



RADCP

N° 01 - janvier 2022

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics



Adresse : radpceracle@gmail.com - www.ceracle.com



RADCP

Revue Africaine de Droit des contrats publics

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

N° 01 - 2022



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS

John Eric DICKA.....4

ÉQUIPE DE LA REVUE.....2

ÉDITORIAL

Jean-Marc PEYRICAL8

L'ENTRETIEN DU SEMESTRE

Avec...Philippe Bacoumba FAYE.....11

COMMENTAIRES ET ANALYSES DE DÉCISIONS

La Cour suprême sénégalaise et l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) à la commande publique : Analyse des arrêts n° 37 du 14 juin 2018 opposant l'État du Sénégal c/ ARMP, Groupement d'Entreprise Solidaire, CSTP SA et n° 34 du 27 Mai 2021, ECOTRA SA c/ ARMP
Papa Makha DIAO.....17

DOCTRINE JURIDIQUE SUR LE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

Les préoccupations environnementales à l'épreuve de la commande publique au Bénin
Saka Dori GOUNOU.....40

Heurs et malheurs de la transparence dans les marchés publics au Cameroun
Maurice Cédric MVOGO.....72

Les partenariats Public-privé et le développement local en Afrique
Bakary DRAMÉ.....94

Qualité de la dépense publique et contrats de la commande publique en Afrique noire francophone
Christian Fabrice YINDJO TOUKAM.....107

DÉJÀ PARUS.....136

À L'HORIZON.....137

COMMENT FAIRE PUBLIER DANS NOS ANNALES.....138

AVANT-PROPOS

La perspective de développement s'est affichée tant en Occident qu'en Afrique avec beaucoup d'acuité au cours de ces dernières années, s'illustrant pour les uns comme un but à atteindre et pour les autres comme un cap à maintenir. Avec le vent de la libéralisation qui irrigue le champ commercial, les opportunités se créent pour l'atteinte de cet objectif. Le droit des contrats publics y joue un très grand rôle et son importance évolue au fur et à mesure que croissent les besoins : d'une part de l'administration pour ce qui est de l'accomplissement de ses missions et d'autre de la population qui se montre de plus en plus exigeante – quant au rendement – envers les pouvoirs publics.

Ce dynamisme va entraîner la mutation idéologique du droit des contrats publics en général et particulièrement de celui qui encadre les contrats de la commande publique. D'un moyen qui d'abord servit à la satisfaction des besoins de l'administration, on en vient désormais à un outil à plusieurs autres objectifs – notamment de promotion du développement durable sur ses trois dimensions (*développement économique, progrès social et protection de l'environnement*) ou de modernisation de la gestion des finances publiques –.

Au moment où l'Afrique se tourne plus activement vers un horizon d'émergence et en faisant le constat de cet agrégat d'éléments à la fois successifs et dynamiques, il revient de nous pencher sur la question ; et la Revue Africaine de Droit des Contrats Publics (RADCP) apparaît comme une sphère de réflexion et de production scientifiques pouvant permettre d'éclairer sur les nombreuses mutations des contrats publics, afin de saisir leurs enjeux incessants.

Mesdames/Messieurs !

Voici une tribune pour vous ; un espace qui s'offre à vous.

John Eric DICKA

ÉQUIPE DE LA RADCP

COMITÉ SCIENTIFIQUE

- | | |
|--|---|
| <p>○ ABANE ENGOLO Patrick Edgard
<i>Agrégé des facultés de droit, professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa, Directeur du CERCAF</i></p> <p>○ BADARA FALL Alioune
<i>Agrégé des facultés de droit, Professeur - Université de Bordeaux</i></p> | <p>○ ADAMOU Issoufou
<i>Maitre de Conférence - Université Cheikh Anta Diop de Dakar</i></p> <p>○ BATOUM-BA NGOUE Samuel Théophile
<i>Maitre de Conférences - Université de Douala</i></p> |
| <p>○ BIAKAN Jacques
<i>Professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa</i></p> | <p>○ CHARREL Nicolas
<i>Avocat au Barreau de Paris</i></p> |
| <p>○ GUESSELE ISSEME Lionel Pierre
<i>Agrégé des facultés de droit, professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa</i></p> | <p>○ GUÉZOU Olivier
<i>Agrégé des facultés de droit, Professeur - Université Paris-Saclay</i></p> |
| <p>○ KEBE Dabakh Abdou Aziz
<i>Agrégé des facultés de droit, Maître de Conférences, Université Cheikh Anta Diop de Dakar</i></p> | <p>○ MARKUS Jean-Paul
<i>Agrégé des facultés de droit, Professeur - Université Paris-Saclay</i></p> |
| <p>○ MBALLA OWONA Robert
<i>Agrégé des facultés de droit, professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa</i></p> | <p>○ MEISSA DIAKHATE
<i>Agrégé des facultés de droit, Maitre de Conférences - Université Cheikh Anta DIOP, Directeur du CERACLE</i></p> |
| <p>○ MOMO FOUMTHIM Claude
<i>Agrégé des facultés de droit, Maitre de Conférences - Université de Douala</i></p> | <p>○ PEYRICAL Jean-Marc
<i>Maitre de Conférences - Université Paris Saclay / Avocat au Barreau de Paris</i></p> |
| <p>○ SAMB TOSCO Seynabou
<i>Avocat au Barreau de Bordeaux / Docteur en droit - Université de Bordeaux</i></p> | <p>○ VILA Jean-Baptiste
<i>Maitre de Conférences - Université Bordeaux</i></p> |

COMITÉ DE LECTURE

- **AMADOU Boubou**
Doctorant en droit public – Université de Maroua
- **ASSOLO ONANA Balthazar**
Docteur en droit public – Université de Douala
- **ATIPO OKO Jordelin**
Docteur en droit public – Université Marien NGOUABI du Congo
- **BALLA MANGA Luc Patrick**
Docteur en droit public – Université de Douala
- **BILOCK Stéphane**
Doctorant en droit public – Université de Douala
- **DIANGAR Mamadou**
Maître de Conférences, Université Cheikh Anta Diop de Dakar
- **DIOUF Ibrahima**
Maître de Conférences, Université Cheikh Anta Diop de Dakar
- **DIOUF KANTE Fatou**
Assistant en droit public – Université Cheikh Anta Diop
- **DOUNIAN Aimé**
Docteur en droit public, maître assistant CAMES – Université de Ngaoundéré
- **EBANGA Christian Allard**
Docteur en droit public – Université de Douala
- **FAYE Ferdinand Diéne**
Docteur en droit public – Université Cheikh Anta Diop de Dakar
- **KEMDJO TAGNE Frédéric Hermann**
Docteur en droit public – Université de Douala
- **KINGSLEY PENN Muluh**
PhD researcher (Business Corporate and Finance Law) – University of Douala
- **NGAMBEKET Emmanuel Latendresse**
Doctorant en droit public – Université de Douala
- **NGNITEYA DJIOLIEU Baude-laire**
Doctorant en droit public – ATER, en cotutelle-Universités de Lille et Dschang
- **NIANGALY Allaye**
Docteur en droit public – Université de Bamako/Mali
- **OUCHI YAMA Emmanuel**
Doctorant en droit public – Université de Ngaoundéré
- **PAPE FAYE Latyr**
Doctorant en droit public – Université Cheikh Anta DIOP
- **SANÉ Mamadou Salif**
Docteur en droit public – Université Gaston BERGER de Saint Louis
- **YINDJO TOUKAM Fabrice**
Docteur en droit public – Université de Douala

SECRETARIAT TECHNIQUE

- **MANDENG Audrey Naomie**
Docteur en droit public – Université de Douala
- **POATY Juvadel**
Chercheur et correspondant en République du Congo du CeDEP – Université d'Abomey-Calavi (Bénin)
- **SERIGNE Abdou Khadre Sy**
Doctorant en droit public - Université Cheick Anta DIOP

DIRECTEUR DE PUBLICATION

John Eric DICKA

Président de l'Association pour la Promotion de la Commande Publique en Afrique (APCPA), Enseignant et doctorant en droit public (membre du laboratoire VIP) - Université Paris Saclay.



ÉDITORIAL

DES INTÉRÊTS DES CONTRATS PUBLICS ET DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET DE LEURS ÉTUDES EN AFRIQUE

Jean-Marc PEYRICAL

Maitre de conférences à l'Université de Paris Saclay

Directeur de la Chaire Achat Public de la Fondation de l'Université

Avocat associé

Président de l'Association pour l'Achat dans les Services Publics



J'ai pour habitude de débiter mon cours de *Master I contrats et marchés publics* à la faculté de droit de Sceaux en dévoilant les trois grands intérêts d'étudier une telle matière.

Le premier de ces intérêts est économique. Dans un pays comme la France, la commande publique- marchés publics, ce qui inclut les partenariats publics privés, et concessions, ces deux catégories concernant la part essentielle des contrats publics- représente entre 8 et 10% de son PIB, soit 200 milliards d'euros par an ; ce qui en fait le plus important instrument d'intervention public dans l'économie, avec toutes les conséquences sociales et en termes d'emploi que cela induit.

Le deuxième est juridique. La norme- interne mais aussi européenne et internationale- est en effet très présente dans un domaine comme celui de la commande publique. Et non seulement les règles et procédures de publicité et de mise en concurrence qui s'y appliquent sont relativement complexes à appréhender et à intégrer, mais elles sont appelées à évoluer en permanence sous l'effets de textes et de jurisprudences eux-mêmes en constante mutation.

Le troisième intérêt est politique. Sous l'influence de contrôles d'organismes comme la Cour des Comptes, la commande publique est devenue un symbole de bonne- ou de

mauvaise- gestion publique. A côté de cela, la commande publique est de plus en plus instrumentalisée par les décideurs publics, à des fins certes louables- développement durable par exemple- mais quelquefois éloignées du cœur même de l'achat public- parité hommes femmes ou respect des grands principes républicains par exemple.

Ces trois intérêts traduisent une conception universelle de la commande publique, et plus largement des contrats publics. Ils se retrouvent bien évidemment au sein des Etats Africains où le poids économique, social et par la même politique de ces contrats ne cesse de s'alourdir avec le temps.

Les contrats et marchés publics en Afrique ne peuvent se résumer, même s'ils sont essentiels, aux grands travaux d'infrastructures portuaires, aéroportuaires ou encore routiers et autoroutier qui marquent régulièrement l'actualité...Les contrats publics, et tout particulièrement la commande publique, c'est une vue d'ensemble et transversale de la vie publique, de la chose publique et de ses relations avec le monde civil et économique. Ils reposent sur des piliers comme l'impartialité, la transparence, la probité ou encore la diligence qui en font des instruments vertueux au service des structures publiques et parapubliques.

Encore faut-il en avoir conscience et se donner les moyens suffisants afin que ces piliers ne restent pas virtuels. Au sein des Etats, des collectivités territoriales, des établissements publics ou encore des structures d'économie mixte que l'on retrouve dans tous les pays d'Afrique, cela doit se traduire par la création de véritables services d'achat, capables non seulement de passer mais aussi de suivre l'exécution de marchés publics, concessions et autres conventions d'occupation domaniale ; avec des acheteurs- négociateurs, juristes, financiers, techniciens, économistes...- compétents et responsables.

Et l'aptitude ou les aptitudes de l'acheteur passent avant tout par la formation, qu'elle soit initiale ou continue. A cet effet, la Chaire Achat Public de la Fondation de l'Université de Paris Saclay abrite non seulement un cycle de formation initiale via un Master 2 consacré à l'achat public mais a récemment ouvert un cycle de formation continue spécifiquement destiné aux fonctionnaires des Etats Africains afin justement de leur permettre de tendre vers un objectif incontournable de professionnalisation dans un domaine où les besoins sont immenses.

Je ne peux donc qu'être très heureux et très honoré de participer à la naissance d'une revue justement consacrée aux contrats publics en Afrique. Nul doute que, grâce à ses fondateurs et contributeurs, elle saura apporter sa pierre à un édifice sans cesse en construction et où chaque collaboration ne peut et ne pourra qu'être la bienvenue.



L'ENTRETIEN DU SEMESTRE

Avec...

Philippe Bacoumba FAYE

Spécialiste en passation des marchés

Chef de l'Unité du GES-PETROGAZ

Ministère sénégalais du Pétrole et des Energies

Mail : philbacs@gmail.com



Bonjour Monsieur FAYE, Vous êtes juriste de formation et spécialiste en passation des marchés. Pouvez-vous en quelques phrases nous dire ce qui vous a lié aux marchés publics ?

J'ai embrassé les marchés publics depuis le début de ma carrière dans la Fonction publique dans les années 2000. C'est ce qui m'a permis d'expérimenter la presque totalité des activités liées au métier : comptables des matières, gestionnaire, Président Commission de Marché, Coordonnateur de Cellule de Passation de marché, contrôleur, auditeur, formateur en passation de marchés...

Le Sénégal est un des pays les mieux côté en matière de Commande publique en Afrique. En quoi est due cette prouesse ?

La place de Sénégal en matière de Commande publique en Afrique tient au dynamisme de ses ressources humaines mais aussi à son organisation institutionnelle ainsi que son cadre législatif et réglementaire.

Vous en tant que professionnel dans les Marchés publics avez-vous des contraintes par rapport à l'application des règles de la Commande publique ?

La passation et l'exécution des marchés publics vont de pair avec la notion de contrainte. Ces deux processus impliquent une série de choix à opérer mais dont les différents paramètres sont généralement inconnus du décideur : on décide d'une méthode de passation d'un marché sans être sûr qu'elle est la plus optimale.

Le cadre juridique des marchés publics n'échappe pas à cet aléa. En effet, le domaine des marchés publics qui est très vaste est sujet à des évolutions fréquentes. Son cadre législatif et réglementaire doit proportionnellement être très détaillé et constamment mis à jour ; Ce qui n'est pas le cas.

Avec le code de 2014 les DSP¹ et les marchés publics sont régis par le même texte portant CMP². Mais la réforme des PPP³ tout récemment (Loi 2021-23 du 02 mars 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé) a vu intégrer les DSP dans le même texte que les PPP. A votre avis les DSP se rapprochent-elles plus des PPP que des Marchés publics ?

Au regard des dispositions du Code des marchés publics de 2014 dont vous faites allusion et qui définit le marché public comme un « contrat écrit, conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, ou à des besoins combinant ces différentes catégories » les DSP sont de véritables PPP. Cette similarité des DSP aux PPP est plus mise en exergue dans leurs processus respectifs de mise en œuvre.

Le fait d'avoir les mêmes organes de contrôle dans la Commande public ne justifie-t-il pas l'utilité d'unir tous les textes dans un seul et unique document dénommé code de la Commande publique ?

Une réflexion peut être ouverte dans ce sens et des arguments objectifs peuvent être fournis pour étayer une position positive ou une position contraire.

Je reste, cependant, convaincu que le cadre institutionnel actuel impulsé dans le contexte de la réforme communautaire du sous-secteur des marchés publics, n'est pas adapté à la conclusion

¹ Délégations de service public

² Code des marchés publics

³ Partenariats Public-privé.

des contrats de DSP ou de PPP. Cette organisation est, du reste, moins efficace pour la phase contrôle aussi bien de la passation que de l'exécution des PPP et DSP.

Ce qui est théoriquement écrit dans le CMP est-il techniquement praticable dans un système où on prône le Fast-track c'est-à-dire la rapidité et l'efficacité ?

Il y a un grand déphasage entre les dispositions du CMP et leur application effective dans le travail quotidien des acteurs de la passation des marchés. Le pire c'est qu'il arrive que le CMP entre en conflit avec certains de ses principes telles que l'efficacité ou l'efficacité.

Pour plus de rapidité dans les procédures de passation des marchés publics, les autorités contractantes doivent être d'avantage responsabilisées au détriment des organes de contrôles qui ne comprennent pas toujours les intérêts en jeu.

Les règles de la Commande publique au Sénégal ne sont-elles pas contraignantes pour les autorités contractantes ?

Après plus d'une dizaine d'années de mise en œuvre de la réforme du sous-secteur des marchés publics, il serait souhaitable qu'une évaluation soit faite pour permettre une capitalisation des acquis mais aussi, le cas échéant, une réadaptation de certaines procédures ou l'amélioration de certaines pratiques.

Pour le cas du Sénégal, la politique de formation et de renforcement des capacités initiée par l'ARMP depuis les années 2008, a abouti au constat que les agents de certaines autorités contractantes sont aussi bien, voire plus outillés, que les équipes des organes de contrôle, en matière de maîtrise des procédures et principes de passation des marchés.

La part des PME⁴ dans l'octroi des MP⁵ est-elle significative si non, que suggérez-vous aux autorités sénégalaises pour promouvoir la compétence locale voire l'auto-entreprenariat ?

La question de la promotion des PME PMI s'est souvent posée et continue à faire débat. Globalement le cadre législatif et réglementaire du secteur des marchés publics au Sénégal a bien pris

⁴ Petites et moyennes entreprises.

⁵ Marchés publics.

en compte ces aspects notamment à travers les mécanismes de préférence ; la fréquence d'utilisation de ce mécanisme est presque nulle du reste.

L'encadrement des procédures des Demandes de Renseignement et de Prix (DRP) participe également, dans une certaine mesure, à la promotion de ces PME PMI.

Aujourd'hui, la problématique des entreprises locales doit s'analyser à l'aune de leurs capacités à s'organiser et à s'associer pour pouvoir capter des opportunités de marchés publics encore plus consistantes.

Quel rôle jouent les organes de contrôle dans l'architecture de la Commande publique ?

Le rôle des organes de contrôle est d'une importance qui n'est plus à prouver. Nul besoin de revenir dans le détail des missions qui leur sont confiées : contrôle a priori – contrôle à posteriori ou encore régulation du secteur – contrôle de la légalité...

Je parlais plus haut de la large politique de formations et de renforcement des capacités développée par l'ARMP du Sénégal au début de la réforme. Parallèlement la Direction centrale des Marchés Public (DCMP) a eu un effet très positif sur le processus de maîtrise des procédures par les différents acteurs mais aussi sur le développement de certains outils ainsi que l'assainissement global du secteur.

Le contrôle juridictionnel des Marchés publics est tributaire d'une phase administrative préalable dans la passation des marchés publics, cela n'est-il pas une entrave à l'accès au juge de l'administration ?

Les procédures des marchés publics se conjuguent difficilement avec celles judiciaires. L'intervention du juge n'est d'ailleurs pas souhaitable en la matière et c'est pour cette raison que bien d'autres mécanismes ont été aménagés dans l'optique d'une plus grande efficacité mais aussi et surtout pour éviter que les lenteurs judiciaires.

Les DRP⁶ et l'AOO⁷ sont les deux modes de Passation des marchés que vous utilisez qu'est-ce ce qui les différencie et leur pertinence ?

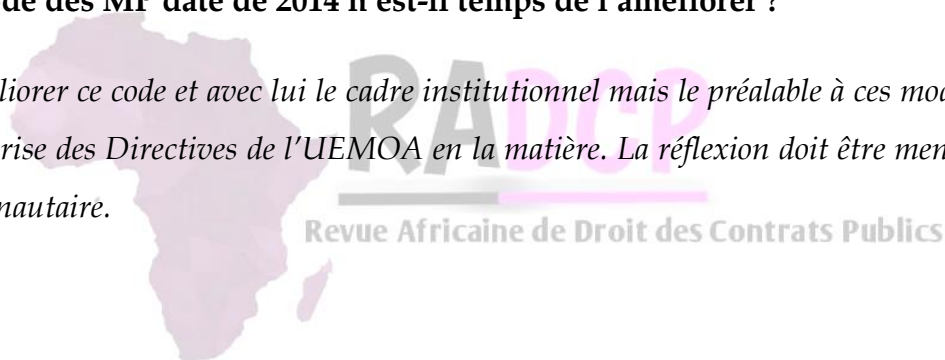
C'est le principe de la subsidiarité qui veut que les choses soient exécutées aux niveaux et par les acteurs les mieux adaptés. Quand la réglementation prône la simplification d'une procédure elle le fait en fonction du degré de complexité de l'activité ciblée. La responsabilisation des autorités contractantes peut passer par l'aménagement de ces simplifications à leurs profits.

Quelle appréciation faites-vous de votre réglementation de la commande de publique ?

La réglementation de la commande de publique est exhaustive et bien structurée. Mais elle gagnerait à être réadapté plus fréquemment.

Votre dernier code des MP date de 2014 n'est-il temps de l'améliorer ?

Il est temps d'améliorer ce code et avec lui le cadre institutionnel mais le préalable à ces modifications est la reprise des Directives de l'UEMOA en la matière. La réflexion doit être menée au niveau communautaire.



Propos recueillis par

Marc Bernard THIAW

Juriste spécialiste en marchés publics - responsable Passation des Marchés des Centres d'Excellence Africain de l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar (CEA/UCAD),

Pour le compte de la **RADCP**.

⁶ Demandes de renseignements et de prix

⁷ Appel d'offres ouvert.



**LA COUR SUPRÊME SÉNÉGALAISE ET L'ACCÈS DES PETITES ET
MOYENNES ENTREPRISES (PME) À LA COMMANDE PUBLIQUE**
*Analyse des arrêts n° 37 du 14 juin 2018 opposant l'État du Sénégal c/
ARMP, Groupement d'Entreprise Solidaire, CSTP SA et n° 34 du 27 Mai
2021, ECOTRA SA c/ ARMP*

Papa Makha DIAO

Docteur en droit public

Université cheikh Anta Diop de Dakar

*Conseiller juridique au Ministère de l'urbanisme, du logement et de
l'hygiène publique*

*Expert juridique dans les règlements d'urbanisme et d'aménagement
du territoire*

papmakha@yahoo.fr

RADCP
Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

INTRODUCTION

Les arrêts n° 37 du 14 juin 2018 État du Sénégal c/ ARMP⁸ et n° 34 du 27 Mai 2021 Société Étude-Coordination-Travaux dite ECOTRA SA/ ARMP⁹ illustrent à bien des égards le contrôle que la Cour suprême exerce sur l'accès des candidats à la commande publique.

Dans la première affaire, l'État du Sénégal sollicitait l'annulation de la décision n° 280/16/ARMP/CRD du 7 Septembre 2016 du Comité de règlement des différends de l'autorité de régulation des marchés publics (CRD de ARMP) ordonnant l'annulation de la procédure d'attribution provisoire du marché, la relance de la procédure par appel d'offres international du lot 2 du marché de construction du stade de Kaffrine. Alors que dans la seconde, ECOTRA SA invitait à son tour la haute juridiction à annuler la décision n° 141/2020/ARMP/CRD/DEF du 9 Septembre 2020 du CRD de l'ARMP rejetant son recours contre l'attribution provisoire du marché pour les travaux d'aménagement et de bitumage de la boucle des Kalounayes y compris les voiries lancées par l'AGEROUTE.

Tout commence, le 28 Avril 2016, lorsque le Ministère des sports lance un marché de construction de stades par appel d'offres sans préqualification en trois lots : stade de Kédougou (lot 1), Stade de Kaffrine (lot 2) et Stade de Sédhiou (lot 3).

Après évaluation des offres, la commission des marchés du Ministère des Sports a proposé d'attribuer le lot 2 à CSTP SA pour un montant de 3 359 057 321 FCFA TTC. Le Groupement C-GIM ayant fait une proposition 2 35 700 025 FCFA TTC a vu son offre rejetée. Après un recours gracieux resté vain, le Groupement saisit le CRD. À cet effet, en réponse à cette saisine, ce dernier suspend puis annule la procédure du fait de la faible concurrence dans les marchés de construction et de rénovation des stades qui ne

⁸ CS. Arrêt n° 14 du 22 février 2018, Le Groupement GIC/SGS/ARMP & L'AGEROUTE, *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* n° s 15-16, Année judiciaire 2018, Juillet 2019, pp.171-172.

⁹ CS. Arrêt n° 34 du 27 Mai 2021, La Société Étude Coordination-Travaux dite ECOTRA SA, (Inédit).

garantit pas une compétition transparente et une économie de marché en termes de coûts.

S'agissant de la seconde affaire, après avoir soumissionné à l'appel d'offres international lancé par l'Agence chargée des routes le 11 juin 2019, ECOTRA a été attributaire provisoire du marché pour un montant de 14 705 203 440 FCFA TTC. Ce choix a été porté à l'attention de la Banque Africaine de développement (BAD), le bailleur de fonds. Ce dernier a émis un avis d'objection, motif pris de ce que l'offre ECOTRA SA ne satisfait pas au critère de l'expérience spécifique et du chiffre d'affaires. Après la reprise de l'évaluation, le marché a été attribué provisoirement à l'entreprise China Railway Seventh Group (CRSG) pour un montant de 16 954 957 924 FCFA TTC.

La Société requérante, après avoir introduit un recours gracieux, saisit le CRD de l'ARMP qui l'a rejeté, par sa décision n° 141/2020/ARMP/CRD/DEF du 9 Septembre 2020, pour défaut de capacité de financement. Toutefois, ladite société était qualifiée pour les critères relatifs au chiffre d'affaires et à l'expérience spécifique selon le CRD.

Non satisfaites par les décisions rendues par le CRD de l'ARMP en ce qui concerne notamment l'annulation et la relance de la procédure d'appel d'offres international pour le marché de construction de stade et le rejet de son recours pour défaut de capacité de financement, les deux parties requérantes sollicitent du juge l'annulation des décisions querellées.

En l'espèce, la question de droit qui ressort principalement de ces deux affaires peut être formulée ainsi qu'il suit : l'exigence d'expérience spécifique, les tergiversations du CRD sur les preuves de capacité financière, la non constitution de groupement réunissant des entreprises communautaires et non communautaires sont-elles de nature à défavoriser l'accès des Petites et Moyennes Entreprises à la commande publique ?

Les juges de la Cour suprême répondent par l'affirmative. Dans la première affaire, le recours de l'État du Sénégal contre la décision du CRD portant annulation et relance de l'appel d'offres international est rejeté en ce que la Cour suprême considère que le critère d'expérience spécifique constitue un obstacle à l'accès aux marchés relatifs à la construction et à la réfection de stade. Par la même occasion, les juges estiment que la

constitution de groupements réunissant des entreprises communautaires et entreprises non communautaires favorise le transfert de technologie.

Dans la seconde espèce, la juridiction de céans argue que le CRD, en écartant les preuves d'attestation de financement, compromet l'accès des PME à la commande publique. Le juge va plus loin en estimant qu'il y a erreur manifeste dans l'appréciation des faits par le CRD.

Au regard de ce qui précède l'étude de ces deux décisions va être menée vers deux directions. Il faudra d'abord mettre l'accent sur la réaffirmation de l'accès des PME à la commande publique par le juge **(I)** avant d'envisager l'appréciation des deux solutions à la lumière de la jurisprudence de la Cour suprême **(II)**.

I. LA RÉAFFIRMATION DE L'ACCÈS DES PME À LA COMMANDE PUBLIQUE

Dans les deux espèces, le juge réaffirme sa volonté de permettre aux PME d'accéder à la commande publique. Ainsi, est-t-il question de faire ressortir la protection de l'accès des Petites et Moyennes Entreprises à la commande publique par le juge **(A)** puis de montrer que la constitution de groupements réunissant des entreprises communautaires et des entreprises non communautaires est une possibilité pouvant permettre aux PME d'accéder également aux marchés publics **(B)**.

A. L'ACCÈS DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES À LA COMMANDE PUBLIQUE : UN PRINCIPE PROTÉGÉ PAR LE JUGE

À l'évidence, il est à noter que l'existence d'un ensemble homogène formé par les trois principes de la commande publique à savoir la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Ces derniers sont, dans les textes comme dans la jurisprudence, systématiquement abordés de manière globale.

En revanche, il est question ici de percevoir la fonction spécifique l'accès des PME à la commande publique corolaire du principe de liberté d'accès à la commande publique. Ce principe rythme les deux affaires soumises à notre attention.

La liberté d'accès à la commande publique signifie que l'accès à la commande publique doit être libre et impartial. La personne publique adjudicatrice ne doit pas créer ou laisser s'installer un milieu non concurrentiel. Dès lors, elle ne peut écarter des candidats en se fondant sur d'autres conditions que celles autorisées par le Code des marchés¹⁰. C'est pourquoi les clauses écartant certaines catégories de candidats par leurs exigences particulières en matière de capacité de financement ou de spécifications techniques sont systématiquement vérifiées par le juge. C'est du moins ce qui ressort de l'affaire ECOTRA SA.

Le juge fait savoir dans l'espèce précitée que le CRD ne peut écarter les attestations de preuve de financement. Dès lors qu'il est bien prouvé que ladite société dispose d'une garantie de soumission d'un montant de 300 000 000 FCFA TTC, d'une attestation prouvant qu'elle a la capacité de financement exigée à l'article 2.3.3 des données particulières d'Appel d'offres fixée à 3 000 000 000 FCFA TTC et d'une capacité de financement pour un montant de 20 000 000 000 FCFA TTC. En ce sens qu'en écartant les pièces sus nommées, le CRD compromet l'accès des PME à la commande publique et viole le principe fondamental de liberté d'accès des candidats à la commande publique.

Il en est ainsi également dans l'affaire opposant l'État du Sénégal à l'ARMP où la CSTP SA a été attributaire provisoire avant de voir la procédure être annulée par le CRD de l'ARMP et confirmée par la Cour suprême.

Il convient de rappeler que c'est l'État du Sénégal, représenté par l'Agent judiciaire de l'État, qui sollicitait l'annulation de la décision du CRD portant annulation de la procédure d'attribution provisoire et ordonnant la relance de la procédure par appel d'offres international.

