausse le jeu de la concurrence dans la mesure où il est permis à la personne responsable des marchés publics de choisir, librement, les modalités de publicité et d'organiser une mise en concurrence minimale entre les concurrents de son choix. Cette marge de manœuvre lui est accordée au regard du montant supposé faible du marché<sup>74</sup>. Mais dans la pratique, le montant est délibérément morcelé afin qu'il n'atteigne pas le seuil fixé à l'article 53 du Code des marchés publics<sup>75</sup>. L'idée est de faire des achats pour lesquels, la procédure spécifique est autorisée. Il s'agit d'une fraude que le législateur organique entend, désormais, sanctionner.

Dans le second cas, la loi organique cherche à conforter la place de l'autorité investie du pouvoir d'autoriser ou d'émettre un avis préalablement à la mise en œuvre des procédures dérogatoires. En effet, avec l'érection de l'appel d'offres ouverts en mode de passation de droit commun, il est écrit que le recours à tout autre mode doit être motivé et soumis, soit à l'autorisation préalable, soit à l'avis préalable de la structure en charge du contrôle *a priori*.<sup>76</sup>

Ainsi, la faute de gestion est constituée dès lors que l'autorité refuse de solliciter l'accord ou l'avis requis. Le droit sénégalais entend ainsi tirer les conséquences de cette disposition en demandant de sanctionner tout agent public qui serait tenté de recourir à ces modes sans passer par la procédure indiquée à cet effet.

- **Le fait d'avoir passé un marché public avec un candidat exclu des commandes publiques ou d'avoir exécuté un contrat non approuvé par l'autorité compétente.**

Cette incrimination réitère deux interdictions<sup>77</sup>. Dans le premier cas, il faut rappeler que l'Autorité de régulation des marchés publics est investie du pouvoir de suspendre, pour un temps ou d'exclure définitivement, certaines entreprises de toute procédure de passation des marchés

---

<sup>74</sup> C'est lorsque le montant prévisionnel du marché est inférieur aux seuils fixés à l'article 53 du décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics.

<sup>75</sup> Cet article dispose que « pour l'application des procédures décrites au présent titre, les seuils de passation de marchés par la procédure de l'appel d'offres ouvert sont fixés ainsi qu'il suit :

- **Pour ce qui concerne l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics les marchés dont les montants estimés atteignent :**

- a) 70.000.000 Francs CFA pour les travaux ;
- b) 50.000.000 Francs CFA pour les services et fournitures courantes ;
- c) 50.000.000 Francs CFA pour les prestations intellectuelles.

- **Pour ce qui concerne les sociétés nationales, les sociétés anonymes à participation publique majoritaire et les agences ou autres organismes ayant la personnalité morale, mentionnés à l'article 2.1 d), les marchés dont les montants estimés atteignent :**

- a) 100.000.000 Francs CFA pour les travaux ;
- b) 60.000.000 Francs CFA pour les services et fournitures courantes ;
- c) 60.000.000 Francs CFA pour les prestations intellectuelles.

<sup>76</sup> Voir l'article 28 de la Directive n°04/2005.

<sup>77</sup> D'une part, celle qui consiste à passer des marchés avec des entreprises suspendues ou exclues de la passation des marchés et d'autre part, celle d'exécuter un marché non approuvé.

publics. Tout dépend de la gravité des manquements ou des fautes dont elles sont l'auteur<sup>78</sup>. Une liste rouge contenant le nom de ces entreprises est publiée sur le portail des marchés publics<sup>79</sup>. C'est pour accroître l'efficacité de ces sanctions, qu'il a été jugé nécessaire de dissuader certaines personnes responsables des marchés publics qui seraient tentées de frauder et d'attribuer les marchés publics à des entreprises, pourtant, suspendues ou exclues de la commande publique.

Le second cas sanctionne l'exécution d'un marché non approuvé. Il s'agit, on l'a montré, de la formalité sans laquelle le contrat ne peut entrer en vigueur ou ne peut produire aucun effet. Par conséquent, il est répréhensible d'envisager l'exécution d'un tel accord non approuvé car, il est écrit que tout marché non approuvé est nul et de nul effet<sup>80</sup>. Ainsi, tout agent public qui autorise ou qui cautionne l'exécution de ce type de marché public ou qui autorise le décaissement d'une avance ou d'un acompte dans ce sens devrait être poursuivi pour faute de gestion. Pour le juge, constitue une violation des règles régissant les marchés publics de l'Etat le fait de s'être fait livrer des fournitures alors que le contrat n'était pas exécutoire pour défaut d'approbation par l'Autorité compétente<sup>81</sup>. Il a également qualifié de faute de gestion sanctionné comme tel le fait d'exécuter, de liquider et de payer des marchés avant leur approbation par la Commission des contrats<sup>82</sup>.