La chambre administrative de la Cour suprême est d'avis avec le CRD en estimant que l'attributaire provisoire gagne régulièrement les appels d'offres pour la construction

¹⁰ Décret n° 2014-1212 du 22 Septembre 2014 portant Code des Marchés publics au Sénégal, JORS n° 6812 du 4 Octobre 2014, pp. 1159-120.

de stades du fait de la faible concurrence locale et de l'insuffisance d'expérience spécifique des entreprises. Ce critère d'*expérience* constitue un obstacle à l'accès aux marchés relatifs à la construction et à la réfection des stades qui sont gagnés par la même entreprise.

Le législateur n'est pas en reste en ce qui concerne la volonté de favoriser les PME à accéder à la commande publique. L'article 7 de la loi d'orientation n 2020-02 du 07 janvier 2020 relative aux Petites et moyennes entreprises¹¹ dispose entre autres que la structure nationale d'exécution des politiques de développement et de promotion des PME met en place un dispositif pour leur faciliter l'accès aux services de l'État, aux marchés, à la commande publique et aux financements.

Quant à la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA portant passation exécution et règlement des marchés publics au sein de l'UEMOA, son article 83 interdit les autorités contractantes à ne prendre aucune mesure discriminatoire notamment celle visant à faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises.

Les deux décisions analysées montrent que la Cour suprême sénégalaise protège jalousement l'accès des candidats (PME) à la commande publique. Et ce, en allant notamment jusqu'à créer, sans aucune hésitation apparente, une brèche afin de garantir un large accès à la commande publique, si ce n'est à toutes les PME, à certaines d'entre elles par la constitution de groupements réunissant des entreprises communautaires et non communautaires.

B. LA CONSTITUTION DE GROUPEMENTS RÉUNISSANT DES ENTREPRISES COMMUNAUTAIRES ET DES ENTREPRISES NON COMMUNAUTAIRES : UNE POSSIBILITÉ D'ACCESSION DES PME À LA COMMANDE PUBLIQUE

La validité de la constitution de groupements réunissant des entreprises communautaires et des entreprises non communautaires a été soulevée dans l'affaire opposant l'État du Sénégal c/ ARMP, Groupement d'Entreprise Solidaire, CSTP SA.

¹¹ La loi d'orientation 2020 - 02 du 07 Janvier 2020 relative aux petites et moyennes entreprises (PME).

L'autorité contractante avait écarté l'offre du groupement C-GIM/COMPOSAN en alléguant que l'une de ses composantes était une entreprise espagnole. Après avoir saisi l'autorité contractante d'un recours gracieux resté vain, ledit groupement introduit un recours devant le CRD qui d'abord le déclare recevable, le suspend avant de l'annuler.

La Cour suprême, avant de statuer sur le fond, se devait donc dans un premier temps de se prononcer sur la recevabilité du recours. En effet, selon l'État du Sénégal, la décision du CRD a été rendue hors délai soit plus de 7 jours après la réception des documents réclamés à l'autorité contractante.

Toutefois, la réponse du juge est sans équivoque. En effet, pour lui, il ressort de l'article 91 du CMP que la seule sanction attachée au non-respect du délai de 7 jours est la caducité de la décision de suspension du CRD et non l'annulation de celle-ci.

Sur le fond, la Cour suprême s'estime également en phase avec le CRD. En effet, elle avance que la constitution de groupements réunissant des entreprises communautaires et des entreprises non communautaires est autorisée suivant les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 52 du décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics. Lesquelles favorisent le transfert de technologie et assure un niveau suffisant de participation à l'échelle nationale.

Dans son argumentaire, la chambre administrative rappelle d'abord que le critère *expérience* constitue un obstacle quant à l'accès aux marchés relatifs à la construction et à la réfection de stades qui sont gagnés par la même entreprise. Ensuite, elle constate que le groupement est composé d'une entreprise communautaire et d'une entreprise espagnole. Et enfin, elle en conclut que la décision du CRD est fondée.

En permettant aux PME de faire des groupements avec des entreprises non communautaires, le juge admet une mesure incitative destinée à favoriser un transfert de technologie. De ce fait, il permet aux PME d'acquérir de l'expérience et de pouvoir soumissionner à des marchés de gros œuvres.

Sans nul doute, la Cour suprême renforce le CRD de l'ARMP dans sa volonté de décloisonner le sous-secteur de la construction et de la rénovation de stades pour une

concurrence saine et loyale et favorisant du coup le regroupement d'entreprises nationales ou communautaires avec des entreprises étrangères.

À l'analyse, le refus d'accepter la constitution de groupements réunissant des entreprises communautaires et des entreprises non communautaires ainsi que l'exigence de critère d'expérience spécifique et les tergiversations du CRD sur la justification de capacité financière constituent une entrave à l'accès des PME à la commande publique.

II. L'APPRÉCIATION DES SOLUTIONS À LA LUMIÈRE DES ARRÊTS DE LA COUR SUPRÊME SUR LA QUESTION DE L'ACCÈS DES CANDIDATS À LA COMMANDE PUBLIQUE

À l'analyse des arrêts en étude, la Cour suprême s'érige décidément en rempart contre toute agression portée à l'encontre des principes fondamentaux de passation des marchés publics. En effet, si ses solutions en la matière demeurent difficilement exécutables par les autorités contractantes (**B**). Elles illustrent à tout le moins, et à plus d'un titre, que l'accès des PME à la commande publique est un principe protégé. Ce, de par ses solutions qui sont à la fois justifiantes et persistantes (**A**).

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

A. DES SOLUTIONS À LA FOIS JUSTIFIANTES ET PERSISTANTES

L'alinéa premier de l'article 52 du Code des Marchés publics pose le principe d'exclusion des entreprises non communautaires et ceux ressortissant de pays avec qui il n'existe pas d'accord de réciprocité lorsque les marchés sont financés sur le budget de l'État.

À ce titre, le CRD de l'ARMP procédait à une application littérale de l'article 52 et n'admettait alors que les dérogations justifiées par l'incapacité des entreprises éligibles au titre de cette disposition. Ce qui fait que cette disposition était en porte à-faux avec de l'idée de concurrence.

Ainsi, faut-il saluer la position courageuse du CRD dans l'affaire opposant l'État du Sénégal à l'ARMP de 2018 qui, après avoir constaté l'insuffisance d'expérience des entreprises nationales, admet que la faible concurrence dans les marchés de construction et de rénovation des stades ne garantit pas une compétition transparente et une économie de marché en termes de coûts. Et le juge, pour avoir soutenu le régulateur dans sa dynamique de protéger les PME, de rappeler qu'il résulte de l'alinéa 2 de l'article

52 que la constitution de groupements réunissant des entreprises communautaires et des entreprises non communautaires est autorisée. Cette disposition favorise la mise en place de coentreprises ou d'associations d'entreprises permettant ainsi le transfert de technologies et assurant un niveau suffisant de participation à l'échelle nationale.

Si dans l'affaire n° 37 de 2018, le juge prône la constitution de groupement d'entreprise nationale et étrangère pouvant permettre aux PME d'accéder à la commande publique. À l'inverse, dans l'affaire ECOTRA, il estime que les hésitations du CRD en ce qui concerne les preuves d'attestation de financement fournies par la société requérante, qui plus est, en les écartant, compromet l'accès des PME aux marchés publics.

Les arguments avancés par la Cour suprême pour fonder sa décision de rejet dans l'affaire opposant l'État du Sénégal à l'ARMP et d'annulation dans l'affaire ECOTRA prouvent qu'elle ne peut pas rester insensible à la survie des Petites et Moyennes Entreprises confrontées à une concurrence féroce.

La haute juridiction ouvre ainsi une voie royale aux PME en leur permettant de s'allier avec les entreprises étrangères et estime que le critère *expérience* constitue un obstacle à l'accès aux marchés relatifs à la construction et à la réfection des stades qui sont gagnés par la même entreprise.

La position qu'a adoptée la Cour suprême n'est pas en soi une nouveauté. En effet, il est de jurisprudence persistante qu'elle a toujours veillée au respect des principes fondamentaux de la passation des marchés publics dont le principe de liberté d'accès à la commande publique.

Dans l'affaire ECOTRA, elle a même utilisé la technique de l'erreur manifeste d'appréciation pour en déduire que le CRD s'est trompé grossièrement dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa décision. Selon la Cour, les attestations bancaires produites par la requérante suffisent à prouver qu'elle a la capacité financière pour exécuter le marché.

En amont, le CRD considérait pour sa part que même si le candidat avait présenté un document délivré par une banque. Il n'en demeure pas moins vrai que ledit document

ne prouve qu'il ait accès à des financements à hauteur du montant exigé par les DPAO à la concurrence au moment de la soumission.

Sans expressément indiquer qu'il a annulé en ce qu'il y a erreur manifeste dans l'appréciation des faits, le juge le sous-entend dans sa motivation. Il aurait pu être beaucoup plus pédagogique en indiquant clairement qu'il sanctionne une erreur manifeste dans l'appréciation des faits commise par le CRD. L'on comprend donc qu'il ait voulu fonder son action sur la violation du principe d'accès des PME à la commande publique. En estimant que le CRD ne pouvait écarter lesdites attestations sans compromettre l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique, la Cour suprême sanctionne, en réalité, une erreur flagrante commise par le CRD dans l'appréciation des faits.

À l'inverse, dans l'affaire *La Société Angélique International Limited en abrégé A.I.L c/ ARMP* rendue en 2012¹², elle a été on ne peut plus explicite. En effet, la Cour a précisé dans l'espèce précitée qu'en partant de ce constat erroné de la fausseté de l'attestation pour écarter l'offre du soumissionnaire AIL au motif qu'il n'a pas rempli le critère sur la capacité technique et l'expérience, le CRD a commis une erreur manifeste d'appréciation. Dans cette même affaire, une partie de la doctrine semble contester le raisonnement du juge¹³.

Dans une autre affaire¹⁴, le CRD avait annulé l'attribution provisoire du marché à la société SARRE-CONS au motif que PETROSEN a déclaré conforme l'offre sans qu'elle n'ait produit l'autorisation du constructeur des véhicules proposés. Mais pour le juge, la clause incluse dans les dossiers d'appel d'offres (DAO) et relative à l'autorisation du constructeur à commercialiser son produit en matière d'achats de véhicules neufs est irrégulière et contraire aux règles de concurrence, de libre accès aux marchés publics.

¹² CS. Arrêt n° 64 du 29 Novembre 2012, *La Société Angélique International Limited en abrégé (A.I.L) c/ -ARMP*, Bulletin des arrêts de la Cour suprême n° 4-5, année judiciaire 2012, p.253.

¹³ DIAGNE (ND. M), « Brèves réflexions sur le contrôle de la légalité des actes administratifs par le juge sénégalais », in SALL (A.) et FALL (I. M), *Actualités du droit public et de la science politique en Afrique, Mélanges en l'honneur de Babacar KANTE*, L'Harmattan, 2017, pp. 523-536.

¹⁴ CS. Arrêt n° 47 du 22/08/2013, *Société SARRE-CONS c/ ARMP*, (Inédit).

Dans ces affaires, on observe la prestance de la Cour suprême à faire respecter le principe de liberté d'accès à la commande publique. Quelles sont conséquences pour les autorités contractantes face à ces désaveux ?

B. DES SOLUTIONS DIFFICILEMENT EXÉCUTABLES PAR LES AUTORITÉS CONTRACTANTES

Les autorités contractantes ont en principe le devoir d'exécuter les décisions rendues par le juge de l'excès de pouvoir. Cette obligation trouve son fondement dans le principe de l'autorité de la chose jugée dont la décision est revêtue. Toutefois, il faut noter les difficultés éprouvées dans l'exécution de certaines décisions de justice.

Il y a lieu de faire observer que le problème se pose beaucoup plus avec les arrêts d'annulation comme c'est le cas dans l'affaire ECOTRA. Dans cette espèce, il faut relever que la société chinoise attributaire provisoire avait commencé l'installation du chantier et le démarrage des travaux alors que la Cour suprême n'avait pas encore statué sur le fond. Devant cette situation, la question qu'il convient de se poser est de savoir comment contraindre l'autorité contractante à prendre à compte les conséquences de l'annulation.

En général, l'autorité contractante qui a la charge de rétablir la situation antérieure y oppose un refus implicite ou explicite. L'abstention de l'exécution des décisions juridictionnelles consiste, pour l'autorité administrative, à ne pas prendre toutes les mesures qui s'imposent en cas d'annulation de sa décision.

L'éminent Pr Alain BOCKEL¹⁵ l'avait souligné en estimant que les conséquences de l'annulation sont plus complexes et nécessitent que soit prises une série de mesures destinées à effacer les effets de la décision annulée. On comprend, dès lors, pourquoi ECOTRA avait organisé une conférence de presse pour demander à être rétablie dans ses droits car la Cour suprême lui avait donné gain de cause.

¹⁵ BOCKEL (A), « Le juge et l'administration en Afrique noire francophone », *Annales africaines*, 1971, p. 9. BOCKEL (A), « Le contrôle juridictionnel de l'administration », in *Les institutions administratives des États francophones d'Afrique noire* (sous la direction de G. Conac), P. Economica, 1979, p. 197. ; Actes du 2e colloque de la RIPAS sur le contrôle de l'administration au Sénégal, RIPAS n°15, janvier-décembre 1986, 386 p.

Pourtant, la nouvelle loi organique sur la Cour suprême de 2017¹⁶ prévoit la procédure du référé administratif qui aurait pu aider les conseils d'ECOTRA à faire suspendre la procédure de passation du marché avant que le juge ne vide le dossier. Sur la demande de la société requérante, le juge pouvait à titre provisoire suspendre aussi bien la décision du CRD que certains de ses effets lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée. Ainsi, cela aurait pu aider l'autorité contractante à y voir plus claire avant de demander à l'entreprise chinoise de démarrer les travaux.

Quant au juge, et face au refus de l'autorité contractante d'exécuter la chose jugée, il ne dispose pas de moyens de pression efficaces. Il ne peut, en effet, ni prononcer des astreintes à l'autorité contractante, ni lui adresser des injonctions. Il attache, à ce sujet, une fidélité absolue aux articles 194 du COCC¹⁷ et 74 du COA¹⁸. Ces derniers disposent qu'il n'y a pas d'exécution forcée ni possibilité d'injonction. Si les voies d'exécution sont possibles à l'encontre des particuliers, elles ne le sont pas à l'égard de l'administration.

Les difficultés d'exécution des décisions d'annulation sont fréquentes en matière de marchés publics. Dans l'affaire CERTEC SA rendue en 2011¹⁹, la Cour suprême avait annulé la décision de l'ARMP qui a rejeté le recours tendant à l'annulation de la décision d'attribution du marché d'équipement de l'Hôpital principal de Dakar en matériel biomédical à la société Carrefour médical alors que le marché avait déjà été exécuté.

Dans une autre affaire dénommée AIL²⁰, la décision de la Cour suprême est intervenue le 24 octobre 2013 alors que celle contestée était déjà exécutée car le marché qu'elle autorisait avait été signé et immatriculé depuis le 17 juillet 2013.

¹⁶ Loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi organique n°2008-35 du 08 août 2008 sur la Cour suprême, *JORS* n°6986, numéro spécial du Mercredi 18 janvier 2017, p. 47.

¹⁷ Loi n° 1963-62 du 10 juillet 1963 portant Code des obligations civiles et commerciales.

¹⁸ Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, *JORS* du 23 août 1965, p. 945 et s. V. également Loi n° 2006-16 du 30 juin 2006, modifiant la loi du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, *JORS* du 5 août 2006, p. 790 etc.

¹⁹ CS. Arrêt n° 19 du 3 Juin 2011, CERTEC S.A c/ ARMP, Bulletin des arrêts de la Cour suprême n° 2-3, année judiciaire 2010-2011, p. 250.

²⁰ CS. Arrêt n° 55 du 24 Octobre 2013, la Société angélique International Limited en abrégé (A.I.L) c/ ARMP, (Inédit).

Autant le cas ECOTRA est symptomatique du casse-tête des privés nationaux pour l'accès à la commande publique, autant le fait pour une seule entreprise de gagner régulièrement les marchés de construction de stades ne favorise pas une concurrence saine et ne permet pas aux PME d'accéder à la commande publique.

CONCLUSION

À travers les deux décisions étudiées, il est permis d'en conclure que l'accès à la commande publique doit être libre et impartial et aucun obstacle ne doit y être érigé, sauf pour motif d'intérêt général ou d'ordre public. En d'autres termes, l'autorité contractante ne doit pas créer ou laisser s'installer une ambiance non concurrentielle et doit permettre à toute entreprise remplissant les conditions requises de pouvoir se porter candidate.

Ainsi, la Cour suprême pose bien son curseur sur la protection des PME en surveillant comme, du lait sur le feu, leur accessibilité à la commande publique.

Annexes : décisions commentées



Arrêt n°37
du 14/6/18
Administratif

Affaire
n° J/467/RG/16
22/11/16

- Etat du Sénégal
(Agent judiciaire de l'Etat)

CONTRE

-Autorité de Régulation des
Marchés Publics

-Groupement
d'Entreprise Solidaire

-CSTP SA

RAPPORTEUR

Abdoulaye NDIAYE

PARQUET GENERAL

Ousmane DIAGNE

AUDIENCE

14 juin 2018

PRESENTS

Abdoulaye NDIAYE, *Président*,
Matar DIOP,
Adama NDIAYE,
Waly FAYE,
Habibatou BABOU WADE,
Conseillers,
Cheikh DIOP, *Greffier* ;

MATIERE

Administrative

RECOURS

Excès de pouvoir

REPUBLIQUE DU SENEGAL
AU NOM DU PEUPLE SENEGALAIS

COUR SUPREME
CHAMBRE ADMINISTRATIVE

AUDIENCE PUBLIQUE ORDINAIRE
DU JEUDI QUATORZE JUIN DE L'AN DEUX MILLE
DIX HUIT

ENTRE :

-L'État du Sénégal pris en la personne de Monsieur l'Agent judiciaire de l'État, en ses bureaux sis au Ministère de l'Économie et des Finances, building Peytavin, Avenue de la République x Carde à Dakar

DEMANDEUR,
D'une part,

ET :

-Autorité de Régulation des Marchés Publics, Rue Alpha Hachamiou TALL x Kléber à Dakar ;

-Groupement D'Entreprise Solidaire, composée de la Société de Construction et de Gestion Immobilière (C-GIM) et de la Société COMPOSAN représentée par la Société (C-GIM), sise au Km 20 Route de Rufisque à Dakar ;

-CSTP SA, 7749, Route des Niayes à Pikine ;

DEFENDEURS,
D'autre part,

La Cour,

Vu la requête reçue le 22 novembre 2016 au greffe central par laquelle l'État du Sénégal, représenté par son Agent judiciaire, sollicite l'annulation de la décision n°280/16/ARMP/CRD du 7 septembre 2016 du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) ordonnant l'annulation de la procédure d'attribution provisoire du marché, la relance de la procédure par appel d'offres international ;

Vu la loi organique n°2008-35 du 8 août 2008 sur la Cour suprême ;

Vu la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême ;

Vu le décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics

Vu l'exploit des 17, 18 et 24 novembre 2016 de Maître Malick SEYE FALL, huissier de justice à Dakar, portant signification de la requête ;

Vu la décision attaquée ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Ouï Monsieur Abdoulaye NDIAYE, président de chambre, en son rapport ;

Ouï Monsieur Ousmane DIAGNE, avocat général, en ses conclusions tendant au rejet du recours ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Considérant qu'il résulte de la décision attaquée que le Ministre des Sports a lancé un marché de construction de stades par appel d'offres sans pré-qualification en trois lots : stade de Kédougou, stade de Kaffrine, stade de Sédhiou ;

Que trois candidats ont déposé leur offre : CSTP SA, Établissement Mamadou DIOUF CISSE (ETS MDC) et Groupement C-GIM COMPOSAN ;

Qu'à la suite de l'évaluation, la Commission des marchés du ministère des sports a proposé l'attribution à CSTP.SA du lot n°2 à l'autorité contractante qui a approuvé et fait publier l'avis d'attribution provisoire ;

Que le Groupement C-GIM COMPOSAN, après avoir saisi l'autorité contractante d'un recours gracieux resté vain, a introduit le 16 août 2016 un recours auprès du CRD ; Que le CRD a déclaré le recours recevable, puis a suspendu la procédure le 18 août 2016, avant de prendre la décision attaquée ;

Considérant que l'Agent judiciaire de l'État sollicite l'annulation de la décision attaquée en soulevant un moyen unique, subdivisé en trois branches, tiré de la violation de la loi ;

Sur la première branche tirée de la violation des dispositions de l'article 92 du Code des Marchés publics (CMP) en ce que la décision a été rendue hors délai, soit plus de 7 jours après la réception des documents réclamés à l'autorité contractante et ses observations ;

Considérant que selon l'article 91 du CMP, plutôt que l'article 92 visé au moyen, la décision du CRD en matière de passation des marchés doit être rendue dans les sept jours ouvrables à compter de la réception du recours, faute de quoi l'attribution du marché ne peut plus être suspendue ;

Qu'il ressort de ce texte que la seule sanction attachée au non-respect du délai de sept jours est la caducité de la décision de suspension du CRD et non l'annulation de celle-ci ;

Qu'il s'ensuit que le moyen, en cette branche, est mal fondé ;

Sur la deuxième branche du moyen tirée de la violation des dispositions de l'article 52 alinéa 1^{er} du Code des Marchés publics en ce que la décision attaquée a retenu comme étant recevable la participation de la société espagnole C-GIM COMPOSAN dans le groupement ayant déposé son offre pour le lot n°2 ;

Sur la troisième branche du moyen tirée de la violation de l'alinéa 2 de l'article 52 du CMP en ce que la décision querellée justifie l'ouverture du marché à un appel d'offres international par l'insuffisance d'expérience spécifique des entreprises nationales entraînant la faible concurrence dans le marché de la construction et de la rénovation des stades ;

Les branches étant réunies ;

Considérant qu'aux termes de l'article 62 de la Directive 04/2005/CM/UEMOA « *lors de la passation d'un marché public ou d'une délégation de service public, une préférence doit être attribuée à l'offre présentée par une entreprise communautaire.*

Cette préférence communautaire remplace les préférences nationales existant dans les États membres. Elle doit être quantifiée sous forme de pourcentage du montant de l'offre. Un tel pourcentage ne peut en aucun cas excéder quinze (15) pour cent ;

La marge de préférence communautaire doit être prévue au dossier d'appel d'offres... » ;

Considérant que l'article 52 du CMP dispose que : « *la participation aux appels à la concurrence et aux marchés de prestations et fournitures par entente directe dont le financement est prévu par les budgets des autorités contractantes énumérées à l'article 2 du présent décret est réservée aux seules entreprises sénégalaises et communautaires, régulièrement patentées ou exemptées de la patente et inscrites au RCCM ou au registre des métiers au Sénégal ou dans l'un des États membres de l'UEMOA ou aux entreprises des États appliquant le principe de réciprocité ;*

Toutefois, il est dérogé à l'alinéa précédent lorsque l'appel d'offres concerné ne peut être satisfait par les entreprises ci-dessus visées. L'accès aux marchés concernés est alors autorisé aux groupements réunissant des entreprises communautaires à des entreprises non communautaires et constitués conformément aux dispositions de l'article 47 du présent décret » ;

Considérant qu'il résulte de ce texte que la constitution de groupements réunissant des entreprises communautaires et des entreprises non communautaires est autorisée et que cette disposition favorise la mise en place de coentreprises ou d'associations d'entreprises permettant ainsi le transfert de technologies et assurant un niveau suffisant de participation à l'échelle nationale ;

Considérant que le CRD a, entre autres, pour mission d'assurer l'application des principes qui gouvernent la commande publique à savoir la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence ;

Considérant que le critère *expérience* constitue un obstacle à l'accès aux marchés relatifs à la construction et à la réfection des stades, qui sont ainsi gagnés par la même entreprise ;

Considérant que le groupement C-GIM/COMPOSAN est composé d'une entreprise nationale et d'une entreprise espagnole ;

Que, dès lors, c'est à bon droit que le CRD a annulé l'attribution du lot n°2 du marché et ordonné la relance de la procédure de passation de ce lot litigieux par appel d'offres international ;

Qu'ainsi, le recours doit être rejeté ;

Par ces motifs :

Rejette le recours formé par l'État du Sénégal contre la décision n°280/16/ARMP/CRD du 7 septembre 2016 du Comité de Règlement des Différends de l'Autorité de Régulation des Marchés publics ordonnant l'annulation de la procédure d'attribution provisoire du marché, la relance de la procédure pour appel d'offres international ;

Ainsi fait, jugé et prononcé par la chambre administrative de la Cour suprême, en son audience publique ordinaire tenue les jour, mois et an que dessus et où étaient présents:

Abdoulaye NDIAYE, *Président*,

Matar DIOP,

Adama NDIAYE,

Waly FAYE,

Habibatou BABOU WADE, *Conseillers*,

Ousmane DIAGNE, avocat général, représentant le parquet général;

Cheikh DIOP, greffier ;

En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, les conseillers et le greffier.

Le président

Abdoulaye NDIAYE

Les conseillers:

Matar DIOP

Adama NDIAYE

Waly FAYE

Habibatou BABOU WADE

Le greffier

Cheikh DIOP

Arrêt n°34
du 27 mai 2021

Administratif

Affaire

n°J/326/RG/20
30/9/20

- La Société Etude-
Coordination-Travaux
dite ECOTRA SA
(SCP Sembene, Diouf, Fall
& Ndione)

CONTRE

- Autorité de Régulation
des Marchés publics, dite
ARMP
(Me Oumy Sow Loum)

RAPPORTEUR

Oumar Gaye

PARQUET GENERAL

Amadou Mbaye Guissé

AUDIENCE

27 mai 2021

PRESENTS

Abdoulaye Ndiaye,

président,

Oumar Gaye,

Adama Ndiaye,

Idrissa Sow,

Jean Aloïse Ndiaye,

conseillers,

Cheikh Diop, greffier

MATIERE

Administrative

RECOURS

Annulation

REPUBLIQUE DU SENEGAL
AU NOM DU PEUPLE SENEGALAIS

COUR SUPREME
CHAMBRE ADMINISTRATIVE

COPIE

AUDIENCE PUBLIQUE ORDINAIRE
DU JEUDI VINGT SEPT MAI DE L'AN DEUX
MILLE VINGT UN

ENTRE :

- La Société Etude-Coordination-Travaux, dite ECOTRA SA, au capital social de 2.050.000.000 FCFA, poursuites et diligences de son représentant légal Monsieur Abdoulaye Sylla, Administrateur général, en son siège social sis au Pôle urbain de Diamniadio PUD BP 4390, Dakar, lequel faisant élection de domicile en à la SCP Sembene, Diouf, Fall & Ndione, avocats associés, 16, rue de Thiong x Moussé Diop ;

DEMANDERESSE,
D'une part,

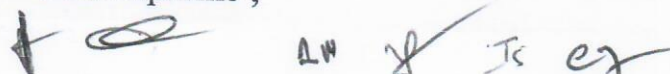
ET :

- L'Autorité de Régulation des Marchés Publics, dite ARMP, prise en la personne de son représentant légal, en ses bureaux sis à Dakar, Rue Hachamitou Tall x Rue Kléber ; Faisant élection de domicile en l'étude de Maître Oumy Sow Loum, Avocat à la Cour, 58 Rue Saint Michel à Dakar ;

DEFENDERESSE :
D'autre part,

Vu la requête reçue le 30 septembre 2020 au greffe central par laquelle la SCP Sembène, Diouf et Ndione, avocats à la Cour, agissant pour le compte de la société ECOTRA SA, sollicite l'annulation de la décision n°141/2020/ARMP/CRD/DEF du 9 septembre 2020 du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) rejetant son recours contre l'attribution provisoire du marché pour les travaux d'aménagement et de bitumage de la boucle des Kalounayes y compris voiries, lancé par l'Agence des Travaux et de Gestion des Routes dite AGEROUTE Sénégal ;

Vu la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême ;



Vu la Directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique monétaire Ouest africaine

Vu le Code des Marchés publics ;

Vu les exploits des 15, 16 octobre et 18 novembre 2020 de Maître El Hadji Diouf Sarr, huissier de justice à Dakar, portant signification de la requête ;

Vu le mémoire en défense reçu le 15 janvier 2021 au greffe ;

Vu la décision attaquée ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Oùï Monsieur Oumar Gaye, conseiller, en son rapport ;

Oùï Monsieur Amadou Mbaye Guissé, avocat général délégué, en ses conclusions tendant au rejet ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Considérant qu'à la suite de l'avis n°D/13811A3 publié le 11 juin 2019 dans le quotidien « *Le Soleil* », la société ECOTRA SA a soumissionné à l'Appel d'Offres international lancé par l'Agence des Travaux et de Gestion des Routes dite AGEROUTE Sénégal, pour les travaux d'aménagement et de bitumage de la boucle des Kalounayes y compris voiries, ;

Qu'après analyse des offres, le comité d'AGEROUTE a proposé l'attribution provisoire du marché à la société requérante qui a présenté l'offre évaluée conforme pour l'essentiel la moins disante pour la somme globale de quatorze milliards sept cent cinq millions deux cent trois mille quatre cent quarante (14.705.203.440) francs CFA TTC ;

Que ce choix a été porté à la connaissance de la Banque Africaine de Développement (BAD), bailleur du projet, par lettre n°0519 du 23 décembre 2019 du Directeur général d'AGEROUTE ; que par lettre du 27 janvier 2020, ladite banque a émis un avis d'objection à la proposition d'attribution aux motifs que l'offre d'ECOTRA SA ne satisfaisait pas à deux critères de qualification essentiels du DAO, notamment, l'expérience spécifique et le chiffre d'affaires moyen annuel de dix-sept milliards FCFA au cours de la période allant de 2013 à 2017, le chiffre d'affaires présenté ne portant que sur les exercices des années 2016 et 2017 ;

Qu'à la suite de la reprise de l'évaluation, l'autorité contractante a, par lettre n°2011/AGEROUTE/DG/CPM du 28 juillet 2020, notifié à la société requérante que le marché a été attribué provisoirement à l'entreprise China Railway Seventh Group (CRSG) qui a présenté l'offre conforme évaluée la moins disante pour un montant de seize milliards neuf cent cinquante-quatre millions neuf cent cinquante-sept mille neuf cent vingt-quatre (16.954.957.924) francs CFA TTC ;

Qu'après avoir introduit un recours gracieux, la société ECOTRA a saisi le CRD qui, par décision n°141/2020/ARMP/CRD/DEF du 9 septembre 2020, l'a rejeté pour défaut de capacité de financement, mais a néanmoins relevé que ladite société était qualifiée pour les critères relatifs au chiffre d'affaires et à l'expérience spécifique ;

Que la société ECOTRA SA sollicite l'annulation de cette décision en soulevant deux moyens, le premier pris de l'erreur manifeste d'appréciation et le second tiré de violation de la loi, divisé en six branches ;

Sur le premier moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation en ce que la décision attaquée a rejeté son recours aux motifs que, d'une part, l'attestation de capacité financière versée n'est pas une preuve irréfutable pouvant attester que les ressources nécessaires au financement du marché sont mobilisées et disponibles pour un bon démarrage des travaux prévus et, d'autre part, pour être conforme aux exigences du DA0, le document présenté aurait dû contenir une promesse de la banque émettrice pour accompagner l'entreprise dans l'exécution du marché en cas d'attribution, alors que la société a, d'une part, produit une attestation prouvant qu'elle a la capacité de financement exigée à l'article 2.3.3 des DPAO fixée à trois milliards (3.000.000.000) de francs CFA et, d'autre part, joint à son dossier de soumission une caution bancaire de trois cent millions (300.000.000) de francs CFA et prouvé sa capacité de financement pour un montant de vingt milliards (20.000.000.000) de francs CFA de même que sa liquidité pour faire face aux besoins en financement du marché ainsi que pour les autres engagements en cours ;

Sur le second moyen, en sa deuxième branche tirée de la violation de l'article 83 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA susvisée en ce que la décision attaquée a relevé que l'attestation de capacité financière fournie ne prouve pas que l'entreprise ECOTRA SA a accès à des financements tels que des avoirs liquides ou ligne de crédit permettant l'exécution du marché alors que ledit article interdit à l'autorité contractante de prendre une mesure discriminatoire visant à faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique ;

Sur le second moyen, en sa troisième branche tirée de la violation de l'article 44 du Code des Marchés publics en ce que la décision attaquée méconnaissant ledit article, a énoncé que la société requérante n'a pas prouvé sa capacité financière pour exécuter le marché, alors qu'elle a fourni la preuve de cette capacité financière avec une offre moins disante;

Les moyens étant réunis

Et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres branches du second moyen
Considérant que l'erreur manifeste d'appréciation s'analyse en une erreur grave et apparente rendant la décision inadaptée aux motifs qui l'ont provoquée ou est constituée lorsque l'administration s'est trompée de manière grossière dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa décision ;

Considérant que les dispositions combinées des articles 83, alinéa 2 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA et 44 Code des Marchés publics précisent que, d'une part, dans la définition des garanties requises, les Etats membres s'engagent à ce que les autorités contractantes ne prennent aucune disposition discriminatoire, notamment celles visant à faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique, et, d'autre part, les documents non fournis ou incomplets sont exigibles dans un délai au plus égal à celui imparti à l'autorité pour prononcer l'attribution provisoire, ce texte fixant un intervalle de

AN 23 M T 

temps dans lequel l'autorité contractante peut demander au candidat n'ayant pas fourni les documents ou dont certains sont incomplets de pallier à cette carence, sans toutefois dépasser le délai imparti à l'autorité contractante pour prononcer l'attribution provisoire ;

Considérant que l'article 2.3 du DAO, sur la situation financière, prévoit que le soumissionnaire doit avoir un chiffre d'affaires annuel moyen des activités de construction de dix-sept milliards (17.000.000.000) de francs CFA qui correspond au total des paiements mandatés reçus pour les marchés en cours ou achevés au cours des cinq (5) dernières années à compter de 2013 ;

Que le même article précise que le soumissionnaire doit prouver qu'il a accès à des financements tels que des avoirs liquides, avoirs non grevés, lignes de crédit, autres que l'avance de démarrage éventuelle, à hauteur de trois milliards (3.000.000.000) de francs CFA, pour les besoins en financement du marché ainsi que pour les autres engagements en cours ;

Considérant qu'en l'espèce, la société requérante a produit une garantie de soumission d'un montant de trois cents millions de francs CFA, une attestation prouvant qu'elle a la capacité de financement exigée à l'article 2.3.3 des Données particulières d'Appel d'Offres (DPAO) fixée à trois milliards (3.000.000.000) de francs CFA et prouvé sa capacité de financement pour un montant de vingt milliards (20.000.000.000) de francs CFA de même que sa liquidité pour faire face aux besoins en financement du marché ;

Que la promesse de la banque émettrice de l'attestation bancaire d'accompagner l'entreprise dans l'exécution du marché en cas d'attribution ne figure pas aux DPAO et n'est pas réclamée par l'autorité contractante, conformément aux dispositions de l'article 44 pour lui permettre d'apprécier les ressources financières d'ECOTRA SA en vue du financement du marché et saisir éventuellement la garantie de caution en cas de défaillance de la société ;

Considérant que les attestations bancaires produites par la requérante suffisent à prouver qu'elle a la capacité financière pour exécuter le marché ;

Qu'ainsi, le CRD ne pouvait écarter lesdites attestations sans compromettre l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique ;

Qu'il s'ensuit que l'annulation est encourue ;

Par ces motifs,

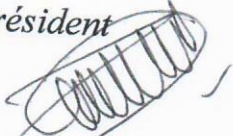
Annule la décision n°141/2020/ARMP/CRD/DEF du 9 septembre 2020 du Comité de Règlement des Différends de l'Autorité de Régulation des Marchés publics rejetant le recours de la société ECOTRA SA contre l'attribution provisoire du marché pour les travaux d'aménagement et de bitumage de la boucle des Kalounayes y compris voiries, lancé par l'Agence des Travaux et de Gestion des Routes, dite AGEROUTE Sénégal ;

Ainsi fait, jugé et prononcé par la chambre administrative de la Cour suprême, en son audience publique ordinaire tenue les jour, mois et an que dessus et où étaient présents :

Abdoulaye Ndiaye, *président*,
Oumar Gaye,
Adama Ndiaye,
Idrissa Sow,
Jean Aloïse Ndiaye, *conseillers*,
Amadou Mbaye Guissé, *avocat général* ;
Cheikh Diop, *greffier* ;


En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, les conseillers et le greffier.

Le président



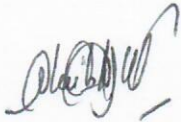
Abdoulaye Ndiaye

Le rapporteur



Oumar Gaye

Les conseillers :



Adama Ndiaye

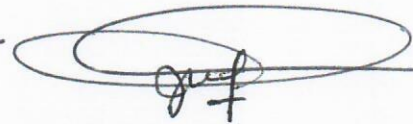


Idrissa Sow

Le greffier



Cheikh Diop



Jean Aloïse Ndiaye

COUR SUPRÊME
Copie certifiée conforme
Dakar, le **02** JUIN 2021



Me Marema DIOP NIANG
Administrateur de Greffe

*DOCTRINE JURIDIQUE SUR LE DROIT
DES CONTRATS PUBLICS*



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

LES PRÉOCCUPATIONS ENVIRONNEMENTALES À L'ÉPREUVE DE LA COMMANDE PUBLIQUE AU BÉNIN

Saka Dori GOUNOU

Doctorant à l'École Doctorale des Sciences Juridiques, Politiques et

Administratives de l'Université de Parakou,

sakadori@gmail.com

RÉSUMÉ

La prise en compte de l'environnement par le droit des marchés publics ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine et la jurisprudence. L'obligation constitutionnelle de promouvoir l'environnement dans l'ensemble des politiques publiques se heurte à un certain nombre de difficultés juridiques malgré la portée planétaire des problèmes environnementaux. Cette situation amène à s'interroger sur l'intégration possible de deux concepts aux antipodes, les marchés publics essentiellement procéduriers avec des impératifs économiques et la réalisation d'une mission d'intérêt général à des fins de protection de l'environnement. Le caractère ambigu du droit béninois des marchés publics ne permet pas de percevoir la prise en compte des questions environnementales. Mais en réalité, elles y sont implicitement évoquées et les acheteurs publics peuvent bien limiter les impacts des travaux, fournitures et services acquis sur l'environnement sur le fondement du Code des marchés publics, le droit international public et la jurisprudence.

MOTS CLÉS

Environnement -Commande publique - Marchés publics - développement durable -offre économiquement avantageuse - exigences procédurales.

INTRODUCTION

Il est essentiel que la commande publique s'intéresse au développement durable dans la mesure où elle est « *un levier essentiel de la réalité économique et de l'efficacité de ce nouveau mode de développement* »²¹. La commande publique qui dans le cadre de la présente recherche se confond juridiquement²² aux marchés publics est un terme générique relatif à l'ensemble des contrats publics passés par la puissance publique pour satisfaire ses besoins. Il peut s'agir des contrats de marchés publics, de délégation de service public ou de Partenariat Public-Privée. Le professeur Grégory KAFLECHE la définit comme « *un contrat onéreux par lequel une personne morale de droit public ou une personne privée qui est, soit contrôlée par une ou plusieurs personnes publiques, soit qui a en charge des deniers publics, se procure pour elle-même ou pour les usagers du service public dont elle a la responsabilité des biens corporels ou des services* »²³. Selon, le Réseau Africain de la Commande Publique (RACOP)²⁴, elle représente 15% du PIB des pays de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA). Compte tenu de ces enjeux financiers, la nécessaire protection des deniers publics et afin de permettre une concurrence entre les fournisseurs potentiels, l'Etat a très tôt décidé d'encadrer la commande publique. « *L'importance des flux financiers qu'elle engendre implique qu'une sécurité juridique sinon irréprochable, du moins optimale les entoure (...)* »²⁵, même s'il faut précocement déjà regretter par ailleurs le silence²⁶ ou l'ambiguïté des textes sur la commande publique en rapport avec la protection de l'environnement.

²¹ LEPAGE (C), in préface, FROT (O.), *Développement durable et marchés publics*, AFNOR, 2008, p. VII.

²² Dans sa thèse de doctorat intitulée *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, Grégory KAFLECHE propose que les marchés publics soient regroupés sous une notion juridique de commande publique

²³ KAFLECHE(G.), *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse de doctorat, Paris II, 2004, p.764.

²⁴ Réseau constitué à Lomé du 29 au 31 octobre 2018 avec l'appui financier de la Banque Africaine de Développement.

²⁵ BRACONNIER (S.), *Précis du droit de la commande publique*, Paris, Le Moniteur, 2017, p.3.

²⁶ ADELOUI (A. J.), Observations, in *ABJC*, Revue de contentieux constitutionnel, I-2013, p. 375.

L'histoire de l'achat public n'est pas nouvelle au Bénin, elle remonte à la période coloniale. Les textes applicables sont restés jusqu'à l'accession à la souveraineté internationale, ceux conçus par les autorités Françaises. Au plan législatif, l'histoire de la commande publique béninoise remonte aux années 1996 avec l'adoption de l'ordonnance 96-04 du 31 Janvier 1996 portant code des marchés publics. De 1996 à ce jour, quatre autres textes législatifs ont été adoptés. Le dernier en date reste la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics et ses onze décrets d'application. Le législateur béninois ne s'est pas réservé de faciliter la pratique du Partenariat Public-Privé à travers l'adoption en Juin 2017 de la loi n°2016-24 du 28 Juin 2017 portant cadre juridique du partenariat public privé. L'intérêt porté à la commande publique à travers son importance économique, le souci d'efficacité et la bonne utilisation des deniers publics justifieraient cette abondance normative. Cet intérêt devrait s'inscrire dans la durée par l'intégration dans les besoins tout au moins des critères du développement durable notamment celui relatif à la protection de l'environnement pour plusieurs raisons.

D'abord, ils contribueront au développement de nouveaux modes de production et de consommation, ensuite, « ils limiteront les nombreux impacts négatifs de la commande publique au niveau environnemental, en termes de production de déchets, de gaz à effet de serre, de destruction des ressources naturelles due à l'utilisation de matières premières »²⁷; mieux, ils mettront en œuvre une démarche qualité. En effet, la politique de commande responsable incite les autorités contractantes à améliorer leur politique d'achat à travers un meilleur respect de la réglementation, une économie financière à plus ou moins long terme grâce à la démarche de coût global²⁸ et à l'analyse des frais de fonctionnement et d'élimination des produits. Au surplus, ils protégeront les utilisateurs (en interne, mais aussi la population) des produits dangereux ou ayant un impact potentiel

²⁷ SCHIESSER (P.), CANTILLON (G.), *l'Achat public durable*, Le Moniteur, 2007, p.25.

²⁸ Consulter utilement le site www.acheteur-publics.com qui renseigne sur le concept de coût global. Selon ce site : « Le coût global comprend l'ensemble des coûts engendrés pour la conception, la réalisation, l'investissement, l'exploitation et la maintenance, éventuellement l'impact social et environnemental, le démantèlement ou le recyclage et l'élimination...sur une période déterminée et pour un périmètre déterminé ».

sur la santé publique. Enfin, ils rendront concrète la démarche de développement durable pour laquelle l'Etat s'engage à préserver les ressources environnementales au profit des générations futures.

Au lendemain de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement (CNUCED) tenue en juin 1992 à Rio de Janeiro, le développement durable a pris une ampleur nouvelle au Bénin. La prise en compte du concept s'est traduite par la création de plusieurs institutions²⁹ en charge de la question de l'environnement. L'adoption de la loi cadre sur l'environnement et de plusieurs mesures règlementaires, l'adoption de documents de politiques, et la ratification de plusieurs accords multilatéraux sont autant d'éléments qui témoignent la volonté des autorités. Le développement durable est, selon la définition proposée en 1987 par la commission mondiale sur l'environnement (dite commission Brundtland), « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs. Deux concepts sont inhérents à cette notion : le concept de besoin et plus particulièrement de besoins essentiels des plus démunis, à qui il convient d'accorder la plus grande priorité, et l'idée des limitations que l'état de nos techniques et de notre organisation sociale impose sur la capacité de l'environnement à répondre aux besoins actuels et à venir »³⁰. Selon la Conférence des Nations Unies de Stockholm de 1972, l'environnement est défini comme « l'ensemble des conditions sociales et des ressources matérielles disponibles dans un milieu à un moment donné, et qui servent à satisfaire les besoins de l'homme »³¹.

La nécessité de prendre en compte le développement durable est provoquée par des déséquilibres qui sont de trois ordres : le premier, économique, se traduit par le creusement des inégalités entre pays riches et pays pauvres et par l'affaiblissement de la gouvernance locale au profit des institutions internationales dont la logique est avant tout économique, comme le Fonds Monétaire International³². La deuxième raison de

²⁹ Le Ministère de l'environnement, l'Agence Béninoise pour l'Environnement, pour ne citer que ceux-là.

³⁰ Extrait du chapitre 2 du rapport, Notre avenir à tous, consulté sur le site du Ministère français de l'Ecologie, de l'Aménagement et du Développement Durable, www.cataloue.iflore.developpement-durable.gouv.fr.

³¹ Convention de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de Stockholm, 1972, p. 73.

³² STIGLITZ (J.E.), *La grande désillusion*, Fayard, 2002, p.324.

l'émergence du développement durable est d'ordre social : l'accélération de l'exode rural au niveau mondial crée des situations de précarité nouvelle avec à la clé des conséquences sociales nouvelles telles que la paupérisation et l'exclusion. Enfin, la troisième raison, objet de la présente recherche rendant nécessaire la prise en compte du développement durable, qui visiblement est la plus importante est d'ordre environnemental. La révolution industrielle du XIX^e siècle a pour corollaire une pollution accentuée du cadre de vie se traduisant par la production des gaz à effet de serre, la production croissante des déchets polluant l'eau, les sols, l'air.

La portée planétaire des problèmes environnementaux, conséquence d'un développement industriel nécessite une concertation au plan international compte tenu du fait que la mondialisation tout comme la pollution ne connaissent pas de frontière. Cette prise de conscience au niveau international a suscité plusieurs conférences mondiales³³ sur l'écodéveloppement³⁴ et le développement durable. C'est ainsi qu'en Décembre 1997, à l'issue de la troisième réunion des pays signataires de la convention de Rio³⁵, trente-huit pays industrialisés se sont engagés à réduire en moyenne de 5.2% (entre 2008 et 2012) les émissions de six gaz à effet de serre en signant la première phase³⁶ du protocole de Kyoto³⁷. Dans cette perspective, l'intégration des enjeux du développement durable est devenue juridiquement contraignante pour ce qui est des activités économiques. Aujourd'hui même si le protocole de Kyoto a été remplacé par les accords de Paris, il reste et demeure la genèse de la « *judiciarisation de l'environnement* »³⁸.

³³ Les COP en sont des illustrations

³⁴ L'écodéveloppement fut lancé en 1972, par Maurice Strong, Secrétaire Général de la conférence de Stockholm sur l'environnement. L'écodéveloppement se voulait une stratégie de développement fondée sur l'utilisation judicieuse des ressources locales et du savoir-faire paysan applicable aux zones rurales isolées du tiers monde.

³⁵ Il s'agit de la Convention Cadre des Nations Unies sur le Changement Climatique (CCNUCC)

³⁶ La première phase actée en 1997 est le prolongement de la CCNUCC. Une seconde période d'engagement a été fixée lors du sommet de Doha (COP 18) et s'étend du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2020

³⁷ Traité international qui a pour objectif la réduction des émissions de gaz à effet de serre.

³⁸ JEGOUZO (Y.), « La Constitution et l'environnement, quelques réflexions sur le projet de charte de l'environnement », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 15, Dalloz-Sirey, 2004, p.178.

Étant une préoccupation mondiale, l'action en faveur du développement durable reste possible à tous les niveaux : État, collectivités territoriales décentralisées, associations de consommateurs, entreprises, individus. De cette catégorie, les personnes morales de droit public ont un rôle particulier à jouer compte tenu de la taille de leur consommation. En effet, la commande des personnes publiques représente 15% du PIB au Bénin. Par cette importance économique et en tant qu'outil contractuel, les achats publics apparaissent comme un puissant levier de protection de l'environnement. Ils sont dits durables si les dossiers qui consacrent leur mise en œuvre intègrent des exigences, spécifications et autres critères favorables à la protection et la mise en valeur de l'environnement en omettant pas « *le progrès social et le développement économique* »³⁹. Au plan international, le préambule des accords de l'OMC sur les marchés publics fait référence au sixième considérant la nécessité d'agir conformément aux principes du développement durable et de protéger et préserver l'environnement⁴⁰; le développement durable n'apparaît donc qu'indirectement dans les accords internationaux relatifs à la commande publique. Mais plus récemment, en 2002, l'OCDE a adopté une recommandation sur l'amélioration des performances environnementales des marchés publics écologiques⁴¹. Dans un cadre plus général, lors du sommet mondial de Johannesburg sur le développement durable, une « task force » sur les marchés publics durables a été créée⁴² et le Rapport établi à l'issue du sommet prévoit d'encourager la prise en compte du développement durable lors de la passation des marchés publics notamment.⁴³

En droit interne, ces dernières années, l'entrée en vigueur de la loi n° 2017-04 du 19 Octobre 2017 et récemment de la loi 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des marchés publics en République du Bénin malgré leurs innovations n'ont pas su favoriser explicitement la protection de l'environnement.

³⁹ Plan national d'action pour les achats durables en France 2015-2020, p.5.

⁴⁰ Milieu dans lequel un organisme fonctionne, incluant l'air, l'eau, la terre, les ressources naturelles, la flore, la faune, les êtres humains et leur interrelation (ISO 14001 (09/96).

⁴¹ OCDE, Recommandation du Conseil sur l'amélioration des performances environnementales des marchés publics, du 23 janvier 2002, C(2002)3.

⁴² Marrakech Task Force sur les achats publics durables pilotés par le PNUE, <http://www.unep.fr/scp/marrakech/>.

⁴³ Rapport du sommet mondial pour le développement durable, Nations-Unies, Johannesburg, 26 août-4 septembre 2002, A/Conf. 199/20.

Les intérêts de l'étude de la prise en compte de l'environnement dans les marchés publics permettent au plan juridique de confronter l'intangibilité des principes fondamentaux⁴⁴ de la commande publique à la sélection des candidats en se fondant sur l'impact des travaux, fournitures et services qu'ils proposent sur l'environnement. Au plan politique, cette réflexion permettra aux décideurs de prendre connaissance des conclusions objectives et critiques afin de réviser les différents instruments juridiques régissant la commande publique pour implémenter la politique de protection de l'environnement à laquelle ils se sont engagés au plan international. Enfin d'un point de vue social, l'étude aurait le mérite de « *contribuer au développement de nouveaux modes de production et de consommation ; limiter les nombreux impacts négatifs de la commande publique au niveau environnemental, social et éthique ; d'utiliser les achats publics en accompagnement d'une politique de lutte contre les exclusions (...), jouer un rôle de sensibilisation auprès de l'ensemble des citoyens à travers son exemplarité* »⁴⁵.

Au Bénin, seule la loi portant cadre juridique du partenariat public-privé fait de la protection de l'environnement une condition préalable à la conclusion du contrat à travers son article 1^{er} en définissant le concept et ensuite, fait de l'étude d'impact environnemental une condition nécessaire : « *les projets susceptibles d'être retenus pour le processus de sélection en contrat de partenariat public-privé font l'objet d'une étude de faisabilité, d'une étude d'impact environnemental et social, d'une étude des externalités afin de déterminer les coûts et bénéfices attendus pour la personne publique, d'une étude de soutenabilité budgétaire* »⁴⁶.

Cette disposition est complétée par l'article 13 de la même loi. Le développement durable, s'il peut se traduire par une atteinte à la libre concurrence, peut également entrer en contradiction avec les grands principes de la commande publique que sont : l'éco-

⁴⁴ Les principes fondamentaux de la commande publique sont opposables à tous marchés, quelle que soit sa nature ou quel que soit son montant.

⁴⁵ SCHIESSER (P.), CANTILLON (G.), *op.cit.* p.25.

⁴⁶ Voir Art 12 de la loi n°2016-24 du 28 juin 2017 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin.

nomie et l'efficacité du processus d'acquisition, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures et la reconnaissance mutuelle⁴⁷.

La notion de développement durable est désormais formalisée dans le droit de la commande publique, tant au plan national que communautaire, faisant ainsi de lui une condition à part entière dans le processus d'acquisition. Cela se traduit à plusieurs niveaux : au moment de l'expression des besoins et la préparation du marché, de leur passation et enfin pendant l'exécution. Le code des marchés publics et la loi portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin, fondement de la commande publique laissent subsister aujourd'hui une ambiguïté entre la logique immédiate de rentabilité économique et la préservation des conditions et du cadre de vie pour les générations futures. Les « *marchés publics au secours de l'environnement* »⁴⁸, l'idée a séduit et continue de séduire les collectivités publiques et les responsables politiques. Cependant, si l'utilisation de critères environnementaux apparaît légitime et attrayante en termes de politique, elle se heurte à un certain nombre de difficultés juridiques. Il s'impose de s'interroger sur la possible intégration des deux concepts au plan juridique. En effet, la question de la compatibilité de la commande publique aux impératifs économiques avec la poursuite d'une mission d'intérêt général se pose, de même que la question de l'intégration dans un processus essentiellement procédural⁴⁹ d'une notion étrangère à des finalités de commande publique. Peut-on utiliser la commande publique pour prendre en compte la politique de développement durable ?

L'objectif de cette recherche est de montrer que les textes de la commande publique béninoise malgré leur pertinence relative **(I)** offrent des opportunités d'intégration des critères environnementaux pour coller aux impératifs du développement durable. Cette intégration, bien que mesurée est une occasion de faire de la commande publique une passerelle pour des achats durables **(II)**.

⁴⁷ Voir Art 7 de la loi 2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin.

⁴⁸ LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), « *Les marchés publics au secours de l'environnement* », *Contrats et marchés publics*, 2001, p.3.

⁴⁹ Voir Art 7 de la loi 2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics e République du Bénin.

I. UN CADRE JURIDIQUE D'UNE PERTINENCE RELATIVE

La source essentielle du droit des marchés publics réside dans le Code des marchés.⁵⁰ Pour autant, de nombreuses règles applicables aux marchés publics ne proviennent pas de ce Code. Elles sont issues du droit communautaire et international, mais aussi d'autres sources, cette fois de droit interne.

D'ailleurs, c'est en droit communautaire et en droit international que l'on retrouve les prémices de la prise en compte de la protection de l'environnement par le droit de la commande publique. Historiquement, cette prise en compte a été très progressive voire assez lente, d'une part, et considérablement influencée par le droit international public et plus particulièrement par le droit de l'Union européenne d'autre part.⁵¹

En substance, la prise en compte de la protection de l'environnement par le droit de la commande publique, plus particulièrement par le droit des marchés publics à l'origine, s'inscrit avant tout dans une perspective internationale.⁵² En effet, dès la Conférence de Rio en 1992, le programme « Action 21 » adopté par les Nations-Unies prévoit que « *les Gouvernements (...) devraient donc réexaminer les politiques d'achats de fournitures de leurs organismes et départements afin d'améliorer si possible l'élément environnement (...)* ». Ce programme, décliné sous forme d'« Agendas 21 », a été mis en œuvre dans les États parties et par les collectivités locales.

Plus récemment, en 2002, l'OCDE a adopté une recommandation sur l'amélioration des performances environnementales des marchés publics écologiques⁵³. Dans un cadre plus général, lors du sommet mondial de Johannesburg sur le développement durable, une « task force » sur les marchés publics durables a été créée⁵⁴ et le Rapport

⁵⁰ LANFRANCHI (M.P.), « Le statut des pays en développement dans le régime climat : le principe de la dualité des normes revisité ? » in *SFDI, Colloque d'Aix-en Provence, le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, 2010, p.277.

⁵¹ DELZANGLES (H.), « Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ? » in *Revue juridique de l'environnement*, 2015/1 (Volume 40), disponible sur <https://www.cairn.info/revue-revue-juridique-de-l-environnement-2015-1-page-13.html>, consulté le 26/02/2021 à 01h21, pp. 13- 40

⁵² KALFLECHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse de doctorat, Panthéon Assas, décembre 2004, 764 P ;

⁵³ OCDE, Recommandation du Conseil sur l'amélioration des performances environnementales des marchés publics, du 23 janvier 2002, C(2002)3.

⁵⁴ Marrakech Task Force sur les achats publics durables pilotés par le PNUE, <http://www.unep.fr/scp/marrakech/>.

établi à l'issue du sommet prévoit d'encourager la prise en compte du développement durable lors de la passation des marchés publics notamment.⁵⁵

Ainsi la base juridique de l'introduction de clause environnementale dans les contrats de marché publics est identifiable dans les normes (A) et institutions internationales, voire communautaire (B).

A. UN ENCADREMENT NORMATIF COMMUNAUTAIREMENT IMPULSÉ

L'Afrique était l'un des premiers continents à prendre conscience de la nécessité de protéger l'environnement⁵⁶. Déjà avec l'Organisation de l'Unité Africaine, créée en 1963, il avait été défini une politique commune pour les États africains en matière d'environnement, à travers une succession de déclaration et de plans d'action.⁵⁷ L'avènement de l'Union Africaine n'était certainement pas pour éteindre cet élan africain. Ainsi, au plan régional africain, nombre d'instruments normatifs sont identifiables comme base juridique de l'harmonisation entre droit de l'environnement et développement durable, entendu implicitement réalisation des ouvrages publics. Il en est ainsi de la Convention africaine sur la conservation de la nature et les ressources naturelles, adoptées à Alger le 15 septembre 1968, première convention internationale intégrant tous les aspects de la protection internationale de l'environnement ; et la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP), adoptée en juin 1981 à Nairobi, premier traité international à reconnaître à « tous les peuples » le « droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement »⁵⁸.

Quoique le souci environnemental fasse l'objet de Convention africaine spécifique, sa prise en compte en droit de la commande publique s'est faite par des voies détournées qui pallient imparfaitement les carences des cadres juridiques traditionnels de la commande publique en Afrique. Les considérations environnementales sont souvent intégrées à l'action des bailleurs de fonds dans le cadre du financement de projets et celle

⁵⁵ Rapport du sommet mondial pour le développement durable, Nations-Unies, Johannesburg, 26 août-4 septembre 2002, A/Conf. 199/20.

⁵⁶ BEURIER (J.P.), *Droit international de l'environnement*, Pedone, 2010, p.115.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Voir Art. 24 de la CADHP

des entreprises présentes sur le continent pour la réalisation des commandes publiques.⁵⁹

En réalité, les textes africains de la commande publique accueillent diversement les enjeux environnementaux dans les contrats de marchés publics. Toutefois, cette transformation du droit de la commande publique sur le continent est inachevée. Elle se heurte à de multiples obstacles liés aux difficultés des réformes et de leurs mises en œuvre⁶⁰, d'où l'intérêt d'en faire l'analyse existentielle structurelle (1) et de passer en lumière le caractère procédural du Code des marchés publics (2).