- **Le fait d'avoir manqué à l'obligation de planification et de publicité annuelle des marchés publics.**

Par cette incrimination, c'est toute la pertinence de l'établissement et de publication des plans annuels de passation des marchés publics qui est réaffirmée. En effet, et c'est un rappel, parmi les innovations apportées par le nouveau droit des marchés publics<sup>83</sup>, il y a l'obligation de les établir et de les publier en début de chaque exercice budgétaire. Cette publication doit précéder la passation de tout marché au titre de l'année considérée. Aucun marché ne peut être passé s'il n'est pas, au préalable, inscrit dans ce plan. Il s'agit, de respecter les principes de transparence, de libre concurrence et d'égalité devant la commande publique. Malgré l'affirmation explicite de cette obligation, il a été donné de constater l'existence des poches de résistance, c'est-à-dire que certaines personnes responsables des marchés publics continuent de passer des marchés non

---

<sup>78</sup> Voir les articles 145 à 149 du décret portant Code des marchés publics.

<sup>79</sup> Lien [http://www.marchespublics.sn/index.php?option=com\\_blacklist&task=public&Itemid=120](http://www.marchespublics.sn/index.php?option=com_blacklist&task=public&Itemid=120) consulté le 18 juin 2021.

<sup>80</sup> Voir l'article 29 du décret portant Code des marchés publics.

<sup>81</sup> Cour de discipline budgétaire (Sénégal), arrêt n° 12 du 26 juillet 1977, inédit.

<sup>82</sup> Cour de discipline budgétaire (Sénégal), arrêt n° 1 du 18 avril 1979, inédit.

<sup>83</sup> Sur l'essentiel de ces innovations, voir, ISSOUFOU A. Le nouveau droit des marchés publics et la rationalisation de la dépense publique au Niger et au Sénégal, op. cit.

préalablement planifiés<sup>84</sup> et contre lesquelles aucune sanction autre que l'annulation du marché en question n'est prévue. C'est certainement, pour mettre fin à cette fraude et combler un vide juridique que la loi organique a décidé d'élever ce comportement au rang de faute de gestion afin de poursuivre leurs auteurs.

D'autres fautes de gestion sont commises dans l'exécution des marchés publics.

## **B. La faute de gestion dans l'exécution des marchés publics**

Le marché public est le fruit de la rencontre de deux volontés ; celle de l'autorité contractante et celle de l'opérateur économique. De celle-ci découle l'un des caractères fondamentaux du contrat à savoir son caractère synallagmatique en vertu duquel, le marché public crée un jeu réciproque de droits et d'obligations entre l'acheteur public et son partenaire. En conséquence, chacune des parties doit s'atteler à assumer sa part d'obligation qui constitue un droit pour l'autre. Dans le cadre de cette exécution des fautes de gestion peuvent être commises. L'article 57 de la loi organique sur la Cour des comptes vise :

- **le fait d'avoir procuré ou tenté de procurer à un cocontractant de l'Administration ou d'un organisme soumis au contrôle de la Cour un bénéfice anormal à dire d'expert.**

Cette incrimination vise certains comportements qui interviennent spécifiquement lors de l'exécution des marchés publics. Ce sont les cas, entre autres, du mandatement du montant de l'avance ou de l'acompte au-delà du seuil fixé par la réglementation<sup>85</sup>. C'est aussi le fait de cautionner des surfacturations et de mandater le montant correspondant. Ces comportements renvoient sur le terrain pénal, au délit du favoritisme ou de l'octroi d'avantage injustifié.

Dans une espèce assez ancienne, la Cour a jugé que constitue « *une violation des règles régissant les marchés de l'Etat le fait, pour un prévenu, d'avoir laissé une entreprise réaliser des travaux pour un montant supérieur à celui figurant dans la convention liant les parties* »<sup>86</sup>.

Dans un autre dossier, le juge a sanctionné le Chef de la Division du matériel et de l'équipement du Ministère de l'Education Nationale. Il a été retenu contre lui, dans le cadre d'un marché de fournitures de matériels scolaires, le fait de délivrer un certificat de livraison en lieu et place d'une réception d'une commission créée à cet effet et de verser la somme de 17

---

<sup>84</sup> Dans pratiquement tous les rapports d'audits consultés, il ressort que certaines autorités contractantes passent des marchés alors qu'ils n'ont pas été, au préalable, inscrits dans leurs plans annuels de passation des marchés publics.