1. *L'existence d'entraves structurelles*

Les différents textes en matière de commande publique au Bénin notamment les différents codes des marchés publics qui se sont succédés sont marqués par une volonté de réalisation d'objectifs à court terme. Ainsi, la législation en matière de marchés publics que les autres normes sont dépourvues d'une vision d'avenir. Il en résulte une insuffisante prise en compte des exigences en matière de la protection de l'environnement par l'organisation normative de la commande publique ⁶¹. Plus concrètement, le code de marchés publics est insuffisamment durable, ce qui fait que la protection de l'environnement par la commande publique fait l'objet d'une appréciation différentielle.

Historiquement, les différents codes de marchés publics adoptés au Bénin ont fait du chemin au plan international depuis le premier « Code des marchés publics » adopté dans le cadre du GATT, en 1979, lors du Tokyo Round. Signé par vingt-huit (28) États en avril 1978, il entre en vigueur en 1980. À la conférence de Marrakech de 1994, ce Code a été modifié pour aboutir le 1^{er} janvier 1995, à l'accord sur les marchés publics auquel, seuls les États membres de l'OMC pouvaient souscrire⁶².

⁵⁹ PERICHON (L.), *Les entreprises françaises et la commande publique en Afrique*, Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay École doctorale, n°578 : sciences de l'homme et de la société (SHS), Spécialité sciences juridiques, Thèse présentée et soutenue à Sceaux le 29 novembre 2019, pp. 448-466, disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02874191/document>, consulté le 26/02/2021 à 03h 27

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ De la lecture des codes béninois, burkinabé et Ivoirien, seul le dernier comporte quelques dispositions relatives au droit de l'environnement.

⁶² Le concept de développement appliqué à la commande publique, consulté sur www.swavocats.com le 12/02/2021 à 16h 10

Si ces différents Codes au plan international visaient à faire appliquer entre autres, la clause de la nation la plus favorisée, certains États dont le Bénin ont décidé l'assignation d'objectifs économiques à la commande publique, lesquels objectifs sont complétés ou consolidés en droit communautaire par des objectifs communs. La poursuite d'objectifs économiques actuels sans considération du développement durable par la prise en compte des exigences de protection de l'environnement, a conduit à la consécration de la satisfaction du meilleur achat au meilleur coût et à l'objectif d'efficacité de la commande publique.

La recherche d'une rationalité des choix en matière d'achat public⁶³ implique la prise de précautions ou d'obligations par les pouvoirs ou organes devant aboutir au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse⁶⁴. Le législateur béninois a laissé libre choix aux acteurs de choisir dans une liste de critères ceux en lien avec l'objet du marché à passer. Il s'agit du prix, du prix ou du coût déterminé selon une approche globale pouvant prendre en compte des éléments exprimés en termes monétaires et notamment ceux relatifs au coût du cycle de vie, du coût des externalités environnementales⁶⁵.

Il revient donc à l'autorité contractante, en fonction de l'objet du marché, de déterminer les meilleurs critères à la recherche de l'offre idéale. Il peut parfois être prévu que compte tenu de l'objet du marché public, qu'il ne soit retenu que le seul critère du prix. L'acheteur par contre, peut se baser sur un autre critère unique dans le choix de la meilleure offre ; le coût du cycle de vie⁶⁶. Celui-ci est constitué d'une part des coûts supportés par l'acheteur et d'autre part, des coûts imputables aux externalités environnementales. Lorsque l'acheteur décide de retenir pour la sélection de l'offre, plusieurs critères, ceux-ci doivent être clairement précisés pour ne pas ouvrir la voie à une possibilité de choix illimité pour l'acheteur. En plus de la précision, ces critères doivent

⁶³ MULLER (E.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?* Dalloz, 2018, p. 42.

⁶⁴ BRACONNIER (S.), *op.cit.*, p.339.

⁶⁵ Voir Article 73 du Code des marchés publics

⁶⁶ *Ibid.*, p.340.

être non discriminatoires, liés à l'objet du marché public et fixer les conditions d'exécution du marché. Il importe de noter que ces critères doivent être distingués des critères de sélection de candidatures.⁶⁷

Cette interdiction qui peut être justifiée par le besoin de rapidité dans la conclusion des contrats de marchés publics, trouve-t-elle un fondement d'efficacité de ceux-ci ?

2. *Le caractère procédural du Code des marchés publics*

Les dispositions organisant les marchés publics sont essentiellement procédurales. Cet encadrement donne l'impression d'une formalisation excessive des procédures de passation. La conséquence de ce caractère formaliste du droit des marchés publics, est qu'il rend difficilement perceptible l'importance de l'environnement dans la commande publique. Il suffit de s'enfermer dans un « *fétichisme procédural* »⁶⁸, qui consiste à s'estimer en règle au motif que les exigences procédurales ont été satisfaites.

Cette position est largement défendue par la jurisprudence qui considère que ce qui caractérise l'objet des diverses réglementations relatives aux marchés publics, c'est leur neutralité, conçue selon l'expression du Commissaire du gouvernement Denis Piveteau⁶⁹ comme l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût. Cette neutralité qui empêche le mélange de genre⁷⁰ interdit que la sélection du cocontractant se fasse en fonction de considérations étrangères à l'objet même du marché, à commencer par les considérations environnementales. Le moyen principal dans la jurisprudence du Conseil d'État par exemple, c'est l'interprétation objective des règles de marchés publics qui est opérée.

Cette position jurisprudentielle adoptée par le législateur béninois est complétée par l'émergence des objectifs économiques dévolus à la commande. La volonté de l'État de faire de la commande publique, un moyen de développement, comporte en elle, une maldonne. Il s'agit d'un développement purement économique assimilable à certains

⁶⁷ *Ibid.*, p.339

⁶⁸ LINDITCH (F.), *Le droit des marchés publics*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2016, p.26.

⁶⁹ Voir Conclusion. Sur CE 25 juillet 2001, Commune de Gravelines,

⁷⁰ Concl. Fratacci sur CE 10 mai 1996, Féd. nationale des travaux publics et Féd. nationale du bâtiment, n° 159979 : Lebon 1996, p. 164 ; CJEG, décembre 1996, p. 427

égards à la croissance⁷¹. En effet, le but en cette matière est l'atteinte de performances économiques forte même au risque de sacrifier l'intérêt général. Il apparaît à la lecture des critères de qualification que les premières conditions à remplir sont celles économiques et techniques. Ensuite s'ajoute l'identification précise de personnes insusceptibles⁷² d'accéder à la commande publique, desquelles le critère environnemental n'y figure. La consécration d'une passation de marché à fort potentiel économique trouve sa justification aussi par l'absence du critère environnemental des principes fondamentaux de la commande publique.

B. L'EXISTENCE D'ORGANES DE CONTROLE PERFECTIBLES

Le cadre juridique de la commande publique a pendant de nombreuses années exclu certaines autorités du champ de la réglementation⁷³. Depuis quelques années, l'émergence du droit communautaire UEMOA a permis la convergence des États membres vers des normes juridiques communes en matière de réglementation des marchés publics. Ainsi, le Bénin, a transposé dans son ordre juridique interne les directives de l'UEMOA relatives d'une part à la procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics⁷⁴ et d'autre part celle relative au contrôle et à la régulation des marchés publics⁷⁵.

Le respect des exigences contenues dans les règles juridiques relatives à la passation des marchés publics nécessite un suivi rigoureux de la part des organes prévu à cet effet par les mêmes règles juridiques. Le contrôle des marchés publics se présente ainsi comme un examen s'appuyant sur des actes ou opérations matérielles par lesquels un

⁷¹ La croissance économique désigne la variation positive de la production de biens et de services dans une économie sur une période donnée

⁷² Voir articles 62 du Code des marchés publics du Bénin, 35 du Décret N°2017-0049/PRES/PM/MINEFID portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, 49 du Décret N° 2009-259 du 06 aout 2009 portant code des marchés publics en Côte d'Ivoire

⁷³ DIALLO (A.), *Commande Publique au Sénégal : Efficacité de la dépense publique, enjeu de progrès économique et social pour les collectivités publiques*, mémoire de Master Administration publique, Ecole nationale d'administration du Sénégal 2012-2013, p. 40

⁷⁴ Directive N°04/2005CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)

⁷⁵ Directive N°05/2005 CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et délégations de service public dans l'UEMOA.

agent ou un organe habilité analyse et apprécie, en se fondant sur un référentiel préétabli⁷⁶, la légalité ou le respect des règles et la procédure dans le processus d'obtention d'une commande publique.

Toutefois, dans la réalité des faits, il a été observé à travers des données statistiques sur la gestion des marchés publics, une inapplication flagrante des règles nationales et communautaires régissant les marchés publics tant du point de vue de l'efficacité des opérations que des garanties de transparence et d'équité des procédures⁷⁷. Comme le souligne Stéphane Braconnier, « *le droit des marchés publics pose un singulier problème d'orientation et est encore à bien des égards, surtout dans ses rapports avec les autres contrats publics d'affaires, conventions de délégation de service public notamment, un labyrinthe procédural* »⁷⁸. Cependant, chacune des lois relatives aux marchés publics prévoit dans son cadre institutionnel un organe de contrôle⁷⁹ chargé de contrôler les procédures de passations des marchés quel que soit la valeur de la commande.

Ce contrôle est assuré à la fois par des organes administratifs et/ou juridictionnels conçus dans la perspective d'apporter un regard particulier sur le respect par les autorités contractantes et les opérateurs privés, des procédures de passation telles que définies dans le Code des marchés publics, de la phase préalable jusqu'à l'évaluation et l'attribution des marchés en passant par l'appel d'offres⁸⁰.

Néanmoins, malgré l'existence de ces organes institutionnels, le contrôle administratif du respect des questions environnementales dans les marchés publics reste ambigu (1) pendant que le recours aux organes juridictionnels en la matière reste peu fréquent (2).

⁷⁶ ISSOUFOU (A.), *Les mutations du droit des marchés publics au Niger et au Sénégal : contribution à l'étude de l'encadrement juridique d'une catégorie de dépense publique*, Thèse de Doctorat, Université Cheick Anta Diop de Dakar, 2015, p. 314.

⁷⁷ ECKERT (G.), *La gestion des marchés publics en Côte d'Ivoire : contraintes juridiques et réalités sociologiques*, Mémoire de Master en Administration publique, Université de Strasbourg, mai 2016, p. 13

⁷⁸ BRACONNIER (S.), *Précis du droit des marchés publics*, Paris, Edition le Moniteur 2012, p. 10

⁷⁹ Voir Article 14 de la Loin°2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

⁸⁰ DOUGBLO (K. N.), *La transparence dans les marchés publics au Sénégal et au Togo*, Mémoire de Master II, Université Amadou Hampaté Ba de Dakar, 2016,

1. Un contrôle administratif ambigu

Le contrôle des marchés publics est effectué à partir des principes fondamentaux de la commande publique et des réglementations issues des engagements internationaux. Cependant, à côté des organismes créés par le pouvoir réglementaire pour assister les différents services à préparer leurs marchés, d'autres organes administratifs sont prévus pour améliorer l'analyse économique de l'achat public et au besoin détecter les infractions aux règles de passation des marchés publics⁸¹. Les différents textes législatifs relatifs aux marchés publics instituent des organes internes de contrôles disposant d'un rôle primordial logés au sein de l'autorité contractante. Ces organes de contrôle sont soutenus par un représentant légal du Ministère des finances qui apporte son expertise en matière de contrôle en fonction des seuils fixés par voie réglementaire. Dans l'un ou l'autre des cas, les procédures de passation des marchés publics sont soumises à une kyrielle de contrôles soient obligatoires soit potentiels⁸² permettant de savoir si le marché engagé respecte les dispositions du Code des marchés publics⁸³.

Ces contrôles opérés permettent de s'assurer de la légalité⁸⁴ des opérations situées en amont de l'attribution définitive. A côté de ces organes, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics dans sa fonction principale de régulation des marchés publics, assiste les autorités nationales compétentes dans le cadre de la définition des politiques et de l'élaboration de la réglementation en matière de marchés publics et de délégations de service public. Outre cette fonction, l'Autorité dispose d'une kyrielle de compétence⁸⁵

⁸¹ BRACONNIER (S.), *Précis du droit des marchés publics*, op.cit. p. 333

⁸² MARAVAL (P.), *Optimiser la commande publique : Organisation, acteurs et méthodes d'un service achats performant*, Paris, Dunod, 2015, p. 199

⁸³ SCHIESSER (P.), CANTILLON (G.), *L'achat public durable : outils et méthode pour réussir des achats publics respectueux du développement durable*, Éditions les Moniteurs, 2007, p. 205.

⁸⁴ **Le contrôle de légalité** est la procédure permettant aux **représentants de l'Etat**, les Préfets le plus souvent, de **vérifier**, a posteriori que les **actes adoptés par les collectivités territoriales** et certains établissements publics sont **conformes aux lois** et aux règlements en vigueur, mais sans juger de leur opportunité.

⁸⁵ Article 2 du Décret N°2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics du Bénin. « L'ARMP a pour mission d'assurer (...) l'organisation du système de formation de l'ensemble des acteurs de la commande publique et le développement du cadre professionnel ; la mise en œuvre des procédures d'audits techniques indépendants (...) ainsi que la sanction des irrégularités

dans l'accomplissement de sa mission. La bonne application des missions assignées à l'ARMP nécessite que celle-ci intervienne dans un contrôle de la régularité de la commande publique.

Qu'ils soient du fait des organes de contrôle, des Directions départementales du contrôle, de la Direction nationale de contrôle des marchés publics ou même de l'intervention de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, les contrôles réalisées du fait ou à l'occasion de la passation des marchés publics se sont toujours limités aux aspects légaux ou de régularité. Fondamentalement, il n'a jamais été question de contrôle de l'insertion ou de la prise en compte du critère environnemental dans le processus de passation. Cette absence de contrôle justifie également l'absence de sanction des différents acteurs de la chaîne de passation des marchés publics. En effet, le Code des marchés publics béninois prévoit une série de sanction notamment disciplinaire et pénal à l'encontre des personnes qui seraient responsable de l'illégalité du processus d'attribution ou d'un contrat de marché public.

Dans le cadre administratif, le code prévoit **uniquement** des sanctions disciplinaires qui sont décidées par l'Autorité de Régulation des Marchés Publics. Ainsi dès lors qu'un contrat de marché public est entaché d'irrégularité l'ARMP est à même de prendre des mesures dissuasives pour amener les parties à un respect de la réglementation en vigueur. En terme de sanctions, les candidats, soumissionnaires, attributaire ou titulaire du marché encourt sur décision de l'ARMP des sanctions telles que la confiscation des garanties constituées par le contrevenant dans le cadre des procédures d'appel d'offres incriminées dans l'hypothèse où elle n'a pas été prévue par le cahier des charges ; l'exclusion de la concurrence pour une durée déterminée en fonction de la gravité de la faute commise, y compris, en cas de collusion régulièrement constatée par l'organe de régulation, de toute entreprise qui possède la majorité du capital de l'entreprise sanctionnée, ou dont l'entreprise sanctionnée possède la majorité du capital ; le retrait de leur agrément et/ou de leur certificat de qualification.

constatées ; le règlement non juridictionnel des litiges nés à l'occasion de la passation des marchés publics et des délégations de service public. »

On se rend compte que la non érection du critère environnemental au rang de principe de la commande publique n'est pas restée sans conséquence sur le contrôle et la régulation de la passation, de même que le recours au juge pour défaut de prise en compte du critère environnemental.

2. *Un contrôle juridictionnel peu usité*

A l'instar des autres lois ordinaires, le Code des marchés publics béninois pose des règles dont le juge doit pouvoir assurer et contrôler l'application. En effet, des différends peuvent naître en matière de marchés publics à l'occasion de la passation ou de l'exécution. Ceux-ci peuvent concerner les parties prenantes et même des personnes n'ayant participé à la procédure mais dont des droits inhérents à leur personne connaissent des violations et suscitent le recours à une institution juridictionnelle compétente à connaître du litige. Toutefois, le temps du procès n'est pas toujours celui de la vie des affaires, surtout lorsqu'il s'agit de trancher un litige apparu lors de la formation du marché⁸⁶. La question de l'accélération dans nos sociétés est aujourd'hui très largement posée, avec des travaux qui portent sur le temps, la gestion du temps et qui font de l'accélération l'une des principales caractéristiques de la modernité⁸⁷. Face à ce manque de célérité dans le traitement des différends liés aux marchés publics, particulièrement ceux nés de la destruction de l'environnement, les acteurs ou les personnes ayant intérêt à agir ont de la réticence à recourir à un contrôle juridictionnel de la procédure et de passation et d'exécution. Toutefois, « au Bénin, le contentieux juridictionnel de la commande publique ne peut être considéré comme une coquille vide. Au moins, dans le domaine des marchés publics, la Chambre Administrative de la Cour Suprême, juge du contrat en général, des contrats de marchés publics en particu-

⁸⁶ CYRILLE (E.), *Passer un marché public : principes, procédures et contentieux*, 2^e éd, Éditions Le Moniteur, Delmas, p. 349

⁸⁷ PRONOVOST (G.), *Sociologie du temps*, De Boeck, 1996 ; ROSA (H.), *Accélération : une critique sociale du temps*, La Découverte, 2010 ; cité par BASTARD (B.), DELVAUX (D.), MOUHANNA (C.), SCHOENAERS (F.), « Vitesse ou précipitation ? La question du temps dans le traitement des affaires pénales en France et en Belgique », Editions juridiques associés : Droit des sociétés, 2015/2, n°90, pp. 271-286, p. 272

lier, s'emploie à connaître des recours qui sont introduits par les parties aux contrats »⁸⁸. Cette saisine du juge administratif combiné à la définition par le Code des marchés publics des infractions assorties de sanctions pénales marque le début d'une pénalisation des infractions liées à la commande publique.

Considéré par Catherine PREBISSY-SCHNALL comme un phénomène nouveau, la pénalisation du droit de la commande publique se retrouve au milieu de deux mondes à savoir celui de la justice pénale et celui de l'achat public⁸⁹. Au regard de la pratique actuelle des marchés publics surtout en Afrique, Rose DJILA considère que « les marchés publics restent le lieu de prédilection de pratiques déviantes, de rencontre des opportunités de corruption, de détournement de fonds, bref, des atteintes à la probité publique, aussi bien des maîtres d'ouvrages, des agents qui interviennent dans la procédure, que des prestataires. »⁹⁰ C'est cette attitude qui permet de constater que la pénalisation du droit des marchés publics s'impose progressivement dans le quotidien de tous les acteurs qui interviennent dans le processus de passation de la commande publique⁹¹. Le droit communautaire UEMOA favorise la marche vers une pénalisation du droit des marchés publics lorsqu'il admet, dans l'article 10 de la Directive N°05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public, l'adoption par les États des normes pénales pour sanctionner les manquements vis-à-vis des principes des marchés publics⁹². Partant de ce postulat, les législations des États

⁸⁸ AKEREKORO (H.), « Le contentieux juridictionnel de la commande publique. L'exemple des marchés publics dans la jurisprudence de la Chambre Administrative de la Cour Suprême du Bénin », *Les annales de l'Université de Parakou*, Vol. 2, 2019 Voir Résumé sur <https://bec.uac.bj/publication/7221/Article>

⁸⁹ Voir Description dans, PREBISSY-SCHNALL (C.), *La pénalisation du droit des marchés publics*, L.G.D.J., 2002, 617 p.

⁹⁰ DJILA (R.), « Libres propos sur la sanction pénale de la violation des procédures de passation des marchés publics au Cameroun », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2014/4 (N° 4), p. 761-775, <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2014-4-page-761.htm>

⁹¹ Cf. aff. M.-P. et Minpostel c/ Mounchipou et consorts ; aff. M.-P. et liquidation Camair c/ Ngamo Hamani ; aff. M.-P. et Crédit foncier du Cameroun c/ Booto A. Ngon ; aff. M.-P. et P.A.D / Siyam Siewe et Consorts, aff. M.-P. et Feicom c/ Ondo Ndong.

⁹² Article 10 : « Les Etats membres s'engagent à inclure dans leurs réglementations nationales des dispositions pénales spécifiques visant à sanctionner 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. »

africains et surtout ceux membres de l'UEMOA dont le Bénin essaye d'encadrer petit à petit la répression en cas de violation des principes relatifs aux marchés publics. D'ailleurs l'article 98 de la Loi organique portant loi de finance au Bénin a déjà posé le principe des sanctions qu'encourent les agents publics investis des pouvoirs de gestion des dépenses publiques lorsqu'ils violent les règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'État et des autres organismes publics⁹³...

Il est constamment avéré que la répression des infractions évoquées par les différents codes des marchés publics et leurs textes d'application sont essentiellement économiques. Cette situation viendrait elle justifier la position de l'ONU selon laquelle les principaux problèmes environnementaux auxquels l'homme est confronté sont encore loin de se résoudre ⁹⁴ ? La pratique de la passation des marchés publics au Bénin donne raison à l'ONU. Dans un contexte où « *il est certain que les normes environnementales ne permettent pas d'atteindre un niveau de protection de l'environnement conforme aux besoins actuels* »⁹⁵, la protection de l'environnement n'est pas érigée parmi les objectifs de la commande publique. La responsabilité des acteurs de la chaîne de passation et d'exécution des marchés publics pour les dommages environnementaux n'est jamais engagée. Les dommages environnementaux causés à l'occasion de la passation ou de l'exécution des marchés publics n'entraînent ni la réparation, ni la restauration des écosystèmes. Il est constamment fréquent de voir des atteintes à l'environnement suite à l'exécution de nombreux chantiers routiers, la construction des retenues d'eau, l'exécution des marchés de travaux, pour ne citer que ceux-là. Le législateur béninois doit travailler dans le sens d'élargir la répression aux infractions environnementales nées à l'occasion ou du fait des marchés publics. Toutefois, pour que la répression pénale frappe véritablement les personnes à l'origine des comportements fautifs, le juge pénal, face aux pouvoirs privés économiques devrait procéder par touches techniques, en puisant dans le droit pénal les mécanismes pouvant lui permettre de désigner le

⁹³ GUEDJE (L.), GODJO (A.), « La commande publique dans la réforme : quelle stratégie, quelles actions ? », in MEDE (N.) et BOUVIER (M.), *La LOLF dans tous ses états*, Actes du colloque national des 13 et 14 février 2015, p. 117.

⁹⁴ UN Environment, *Global Environment Outlook-GEO-6: Healthy Planet, Healthy people*; Nairobi, 2019

⁹⁵ TORRE-SCHAUB (M.), *Droit et changement climatique : comment répondre à l'urgence climatique ?* Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, vol.55, 2018, p.170

vrai responsable⁹⁶ et de le sanctionner. L'étude du cadre juridique des marchés publics béninois fait parvenir à la conclusion que les textes en leur état actuel offrent des marges de manœuvre aussi limitées qu'elles soient aux autorités contractantes pour une prise en compte des préoccupations environnementales.

II. UNE COMMANDE PUBLIQUE AU SERVICE DU DEVELOPPEMENT DURABLE

« La notion de développement durable est à la mode, il n'est pas de jour sans que ce terme ne se trouve en titre d'une publication ou évoqué par un décideur politique ou économique »⁹⁷. Selon la définition de la commission Brundtland, cette notion recouvre un développement répondant aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs.

Au Bénin, « mettre la commande publique au service d'un développement conciliant intérêts économiques, sociaux et environnementaux des générations actuelles et futures n'a pas toujours fait figure d'évidence »⁹⁸. Au contraire, la question de la neutralité de marchés publics qui promeut la bonne utilisation des deniers publics a toujours été une préoccupation des autorités contractantes. Le contexte contemporain a toutefois conduit les autorités (...) à faire évoluer la conception générale de la commande publique et les règles de droit qui l'encadrent »⁹⁹.

En effet, d'une part, l'obligation constitutionnelle de protéger l'environnement telle que décrite par les articles 27, 28, et 29 de la constitution béninoise du 11 décembre 1990 modifiée par la loi n°2019-40 du 7 novembre 2019 interdit de dresser une barrière étanche entre les contrats publics et les objectifs généraux des politiques publiques¹⁰⁰. « Au contraire la recherche d'une efficacité globale de l'action publique doit conduire à intégrer diverses finalités d'intérêt public dans chaque domaine d'action »¹⁰¹.

⁹⁶ KAMGA (J.), *L'ordre public pénal et les pouvoirs privés économiques*, Université de Nice Sophia Antipolis - Master 2 recherche en droit économique 2008.

⁹⁷ FROT (O.), *Développement durable et marchés publics*, Paris, AFNOR 2008, p. XIX.

⁹⁸ MULLER (E.), op.cit. p.107.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Le lexique des termes juridiques le définit comme l'ensemble des actions d'intérêt générale conduite par les pouvoirs publics, et notamment l'État, législateur et autorité budgétaire, GUINCHARD(S.), DEBARD(T.), 26^e éd, Dalloz, 2018, p.807.

¹⁰¹ MULLER (E.), ibidem

D'autre part, « (...), la raréfaction des ressources budgétaires implique d'optimiser l'utilisation des moyens publics et conduisent naturellement à utiliser les atouts de la commande publique pour développer les politiques publiques d'insertion sociale et de protection de l'environnement »¹⁰². Les règles juridiques existantes, complexes que contraignantes, rendent la voie étroite aux autorités contractantes pour faire de la commande publique un levier de développement durable.

A. UNE OUVERTURE CONFORTÉE

Les influences du droit international public et du droit communautaire de l'Union européenne sur la prise en compte des préoccupations environnementales dans les marchés publics ouvrent une brèche au droit communautaire de l'UEMOA et par ricochet aux législations des États membres d'intégrer dans la passation et l'exécution des marchés publics les aspects relatifs à la protection de l'environnement. Dans une communication récente, la Commission européenne exhortait les États membres à utiliser le droit de la commande publique « d'une manière plus stratégique, afin d'obtenir un meilleur rapport coût/efficacité pour chaque euro d'argent public et d'apporter leur pierre à la construction d'une économie innovante, durable, inclusive et compétitive »¹⁰³.

Cette formule illustre bien les transformations d'une activité qui, au Bénin représente près de 15% du PIB¹⁰⁴. En effet, le droit de la commande publique et particulièrement le droit des marchés publics avait « à l'origine, pour seul objectif la protection des intérêts financiers de la personne publique... »¹⁰⁵. Il ressort tels que reconnus par les principes fondamentaux et le Code des marchés publics béninois, un principe de neutralité économique et sociale de la réglementation selon laquelle « la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit être l'instrument d'autre chose que la réalisation du meilleur achat au meilleur coût »¹⁰⁶. Cette approche a fortement évolué sous l'influence du droit

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe », 3oct. 2017, p. 2, COM (2017) 572 final.

¹⁰⁴ Le Produit Intérieur Brut est un indicateur économique qui permet de mesurer les richesses produites au sein d'un pays au cours d'une période déterminée.

¹⁰⁵ MULLER (E.), *op.cit.* p.2.

¹⁰⁶ Conclusion Piveteau DENIS sur CE 25 juil.2001, Communes de Gravelines, BJCP 2001, n°19, p.490

communautaire de l'Union européenne, des bailleurs de fonds, le droit international public¹⁰⁷. Au-delà du seul cas africain, il s'agit d'un mouvement de transformation de la commande publique dans tous les Etats, « *résultat de plusieurs années d'efforts et d'avancées progressives, à la fois dans la réglementation de l'achat public mais aussi et peut être surtout plus globalement, à travers l'assimilation du concept de développement durable dans différentes politiques nationales...* »¹⁰⁸

Cette Transformation de l'échiquier de passation de la commande publique, même, si elle demeure controversée et insécurisée est une possibilité offerte aux autorités contractantes.

1. Une possibilité controversée et insécurisée

Sous réserve des dispositions spécifiques applicables aux marchés de prestations intellectuelles, le contrat de marché public est attribué au candidat ayant présenté l'offre évaluée conforme économiquement la plus avantageuse¹⁰⁹. L'ambiguïté de cette notion d'offre économiquement la plus avantageuse définit par l'article 73 du Code béninois des marchés publics qui permet d'attribuer le marché sur le fondement d'un critère unique qui peut être le prix, la position stricte de la jurisprudence du Conseil d'État sur la neutralité de l'achat public, et la non érection de la protection de l'environnement au rang de principe fondamental dont le respect à l'instar des autres principes s'impose aux acteurs, sont autant d'éléments qui n'assurent une sécurité juridique à l'intégration et la prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics au Bénin. Cette insécurité juridique ne ferme toutefois pas la voie à l'utilisation par les autorités contractantes des critères environnementaux dans la planification, la passation et l'exécution des marchés publics : c'est la consécration implicite des critères environnementaux en droit positif béninois.

¹⁰⁷ Le rapport Brundtland, sous l'égide de l'ONU, pose pour la première fois, en 1987, le principe du développement durable. Plusieurs conférences internationales, fort médiatisées, sont venues ensuite compléter cette première initiative, et engager les nations signataires dans des conséquences concrètes. En particulier la conférence de Rio, en 1992, a fondé le concept de l'Agenda 21, programme d'action pour le XXI^e siècle correspondant à une prise de conscience globale de la nécessité de revoir nos modes de production et de consommation.

¹⁰⁸ Marie Pierre DIGARD, préface du livre « *L'Achat public durable* », Philippe (S.) et Guillaume (C.), Le Moniteur, Paris, 2007, p.7.

¹⁰⁹ Voir Article 73 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

2. Une possibilité implicitement consacrée

La prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics peut trouver sa justification, premièrement sur le fondement de la jurisprudence du Conseil d'État. En effet, les arrêts, Union des Groupements d'Achat Publics contre la Société ATEXO¹¹⁰, la société PL Favier contre le Département de l'Isère¹¹¹ ont assoupli la neutralité de l'achat public en exigeant désormais un lien entre l'objet du marché et les critères et sous critères non discriminatoires contenus dans le dossier de mise en concurrence.

En second lieu, l'ouverture de l'article 23¹¹² du code des marchés publics confère la possibilité à l'étape de l'expression des besoins, la prise en compte de l'environnement lorsqu'il stipule que « *la nature et l'étendue des besoins doivent être déterminés avec précision par l'autorité contractante avant tout appel à concurrence ou toute procédure de négociation par entente directe. Les marchés conclus par l'autorité contractante doivent avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins en prenant en compte les objectifs du développement durable dans leurs dimensions économique, social et environnementale...* ». Etant l'acte préalable à tout achat, la juste définition du besoin doit permettre aux candidats de bien comprendre la demande pour proposer des travaux, services ou fournitures conformes. Elle doit avoir pour objet exclusif¹¹³ de répondre aux besoins de l'autorité contractante et aussi permettre à la concurrence de s'exercer librement. L'autorité contractante doit traduire les besoins dans un document contractuel, par référence à des spécifications précises qui ont pour objet de décrire les prestations. Le recours à la définition fonctionnelle des besoins, l'admission des variantes suivant les conditions du dossier de mise en concurrence, l'utilisation des labels environnementaux en lien avec l'objet du marché peuvent être des alternatives. A cet égard, une offre d'un candidat qui ne respecte pas une spécification doit être rejetée par l'autorité contractante en tant

¹¹⁰ CE 18 Décembre 2012 UGAP c/société ATEXO, req. n°363208

¹¹¹ CE, 25 mars 2013 Département de l'Isère, req. n°364950

¹¹² Aux termes de cet article, la nature et l'étendue des besoins doivent être déterminées avec précision par l'autorité contractante avant tout appel à la concurrence ou toute procédure de négociation par entente directe. Les marchés publics conclus par l'autorité contractante doivent avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins...

¹¹³ Voir Article 23 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin

qu'elle constitue une offre non conforme au sens de l'article 74 du Code des marchés publics et de la clause 32 des instructions aux candidats faisant partie intégrante du Règlement Particulier de l'Appel d'Offres (RPAO)¹¹⁴. Cette consécration des critères environnementaux n'est toutefois pas absolue.

B. UNE OUVERTURE LIMITÉE

Les barrières à une intégration sans formalisme des critères environnementaux sont nombreuses. D'abord, « *le droit des marchés publics pose un singulier problème d'orientation et est encore à bien des égards, surtout dans ses rapports avec les autres contrats publics d'affaires, (...), un labyrinthe procédural* »¹¹⁵. Cet état de chose rend difficile l'implémentation des politiques publiques, notamment la protection de l'environnement par le truchement des marchés publics. S'il est admis que les droits garantissant les procédures sont relatifs aux libertés individuelles, alors que les règles relatives au développement durable prennent l'homme dans un groupe et non plus seul comme un individu¹¹⁶ (...), on peut admettre que les principes sociaux et environnementaux diffusés par le développement durable sont d'inspiration collectiviste¹¹⁷. « *Ils répondent en effet à la volonté de préservation des ressources de l'humanité dans son ensemble. Dès lors, leur intégration avec le droit de la commande publique, dont les fondements sont construits sur des normes issues des principes individualistes de la philosophie des lumières ne pouvait être que problématique. Le respect de l'environnement et l'équité sociale se confrontent ainsi naturellement avec le principe de liberté d'entreprendre, le principe d'égal concurrence et le principe d'égal accès à la commande publique*¹¹⁸ ». L'existence de cette difficulté n'émousse pas l'élan protectionniste du Code des marchés publics béninois qui, implicitement permet la prise en compte de l'environnement. Toutefois, cette intégration connaît des limites qui tiennent tant à l'interdiction des discriminations injustifiées (1) qu'à la difficulté d'interprétation de la notion du lien avec l'objet du marché (2).

¹¹⁴ Élément constitutif du dossier d'appel d'offres défini à l'article 56 du code des marchés public en vigueur.

¹¹⁵ BRACONNIER (S.), *Précis du droit des marchés publics, op.cit.*, p. 10

¹¹⁶ WILINSKI (F.), « De l'intégration du développement durable dans les contrats de commande publique », *Contrats et Marchés Publics*, décembre 2011, n°12, p. 11.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Idem.

1. *L'interdiction des discriminations injustifiées*

La substance de cette interdiction réside dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique et tout particulièrement, la liberté d'accès, l'égalité de traitement, la transparence des procédures.

La liberté d'accès à la commande voudrait que tout entrepreneur, fournisseur, prestataire, qui ne soit « *placé sous l'effet d'une interdiction de soumissionner* »¹¹⁹ puisse se porter candidat à l'attribution d'un marché public. L'autorité contractante en établissant les critères de qualification doit éviter les clauses qui écartent certaines catégories de candidats de sorte que l'accès soit libre et impartial¹²⁰. Elle devra en outre veiller à ce que toutes les exigences et les conditions d'exécution soit justifiées par l'objet du marché et permettre ainsi à toutes les personnes qui remplissent les conditions¹²¹ d'y prendre part.

Le principe d'égalité de traitement des candidats est le corollaire du principe constitutionnel d'égalité devant la loi, affirmé par plusieurs instruments internationaux dont la Déclaration Universelle des droits de l'homme et des peuples¹²² oblige l'autorité contractante à veiller « *à ce que la règle de jeu soit non seulement la même pour tous les candidats, mais encore qu'elle leur soit appliquée de manière identique* »¹²³. Il consacre « *l'ouverture du marché à toutes les entreprises intéressées* »¹²⁴, qu'elles soient nationales, communautaires ou internationales. La prohibition des discriminations injustifiées a motivé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 13 mai 1987 a censuré une directive au motif qu'elle a « *pour effet d'introduire une discrimination qui n'est pas en rapport avec l'objet de la réglementation des marchés publics et de porter ainsi une atteinte injustifiée à l'égalité de traitement qui doit être assurée entre les entreprises candidates à la présentation d'une offre* »¹²⁵.

¹¹⁹ Circulaire du 14 février 2012 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, JORF p.2600, pt.11.1.

¹²⁰ LAJOYE (C.), *Droit des marchés publics*, Paris, GUALINO, 6^{ème} éd., 2017, p.154.

¹²¹ DRAME (B.), *Droit comparé de la commande publique au sein de l'UEMOA, étude des droits des marchés publics du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal*, L'Harmattan, 2021, p.49

¹²² Voir l'article 1^{er} de la Déclaration Universelle des droits de l'homme et des peuples de 1949

¹²³ KOEBEL (B.), « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *contrats et marchés publics*, 2004, p. 9.

¹²⁴ DRAME (B.), *op.cit.*, p. 100.

¹²⁵ CE ; 13 mai 1987, Société Warner Isofi Isolation

En raison du caractère consécutif des principes fondamentaux, on ne parlera de transparence des procédures que lorsque les deux premiers sont respectés. La transparence impose que les modalités de publicité et de mise en concurrence mise au point par l'autorité contractante soit d'une impartialité irréprochable ; ceci passe par la définition sans ambiguïté des besoins, l'utilisation de documents d'appel à concurrence et contractuels pertinents, l'utilisation des critères de qualification objectif et la clarté du choix de l'attributaire du marché. « Elle consiste à garantir en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des marchés publics à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »¹²⁶.

Le critère environnemental désormais admis par le code des marchés publics doit respecter les conditions de légalité ci-dessus citées et « en particulier justifié par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution et ne pas permettre au pouvoir adjudicateur une liberté quasi inconditionnée de choix confinant à lui accorder un pouvoir discrétionnaire »¹²⁷. À cet égard, le Conseil d'Etat souligne que les critères environnementaux et sociaux utilisés par un pouvoir adjudicateur pour la sélection des offres doivent être suffisamment précisés dans les documents de consultation et être justifiés par l'objet du marché¹²⁸. La procédure déterminée par l'autorité contractante « devra permettre la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et être transparente et ce faisant, assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. En conséquence, elle doit proscrire toute discrimination, tout localisme ou tout favoritisme et être rendu publique (...) »¹²⁹. Les modalités de publicité¹³⁰, doivent être suffisantes pour permettre une réelle mise en concurrence telle que définie aux articles 28 et 48 du code des marchés publics.

Par-delà ces limites, et sans être exhaustif, la prise en compte des considérations environnementales continue de se heurter à d'autres difficultés d'application.

¹²⁶ VISAL -NAQUET (A.), « La transparence », in DRAME(D.), *Droit comparé de la commande publique au sein de l'UEMOA, étude des droits des marchés publics du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal*, L'Harmattan, 2021, p.66.

¹²⁷ LAJOYE (C.), *op. cit.* p.275

¹²⁸ CE, 15 février 2013, n°363921, Société Derichebourg polyurbaine : contrats Marchés publics 2013, comm.104, note P. Devilliers.

¹²⁹ LAJOYE (C.), *op.cit*, p.302.

¹³⁰ Définies à l'article 63.

2. *L'interprétation difficile de la condition du lien avec l'objet du contrat*

Le rattachement des préoccupations environnementales à l'objet du marché et à tous les stades du processus facilite la prise en compte des critères environnementaux même si son « *interprétation demeure difficile* »¹³¹. Cette difficulté non abordée par le droit béninois des marchés publics est bien illustrée en droit européen et en droit français. En effet, la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précise que « *les critères d'attribution sont réputés liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services ; ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel* »¹³².

Cette position semble être prise par la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession selon laquelle « *afin que les considérations sociales et environnementales soient mieux prises en compte dans les procédures d'attribution de concession, il convient que les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices soient autorisés à appliquer les critères d'attribution ou des conditions d'exploitation des concessions liés aux travaux ou services à fournir ou à réaliser en vertu du contrat de concession sous tous leurs aspects et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, depuis l'extraction des matières premières utilisées pour le produit jusqu'à l'élimination de celui-ci, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux ou services, ou dans un processus spécifique lié à un stade ultérieur de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel* »¹³³. Le droit français ne considère pas ces présomptions de lien ; celui-ci contrairement au droit européen qui ne permet l'utilisation des critères additionnels que lorsqu'ils sont liés à l'objet du

¹³¹ MULLER (E.), *op.cit.* p.116.

¹³² Voir Article 67-3 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics.

¹³³ Voir Considérant n°64 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

contrat, lui, les autorise dès lors qu'ils sont justifiés « *par l'objet ou les conditions d'exécution du contrat* »¹³⁴. Le droit français propose ainsi de substituer à la condition européenne, un lien avec les conditions d'exécution « *...même si la liaison entre critères et conditions d'exécution est légitime, elle ne doit pas être systématiquement imposée, puisque les deux instruments n'ont pas exactement les mêmes vertus : alors que le clauses d'exécution rehaussent d'une façon générale le niveau des prestations attendues, les critères devraient permettre de créer une forme d'émulation en privilégiant de façon plus générale le mieux disant social ou environnemental.(...),il sera difficile de prendre en considération des aspects sociaux ou environnementaux sans en trouver le reflet dans les conditions d'exécution du marché* »¹³⁵. Cette hypothèse fait craindre, le risque de tomber dans le critère de politique générale proscrit par la jurisprudence¹³⁶. On mesure bien combien le critère du lien avec l'objet peut se révéler d'une interprétation délicate et combien, évidemment, il limite les possibilités de faire de la commande publique un levier de politique générale, fut ce au service du développement durable. *Revue Africaine de Droit des Contrats Publics*

Les autorités contractantes bien que disposant d'une marge de manœuvre en ce qui concerne la définition de l'objet du marché, ne doivent restreindre ou fausser la concurrence. Les dispositions du code des marchés publics en général, et les principes fondamentaux de la commande publique en particulier doivent être toujours respectés, même s'il s'agit de marchés à procédures adaptées¹³⁷. De même, les spécifications techniques¹³⁸ ne peuvent être ni rédigées, ni utilisées de manière discriminatoire. Opter pour une description fonctionnelle de l'objet du marché permettra de décrire l'effet recherché en termes de protection de l'environnement. Utiliser une terminologie écologique, aura pour avantage de montrer clairement l'importance de l'aspect environnemental. On pourra aussi se référer à des plans d'actions internes des autorités con-

¹³⁴ Voir Article 47 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats concession en France.

¹³⁵ MULLER (E.), *op.cit.* p.118.

¹³⁶ Pour une illustration, CE 25 mai 2018, n°417580, Société Chiffolleau c/Nantes Métropole.

¹³⁷ Dans le contexte de la commande publique béninoise, s'entend de tout marché en dessous de seuil de passation

¹³⁸ Document transcrivant l'expression fonctionnelle d'un besoin, c'est à dire en termes de performances

tractantes ou à des directives de politiques nationales se rapportant aux achats durables, ou encore recourir à la pratique vertueuse et utile¹³⁹ du *sourcing* environnemental¹⁴⁰ ou du *benchmarking* environnemental¹⁴¹. Lors de la définition de l'objet du marché, ces choix doivent être guidés par la transparence¹⁴². La Commission d'Ouverture et d'Evaluation (COE) doit être objective lors de l'analyse des résultats et ne pas favoriser l'un ou l'autre soumissionnaire potentiel.

« Imposer le respect d'un label est possible sous réserve du respect de plusieurs conditions : les conditions exprimées par le label doivent être liées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, être fondées sur des critères objectivement vérifiables et non discriminatoires. Une exigence de transparence, d'ouverture et d'impartialité s'impose, ainsi que la possibilité pour le cocontractant d'apporter une preuve équivalente de la satisfaction des exigences imposées par l'acheteur »¹⁴³.

Pour finir, l'insertion des clauses environnementales dans le contrat (condition d'exécution du contrat) peuvent être prévues par les autorités contractantes « parmi les conditions d'exécution du contrat, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat »¹⁴⁴.

CONCLUSION

La commande publique durable ne doit plus être considérée « comme une thématique à part car élitiste ou luxueuse et conduisant à des surcoûts »¹⁴⁵. L'enjeu pour les autorités contractantes est bien d'intégrer les critères environnementaux dans les différents stades de la commande. La prise en compte de l'environnement est rendue possible à l'étape de définition des besoins par l'article 23 du code des marchés publics béninois,

¹³⁹ PEROIS(E.), SERY(L.), « Le *sourcing* : démarche vertueuse ou piègeuse pour les acheteurs pour les acheteurs publics », Contrats et marchés publics, n°3, mars 2018, étude 3.

¹⁴⁰ AKOKA(F.), *Contrats de la commande publique et environnement*, Thèse de doctorat en droit, Aix-Marseille, 2020, p.241.

¹⁴¹ AKOKA(F.), *ibid.*

¹⁴² La transparence contraint l'autorité contractante à informer préalablement les candidats des modalités de mise en concurrence. Elle leur permet aussi de connaître les règles du jeu aboutissant au choix du futur cocontractant

¹⁴³ MULLER (E.), *op.cit.* p.112.

¹⁴⁴ *Idem*, p.113

¹⁴⁵ SCHIESSER (P.), CANTILLON (G.), *op., cit.*, p.219.

la jurisprudence du Conseil d'État. Cette intégration reste toutefois limitée par les principes fondamentaux de la commande publique.

« Le respect du droit, des principes fondamentaux de la commande publique et des procédures, pensés pour garantir la bonne utilisation des deniers publics et lutter contre la prévarication, ne doit pas être contre-productif. A trop juridiciser l'acte d'achat, on peut également aller à l'encontre de l'intérêt général. Il ne s'agit pas de s'affranchir des règles, (...) mais plutôt de les appliquer dans toute leur dimension (...). La force du droit réside dans sa souplesse, sa capacité à innover dans le respect des principes fondamentaux »¹⁴⁶. Pour être durable l'achat doit être juridiquement et judiciairement responsable. « L'achat public durable n'est pas un sujet nébuleux, mais bien au contraire structuré par des objectifs précis de préservation de l'environnement, de progrès social, de développement économique et porteur d'économies substantielles »¹⁴⁷. S'inscrire dans la durée n'est-il pas un des critères de légitimité de l'action publique ? « Cette nouvelle orientation appelle également à une réflexion (...) sur les modalités de financement des marchés publics et la capacité des organismes bancaires à proposer des financements qui intègrent non seulement le coût d'investissement, mais également le coût de fonctionnement, en particulier des ouvrages publics. Cette réflexion vaut notamment pour les bâtiments dont le choix en faveur de l'énergie passive, voire de l'énergie positive constitue incontestablement un surcoût de départ, mais une réduction du coût à l'arrivée »¹⁴⁸.

Dans quelle mesure les subventions de l'État pour financer la commande publique pourraient-elles être utilisées, afin d'obtenir un meilleur rapport coût/efficacité¹⁴⁹, et participer à la construction « d'une économie innovante, durable, inclusive et compétitive »¹⁵⁰. Au niveau des collectivités territoriales décentralisées, dans quelle mesure les communes ayant opté pour des contrats intégrant la protection de l'environnement pourraient être récompensées en termes de bonus sur le montant de leur subvention

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ LEPAGE (C), op. , cit, p. IX

¹⁴⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, op., cit, p.2

¹⁵⁰ *Idem.*

l'année suivante. À partir de ces réflexions, c'est toute la commande publique et son financement qui sont interrogés.

La démarche de développement durable dans la commande publique béninoise mérite d'être soutenue par la volonté politique afin d'influencer le choix de citoyens qui, voyant la collectivité à laquelle ils appartiennent s'orienter vers la commande durable peuvent être tentés d'adopter la même démarche à titre individuel. « ...*La société ne changera réellement que lorsque les autorités publiques auront décidé d'adopter une attitude exemplaire* »¹⁵¹ Les projets « Agenda 21¹⁵²» illustrent un contexte favorable à la mise en place d'une politique d'achats durables. Enfin, s'agissant des outils, le code des marchés publics, la loi portant cadre juridique du Partenariat Public Privé et la jurisprudence sont autant de moyens qui permettent d'atteindre les ambitions affichées en termes de commande durable.



¹⁵¹ LEPAGE (C), préc. note 114, p. X.

¹⁵² Plan d'action pour le XIXe siècle adopté lors du sommet de la terre à Rio de Janeiro en juin 1992.

HEURS ET MALHEURS DE LA TRANSPARENCE DANS LES MARCHÉS PUBLICS AU CAMEROUN

Maurice Cédric MVOGO

*Ph.D. en Droit public (Université de Douala – Cameroun)
Chercheur au Centre d'Études et de Recherches Constitutionnelles,
Administratives et Financières (CERCAF)
mvogomauricecedric@yahoo.fr*

RÉSUMÉ

Convaincu que les marchés publics sont un levier important pour le développement, l'État du Cameroun a, au même titre que les autres de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale, adopté le principe de transparence. Ce dernier apparaît comme une réponse à la lutte contre les mauvaises pratiques tant décriées dans ce secteur au combien sensible. Il s'agit donc incontestablement d'un principe de démocratie et de bonne gouvernance. Les éléments sur lesquels il s'adosse le démontrent à suffisance tout comme ses mécanismes de protection. Toutefois, comme tout principe, il est mesuré. La relativisation dont il s'agit atteste de l'impossibilité, voire de la difficulté de généraliser et de systématiser la publication d'informations tous azimuts. C'est dire qu'un minimum d'opacité reste nécessaire et inévitable.

MOTS-CLÉS

Transparence, marchés publics, intérêt général, démocratie, bonne gouvernance.

INTRODUCTION

La démocratie est certainement l'une des notions les plus scandées et dont l'applicabilité s'avère à bien des égards, problématique¹⁵³. C'est d'ailleurs ce que relevait déjà Jean-Jacques ROUSSEAU en ces termes : « *s'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes* »¹⁵⁴. Malgré cette assertion quelque peu péremptoire, il n'en demeure pas moins vrai que la démocratie repose en tant que forme de gouvernement sur des principes fondamentaux axés sur la satisfaction de l'intérêt collectif et permettant aux citoyens d'être au parfum des actes posés par les gouvernants qu'ils ont choisis.

En effet, le rôle des représentants n'est pas d'exprimer une volonté qui serait préexistante dans le corps national¹⁵⁵. La volonté nationale n'existe qu'à partir du moment où un de leurs actes en fait connaître la substance¹⁵⁶. Il en est ainsi de l'exigence de transparence notamment en ce qui concerne la gestion de la chose publique¹⁵⁷ ou de l'argent public¹⁵⁸.

¹⁵³ Pour Hans Kelsen la démocratie est d'un point idéal, une forme d'État ou de société dans laquelle la volonté générale est formée ou l'ordre social est créé par ceux qu'il est appelé à régir c'est-à-dire le peuple, or il n'est pas possible que tous les individus qui sont obligés et régis par les normes de l'ordre étatique participent à leur création. Kelsen (H.), *La démocratie, sa nature - sa valeur*, Economica, 1988, pp. 25-27. Selon le professeur Jacques BAGUENARD, « *dans la pratique, les démocraties adoptent les formes variables d'appropriations diversifiées ; toutes sur le mode mineur, elles essaient de mettre en œuvre cette utopie majeure qu'est la Démocratie. Dans leurs courses toujours inachevées, elles naviguent constamment entre deux écueils, soit en s'éthérant dans une utopie mythifiée, soit en se terrant dans un réalisme compromettant. Le respect de la Démocratie se mesure à l'état d'esprit qui la vivifie, plus qu'à l'assemblage souvent complexe d'institutions concurrentes qui en accaparent les mécanismes ; c'est un art de vivre plus qu'une mécanique constitutionnelle, une "praxis" plus qu'une théorie* », BAGUENARD (J.), *La démocratie, une utopie courtisée*, Ellipses, 1999, pp. 154-155.

¹⁵⁴ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, 1966, Livre III, Chapitre IV, p. 108.

¹⁵⁵ BURDEAU (G.), *La démocratie*, Seuil, 1966, p. 39.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Lire KAMTO (M.), « La chose publique », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, vol. 2, n° 1, 2001, pp. 9-18.

¹⁵⁸ Lire FRISON-ROCHE (M.-A.), « Argent privé, argent public », *Archives de philosophie du droit*, n° 42, 1997, pp. 197-211.

Du point de vue étymologique, la notion de transparence est issue du latin *tranparens* ou plus exactement de l'expression *trans* qui signifie à travers et de *parere* qui veut dire paraître ou apparaître¹⁵⁹. Elle désigne donc une qualité de ce qui laisse paraître la réalité toute entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer¹⁶⁰.

Dans le droit des marchés publics, le principe de la transparence est, avec la liberté d'accès et l'égalité de traitement, l'un des trois piliers¹⁶¹. Il en gouverne la passation. Pour le professeur Daniel MBARGA NYATTE « *la transparence signifie que la passation des contrats administratifs doit respecter le principe de bonne gouvernance* »¹⁶². Bien plus, la transparence y désigne à la fois la publicité la plus large possible, afin qu'un maximum de candidats puisse répondre à une procédure, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession ; et à la fois un devoir d'explication et de justification auprès des candidats évincés desdites procédures¹⁶³.

En clair, ayant pour l'objectif premier est d'établir une relation de confiance¹⁶⁴, la transparence s'oppose à l'opacité. En ce sens qu'elle est le prolongement naturel de la publicité et induit aussi des éléments supplémentaires d'une concurrence effective, à savoir des règles en matière d'information et de motivation¹⁶⁵. Ces différentes définitions doctrinales prennent appui sur un arrêt rendu par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), le 7 décembre 2000. Cette juridiction a notamment précisé que

¹⁵⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, p. 1028.

¹⁶⁰ *Le Grand Robert de la langue française*, version électronique 2.0, 2005, www.lerobert.com

¹⁶¹ PEYRICAL (J.-M.), « La transparence dans les marchés publics », *Constructif*, n° 51, 2018, p. 17.

¹⁶² MBARGA NYATTE (D.), « Les bases du contrat administratif au Cameroun », in ONDOA (M.) et ABANE ENGOLO (P. E.) (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, L'Harmattan, 2016, p. 268.

¹⁶³ PEYRICAL (J.-M.), « La transparence dans les marchés publics », art.cit, p. 17.

¹⁶⁴ BEGNI BAGAGNA, « Le principe de transparence dans les finances publiques des États membres de la CEMAC », *Revue Africaine de Finances Publiques*, n° 2, 2017, p. 187.

¹⁶⁵ DEOM (D.) et NIHOUL (P.), « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *Revue générale de droit*, vol. 36, n° 4, 2006, p. 815.

« l'obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »¹⁶⁶.

Dans le contexte français, le Conseil d'État est davantage plus explicite. Selon la Haute juridiction administrative française :

« pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné »¹⁶⁷.

Dans le cadre communautaire, il faut relever que la transparence des procédures de passation des marchés publics est liée à la rationalité, la modernité et la traçabilité de celles-ci¹⁶⁸. Si la doctrine publiciste française a pu se poser la question de savoir si l'intérêt général existait encore, elle a fort bien souligné qu'on ne saurait répondre par la négative dans la mesure où sa survivance est manifeste¹⁶⁹. Malgré la difficulté de sa

¹⁶⁶ CJCE, affaire C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH et Telekom Austria AG du 7 décembre 2000.

¹⁶⁷ CE, 30 mars 2009, Agence nationale pour l'emploi.

¹⁶⁸ Article 3 du règlement n° 06/09-UEAC-201-CM-20 du 11 décembre 2009 de la CEMAC portant procédures de passation et de règlement des marchés publics de la Communauté.

¹⁶⁹ Lire PONTIER (J-M.), « L'intérêt général existe-t-il encore ? », Recueil Dalloz, 1998, pp. 327-333.

saisine au plan notionnel, il est clair qu'il est lié au pouvoir discrétionnaire¹⁷⁰. C'est dire qu'il renvoie à ce que les autorités publiques ont reconnu comme tel¹⁷¹. C'est en vertu de lui que ces dernières sont habilitées à conclure des contrats administratifs¹⁷². L'intérêt général marque d'ailleurs leur particularisme au même titre que l'utilisation par la personne publique des prérogatives de puissance publique¹⁷³. Au rang des contrats administratifs qui suscitent le plus d'intérêt, se trouvent les marchés publics qui, aux dires du professeur Joseph OWONA, constituent une catégorie juridique d'une importance particulière en droit camerounais¹⁷⁴. La place essentielle qu'ils y occupent¹⁷⁵ déteint considérable sur leur importance pratique¹⁷⁶. Cette dernière est duale.

¹⁷⁰ BONNARD (R.), « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, t. XL., 1923, pp. 363-392 ; WALINE (M.), « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, t. XLVII, 1930, pp. 197-223.

¹⁷¹ ABANE ENGOLO (P. E.), « La pratique des déguerpissements publics en droit camerounais », in ONDOA (M.) (dir.), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, L'Harmattan, 2010, p. 223.

¹⁷² RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, 6^e éd., LGDJ, 2008, p. 68 ; DE LAUBADÈRE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 2, LGDJ, 1956, p. 22. Dans le jugement n° 147/04/05/ADD du 31 août UM NTJAM François c/État du Cameroun (MINDEF), le juge administratif précise que « pour qu'un contrat soit administratif, il faut la participation du contractant à l'exécution même du service public [...] Que de même, pour qu'un contrat soit administratif, il faut qu'il ait pour objet même l'exécution d'un service public ; en d'autres termes, que l'exécution du contrat ait pour but la satisfaction de l'intérêt général [...] Attendu enfin que le contrat administratif doit contenir des clauses exorbitantes du droit commun qui sont des stipulations ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles ou commerciales ; Qu'il s'agit en d'autres termes des clauses qui diffèrent par leur nature de celles qui peuvent être inscrites dans le contrat analogue de droit privé ; Que de telles clauses relèvent que les parties se sont placées sous un régime de puissance publique et une seule d'entre elles suffit à imprimer au contrat le caractère administratif ».

¹⁷³ DE LAUBADÈRE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 2, *op. cit.*, p. 22. Lire SANDIO KAMGA (A. H.), « Le critère de la puissance publique en droit administratif camerounais », in ONDOA (M.) et ABANE ENGOLO (P. E.) (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, *op. cit.*, pp. 223-243.

¹⁷⁴ OWONA (J.), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, EDICEF, 1985, p. 136.

¹⁷⁵ DUPUIS (G.), GUÉDON (M.-J.) et CHRÉTIEN (P.), *Droit administratif*, 10^e éd., Sirey Dalloz, 2007, p. 433.

¹⁷⁶ DE LAUBADÈRE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 1, LGDJ, 1956, p. 11.

Au plan quantitatif, ils représentent une part considérable du produit national¹⁷⁷. Au plan stratégique, ils constituent à la fois un instrument de la politique économique et gouvernementale ainsi qu'un enjeu économique majeur pour les opérateurs économiques¹⁷⁸. En d'autres termes, en tant que principale source de dépense après la dette, les marchés publics sont un outil de développement économique car susceptible d'œuvrer à la construction des infrastructures nécessaires à l'amélioration des conditions de vie des populations¹⁷⁹. Ils constituent l'un des moyens par lesquels l'administration assure le fonctionnement du service public¹⁸⁰.