<sup>85</sup> Voir les articles 94 à 97 du décret portant Code des marchés publics pour les avances et les articles 98 et 99 du même décret pour les acomptes.

<sup>86</sup> Cour de discipline budgétaire (Sénégal), arrêt n° 7 du 12 avril 1978, inédit.

788 750 francs à la Société suisse qui en avait dépensé 7 900 000 francs pour le transport, soit une plus-value de 9 888 750 francs qu'un appel d'offres aurait permis à l'Etat d'économiser<sup>87</sup>.

Aussi, le juge est-il parfois prudent et pour contourner l'exigence d'une expertise, procède à une requalification des faits. Ainsi, pour des décomptes surestimés de travaux, le juge a retenu, dans un dossier, la qualification de gaspillage<sup>88</sup>. Il a pu considérer que l'infraction n'est pas constituée car la seule différence entre les prix convenus dans un marché public et ceux pratiqués par un fournisseur de référence ne pouvait être déterminante. Mieux, l'instruction du dossier n'a pas permis de prendre connaissance des éléments constitutifs des prix, des cahiers de charges et des offres émanant des fournisseurs consultés<sup>89</sup>. Cependant, devant l'évidence de certains faits, le juge retient l'avantage indu accordé à un tiers. C'est le cas quand l'instruction a révélé, après circularisation aux fournisseurs concurrents, que le prix d'achat d'une fourniture est 40 fois supérieur au prix moyen en cours sur le marché<sup>90</sup>.

- **Le fait d'avoir autorisé et ordonné des paiements après délivrance d'un titre de paiement ne correspondant pas aux prestations effectivement fournies ou des prestations incomplètes ou non conformes.**

Cette incrimination vise ce que l'on pourrait appeler un enrichissement sans cause organisé au détriment du Trésor public et au profit des parties au contrat. En effet, les membres de la commission de réception ou la personne responsable des marchés publics peuvent délivrer des certificats de réception en vue d'établir un titre de paiement alors que la prestation est, soit non conforme aux stipulations du contrat, soit incomplète, soit purement et simplement fictive.

Ce comportement est fréquent en raison de la grande complicité qui se développe dans les rapports entre les représentants de l'autorité contractante censés certifier la bonne exécution du marché public et les titulaires des marchés publics. C'est une sorte de "deal" entre deux partenaires à l'issue duquel, chaque partie reçoit son pourcentage sur le montant indûment retiré du Trésor Public. P. Saunier<sup>91</sup> y voit un manquement aux obligations professionnelles des agents engageant les finances publiques et dont les sanctions sont juridictionnalisées.

Pour le juge, constitue une violation des règles régissant les marchés de l'Etat et donc une faute de gestion, le fait d'avoir passé, à plusieurs fournisseurs, commande d'imprimés et de

---

<sup>87</sup> Cour de discipline budgétaire (Sénégal), arrêt n° 13 du 16 juillet 1980, inédit.

<sup>88</sup> Cour de discipline budgétaire (Sénégal), arrêt n° 4 du 30 mars 1977, inédit.

<sup>89</sup> Chambre de discipline financière (Cour des comptes du Sénégal), arrêt n° 2 du 14 mai 2003, inédit.

<sup>90</sup> Chambre de discipline financière (Cour des comptes du Sénégal), arrêt n° 2 du 30 mars 2006, inédit.

<sup>91</sup> P. SAUNIER, op. Cit, p. 1057.

fournitures de bureau pour un montant de 4 450 265 francs alors que les commandes des trois dernières gestions étaient arrêtées à 9 479 000, 8 473 000 et 11 503 000 francs<sup>92</sup>.

### Conclusion

« *La sanction des fautes de gestion est une matière répressive dans la mesure où la Cour y punit des faits qui sont qualifiés de faute de gestion* »<sup>93</sup>. Au sujet de l'organisation de cette répression, l'article 81 de la Directive n°06/2009 dispose que « *le régime des sanctions autres que disciplinaires relatif aux fautes de gestion (...) est défini par les législations nationales* ».

En s'intéressant au droit en vigueur dans les Etats sous étude et au regard de l'objet de la présente réflexion, l'on ne peut pas ne pas être frappé par une sorte de paradoxe. En effet, autant des efforts appréciables ont été fournis par certains de ces Etats dans la formulation des cas de fautes de gestion relatives aux marchés publics autant aucune spécificité de cette matière n'a été prise en compte dans l'organisation de la répression. L'option d'aménager le même régime juridique de poursuite et de sanction à toutes les catégories de fautes de gestion a été retenue par les Etats de l'UEMOA. C'est ainsi que, d'un Etat à un autre et d'une juridiction des comptes à une autre, l'on retrouve pratiquement les mêmes saisissants et les mêmes justiciables.