Du point de vue strictement juridique, la notion de marché public en droit camerounais met en exergue les critères formel, organique¹⁸¹, financier, concurrentiel et matériel¹⁸². Il s'agit en fait d'un contrat écrit, passé conformément aux dispositions réglementaires, par lequel un entrepreneur, un fournisseur, ou un prestataire de service s'engage envers l'État, une collectivité territoriale décentralisée ou un établissement public, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant

¹⁷⁷ BIAKAN (J.), *Droit des marchés publics au Cameroun. Contribution à l'étude des contrats publics*, L'Harmattan, 2011, p. 13.

¹⁷⁸ BEYEGUE BOULOUMEGUE (E. G.), « La réforme des marchés publics », in ONDOA (M.) (dir.), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, op. cit., p. 246.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ DE LAUBADÈRE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. 2, op. cit., p. 18. Lire BIAKAN (J.), « Le critère de service public en droit administratif camerounais », in ONDOA (M.) et ABANE ENGOLO (P. E.) (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, op. cit., pp. 143-163.

¹⁸¹ Dans l'arrêt n° 83 du 22 décembre 1951, RENUCCI c/ Administration du Territoire, le Conseil du contentieux administratif camerounais précise qu'il « est bien compétent pour interpréter un contrat passé par une administration publique, en vue de participer au fonctionnement d'un service public et qui, par les clauses exorbitantes de droit commun qu'il renferme, présente le caractère de contrat administratif ». Lire également NJOYA YONE (C.), « L'autorité des marchés publics au Cameroun », *Revue Africaine de Droit et de Science Politique*, vol. VI, n° XI, 2018, pp. 150-151.

¹⁸² MOMO (C.) et KEMDJO TAGNE (F. H.), « La nouvelle réforme des marchés publics au Cameroun (2018) : entre innovations et incohérences », *Annales Africaines, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar*, vol. 1, n° 12, 2020, p. 201. Pour Christophe LAJOYE la définition résultant de la jurisprudence et de la doctrine française, permet de s'apercevoir que la notion de marché public repose sur trois éléments essentiels : l'élément organique, l'élément matériel et le mode de rémunération. LAJOYE (Ch.), *Droit des marchés publics*, 6^e éd., Gualino, 2017, p. 33. BATOUM-BA-NGOUE (S. T.), « La commande publique en droit camerounais », *RAMRES/SJP*, n° 1, 2020, pp. 300-318.

un prix¹⁸³. Cette appréhension est une parfaite transposition de la définition énoncée au niveau communautaire¹⁸⁴ par une norme de portée générale, obligatoire et directement applicable aux États membres de la Communauté économique et monétaire des États de l'Afrique centrale (CEMAC)¹⁸⁵.

L'étude de la transparence dans les marchés publics au Cameroun revêt un double intérêt qui est à la fois théorique et pratique. Au plan théorique, elle rend compte des dimensions institutionnelle et finaliste du droit administratif. Compte tenu de cet aspect, il est question d'analyser et de scruter les institutions impliquées dans la passation et le contrôle des marchés publics surtout lorsque certains auteurs affirment que la corruption y coule comme le sang dans le corps d'un être humain¹⁸⁶. Ses causes seraient l'absence de patriotisme et de respect de l'intérêt général et la mauvaise foi de certains fonctionnaires des finances qui brandissent régulièrement aux prestataires, l'insuffisance des disponibilités dans les caisses de l'État¹⁸⁷. Au plan pratique, la présente analyse vise à mettre un accent sur les obstacles à la concrétisation des normes

¹⁸³ V. article 5 alinéa w du décret n° 2008/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics. La même disposition précise dans ses alinéas suivant que les marchés de fournitures sont des marchés conclus avec des fournisseurs pour l'achat, la prise en crédit-bail ou la location-vente de produit ou de matériel. Les marchés de service sont conclus avec des prestataires de services pour la réalisation de prestations immatérielles dont l'élément prédominant est, soit quantifiable, soit non quantifiable. Les marchés des travaux sont quant à eux des marchés conclus avec des entrepreneurs en vue de la réalisation des opérations de construction, reconstruction, démolition, réparation, rénovation de tout bâtiment ou ouvrage, y compris la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes.

¹⁸⁴ Article 1^{er} du règlement n° 06/09-UEAC-201-CM-20 du 11 décembre 2009 portant procédures de passation et de règlement des marchés publics de la Communauté Économique et Monétaire des États de l'Afrique Centrale (CEMAC).

¹⁸⁵ Lire MOUBITANG (E.), « La classification des actes unilatéraux des organisations d'intégration économique africaines : cas de la CEMAC et de l'UEMOA », in KAMTO (M.), DOUMBE-BILLE (S.) et METOU (B. M.), *Regards sur le droit public en Afrique, Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph-Marie BIPOUN WOUM*, L'Harmattan, 2016, pp. 448-449.

¹⁸⁶ EBA'A (G. R.), *Lutte contre la corruption et les infractions assimilées au Cameroun. Regards critiques sur le Contrôle Supérieur de l'État, de la Chambre des Comptes, la Commission Nationale Anti-Corruption et le Tribunal Criminel Spécial*, Presses de l'UCAC, 2019, p. 181.

¹⁸⁷ *Ibid.*

juridiques formulées en matière de transparence. En d'autres termes, il est question de relever les zones d'ombre de la réglementation existante concernant les mécanismes procéduraux de passation des marchés publics dans la mesure où ils sont nécessaires pour leur régularité¹⁸⁸.

Eu égard à ce qui précède, il sied de se demander quelle est l'effectivité de la transparence dans les marchés publics au Cameroun ? Pour y répondre, il est nécessaire de recourir à une méthode appropriée en raison de la particularité de la notion d'effectivité qu'il convient de considérer comme « *le rapport entre les comportements que prescrit une norme et les comportements réels. Elle désigne le fait que la norme est respectée, c'est-à-dire invoquée et appliquée, par les juges et/ou par les pouvoirs publics et/ou par les particuliers* »¹⁸⁹.

Ainsi, d'un point de vue méthodologique, au-delà d'une simple prise en compte des textes juridiques en vigueur, il convient de prendre en compte le positivisme factueliste. Celui-ci permet de rechercher l'application ou la concrétisation du droit dans la réalité sociale. Sur la base de cette méthode ainsi indiquée, il convient de souligner en guise d'hypothèse que la transparence est un principe certes affirmé mais mitigé. En effet, s'il ressort à première vue que ce principe a l'avantage d'être juridiquement ambivalent **(I)**, ses malheurs résultent de son application doublement mesurée **(II)**.

I. UN PRINCIPE JURIDIQUEMENT AMBIVALENT

La transparence est un principe juridiquement ambivalent dans le droit des marchés publics camerounais en raison non seulement de sa formalisation **(A)** mais aussi de la protection dont elle fait l'objet **(B)**.

¹⁸⁸ NLEP (R. G.), *L'administration publique camerounaise. Contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, LGDJ, 1986, p. 330.

¹⁸⁹ COHENDET (M.-A.), « Légitimité, effectivité et validité », in *La République, Mélanges en l'honneur de Pierre AVRIL*, Montchrestien, 2001, p. 209. Lire aussi FATIN-ROUGE STÉFANINI (M.), GAY (L.) et VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, 352 p.

A. LA FORMALISATION

À la lumière du droit en vigueur, trois dimensions sont à prendre en compte pour analyser la transparence dans les marchés publics. D'une part, il faut relever inévitablement que la transparence dans les marchés publics est fonction de la publicité dans leur passation. D'autre part, elle est fonction de l'intégrité dans leur attribution et leur dématérialisation. Conformément à l'article 72 du Code des marchés publics, ces derniers sont passés par voie d'appel d'offres après mise en concurrence des co-contractants potentiels de l'administration. Cette prescription interdit donc par principe à l'initiateur de la commande publique de limiter la diffusion de l'avis d'appel à compétition sous peine de tomber dans l'illégalité¹⁹⁰. Il s'agit d'un principe qui assure leur publicité dans la mesure où ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'ils peuvent être attribués selon la procédure de gré à gré dans les conditions bien définies¹⁹¹. C'est à la fois une procédure centrale et de principe¹⁹².

D'un point de vue notionnel, l'appel d'offres désigne la procédure par laquelle l'attribution d'un marché intervient après un appel public à concurrence¹⁹³. Il s'agit pour l'autorité contractante de mettre publiquement en concurrence des candidats, sur la base de critères objectifs¹⁹⁴ préalablement portés à leur connaissance, en vue d'attribuer le marché à celui qui présentera une offre conforme et surtout la moins-disante. Il peut être soit ouvert lorsqu'il invite tous les candidats intéressés à remettre, dans un

¹⁹⁰ MBARGA NYATTE (D.), « Les bases du contrat administratif au Cameroun », in ONDOA (M.) et ABANE ENGOLO (P. E.) (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais, op. cit*, p. 267.

¹⁹¹ BALLA MANGA (L. P.), « Le choix du cocontractant de l'administration dans les États d'Afrique subsaharienne : l'exemple du Cameroun », *RCC*, n° 4, 2020, pp. 191-240.

¹⁹² CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2005, p. 1192.

¹⁹³ Article 72 alinéa 1 du décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

¹⁹⁴ Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 73 du Code des marchés publics de 2018, les critères de choix tiennent compte de la qualité et de la capacité personnelle des candidats ; du prix des prestations et variantes éventuelles proposées ou du coût de leur utilisation ; du délai d'exécution ou de livraison de la prestation ; de la valeur technique et fonctionnelle des prestations notamment, les conditions d'exploitation et d'entretien ainsi que de la durée de vie potentielle des ouvrages produits ou des fournitures et services concernés.

intervalle donné de temps, leurs offres¹⁹⁵, soit restreint lorsqu'il est précédé d'une pré-qualification ou avec concours si des motifs technique, esthétique ou financier justifient des recherches particulières¹⁹⁶. Sous cet angle, le principe de transparence suppose tout d'abord la publicité via l'appel d'offres du point de vue processuel. Celle-ci irradie aussi le contenu matériel du dossier y afférent.

Le dossier d'appel d'offres est sans doute un élément fondamental pour l'information claire et précise des candidats et surtout un moyen de prévention de l'arbitraire du pouvoir adjudicateur. La diversité d'éléments qu'il renferme l'atteste à suffisance¹⁹⁷. Après publication de l'avis d'appel d'offres dans le journal de marchés publics de l'agence de régulation instituée à cet effet¹⁹⁸, il est mis à la disposition de chaque candidat qui en fait la demande¹⁹⁹.

Pour ce qui est de l'intégrité dans la sélection des candidatures, le Code des marchés publics a posé diverses règles touchant tant au plan personnel que fonctionnel. S'agissant des personnes, il est à noter que les présidents et les membres des commissions de passation des marchés sont choisis parmi les personnalités jouissant d'une bonne moralité et maîtrisant la réglementation relative à ces derniers²⁰⁰. À la lumière de ce

¹⁹⁵ Article 75 alinéa 1 du Code des marchés publics. Lire RICCI (J-C.), *Droit administratif*, 4^e éd., Hachette, 2004, p. 74. BIAKAN (J.), *Droit des marchés publics au Cameroun...*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁹⁶ Article 79 du Code des marchés publics.

¹⁹⁷ Aux termes de l'article 86 du Code des marchés publics, « l'avis d'appel d'offres doit mentionner notamment : a) la référence de l'appel d'offres comprenant le numéro, le type d'appel d'offres, l'identification de la commission des marchés publics et de la commission de contrôle des marchés compétente le cas échéant, du maître d'ouvrage ou du maître d'ouvrage délégué, de l'exercice budgétaire, ainsi que la date de signature et l'objet ; b) le financement ; c) le montant de l'enveloppe budgétaire ; d) le type d'appel d'offres ; e) le ou les lieux où l'on peut consulter le dossier d'appel d'offres ; f) les conditions d'acquisition du dossier d'appel d'offres ; g) les conditions de rejet des offres ; h) les principaux critères de qualification des soumissionnaires ou d'évaluation des offres ; le lieu, la date et les heures limites de dépôt et d'ouverture des offres ; i) le lieu, la date et les heures limites de dépôt et d'ouverture des offres ; j) le délai pendant lequel les candidats restent engagés par leurs offres ; k) les conditions auxquelles doivent répondre les offres, notamment le montant de la caution de soumission ; l) le nombre maximum de lots dont un soumissionnaire peut être attributaire en cas d'allotissement ».

¹⁹⁸ Il s'agit de l'Agence de Régulation des Marchés publics (ARMP) conformément au décret n° 2001/048 du 23 février 2001 portant sur sa création et son fonctionnement.

¹⁹⁹ Cf. articles 75 et 88 du Code des marchés publics.

²⁰⁰ Article 15 alinéa 1 *ibid.*

qui précède et bien que n'étant pas explicitement énoncée, l'on peut subodorer qu'une enquête est préalablement faite avant leur désignation. Ce qui voudrait dire en effet que certains éléments judiciaires peuvent être pris en compte à l'instar du casier judiciaire qui est un fichier personnalisé où sont rassemblés, en autant de fiches que de décisions, les condamnations et autres mesures dont la loi prévoit la mention²⁰¹.

En outre, en ce qui concerne les présidents de ces organes d'appui technique²⁰², le Code des marchés publics a en son article 15 alinéa 2, précisé qu'ils sont nommés pour un mandat de deux ans, renouvelable une fois et qu'il est possible d'y mettre fin à tout moment en cas de manquement grave avéré. Deux constats s'imposent dès lors. Premièrement, la limitation du mandat dans le cas d'espèce constitue un facteur déterminant de responsabilisation des membres desdites commissions. Secondement, l'hypothèse de sa rupture avant échéance et à tout moment s'avère être une épée de Damoclès suspendue sur leur tête et partant, assurant une fonction de dissuasion contre toute velléité d'abus de la réglementation en vigueur.

Au plan fonctionnel, il convient de relever qu'aux termes de l'article 17 du Code des marchés publics, la commission de passation des marchés publics ne peut valablement délibérer qu'en présence de son président, de deux membres au moins, du secrétaire et de l'observateur indépendant le cas échéant. Les résolutions y sont prises à la majorité simple des voix des membres présents. En cas d'égalité des voix, celle du président est prépondérante. Même si le quorum n'est pas requis lorsqu'elle siège sur l'ouverture

²⁰¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit, p. 151.

²⁰² Conformément à l'article 9 du Code des marchés publics de 2018, ils sont placés auprès des maîtres d'ouvrages, des maîtres d'ouvrages délégués, des gouverneurs de région, et des préfets, pour la passation des marchés publics dont les montants sont au moins égaux à cinq (05) millions de francs CFA. À ce titre, ils examinent et émettent un avis technique sur les projets de dossiers d'appel d'offres, et de demandes de cotation préparés par les maîtres d'ouvrages et les maîtres d'ouvrages délégués ; examinent et adoptent, le cas échéant, les grilles de notation avant le dépouillement des offres ; procèdent à l'ouverture des plis ; constituent les sous-commissions d'analyse des offres ; préparent le cas échéant, les dossiers à soumettre à l'avis des commissions centrales des marchés ; formulent des propositions d'attribution des marchés aux maîtres d'ouvrages ou aux maîtres d'ouvrages délégués ; examinent et émettent un avis technique sur les projets de marchés suivant la procédure de gré à gré.

des plis, la présence du président et du secrétaire est exigée et donc impérative. L'ouverture des plis se fait en séance publique conformément à la date qui a été préalablement fixée par la commission sous réserve des dispositions juridiques applicables aux marchés de prestation intellectuelle²⁰³.

En plus de ce classicisme procédural, la dématérialisation se positionne comme une substitution des documents physiques ou des procédures manuelles par des documents numériques ou des procédures automatiques. Elle consiste à mettre en œuvre des moyens électroniques pour effectuer des opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations sans support papier²⁰⁴. Elle n'est envisageable que pour les marchés publics passés par voie électronique via la plateforme « *Cameroon Online E-Procurement System* » (COLEPS)²⁰⁵. De façon concrète, l'institution de cette nouvelle procédure signifie que seront portées à la connaissance du public toutes les informations relatives aux marchés publics²⁰⁶ et partant, elle permettra de lutter contre la corruption²⁰⁷. Toutes ces différentes prescriptions normatives font l'objet d'une double garantie.

B. LA PROTECTION

Divers procédés de contrôle sont aménagés pour garantir le respect du principe de transparence dans la passation des marchés publics. Certains sont d'ordre juridictionnel tandis que d'autres ne le sont pas. Le contrôle non juridictionnel du respect des procédures de passation des marchés revêt un double caractère : *a priori* et *a posteriori*. En effet, il est, aux termes de l'article 24 alinéa 1 du Code des marchés publics, effectué

²⁰³ Article 59 du règlement n° 06/09-UEAC-201-CM-20 du 11 décembre 2009 portant procédures de passation et de règlement des marchés publics de la CEMAC et 19 du Code des marchés publics.

²⁰⁴ Article 2 alinéa f du décret n° 2018/0002/PM du 05 janvier 2018 fixant les conditions et modalités de passation des marchés publics par voie électronique au Cameroun.

²⁰⁵ Cf. décret n° 2018/0001/PM du 05 janvier 2018 portant création d'une plateforme de dématérialisation dans le cadre des marchés publics et fixant ses règles d'utilisation.

²⁰⁶ PEYRICAL (J-M.), « La transparence dans les marchés publics », art.cit, p. 19. Lire également DELELIS (Ph.), « La dématérialisation des marchés publics : principaux aspects juridiques et organisationnels », *Légicom*, n° 31, 2004/2, p. 60.

²⁰⁷ ABDELKADER EL AMRY, « La dématérialisation : déterminant primordial de l'efficacité de la commande publique », *European Scientific Journal*, vol. 14, n° 19, 2018, p. 64.

par des organismes techniques placés auprès du ministre chargé des marchés publics que sont les commissions centrales de contrôle des marchés²⁰⁸. Celles-ci sont notamment appelées à émettre leur avis sur la procédure de leur passation conformément à l'article 25 alinéa b du même texte. L'on peut toutefois regretter que la nature de l'avis n'ait pas été précisée afin d'en mesurer toute la portée au plan juridique.

En règle générale, un avis peut être facultatif simple ou non obligatoire. Si, d'une part, l'autorité administrative est libre de le demander ou non et, d'autre part, lorsqu'il est rendu, de le suivre ou non²⁰⁹. Il peut tout aussi être obligatoire lorsque l'autorité administrative doit consulter²¹⁰. À ce niveau, elle n'est pas tenue de s'en conformer. Mais, sa liberté d'action est limitée²¹¹. L'avis conforme en ce qui le concerne doit être demandé et suivi, l'administration garde la possibilité de renoncer à prendre une décision²¹². Si l'autorité administrative oublie de le demander ou s'il néglige de le suivre, sa décision est entachée d'un vice affectant sa compétence qui constitue un moyen d'ordre public²¹³.

L'autre acteur habilité à effectuer un contrôle non juridictionnel, est l'observateur indépendant. Aux termes de l'article 42 alinéa 1 du Code des marchés publics, il s'agit d'une personne physique ou morale recrutée, par voie d'appel d'offres par l'organisme chargé de la régulation des marchés publics afin de veiller au respect de la réglementation, aux règles de transparence et aux principes d'équité dans le processus de passation des marchés publics. L'alinéa 2 de la même disposition dispose qu'il assiste aux séances des commissions de passation des marchés publics ainsi qu'aux travaux des sous-commissions d'analyse des offres pour les marchés relatifs aux appels d'offres

²⁰⁸ Lire également l'article 3 du décret n° 2012/074 du 08 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement des commissions de passation des marchés publics.

²⁰⁹ VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.) et INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, 7^e éd., Sirey, 2005, p. 52.

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ *Ibid.*, pp. 52-53.

²¹² *Ibid.*, p. 53.

²¹³ *Idem.*

dont le montant cumulé des lots est supérieur ou égal à cinquante millions de francs CFA à l'effet d'effectuer une évaluation.

En outre, il est chargé de signaler les pratiques contraires à la bonne gouvernance dans le processus de passation des marchés publics, notamment dans les cas de trafic d'influence, de conflit d'intérêt ou de délit d'initié. L'observateur indépendant est clairement un acteur majeur en matière de commande publique, vu qu'il peut aussi relever des violations de la réglementation postérieurement à la passation d'un marché. De manière plus précise, sur la base de son rapport, l'autorité en charge des marchés publics peut annuler l'attribution d'un marché effectuée en violation de l'exigence de transparence²¹⁴. L'Agence régulation marchés publics est, aussi dans le cadre de ses missions de contrôle, chargée d'investiguer sur les procédures de passation des marchés publics et d'adresser un rapport annuel au président de la République²¹⁵.

En matière de contrôle juridictionnel, il convient de relever que malgré l'inexistence d'un texte particulier réprimant les violations pouvant affecter la passation des marchés publics, l'on relève que le législateur a énuméré dans le Code pénal, diverses infractions susceptibles d'entacher l'exigence de transparence qui y est un élément fondamental. C'est dire que si l'on peut noter que le droit des marchés publics a connu une codification-innovation²¹⁶ en 2018, il y subsiste une certaine codification à droit

²¹⁴ Article 42 alinéa 6 du Code des marchés publics.

²¹⁵ Article 3 du décret n° 2001/048 du 23 février 2001 portant création et fonctionnement de l'Agence de Régulation des Marchés Publics. Lire FOUUDA (G. J.), « Les organismes publics de régulation et de gouvernance en droit public camerounais : du foisonnement des autorités indépendantes et des établissements publics administratifs », *Revue de Droit Administratif*, n° 1, 2012, pp. 183-196.

²¹⁶ La codification-innovation réforme, affirme un ordre juridique nouveau, change le droit et crée un droit nouveau. BUREAU (D.), « Codification », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2014, p. 228. Sur les innovations du Code des marchés publics actuel, lire MOMO (C.) et KEMDJIO TAGNE (F. H.), « La nouvelle réforme des marchés publics au Cameroun (2018) : entre innovations et incohérences », *art.cit.*, pp. 199-238 ; DICKA (J. E.), « La nouvelle architecture juridique de passation des marchés publics au Cameroun sous le décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics : table rase ou transposition de la substance du modèle abrogé ? », in <https://hal.archives-ouvertes.fr>, 2020, pp. 1-32.

constant²¹⁷ quant à la reprise des atteintes à l'éthique déjà énumérées en matière pénale²¹⁸. L'on peut relever entre autres comme comportements réprimés et relevant de la compétence du juge pénal, la corruption active ou passive et le favoritisme. S'agissant de la première infraction, est puni d'un emprisonnement de cinq (05) à dix (10) jours et d'une amende de deux cent mille à deux millions de francs, tout fonctionnaire ou agent public national, étranger ou international qui, pour lui-même ou pour un tiers ; sollicite, agréé ou reçoit des offres, promesses, dons ou présents pour faire, s'abstenir de faire ou ajourner un acte de sa fonction²¹⁹. Pour ce qui est de la deuxième infraction, est punie des mêmes peines sus-évoquées, toute personne qui pour obtenir l'accomplissement, l'ajournement ou le refus d'accomplissement d'un acte, soit des faveurs ou des avantages, fait des promesses, offres, dons, présents ou cède à des sollicitations tendant à la corruption²²⁰.

Le délit de favoritisme désigne pour une autorité, l'action de rompre, dans un marché public, l'égalité des chances entre candidats, en procurant un avantage particulier injustifié à l'un des concurrents²²¹. En d'autres termes, une personne impliquée dans la sélection des candidats à l'obtention d'un marché public, ne devrait décider par faveur ou par inimitié contre l'un d'entre eux²²².

Le juge administratif peut aussi être saisi par les candidats potentiels, lorsqu'ils n'ont pas pu soumissionner en raison de la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence via la formation d'un référé précontractuel²²³. Ce recours a pour but de

²¹⁷ Ce type de codification ne prétend qu'à rassembler et ordonner les règles existantes sans créer de règles nouvelles. Lire BUREAU (D.), « Codification », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 228.

²¹⁸ Lire les articles 196 à 200 du Code des marchés publics.

²¹⁹ Article 134 alinéa de la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal.

²²⁰ Article 134-1 du Code pénal.

²²¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 450.

²²² V. l'article 143 du Code pénal.

²²³ BIAKAN (J.), *Précis de contentieux des contrats publics au Cameroun*, L'Harmattan, 2017, p. 75. Conformément à l'article 2 loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs, « (1) Les tribunaux administratifs sont des juridictions inférieures en matière de contentieux administratif au sens de l'article 40 de la Constitution. (2) Les tribunaux administratifs connaissent en premier ressort, du contentieux des élections régionales et

prévenir la passation d'un contrat qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence applicables²²⁴. Il permet aux candidats qui constatent un manquement à ces règles, d'obtenir du juge du référé qu'il prononce les mesures nécessaires pour y remédier avant la signature du contrat²²⁵. À ce niveau les pouvoirs du juge du référé précontractuel sont ceux d'un juge du fond, c'est-à-dire qu'il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, suspendre et annuler l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat²²⁶. Pour les contrats passés par les entités adjudicatrices, il dispose de pouvoirs moins étendus en ce sens qu'il peut ordonner de recommencer toute la procédure ou de la reprendre là où le manquement est apparu, exiger la réintégration d'un candidat évincé ou imposer la communication des motifs de rejet²²⁷.

Eu égard à ces différentes précisions, l'on pourrait croire que l'effectivité de la transparence est exempte de tout reproche tant il apparaît que ce principe fait l'objet d'une double protection. Y succomber signifierait que l'on ne prend pas suffisamment en compte sa spécificité et surtout l'état du droit dans lequel il est appelé à s'implémenter. À l'analyse de ces deux éléments, ce principe apparaît doublement mesuré.

II. UN PRINCIPE DOUBLEMENT MESURÉ

Exigence de démocratie et de bonne gouvernance en matière de commande publique, la transparence reste tout de même relativisée dans certains domaines en raison

municipales et en dernier ressort, de l'ensemble du contentieux administratif concernant l'État, les collectivités publiques territoriales décentralisées et les établissements publics administratifs, sous réserve des dispositions de l'article 14 (2) de la présente loi. (3) Le contentieux administratif comprend : a) les recours en annulation pour excès de pouvoir et, en matière non répressive, les recours incidents en appréciation de légalité. Est constitutif d'excès de pouvoir au sens du présent article : le vice de forme ; l'incompétence ; la violation d'une disposition légale ou réglementaire ; le détournement de pouvoir. b) les actions en indemnisation du préjudice causé par un acte administratif ; c) les litiges concernant les contrats (à l'exception de ceux conclus même implicitement sous l'empire du droit privé) ou les concessions de services publics... ».

²²⁴ BIAKAN (J.), *Précis de contentieux des contrats publics au Cameroun*, op. cit., p. 74.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ *Ibid.*, p. 78.

²²⁷ *Ibid.*, pp. 78-79.

de certains motifs. Ladite relativisation est à la fois explicite (A) mais aussi implicite (B).

A. LA RELATIVISATION EXPLICITE

À la lecture des textes juridiques, des constats se dégagent. Il existe des dérogations explicites à la transparence dans les marchés publics en raison de la confidentialité de certaines informations détenues par les candidats au marché et de la consécration du secret-défense. Les bénéficiaires de la première dérogation ne sont autres que les candidats dans un marché public. Sa portée est de préserver les rapports entre les acheteurs et leurs prestataires²²⁸. Ainsi, un acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques²²⁹.

S'agissant de la seconde dérogation, le professeur Bertrand WARUSFEL précise que

« parmi tous les secrets que le droit reconnaît et protège, le secret de la défense nationale est généralement considéré comme le secret suprême, ne serait-ce que par l'importance des peines qui en sanctionnent la violation. Mais c'est aussi parce qu'il est souvent opposé aux investigations de la Justice elle-même. Véritable attribut régalien, le secret de la défense nationale exprime toujours la survivance juridique d'une certaine raison d'État, mais c'est aussi une prérogative publique qui commence à être encadrée par le droit »²³⁰.

Il s'agit clairement d'une notion dont la définition et la délimitation ressortent du pouvoir discrétionnaire de l'administration²³¹. Elle sert généralement à protéger ce que l'on pourrait qualifier d'intérêts supérieurs de l'État. Elle trouve une application des

²²⁸ PEYRICAL (J-M.), « La transparence dans les marchés publics », art.cit, p. 19.

²²⁹ *Idem.*

²³⁰ WARUSFEL (B.), « Le secret de défense entre les exigences de l'État et les nécessités du droit », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 199, 2001, p. 1.

²³¹ *Ibid.*

plus strictes en matière des finances publiques²³². Tout comme en ce qui concerne une certaine catégorie des marchés publics à l'instar des marchés spéciaux qui sont assez singuliers. Les dispositions réglementaires du Code des marchés publics ne leur sont pas applicables. Contrairement à d'autres types de marchés qui sont soit des marchés passés par les personnes morales de droit privé pour le compte de l'État et ses démembrements ; soit de ceux passés par des personnes de droit privé lorsque ces marchés bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'État ou d'une personne morale de droit public ; soit alors passés dans le cadre d'une coordination ou d'un groupement de commandes ou par une centrale d'achat qui acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des maîtres d'ouvrage ou conclus dans le cadre des accords-cadres, des marchés de travaux, de fournitures ou de services²³³.

Conformément à l'article 71 du même Code, les marchés spéciaux sont des marchés publics qui ne répondent pas, pour tout ou partie, aux dispositions relatives aux marchés sur appel d'offres ou aux marchés de gré à gré et ils comprennent essentiellement les marchés relatifs à la défense nationale, à la sécurité et aux intérêts stratégiques de l'État. En effet, les marchés spéciaux concernent les acquisitions d'équipements, de fournitures ou de prestations directement liées à la défense nationale, à la sécurité et les marchés pour lesquels les intérêts stratégiques de l'État sont en jeu et ils sont passés après autorisation du président de la République.

En raison de ces aspects ou domaines d'application, ces derniers comportent des clauses secrètes et échappent à l'examen de toute commission des marchés publics. En clair, dans la première catégorie de ces marchés qui est relative à la défense nationale

²³² BEGNI BAGAGNA, « Le principe de transparence dans les finances publiques des États membres de la CEMAC », *op.cit.*, pp. 186-217 ; GUÉSSÉLÉ ISSÉMÉ (L. P.), « L'exigence de transparence dans les finances publiques des États de la CEMAC », *in* MÉDÉ (N.) et DEBÈNE (M.), *Les finances publiques entre globalisation et dynamiques locales, Mélanges en l'honneur de DIARRA Eloi et YONABA Salifou*, L'Harmattan, 2021, pp. 57-84 ; AKEREKORO (H.), « Variations autour des exceptions au principe de transparence budgétaire dans les espaces de l'UEMOA et de la CEMAC », *in* ONDOA (M.) et ABANE ENGOLO (P. E.) (dir.), *L'exception en droit, Mélanges en l'honneur de Joseph OWONA*, L'Harmattan, 2021, pp. 209-228.

²³³ Article 3 alinéa 2 du décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

et à la sécurité, l'on observe une dispense de publicité dans leur procédure de passation²³⁴. Ils sont conclus sous l'égide d'une procédure plus expéditive et accélérée faisant peu de cas de la concurrence²³⁵. Ces différentes dérogations sont tout à fait compréhensibles et justifiées dans la mesure où il s'agit généralement de la souveraineté de l'État.

Pour ce qui est de la seconde catégorie portant sur les « intérêts stratégiques de l'État », il est difficile de cerner quel est leur contenu exact. Tout ce que l'on constate est qu'ils représentent en tant que marchés publics un casse-tête.

D'ailleurs, s'agissant des marchés spéciaux qui ont été passés dans le cadre de la lutte contre la COVID-19, la Chambre des comptes²³⁶ a relevé que le groupe de travail interne qui a été créé par le ministère de la santé publique en raison de l'absence de précision des règles qui leur sont applicables, a rendu un avis fondé sur des critères peu transparents qui a été déterminant sur la décision d'attribution desdits marchés²³⁷. Y faisant suite, elle a recommandé au Premier ministre de mettre un terme à l'autorisation de recours aux marchés spéciaux dans le cadre de la riposte à ladite pandémie²³⁸.

Cette Chambre précise que si de par leur nature, les marchés spéciaux ne répondent pas aux dispositions relatives aux marchés sur appel d'offres ou aux marchés de gré à gré, « cela ne dispense pas pour autant le groupe de travail de l'obligation de transparence »²³⁹. Elle ajoute par ailleurs que

²³⁴ OWONA (J.), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op. cit., p. 151.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Sur son rôle lire SIETCHOUA DJUITCHOKO (C.), *La Chambre des comptes de la Cour suprême du Cameroun. Les principaux arrêts, avis, rapports de certification du compte général de l'État et rapports d'observations à fin de contrôle commentés*, 1^{ère} éd., EDLK, 2016, 476 p.

²³⁷ Synthèse du rapport d'audit de la Chambre des comptes sur le fonds spécial de solidarité nationale pour la lutte contre le coronavirus et ses répercussions économiques et sociales, juin 2021, p. 16.

²³⁸ *Ibid.*, p. 24.

²³⁹ Rapport d'audit de la Chambre des comptes sur l'utilisation des ressources du fonds spécial de solidarité pour la lutte contre le coronavirus, mars 2021, p. 3.

« celle-ci doit se traduire notamment par des séances de travail sanctionnées par des rapports permettant d'identifier les critères qui ont prévalu dans leurs différents avis et de s'assurer que celui-ci a été donné sur chaque commande publique »²⁴⁰.

In fine, certaines dérogations à la transparence explicitement consacrées par les textes, posent problème et c'est aussi le cas de celles qui sont engendrées par la qualité du droit²⁴¹ des marchés publics.

B. LA RELATIVISATION IMPLICITE

Le phénomène de codification du droit de la commande publique au Cameroun a incontestablement omis certains aspects clés relatifs à l'effectivité de la transparence affichée et réclamée. Il s'agit d'un problème consubstantiel à tout ordre juridique. En effet, les normes qu'il contient ne sauraient encadrer et prévoir toutes les situations possibles. C'est la raison pour laquelle l'on parle de lacunes.

Selon le Professeur Otto PFERSMANN, *Africaine de Droit des Contrats Publics*

« l'expression lacune est utilisée au moins en trois sens différents. En première acception, on dit qu'il y a lacune (parfois appelées "vraies lacunes") lorsqu'un ordre juridique ne contient pas une norme dont on estime qu'il devrait la contenir [...] En deuxième sens on parle de lacunes (parfois appelées "techniques"), lorsqu'une norme prévoit une action sans indiquer selon quelles modalités celle-ci devrait être réalisée [...] En un troisième sens enfin, opposé au premier, on dit que les ordres juridiques présentent des lacunes en tant qu'ils contiennent des règles indéterminées ne permettant pas de trancher directement un litige donné, conférant alors un pouvoir discrétionnaire à l'organe d'application »²⁴².

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Lire ABANE ENGOLO (P. E.), « La notion de qualité du droit », *Revue Africaine de Droit et de Science Politique*, vol. 1, n° 1, 2013, pp. 87-110.

²⁴² PFERSMANN (O.), « Lacunes et complétude », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2014, p. 911.

Les lacunes que l'on retrouve dans le Code des marchés publics s'agissant de la présente étude, sont de *vraies lacunes*. L'on en veut pour preuve l'absence d'implication du citoyen en vue de solliciter du pouvoir adjudicateur des informations sur la passation des marchés publics. Il n'existe pas non plus d'indication quant à son droit d'ester en justice pour le contraindre à le faire. Ce texte se contente de préciser qu'il est créé auprès de l'organisme chargé de la régulation des marchés publics, un comité chargé de l'examen des recours des soumissionnaires qui s'estiment lésés, ainsi que de la formulation des propositions de mesures appropriées à l'autorité chargée des marchés publics²⁴³. L'avantage d'une telle consécration d'un contrôle citoyen de la transparence des marchés publics aurait sans doute, pour effet de dissuader l'administration d'enfreindre la loi surtout même qu'elle est appelée à s'arrimer à l'exigence de dématérialisation qui induit un niveau élevé de transparence.

À cette lacune s'ajoute l'absence d'obligation de publication des cahiers de charge étant donné qu'ils contiennent les conditions particulières imposées au cocontractant de l'administration ou titulaire du marché. Il aurait été convenable de la consacrer en raison du fait que la transparence dans la passation des marchés publics n'intéresse pas que les soumissionnaires et les pouvoirs adjudicateurs, mais aussi et surtout les citoyens. C'est dans leur intérêt que ces contrats sont passés. De ce fait, ils devraient légitimement avoir le droit d'être informés sur les procédures et les règles qui les régissent et même avoir le droit d'accès à la justice²⁴⁴.

²⁴³ Cf. articles 49 alinéa 1 et 170 du Code des marchés publics. Aux termes de l'alinéa 1 de l'article 50 du même texte l'autorité chargée des marchés publics est le ministre des marchés publics. Toutefois, la doctrine affirme que cette autorité est duale dans la mesure où le président de la République est l'autorité originaire et le ministre des marchés publics, l'autorité délégataire. Lire NJOYA YONE (C.), « L'autorité des marchés publics au Cameroun », *op. cit.*, pp. 147-175.

²⁴⁴ GUIMDO DONGMO (B. R.), « Le droit d'accès à la justice administrative au Cameroun contribution à l'étude d'un droit fondamental », *RRJ*, 2008, pp. 453-498.

CONCLUSION

Il ne fait l'ombre d'aucun doute que la transparence est un principe très important dans les marchés publics. Les éléments sur lesquels elle s'adosse le démontrent à suffisance tout comme ses mécanismes de protection. Toutefois, comme tout principe, elle est mesurée. La relativisation dont il s'agit atteste de l'impossibilité, voire de la difficulté de généraliser et de systématiser la publication d'informations tous azimuts. D'une part, certaines réserves se justifient par la nécessité de préservation des intérêts supérieurs ou de défense nationale de l'État, tandis que d'autres protègent ceux des cocontractants de l'administration. D'autre part, les autres sont regrettables en raison du caractère lacunaire des normes juridiques en vigueur. *In fine*, si la transparence totale n'est ni réalisable, ni possible, ni souhaitable, une certaine transparence n'en demeure pas moins nécessaire²⁴⁵ surtout sur les questions de marchés publics qui intéressent la collectivité toute entière. Bien plus, cela permettra au Cameroun de se départir de cette image foncièrement négative de pays très corrompu.


RADOP
Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

²⁴⁵ KESSLER (D.), « L'entreprise entre transparence et secret », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 42.

LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ ET LE DÉVELOPPEMENT LOCAL EN AFRIQUE

Bakary DRAMÉ,
Docteur en droit, Enseignant-Chercheur
Université Paris-Saclay
Avocat au Barreau de Paris

RESUMÉ

Le présent article démontre le mécanisme des partenariats public-privé (PPP) et de leurs avantages pour les collectivités territoriales africaines. En effet, les besoins de financement pour réaliser les projets de développement local sont davantage importants. A cet égard, les PPP peuvent être des alternatives intéressants. Pour ce faire, le cadre juridique permettant aux collectivités territoriales de réaliser des projets en PPP a été analysé tout en mettant l'accent sur la nécessité de l'effectivité de la décentralisation. De la même manière, certains projets locaux adaptés au mécanisme des PPP sont illustrés.

MOTS CLÉS

Partenariats public-privé - décentralisation - collectivités territoriales - services publics - développement - financement.

INTRODUCTION

Les besoins de satisfaction de service public et d'intérêt général qui s'imposent à chaque État ont permis à de nombreux États africains à repenser leurs systèmes de gestion publique en optant pour la décentralisation. Il s'agit d'un mode d'aménagement administratif spécifique permettant de transférer aux structures locales un bloc de compétences pour la gestion des affaires locales. Sur le plan territorial et administratif, la décentralisation met en exergue le rapprochement non seulement du pouvoir des administrés mais aussi leur participation à la gestion des affaires locales tout en simplifiant le développement local. La décentralisation ainsi définie peut être appréhendée sur les plans de développement, d'aménagement territorial et de simplification fonctionnelle.

Toutefois, c'est davantage la dimension de développement qui nous interpelle dans le cadre de cette étude car les défis de développement local à travers les politiques de décentralisation nécessitent sans doute d'importants moyens financiers et d'infrastructures pour une bonne gestion des services publics locaux. Or, nombreux sont des États africains à la recherche de fonds de développement pour offrir des services publics efficaces.

Ce constat exige de penser à plusieurs moyens de mobilisation de ressources. Les partenariats public-privé (PPP) peuvent ainsi être des alternatives efficaces. Le contrat de PPP est un mécanisme optimal de développement pour les États en situation de contraintes budgétaires majeures.

Les PPP sont des contrats globaux. Ils confient aux opérateurs économiques une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires aux besoins des États et des collectivités locales, à la construction ou à la transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, le cas échéant, à d'autres prestations annexes.

Les PPP permettent donc la combinaison de plusieurs missions diverses confiées à un opérateur privé. Cela implique un financement principalement privé. De plus, le paiement du partenaire privé est différé. Autrement dit, l'opérateur privé est rémunéré soit par les usagers soit sous forme de loyers par la personne publique à compter de la mise à disposition des ouvrages construits. De même, la rémunération du partenaire privé est liée à des critères de performance fixés par le contrat pour chacune des phases du projet. Cela permet à l'opérateur de récupérer ses investissements et il transfère l'exploitation du projet à la personne publique (État, collectivités territoriales, établissements publics...).

Cette technique semble de plus en plus séduire des nombreux États africains en raison du fait qu'ils ont tous adopté ou en train d'adopter une législation PPP. A titre d'illustration, tous les États membres de l'UEMOA disposent d'une législation PPP. En outre, un projet de directive dans ce domaine est en cours d'adoption par l'UEMOA.

En réalité, l'intérêt des États africains pour les partenariats public-privé peut aussi naturellement s'orienter vers des projets locaux de développement. Cela pourrait d'ailleurs être un véritable moyen d'accélération du développement des collectivités locales qui ne disposent de moyens financiers suffisants.

Il serait donc pertinent de s'interroger sur les possibilités de mise en œuvre des PPP par les collectivités locales africaines et les avantages que ces dernières peuvent en tirer.

A cet égard, notre réflexion portera sur les possibilités juridiques de mise en œuvre des PPP par les collectivités territoriales africaines (I) et l'utilité des PPP pour ces collectivités (II).

I. LE CADRE JURIDIQUE PERMETTANT LA REALISATION DES PROJETS LOCAUX EN PPP

Les différentes refondations des États africains ont donné lieu à l'avènement de la décentralisation afin d'assurer l'autonomie des collectivités locales (A). Cela permet ainsi à cette catégorie de personne publique de pouvoir contracter des contrats de PPP (B).

A. L'EFFECTIVITÉ NÉCESSAIRE DE LA DÉCENTRALISATION

Les collectivités territoriales décentralisées sont de plusieurs ordres et varient en fonction des États. L'on peut ainsi reconnaître comme collectivités locales décentralisées : les régions, les départements, les cercles, les wilayas et les communes. Les collectivités territoriales exercent leurs compétences sur un ressort territorial bien défini, elles s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences. Elles sont dotées de la personnalité morale.

Pour donner plus de garantie fonctionnelle à ces collectivités locales, le principe de libre administration est proclamé par plusieurs Constitutions africaines. A cet égard, au Burkina Faso, au Cameroun, au Gabon, au Mali, au Sénégal et en Tunisie, les articles 101²⁴⁶, 55²⁴⁷, 112²⁴⁸, 70²⁴⁹, 67²⁵⁰ et 132²⁵¹ de leurs Constitutions respectives consacrent le principe de libre administration des collectivités territoriales. Ce principe permet à ces dernières d'avoir une autonomie de gestion administrative et financière.

Ce principe constitutionnel est généralement consolidé par des nombreux textes législatifs et réglementaires qui permettent de délimiter les compétences de chaque collectivité locale sur un territoire géographique précis. Cette approche part du postulat que « *les autorités locales sont les mieux qualifiées pour évaluer les forces et faiblesses de l'économie locale et les mieux armées pour définir et mettre en œuvre un projet collectif de développement* »²⁵².

²⁴⁶ Voir la Constitution burkinabè du 02 juin 1991.

²⁴⁷ Voir la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996.

²⁴⁸ Voir la Constitution gabonaise du 26 mars 1991.

²⁴⁹ Voir la Constitution malienne du 27 février 1992.

²⁵⁰ Voir la Constitution sénégalaise du 7 janvier 2001.

²⁵¹ Voir la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014.

²⁵² ZAKI (M), « Les entraves à l'autonomie financière des collectivités locales au Sénégal », *Revue Afrilex*, juin 2014, p.1.

En réalité, la suppression de la tutelle et la constitutionnalisation de la liberté de gestion des collectivités locales permettent à ces dernières de s'assumer pleinement et en toute autonomie en matière de développement local.

A titre d'illustration, au Sénégal, les collectivités locales « *ont pour mission la conception, la programmation et la mise en œuvre des actions de développement économique, éducatif, social et culturel d'intérêt régional, communal ou rural* »²⁵³.

Au Mali, le code des collectivités territoriales dispose que chaque collectivité (Communes, Cercles et Régions) règle par décisions de l'organe délibérant les affaires locales, notamment celles relatives au développement économique, social et culture (articles 22, 95, 163 CCT).

Au Cameroun, l'article 17 du code général des collectivités territoriales décentralisées dispose que « *l'État transfère aux collectivités territoriales les compétences nécessaires à leur développement économique, social, sanitaire, éducatif, culturel et sportif* ».

Au regard de ce transfert de compétences vers les collectivités locales, afin de renforcer le mécanisme de la décentralisation et permettre une meilleure participation des collectivités locales au développement national plusieurs structures d'appui des projets locaux ont été créées, telles que les agences de développement régional, des Conseils nationaux de développement des collectivités locales...

Cependant, malgré l'efficacité juridique et institutionnelle de la décentralisation en Afrique, nombreuses sont des collectivités territoriales qui souffrent à mettre en œuvre leurs projets de développement économique. Celles-ci sont confrontées à plusieurs difficultés d'ordre structurel, démocratique et de ressources humaines mais surtout d'un véritable transfert de leurs compétences et de leurs ressources financières. En d'autres termes, bien que les Constitutions et d'autres textes ont consacré la liberté d'action des collectivités locales, celle-ci reste grippée par plusieurs facteurs empêchant ces collectivités de jouir pleinement de leurs compétences respectives. Or, « *il ne peut y avoir exercice d'attributions effectives sans un minimum d'autonomie financière*

²⁵³ Article 3 du code général des collectivités locales.

qui s'avère (...) indissociable de la libre administration »²⁵⁴. La viabilité de tout système de décentralisation réside dans l'octroi aux collectivités locales des moyens matériels et didactiques nécessaires, aptes à leur assurer une autonomie financière vis-à-vis de l'Etat²⁵⁵.

A titre d'exemple, au Mali, certes il existe des avancées remarquables dans les secteurs de la culture, de l'hydraulique et de l'énergie. Toutefois, le transfert des compétences n'est réellement effectif que dans les domaines de l'éducation et de la santé. Cette situation s'explique entre autres par les contraintes budgétaires et l'insuffisance de ressources humaines compétentes pour certaines collectivités locales. Pourtant, il existe le Fonds national d'appui aux collectivités territoriales. Mais aussi les Contrats-plans Etat-Régions (engagement pluriannuel) qui font partie du dispositif de financement des collectivités territoriales. Les dotations financières aux collectivités territoriales sont également inscrites dans la loi de finances. Néanmoins, l'autonomisation des collectivités territoriales reste un sujet délicat.

Ce faisant, la valeur constitutionnelle de la libre administration sans l'entourer de garantie suffisante ne peut être pertinente. C'est pourquoi les collectivités territoriales rencontrent des difficultés à mettre en place des projets de partenariats public-privé alors qu'elles disposent de cette compétence.

B. LA COMPETENCE DES COLLECTIVITES LOCALES EN MATIÈRE DES PPP

Les collectivités territoriales ont toujours fait partie du premier cercle d'autorités contractantes. Certes, elles sont rattachées à l'État mais en matière de commande publique en tant que personnes morales de droit public, les collectivités locales sont expressément distinguées de l'État. Elles sont par définition des autorités contractantes.

²⁵⁴ PHILIP (L), « L'autonomie financière des collectivités territoriales », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12/2002, p. 96.

²⁵⁵ GADJI (A), « Décentralisation et développement local : réflexions à partir de l'exemple de la Côte d'Ivoire », *Revue ivoirienne de droit*, n° 41, 2010.

D'ailleurs, l'obligation de soumettre les achats publics locaux au code des marchés publics est largement affirmée par les réglementations supranationales et nationales africaines. De même, les lois relatives aux partenariats public-privé de plusieurs États africains donnent expressément compétence aux collectivités locales la possibilité de conclure des contrats de PPP²⁵⁶.

En réalité, la vocation des collectivités territoriales est de gérer l'ensemble des besoins collectifs des habitants dans une circonscription locale, grâce à une structure, des biens, un personnel et des ressources financières affectées à des services publics. C'est sur le fondement de ce principe que les collectivités locales détiennent leurs compétences en matière des contrats de partenariats public-privé. De sorte que leurs stratégies de développement prévoient la mise en œuvre d'investissements importants liés à l'exercice de leurs missions (transport, stade ou équipement de santé, de loisirs...). Pour ces collectivités, il est indispensable de bien analyser l'impact de chaque projet sur les finances locales afin de s'assurer de sa soutenabilité budgétaire.

Néanmoins, dans la pratique les projets des partenariats public-privé locaux sont quasiment inexistantes. L'État et ses démembrements sont au premier plan (ministères, établissements publics...). En général, les ministères qui portent de nombreux projets de PPP sont les ministères chargés de l'énergie et des infrastructures. Ces départements ministériels portent trop souvent des projets d'envergure à la place des collectivités locales.

De la même manière, le nombre des marchés publics locaux est assez faible comparativement aux marchés publics étatiques. Au sein des nombreux États

²⁵⁶ Voir. article 2 de la loi n° 020-2013/AN portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso ; article 2 de la loi n° 1/014 du 27 avril 2015 portant régime général des contrats de PPP au Burundi ; article 2 de la loi n° 2016-061 du 30 décembre 2016 relative aux PPP du Mali ; article 3 de la loi n° 2017-006 du 6 février 2017 relative aux PPP de la Mauritanie ; article 3 de la loi n° 2021-01 du 22 février 2021 relative aux contrats de PPP du Sénégal ; article 3 de la loi n° 2015-49 du 27 novembre 2015, relative aux contrats de partenariat public privé de la Tunisie.

africains, l'on constate que les marchés publics des collectivités locales occupent une place accessoire par rapport à ceux des administrations centrales.

Cette faiblesse des contrats locaux de la commande publique est simplement liée à l'absence d'une véritable décentralisation malgré la valeur constitutionnelle du principe de la libre administration des collectivités territoriales. En effet, la liberté contractuelle est clairement indispensable de la liberté d'administration des collectivités locales. C'est un principe qui domine la matière contractuelle. Il est « *le même en droit administratif qu'en droit privé* »²⁵⁷. Dès lors, les États africains doivent efficacement assumer leurs politiques de décentralisation.

Par exemple, les organisations sous-régionales (UEMOA, CEMAC...), doivent imposer aux États membres d'appliquer les textes et d'instaurer une véritable politique de décentralisation afin de donner plus d'autonomie aux collectivités territoriales d'exercer pleinement leur liberté contractuelle à travers la commande publique, plus précisément dans le cadre des PPP.

Dans cette perspective, l'intervention des organisations sous-régionales serait justifiée d'une part, par l'obligation d'harmonisation des règles relatives à l'adaptation des PPP locaux. D'autre part, une telle intervention donnera plus de visibilité à la réglementation des PPP dont l'existence est parfois ignorée par les collectivités locales. Cela pourrait être un moyen d'accélération du développement local. D'autant plus qu'il est possible pour les collectivités locales qui ne disposent pas des compétences et moyens nécessaires pour recourir à un contrat de PPP, de déléguer leurs compétences à une autre personne publique qui dispose des moyens nécessaires pour gérer leurs projets à leur place. Cette technique permet également aux collectivités locales de palier certains obstacles relatifs à l'effectivité de la décentralisation. Les collectivités territoriales seront donc incidemment plus autonomes pour passer des PPP.

²⁵⁷ LLORENS (F.), « Le recours des personnes publiques à la VEFA », *CJEG*, 1991, p.253.

Par ailleurs, on observera que malgré les obstacles liés à l'autonomisation des collectivités locales, elles doivent saisir l'opportunité des partenariats public-privé pour réaliser certains besoins importants en matière de développement socioéconomique, culturel et sportif.

I. LES PPP AU SERVICE DES BESOINS DES COLLECTIVITÉS LOCALES

L'intérêt des partenariats public-privé doit être au cœur du développement local (A) car plusieurs projets locaux peuvent être réalisés à travers ce montage juridique (B).

A. LES AVANTAGES DES PPP AU PROFIT DU DEVELOPPEMENT LOCAL

Confrontés à d'importants déficits budgétaires, nombreux gouvernements africains se tournent vers les partenariats public-privé (PPP) pour combler les manques financiers. Cela permet de financer certaines industries, construire des infrastructures, fournir des équipements sociaux et créer des emplois. D'ailleurs, cette technique a permis à plusieurs États africains de posséder d'infrastructures de classe mondiale.

En effet, ces dernières années plusieurs projets de PPP ont été réalisés sur le continent africain. Les plus fréquents sont des routes, des ponts et barrages de production d'électricité, d'énergie renouvelable, des infrastructures de santé et de télécommunication. Nous pouvons, par exemple, citer le pont Henri Konan Bédié à Abidjan en 2014, le plus grand parc éolien de l'Afrique subsaharienne (Lac Turkana) au Kenya, la route Dakar-Diamniadio, des centrales électriques et hydrauliques au Ghana, au Nigeria et au Rwanda, ainsi que le port Tanger-Med au Maroc, réalisé en 2007.

En réalité, la réduction des retards de développement des infrastructures en Afrique subsaharienne pourrait avoir d'importants effets sur la croissance économique. Selon une étude de la Banque Mondiale le PIB par habitant augmenterait de 1,7% par an si les pays africains rattrapent la moyenne des pays en développement dans le domaine d'infrastructure. De même, si les États africains arrivent à améliorer les infrastructures

pour rivaliser avec les pays les plus développés cela permettrait d'accroître le PIB par habitant de 2,6% par an²⁵⁸.

C'est pour ces raisons que les États africains doivent homogénéiser et décentraliser les grands projets locaux tout en faisant confiance aux collectivités locales de gérer de manière autonome leurs projets respectifs. D'autant que le continent a besoin de 93 milliards de dollars par an rien que pour ses besoins d'infrastructure²⁵⁹.

En outre, la mise en place des projets PPP locaux participera indirectement au développement général du pays puisqu'en général les investisseurs choisissent des zones où l'environnement est propice aux affaires. Au-delà de l'efficacité des systèmes juridique et judiciaire, les investisseurs s'intéressent le plus souvent aux zones relativement stables avec des bonnes infrastructures, des réseaux de communication et d'électricité fiables.

Par conséquent, le mécanisme des PPP est un élément incontournable pour les collectivités locales qui ont sans doute besoin de fonds complémentaires de développement d'infrastructures pour répondre à la croissance de la population locale et à la demande des services publics de base, voire mettre en place des environnements fiables pour les investissements.

Dans cette perspective, la technique des PPP étant un système gagnant-gagnant, les collectivités locales peuvent prétendre avoir réalisé les efforts visant à fournir des infrastructures ou des services pour les populations et les investisseurs privés peuvent promouvoir leur participation au développement socioéconomique tout en réalisant leurs chiffres d'affaires.

C'est pour ces raisons qu'un regard particulier doit être porté sur le mécanisme des partenariats public-privé dans le cadre de la réalisation de certains projets locaux de développement.

²⁵⁸ <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/31333/9781464814884.pdf>, consulté le 3 octobre 2021.

²⁵⁹ https://www.lepoint.fr/economie/les-infrastructures-un-defi-de-taille-pour-l-afrique-05-12-2016-2088165_28.php, consulté le 13 décembre 2021.

B. LES PROJETS LOCAUX ADAPTES AU MECANISME DES PPP

Les différentes difficultés auxquelles les collectivités locales font face doivent les pousser à explorer d'autres techniques de développement. A cet égard, pour une efficacité opérationnelle des services publics, le mécanisme des PPP pourrait être un moyen d'amélioration des conditions de vie des populations locales.

De plus, les milieux ruraux sont en retard par rapport aux milieux urbains en termes d'équipements. Pour cette raison, certains projets locaux prioritaires tels que les infrastructures médicales, l'accès à l'eau potable, l'électrification et l'assainissement peuvent être réalisés à travers le montage de PPP.

En premier lieu, il est constant que plusieurs États africains n'investissent suffisamment dans le système médical. Les systèmes de santé sont défaillants. Le coût annuel médian des soins de santé en Afrique subsaharienne est de 109 dollars par personne. Certains pays, comme le Burkina Faso, la République Démocratique du Congo, le Madagascar, le Mali, le Niger... dépensent à peine la moitié de cette somme par personne chaque année²⁶⁰. En 2010, seuls 23 pays africains consacraient plus de 44 dollars par habitant aux soins de santé²⁶¹.

Par conséquent, les besoins d'investissements privés se confirment davantage, notamment dans le secteur de la santé. Les PPP peuvent ainsi être une aubaine pour réaliser des infrastructures médicales au sein des villes urbaines et rurales afin d'apporter des soins de qualité.

En second lieu, de manière générale les PPP du secteur de l'eau ont souvent permis d'améliorer la qualité du service tout en diminuant la restriction d'accès à l'eau potable dans un grand nombre des villes en Afrique (en Guinée, au Gabon, au Niger, au Sénégal...)²⁶².

²⁶⁰ Source : <https://www.un.org/africarenewal/fr/magazine/ao%C3%BBt-novembre-2017/des-philanthropes-sunissent-pour-financer-la-sant%C3%A9>; lien consulté le 5 octobre 2021.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² Martin (P), « Public-private partnerships for urban water utilities: a review of experiences in developing countries », *PPIAF-World Bank*, 2009, p.3.

D'ailleurs, les performances des contrats de type affermage se sont révélées en général satisfaisantes. En Afrique subsaharienne, l'approche de l'affermage a donné d'excellents résultats en termes d'extension de l'accès à l'eau, tel est par exemple le cas du Sénégal. En Côte d'Ivoire, près de trois millions des personnes ont eu l'accès à l'eau courante à leur domicile avec des branchements entièrement financés par les recettes de facturation, sans aucun financement public²⁶³.

Ce faisant, même si certains PPP n'ont pas abouti à une meilleure continuité du service de l'eau. Les collectivités territoriales peuvent tirer les leçons de ces échecs afin de mettre en place des projets de PPP d'accès à l'eau potable notamment dans les milieux ruraux.

En troisième lieu, les besoins d'énergie sont de plus en plus importants à la fois pour les grandes villes mais aussi pour les villes rurales. Dans cette orientation, compte tenu de la situation climatique du continent, les PPP peuvent ainsi contribuer au développement des projets d'énergie solaire et d'énergie éolienne, plus grande ou de petite envergure qu'il soit dans le milieu rural ou urbain.