Or, sur ce dernier point, l'étude croisée des LOLF et des lois organiques sur les juridictions des comptes avec les Codes des marchés publics nationaux s'impose. Les LOLF instaurent une dynamique de responsabilisation des acteurs de la chaîne des procédures de gestion des finances publiques. En réplique, les textes sur les marchés publics éclatent la qualité d'autorité contractante et prévoient une pluralité d'agents publics impliquée dans la préparation, la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics. L'on pense tout naturellement à la personne responsable des marchés publics<sup>94</sup>. En plus de cet agent public à compétence générale et transversale, il a été prévu des agents publics chargés de procéder à l'expression des besoins de l'autorité contractante, à leur évaluation, à la confection et à la publication des plans annuels de passation des marchés publics ainsi que les avis généraux et spécifiques.

L'on pense, également, aux agents publics membres des commissions de passation des marchés publics et ceux affectés à la réception de la prestation, objet du marché.

A cette liste, déjà longue, l'on doit ajouter les différents agents publics investis du pouvoir de contrôles *a priori* et *a posteriori*.

---

<sup>92</sup> Cour de discipline budgétaire (Sénégal), arrêt n° 4 du 16 avril 1980, inédit.

<sup>93</sup> DIOUKHANE A. op. cit. p. 432.

<sup>94</sup> Il s'agit du représentant dûment mandaté par l'autorité contractante pour la représenter dans la passation et dans l'exécution du marché.

Dans sa sphère de compétence, chacun de ces agents publics est susceptible de commettre une faute de gestion dont il faut tenir compte dans l'organisation de la répression.

L'on retrouve, enfin, l'unique et même sanction pécuniaire symbolique dont le montant varie légèrement d'un Etat à un autre<sup>95</sup> et ce, quelles que soient la nature et la gravité du manquement susceptible d'être commis.

Au regard des enjeux économiques, financiers, sociaux et politiques des marchés publics, de la persistance de certains manquements dans leur gestion et de la pluralité d'agents publics intervenant dans leur passation et leur exécution, il n'est pas inopportun d'entreprendre une réforme pertinente du cadre juridique relatif à la répression des fautes de gestion.

Ainsi, une plus grande précision doit être apportée dans la formulation de certains cas de fautes de gestion en rapport avec la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics. Au-delà de cet aspect, d'autres innovations méritent d'être introduites dans l'organisation de la saisine de la juridiction compétente. Dans le choix des justiciables, il doit, par exemple, être

---

<sup>95</sup> Au Burkina Faso, par exemple, l'article 105 de la LOLF dispose que « La faute de gestion est sanctionnée par une amende dont le montant est déterminé conformément à la loi organique portant composition, attributions, organisation et fonctionnement de la Cour des comptes et procédures applicables devant elle. La loi ainsi visée, c'est-à-dire, la loi organique 14-2000 AN du 16 mai 2000 fixe une « amende dont le minimum ne peut être inférieur à 20 000 francs et dont le maximum peut atteindre le double du montant du traitement ou salaire brut annuel à la date de l'irrégularité ou de l'infraction ». En Côte d'Ivoire, le montant de l'amende pour faute de gestion est fixé à 500.000 FCFA sans préjudice des poursuites pénales éventuelles (article 102 de la loi organique sur la Cour des comptes) et ce quelles que soient la nature et la gravité de la faute de gestion. Au Niger, il peut être prononcé une amende dont le montant, calculé selon la gravité et le caractère répétitif de l'infraction, ne peut être inférieur à cent mille (100.000) francs par infraction, sans toutefois que le montant de l'amende par infraction ne puisse dépasser la rémunération nette annuelle que la personne concernée a perçue à la date de l'infraction. Toutefois, le montant cumulé de l'amende précitée ne peut dépasser quatre fois le montant annuel de ladite rémunération (Article 86 de la loi organique sur la Cour des comptes). La même disposition ajoute que « si la Cour établit que les infractions commises ont causé une perte à l'un des organismes soumis à son contrôle, elle ordonne à l'intéressé le remboursement à cet organisme des sommes correspondantes en principal et intérêts. Les intérêts sont calculés selon le taux légal, à compter de la date de l'infraction ». Mais, « si l'auteur des infractions (...) bénéficie d'une rémunération autre que publique, l'amende dont il est passible est calculée en fonction de sa rémunération nette annuelle dans les conditions fixées à l'article précédent. S'il n'est pas salarié, l'amende peut atteindre l'équivalent de la rémunération nette annuelle correspondant à celle d'un administrateur de l'Administration centrale à l'échelon de rémunération le plus élevé » (Article 87 de la loi organique sur la Cour des comptes). Au Sénégal, la Chambre de discipline financière de la Cour des comptes « applique à titre de sanction une amende dont le minimum ne peut être inférieur à 100.000 francs CFA et dont le maximum pourra atteindre le double du traitement ou salaire brut annuel alloué à l'auteur des faits à la date à laquelle ceux-ci ont été commis » (article 59 de la loi organique sur la Cour des comptes). Lorsque « les personnes mentionnées à l'article 57 ne perçoivent pas une rémunération ayant le caractère d'un traitement ou salaire, le maximum de l'amende pourra atteindre le double du montant du traitement ou salaire brut annuel correspondant à l'échelon le plus élevé de la grille indiciaire de la fonction publique à l'époque des faits » (article 60 de la même loi organique). Au Togo, il a été prévu « une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 500.000 F et dont le maximum pourra atteindre le montant du traitement ou salaire brut annuel à la date de l'irrégularité ou de l'infraction... » (Article 83 de la loi organique n°98-014 du 10 juillet 1998 sur la Cour des comptes).

ciblé les principaux agents publics chargés de préparer le marché public<sup>96</sup>, de l'attribuer<sup>97</sup>, d'accomplir les formalités d'achèvement de la procédure<sup>98</sup>, d'exercer le contrôle *a priori*<sup>99</sup> et d'en suivre l'exécution physique et financière. A propos des saisissants de la juridiction des comptes, il est important d'ajouter à la liste, certaines institutions gardiennes de l'orthodoxie procédurale. C'est le cas de l'organe de régulation des marchés publics institué dans les Etats membres en application des dispositions de la Directive n°05/2005<sup>100</sup>. En effet, à l'occasion de l'exercice de ses principales attributions que sont le règlement des différends, la mise en branle des enquêtes et investigations tout comme l'organisation des audits, cet organe est constamment appelé à déceler des cas de faute de gestion. Au regard du rôle important qu'il joue dans le dispositif institutionnel de protection et de promotion du droit des marchés publics et des bonnes pratiques en la matière, il peut valablement être investi du pouvoir de saisine de la juridiction des comptes. Quant à cette juridiction, elle doit nécessairement s'atteler à la formation des juges appelés à connaître des fautes de gestion notamment en matière des marchés publics. Elle doit, dans le cadre de la planification de ses contrôles, parvenir à identifier et à toutes les étapes de la procédure de passation et d'exécution des marchés publics, les faits et actes susceptibles de constituer des fautes de gestion. Enfin, les sanctions pécuniaires symboliques et non dissuasives méritent d'être revues. Il s'agit de tenir compte de l'ampleur et de la gravité du préjudice multidimensionnel susceptible d'être causé à la suite de tout manquement à la réglementation portant sur la passation et l'exécution des marchés publics.

---

<sup>96</sup> L'on pense aux responsables du service des approvisionnements, des cellules de passation de passation et autres services spécifiques chargés d'exprimer et de centraliser les besoins de l'autorité contractante.

<sup>97</sup> L'on vise expressément les membres de la commission des marchés qui ont en charge l'ouverture des plis, l'évaluation des offres et l'attribution provisoire du marché.

<sup>98</sup> Sont visées les autorités chargées d'observer les mesures de publicité, de signer le contrat et celles habilitées à l'approuver.

<sup>99</sup> En application des dispositions de l'article 4 de la directive n°05/2005 chaque Etat membre a mis en place des entités administratives centrales, déconcentrées ainsi que décentralisées de contrôle *a priori* des marchés publics.

<sup>100</sup> L'article 5 de la directive n°05/2005 engage les Etats membres « à mettre en place des mécanismes institutionnels et opérationnels de régulation qui ne peuvent être dévolus aux entités administratives chargées des fonctions de contrôle des marchés publics (...). Ces mécanismes doivent garantir une régulation indépendante des marchés publics (...) et une représentation tripartite et paritaire de l'Administration, du secteur privé et de la société civile »<sup>100</sup>. En plus de l'audit, l'article 12 de la Directive n°05/2005 habilite l'institution de régulation à recevoir et à traiter des recours en matière de passation des marchés publics, à entendre les parties dans le cadre de la recherche d'une solution amiable au différend intervenu dans l'exécution des marchés et à prononcer des sanctions disciplinaires en cas de fautes et infractions constatées. L'avènement de cette structure modifie, entre autres, la structure du contentieux de la passation des marchés publics ainsi que celui de leur exécution.