Les PPP dans le domaine de l'énergie renouvelable présentent plusieurs avantages pour les collectivités locales africaines. D'une part, nous disposons de suffisamment d'espace et le climat est favorable. D'autre part, l'avantage des PPP d'énergie renouvelable réside dans les économies des coûts. Il existe déjà des exemples en Afrique du Sud, au Ghana ou encore au Kenya.

En dernier lieu, le mécanisme des PPP peut être un moyen efficace aux problèmes d'assainissement de plusieurs villes africaines. En ce sens, certains besoins de collecte et de traitement des eaux usées ainsi que des ordures ménagères peuvent être satisfaits via les PPP.

D'ailleurs, plusieurs projets de station de traitement des eaux usées et des déchets sont en cours un peu partout, du Maroc, en passant par la Mauritanie, l'Angola et la Côte d'Ivoire... Pour le cas du Sénégal, il existe plusieurs stations de traitement des eaux

²⁶³ *Ibid.*

usées et d'épuration. A ce jour, c'est la ville de Caire en Égypte qui est dotée de la plus grande station depuis 2018, avec une capacité d'environ 2 millions de m³.

Outre ces domaines que nous estimons prioritaires pour le développement des villes africaines, il existe encore divers besoins potentiels pouvant être réalisés en PPP.

CONCLUSION

Bien que les PPP commencent à avoir un impact positif en Afrique, les États doivent faire preuve de prudence lors des montages de leurs projets. Pour ce faire, les États doivent se doter des compétences techniques, juridiques et financières à même de gérer le processus de passation et d'exécution des contrats. S'assurer également que les dirigeants impliqués dans chaque projet ne soient corrompus ni faibles afin de pouvoir bien négocier les contrats de PPP.

Par ailleurs, quel que soit l'autorité contractante (gouvernements ou collectivités locales), on doit faire preuve de prudence et à tirer les leçons des échecs des précédents projets de PPP sur le continent dont les montages n'ont pas été bien ficelés. Il faut reconnaître que les États de manière générale ont une perception d'entreprise sociale pour satisfaire les besoins des populations. Cela contraste donc avec les solutions du marché du secteur privé axées sur les profits. Par exemple au Maroc, l'État s'est heurté à une opposition concernant la modification des tarifs du service public de l'eau gérée en PPP dans plusieurs grandes villes suscitant des protestations quant à la tarification²⁶⁴.

En réalité, le succès d'un PPP qu'il soit porté par un gouvernement ou par une collectivité locale dépend de son montage qui doit impérativement être équilibré. Si cela n'est pas le cas, les risques de contracter des créances douteuses ou d'hériter d'un PPP qui n'est pas un partenariat gagnant-gagnant sont élevés.

²⁶⁴ Source : <https://multinationales.org/Revolte-des-bougies-manifestations-massives-contre-Veolia-a-Tanger-et-dans-le>; lien consulté le 3 octobre 2021.

QUALITÉ DE LA DÉPENSE PUBLIQUE ET CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Christian Fabrice YINDJO TOUKAM

Docteur Ph. D en Droit Public de l'Université de Douala (Cameroun)

RÉSUMÉ

L'évolution rapide du cours des évènements efface le souvenir de la gestion axée sur les moyens qui a pendant longtemps constituée la philosophie de l'action publique. Aujourd'hui on parle de la gestion axée sur les résultats qui impose la culture de la performance et de l'efficacité. Ces exigences qui font désormais partie de l'ADN de la dépense publique se répandent dans tous ces instruments au premier rang desquels la commande publique. Tout le processus contractuel, depuis les phases préalables jusqu'à l'exécution en subit l'influence.

MOTS CLÉS

Qualité, efficacité, performance, transparence, concurrence

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

ABSTRACT

The rapidly changing course of events erases the memory of the means-oriented management which has long been the philosophy of public action. Today we are talking about results-based management which imposes a culture of performance and efficiency. These requirements, which are now part of the DNA of public spending, are spreading across all these instruments, foremost among which is public procurement. The entire contractual process from the preliminary phases to the execution is influenced by it.

KEYWORDS

Quality, efficiency, performance, transparency, competition

INTRODUCTION

Très peu de travaux de doctrine établissent une convergence explicite entre la dépense publique et la commande publique. Les deux notions sont étudiées dans des champs juridiques différents, finances publiques²⁶⁵ pour la dépense publique, et droit administratif, droit public économique, droit public des affaires²⁶⁶, droit des contrats administratifs²⁶⁷ ou encore droit de la commande publique²⁶⁸ pour les contrats de la commande publique. Pourtant, les contrats de la commande publique ont un lien étroit avec la dépense publique et sont soumis aux exigences qui entourent cette dépense, la qualité notamment et même principalement.

La commande publique est un ensemble de procédures dont « l'objectif principal est d'assurer la bonne utilisation des deniers publics »²⁶⁹. Les différents contrats qui la constituent sont des instruments dont les organismes publics disposent pour « assurer leur fonctionnement et assumer l'ensemble des missions dont ils ont la charge »²⁷⁰. Ces instruments sont mobilisés pour réaliser tous les éléments qui constituent la dépense publique parmi lesquels l'investissement et le fonctionnement. La justification de la relation dépense publique et contrats de la commande publique nécessite encore une clarification des notions. L'importance de la dépense publique est révélée par la grave crise économique qui frappe le monde dans les années 1980. Cette crise qui a ébranlé les Etats occidentaux s'est fait ressentir en Afrique avec une violence particulière. Elle a permis de dévoiler les anomalies et la profondeur des dysfonctionnements des régimes budgétaires financiers des Etats. Le recours vers les Bailleurs de Fonds au premier rang desquels le Fonds monétaire International, pour l'octroi des crédits « et la

²⁶⁵ DAMAREY (S.), *Finances publiques*, Paris, Gualino, 2008, p. 34.

²⁶⁶ NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, 2^e édition, Paris, Montchrestien, 2010, pp. 508-658.

²⁶⁷ RICHER (L.), LICHERE (F.), *Droits des contrats administratifs*, 10^e édition, Paris, LGDJ, 2010, 778p.

²⁶⁸ BRACONNIER (S.), *Précis du droit de la commande publique*, 5^e édition, Paris, Le Moniteur, 2017, pp. 75-153.

²⁶⁹ HEINTZ (M.), « La commande publique, outil d'interventionnisme public », *RFDA*, juillet-août 2010, p. 760.

²⁷⁰ LESTIENNE (M.), MARLIER (P.), « Les commandes publiques, instruments de la politique économique ? », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, (n° 876-877), 11/1980, p. 8.

conclusion des différents accords de rééchelonnement de la dette ont été conditionnés par l'adoption d'un programme d'ajustement »²⁷¹. La conditionnalité qui se dégage et qui est constituée des conditions particulières dont le respect subordonne l'utilisation des fonds empruntés²⁷² s'est grandement appesantie sur la réforme de la dépense publique.

Depuis le début des indépendances, les Etats Africains ont pratiqué des systèmes de gestion qui se souciaient plus de l'affirmation de leur existence, de la manifestation de la providence que de la rationalité managériale. L'idéologie développementaliste²⁷³ justifiait alors une augmentation de la dépense publique, mais une augmentation non contrôlée. Le niveau de soutenabilité était largement dépassé, et les budgets étaient constamment excédentaires. Malgré les principes de prévision, d'équilibre et l'existence d'une multitude de contrôle « *il était possible d'effectuer des dépenses qui défient toute rationalité économique* »²⁷⁴. Pourtant, l'accroissement de la dépense publique n'est pas fondamentalement une chose réfutable. Elle le devient lorsque le taux d'augmentation progresse « *à un rythme supérieur au taux de croissance de l'économie, entraînant des prélèvements toujours plus importants* »²⁷⁵ et nécessitant un recours de plus en plus massif aux financements extérieurs. Cette augmentation rend inévitable les déséquilibres budgétaires qui peuvent dépasser la durée du cycle économique pour certains Etats²⁷⁶. À l'origine, la solution passe par l'application des mesures globales de rééquilibrage constituées majoritairement des réductions de la dépense publique²⁷⁷. Cette solution

²⁷¹ OUMAROU (B.), « La conditionnalité, vecteur juridique de l'assistance financière du FMI au Cameroun », *Afrilex*, n°04, 2004, p. 139.

²⁷² SOREL (J-M.), « sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité du F.M.I. et leurs conséquences », 7 *EJIL*, 1996, p. 46.

²⁷³ ONDOA (M.), *Le droit de la responsabilité publique dans les Etats en développement : Contribution à l'étude de l'originalité des droits africains*, Thèse de doctorat d'Etat en droit public, université de Yaoundé II-Soa, 1996, p. 70.

²⁷⁴ DEMBA BA (B.), *Finances publiques et gestion par la performance dans les pays membres de l'UEMOA : étude de cas du Sénégal*, Thèse de doctorat en Droit public, Université de Bordeaux, 2015, p. 401.

²⁷⁵ NIANDOU SOULEY (A.), « Ajustement structurel et effondrement des modèles idéologiques : Crise et renouveau de l'Etat africain », *Études internationales*, vol. 22, n° 2, 1991, p. 255.

²⁷⁶ BRAND (T.), *La contrainte budgétaire publique : quelles vitesses d'ajustement ?* Thèse de doctorat en sciences économiques et de gestion, Ecole normale supérieure de Cachan, 2013, p. 8.

²⁷⁷ Il s'agit de la réduction des dépenses d'investissement, limitation des hausses de salaire, suppression des subventions à la consommation, réduction des arriérés de paiements exté-

s'est avérée inefficace car elle avait des effets sur la cohésion sociale qui se nourrit de la satisfaction des besoins des populations. Il s'est donc développé la nécessité d'améliorer plutôt la qualité de la dépense publique.

L'amélioration de la qualité de la dépense publique est l'un des thèmes majeurs de l'actualité budgétaire et financière contemporaine. Elle valorise un dépassement de l'obligation de réduction des dépenses pour s'incruster dans la maîtrise qui induit l'efficacité et la productivité de ces dépenses. Elle repose sur le postulat selon lequel « *on peut améliorer la productivité des dépenses publiques en remédiant aux problèmes de gestion et de gouvernance* »²⁷⁸. La gouvernance impose une rationalité, la préparation, la prise en compte des priorités, et surtout l'analyse de la faisabilité des dépenses. De là, découle une qualité qui pousse à « *justifier toute dépense par rapport à des objectifs qui pourront ensuite faire l'objet d'un débat* »²⁷⁹ et d'un contrôle. La qualité est désormais une donnée mesurable. Elle ne se limite pas à l'assentiment que les populations peuvent manifester, mais s'appesantit sur le respect des mécanismes juridiques institués tel que la programmation budgétaire introduite dans le régime financier camerounais en 2007²⁸⁰ et consolidée par la réforme communautaire de 2011²⁸¹ transposée au plan national en 2018²⁸². L'obligation d'une dépense publique de qualité transforme les logiques de fonctionnement des administrations publiques. Toutes les interventions publiques qui nécessitent un financement doivent être portées par des objectifs, faire l'objet d'une préparation qui permet de maîtriser les coûts et d'avoir un impact réel sur le quotidien

rieurs... voir BESSALA (A-G.), *Ajustement Structurel et Droit Budgétaire Camerounais : contribution à l'étude des Droits Budgétaires des États Africains sous Ajustement Structurel*, Thèse de doctorat en droit public, université de Yaoundé II-Soa, 2015, p. 47.

²⁷⁸ DANIEL (J.), et *al.*, « L'ajustement budgétaire comme instrument de stabilité et de croissance », Washington : Fonds monétaire international, 2006 — (Série des brochures ; n° 55), p. 50.

²⁷⁹ LANNEAU (R.), « Qu'entend-on par la maîtrise des dépenses publiques ? », *Gestion & Finances Publiques* n° 11 - Novembre 2013, p. 20.

²⁸⁰ Loi n° 2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'Etat.

²⁸¹ Voir les directives n°01/11-UEAC-190-CM-22 relative aux lois de finances, et n°06/11-UEAC-190-CM-22 relative au code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques.

²⁸² Voir la loi n°2018/011 du 11 juillet 2018 portant code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun, et la loi n°2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques

des citoyens. Le lien avec les contrats de la commande publique est indéniable car ces contrats sont des moyens d'action des personnes publiques.

La notion de commande publique n'est pas des plus aisées à comprendre. Toutefois, l'unanimité réside dans son utilisation dès lors que « *le contrat couvre un grand pan de l'activité administrative* »²⁸³. Les difficultés résident dans la multiplicité des termes utilisées dont on ne sait pas toujours s'ils traduisent des réalités différentes. La notion de contrats administratifs est d'abord utilisée pour réunir un ensemble de contrat conclu dans l'intérêt général²⁸⁴, et « *contient tout ce que les contrats de droit public ont d'autonome par rapport au droit civil* »²⁸⁵. Ensuite se développe et se répand l'utilisation de la notion de commande publique aidé en cela par le juge constitutionnel et par les directives communautaires. Ces dernières ont une influence plus directe car elles imposent aux Etats une unification des contrats sous les deux catégories que sont les marchés publics et les concessions. Certains Etats comme la France avaient toujours résisté à cette unification en multipliant, selon Sophie NICINSKI, « la création de contrats sui generis » comme les contrats de partenariat. Les spécifications de ce type de contrat par rapport aux catégories anciennes n'ont pas fait long feu, les éléments de convergences ayant pris le dessus. La satisfaction des grands critères des marchés publics par le contrat de partenariat a fait dire à la doctrine « *qu'il ne constitue qu'un marché public à contenu original* »²⁸⁶. Cette prédiction s'est matérialisée et consolidée 11 ans plus tard avec la réforme des marchés publics qui a consacré la notion de marchés de partenariat²⁸⁷. Cette évolution a eu pour conséquence la valorisation de la notion de commande publique.

La notion de commande publique est fortement influencée par les considérations économiques. Elle emporte la prise en compte du contrat « *comme un acte économique qu'il*

²⁸³ YINDJO TOUKAM (C-F.), *La modification des contrats administratifs en droit camerounais*, Thèse de doctorat en droit public, université de Douala, 2020, p. 30

²⁸⁴ RICCI (J-C.), *Droit administratif général*, 5^e édition, Paris, Hachette supérieur, 2013, p. 219.

²⁸⁵ KALFLÈCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics*, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004, p. 454.

²⁸⁶ SYMCHOWICZ (N.), « Paradoxes sur les contrats de partenariats », *Contrats et Marchés Publics*, décembre 2004, p. 12.

²⁸⁷ Voir article 143 du Décret français n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

faut encadrer, comme un marché qu'il faut réguler »²⁸⁸. L'idée de commande est celle d'une demande de marchandise. Cette marchandise est constituée de l'ensemble des biens et des services dont les personnes publiques ont besoin pour leur fonctionnement. En plus de cela, les biens considérés doivent être fournis dans un domaine concurrentiel²⁸⁹. Cette précision n'est pas inutile. Elle est le fondement du basculement idéologique qu'a connu l'action publique. Le libéralisme impose à l'Etat et à ses démembrements de se départir du système de providence qui est l'une des causes de son échec et de s'engager dans la régulation qui « *trouve son origine dans la volonté de mettre en place un régime de libertés économiques et de concurrence* »²⁹⁰. Il se met en place un régime contractuel qui converge vers ses objectifs. C'est ainsi que les notions d'acheteurs, d'opérateurs économiques font définitivement leurs entrées dans le vocabulaire administratif. La réglementation consacre solennellement la notion de commande publique par l'adoption d'un régime éponyme dans lequel les contrats de la commande publique sont définies comme des « *contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques* »²⁹¹.

La commande publique n'est pas étrangère aux ordres juridiques africains. Elle n'a pas seulement suivi la même évolution qu'en France d'où elle est importée. La commande publique fait l'objet sur le continent d'une considération qui diffère d'un pays à un autre. Très rare sont les Etats dont les législations font une référence directe à la commande publique dès leurs intitulés. Le Burkina Faso²⁹² et le Tchad²⁹³ font office d'exception. L'absence de référence directe dans les intitulés ne signifie pour autant pas une méconnaissance de la notion. Elle est présente dans les différentes réglementations, notamment celles qui fixent le régime des marchés publics. Ici encore, on peut

²⁸⁸ KALFLÈCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique*, *op.cit.*, p. 457.

²⁸⁹ TACHLIAN (E.), « L'efficacité de la catégorisation des contrats de la commande publique », *Civilizar*, vol. 9, núm. 17, juillet-décembre, 2009, p. 46.

²⁹⁰ TIMSIT (G.), « La régulation. La notion et le phénomène », *Revue française d'administration publique*, n°109, 1/2004, p. 8.

²⁹¹ Article L1 de l'ordonnance française n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique.

²⁹² Loi n°039-2016/AN Portant réglementation générale de la commande publique.

²⁹³ Décret n°2500/PR/2020 Portant Procédure Simplifiée de la Commande Publique.

observer une variété d'approche. Certains textes utilisent la notion sans jamais la définir. La notion de commande publique est utilisée dans ces textes en premier lieu en rapport avec les principes sur lesquels reposent les règles des marchés publics. C'est le cas du Cameroun²⁹⁴, de la Mauritanie²⁹⁵ ou encore du Bénin²⁹⁶. Dans ces différents textes, bien que la notion de commande publique ne soit pas définie, elle est assimilée aux marchés publics. C'est du moins l'interprétation qui est confortée par la référence aux organes de la commande publique²⁹⁷, aux services de l'Etat pouvant se constituer en groupements aux fins de « *passer des commandes publiques* »²⁹⁸.

Certaines législations sont moins laconiques sur le régime de la commande publique. Elles posent des définitions qui ont l'avantage de taire ou de réduire les querelles de sens. Dans la législation malgache, la commande publique est un « *terme générique relatif à l'ensemble des contrats passés par les autorités contractantes pour répondre à leurs besoins* »²⁹⁹. Cette définition peut être considérée comme trop extensive car elle permet d'intégrer tous les types de contrat passé par les personnes publiques. La loi le précise bien lorsqu'elle dispose que la notion « *recouvre ainsi une notion très large englobant plusieurs formes* »³⁰⁰. Elle ne permet pas de faire une distinction avec la notion de contrat administratif qui la précède. La législation Burkinabé est relativement plus précise. Elle définit la commande publique comme « *toutes les formes d'acquisition de biens, de services ou de prestations au profit des collectivités publiques* »³⁰¹. La doctrine n'a pas manqué de se saisir de la notion de commande publique qui marque un dynamisme dans le droit des contrats publics. Elle intervient comme à son habitude pour systématiser

²⁹⁴ Article 2 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des Marchés Publics,

²⁹⁵ Article 2 de la loi n° 2010 - 044 du 22 juillet 2010 portant Code de Marchés Publics.

²⁹⁶ Article 58 de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

²⁹⁷ Titre II du décret N°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant code des marches publics et des délégations de service public au Mali.

²⁹⁸ Article 12 du décret N°2011-686/PRN/PM du 29 décembre 2011 Portant Code des Marchés Publics et des Délégations de Service Public du Niger.

²⁹⁹ Article 1 de la loi n° 2016-055 du 27 janvier 2017 portant Code des Marchés Publics.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Article 2 de la Loi n°039-2016/AN Portant réglementation générale de la commande publique.

en mettant en cohérence tous les éléments du régime. Elle part du fait que les différentes définitions données par les textes ne permettent pas de traduire la spécialité du régime en construction car il faut bien marquer la distinction avec les contrats administratifs qui renvoient également à « *un ensemble à l'intérieur duquel l'on peut encore retrouver des spécificités* »³⁰². La commande publique doit donc justifier son existence par des critères et des caractères propres. Le plus difficile réside dans cette démarcation. Cette difficulté peut être résolue à partir de la clarification des postulats idéologique. Il s'agit de dire ici que la notion de commande publique n'emporte pas la création de nouveaux types de contrat. C'est une notion fédérative qui fait une synthèse des formules contractuelle à partir d'un élément longtemps refoulé ou ignoré dans le fonctionnement public à savoir économique. En effet, l'apparition de la notion de commande publique est fondamentalement liée à l'éclosion du libéralisme qui promeut l'initiative privée. De ce point de vue, la commande publique insiste plus sur l'achat ou sur l'acquisition des biens que sur la gestion du service public³⁰³. Cet achat est soumis aux conditions de l'environnement économique et repose de ce fait sur des « *règles communes fondées sur les principes matriciels de transparence, de liberté de transparence et d'égalité de traitement* »³⁰⁴.

La commande publique peut donc être définie comme un processus d'achat ou d'acquisition des biens par les personnes publiques ou par les personnes privées agissant comme tel soumis aux règles et principe de l'environnement économique notamment la concurrence, la transparence et la performance. Les différents contrats qui sont mobilisés dans ce processus d'achat sont des actes de dépense. Ils subissent également l'influence de la gestion axée sur les résultats qui impose les exigences de qualité à

³⁰² YINDJO TOUKAM (C.F), *La modification des contrats administratifs en droit camerounais*, *op.cit.*, p. 12.

³⁰³ Le terme commande qui traduit un achat bien qu'il n'exclut pas forcément la gestion l'écarte tout de même. De là, se dégage une différence avec les contrats administratifs qui sont à l'origine des contrats de participation des personnes privées à la gestion du service public.

³⁰⁴ SAMB (S), *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse de de doctorat en Droit public, Université de Bordeaux, 2015, p. 61.

toute dépense publique. La question est celle de savoir comment ces exigences se matérialisent-elles dans le régime des contrats de la commande publique ? La question vaut tout son pesant au regard de l'actualité des contrats aux montants toujours plus exorbitants avec des scandales sur la qualité des prestations et des effets sur la stabilité des finances publiques. Les exigences de qualité sont pourtant toujours présentes, peut être latentes mais pas absentes. Elles se traduisent par la réclamation de l'efficience dans la conception des projets d'achat (I), et par l'inscription de la performance dans la concrétisation des contrats d'achat (II).

I. LA RÉCLAMATION DE L'EFFICIENCE DANS LA CONCEPTION DES PROJETS D'ACHAT

Les exigences de qualité de la dépense publique irriguent le processus en amont comme en aval. Il en est de même dans les contrats de la commande publique. La qualité exige avec instance l'efficience dans la conception des projets d'achat. Elle impose l'identification minutieuse des besoins d'investissement (A) et la maturation rigoureuse des projets liés aux besoins identifiés (B).

A. L'IDENTIFICATION MINUTIEUSE DES BESOINS D'INVESTISSEMENT

Le souci de qualité requiert de faire des choix raisonnables. Les administrations contractantes doivent, au milieu de la multitude des tâches à réaliser et face à l'insuffisance des fonds, identifier des priorités. Malgré la résurgence des priorités de prestige (2), les priorités sociales et économiques doivent prévaloir (1).

1. La prévalence formelle des priorités sociales et économiques

Thomas HOBBS le disait clairement, l'intention des hommes « *quand ils établissent pour eux-mêmes cette restriction dans laquelle nous les voyons vivre dans les Républiques, est la prévision de leur propre préservation, et, par-là, d'une vie plus satisfaisante* »³⁰⁵. Le rôle de l'État est donc d'assurer une vie paisible à ses citoyens, de répondre à leurs besoins,

³⁰⁵ HOBBS (T.), *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, tome 2, « Les classiques des sciences sociales », Traduction de P. Folliot, 2004, p. 6. Consulté dans le site http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html

de respecter leurs droits. Les transformations idéologiques subies par l'Etat n'ont pas altéré ses missions. Elles demeurent consubstantielles à son existence.

La chute de l'Etat-providence qui a précédé la forme actuelle ne reposait pas fondamentalement sur le contenu de ses missions, mais sur l'exclusivité dont il se prévalait. L'Etat-providence manifestait le choix de l'État « *seul apte à s'élever au-dessus des intérêts particuliers, pour apporter à tous le secours providentiel auquel chacun a droit* »³⁰⁶. Les contingences conjoncturelles et même structurelles ont exposé l'incapacité de l'État à assurer seul la satisfaction des besoins des citoyens ou encore à assumer l'intérêt général. L'État a dû s'ouvrir à l'initiative privée qui s'est présentée comme une alternative incontournable. Il a été contraint à réduire l'unilatéralisme qui le caractérise et qui suscite l'aversion des libéraux, ceux-ci valorisant « *l'échange économique et le consentement des individus* »³⁰⁷. L'apport de l'initiative privée permet à l'État de rationaliser son action. Vis-à-vis des citoyens, toutes les institutions publiques « *devaient être d'abord leurs protecteurs, puis leurs alliés et leurs collaborateurs, enfin leurs serviteurs et leurs esclaves* »³⁰⁸.

L'État doit désormais faire des choix dans toutes ses interventions. Malgré l'apport de l'initiative privée, ses missions augmentent et se complexifient en rapport avec l'accroissement de la démographie et les progrès scientifiques et technologiques. C'est un État qui doit impulser le développement. La charte africaine dispose que « *tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel* »³⁰⁹. Ces différents champs sont constitutifs des priorités dans lesquelles les entités publiques³¹⁰ doivent s'investir. Les besoins de développement sont immenses en Afrique. C'est tout nettement que le continent est considéré comme le plus pauvre. Les citoyens vivent dans une précarité qui ne se limite pas seulement dans l'arrière-pays. Les centres urbains ne

³⁰⁶ BÉBÉAR (C.), « Moins d'État », *Pouvoirs* – 94, 2000, p. 121.

³⁰⁷ SIFFERT (A.), *Libéralisme et service public*, Thèse de doctorat en droit public, Université du Havre, 2015, p. 120.

³⁰⁸ LEROY-BEAULIEU (P.), *L'Etat moderne et ses fonctions*, Paris, GUILLAUMIN ET C^{ie}, 3^e édition, 1900, p. 9.

³⁰⁹ Article 22 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

³¹⁰ La décentralisation est par exemple définie au Cameroun comme l'axe de promotion du développement au niveau local. Voir article 5 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code général des collectivités territoriales décentralisées. Les collectivités locales doivent donc s'investir à assurer le développement des localités.

sont pas épargnés. Les problèmes sont constitués de l'absence d'infrastructures et des services sociaux, de leurs mauvais états lorsqu'ils existent.

Depuis bientôt dix ans le Cameroun est engagé dans la programmation de la réalisation des infrastructures. Cette programmation qui rappelle les plans quinquennaux abandonnés avec les programmes d'ajustement structurel sont consignés dans les documents de planification. Le premier document en la matière au Cameroun est le document de stratégie pour la croissance et l'emploi qui mise sur le développement des infrastructures. C'est donc « convaincu du rôle moteur des infrastructures dans la facilitation des échanges et la promotion d'une croissance forte et durable par la compétitivité que leur bonne qualité génère »³¹¹ que le Gouvernement avait programmé investir massivement dans les infrastructures au cours de la décennie écoulée. L'atteinte de la période de mise en œuvre de ce premier plan d'étape dans l'objectif d'atteinte de l'émergence à l'horizon 2035 a permis de constater des insuffisances et des manquements. Il s'agit principalement des projets qui n'ont pas aboutis à leurs termes et même de ceux qui sont restés au stade de projet. C'est dans ce sens que le nouveau programme affirme que « les gaps relevés en matière d'infrastructure, dans le cadre de la mise en œuvre du DSCE, devront être comblés tout en visant les cibles de la Vision »³¹².

L'investissement public est un instrument de relance de la croissance économique. Cet investissement « passe par une accélération de la commande publique »³¹³. Pour cela, il faut que les formules contractuelles mobilisées répondent aux exigences de la mobilisation économique. La qualité ici s'apprécie dans la capacité à impacter le quotidien des citoyens. Les sommes injectées qui sont sans cesse croissantes sont autorisées par rapport aux besoins à couvrir, et c'est dans ce sens uniquement que la commande pu-

³¹¹ Document de Stratégies pour la Croissance et l'Emploi (DSCE). Cadre de référence de l'action gouvernementale pour la période 2010-2020, p. 14.

³¹² Stratégie Nationale de Développement 2020-2030. Pour la transformation structurelle et le développement inclusif, p. 8.

³¹³ DE PALMAERT (S.). « Le droit de la commande publique, levier du plan de relance », *Le Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie* n° 55 - premier trimestre 2009, p. 30.

blique peut constituer « *un possible levier pour atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation* »³¹⁴. La commande publique en Afrique est encore éloignée de ces objectifs. Les priorités déclinées restent une utopie lors de la conception des projets d'achats. L'impact est timide sur le changement de la vie des populations dès lors qu'on élargie l'analyse au-delà des centres urbains. Le plus choquant réside dans le constat de l'augmentation des achats liés au train de vie de l'État qui peuvent être rangées dans les priorités de prestige.

2. *La résurgence matérielle des priorités de prestige*

La résurgence est un terme qui traduit la réapparition à la surface d'un phénomène que l'on pensait éteint. En matière de conception des projets d'achat publics l'on observe une orientation de l'investissement dans les besoins de prestige. La valorisation de ces besoins n'est pas formellement consacrée. Elle se vit dans la pratique quotidienne de l'action publique.

La valorisation des priorités des prestiges à un contenu varié. Il s'agit de manière globale de tous les projets d'achats publics éloignés des besoins sociaux et économiques. La contestation de ces projets d'investissements est liée à la conjoncture économique qui rend immoral la priorisation des besoins de prestiges. Tout serait différent dans un environnement économique prospère ou chaque élément participerait à la croissance. Ailleurs c'est le cas du sport et particulièrement du football. En Afrique tout est différent. Le sport constitue un champ économique en devenir. Pour le moment, il induit des dépenses improductives. Les stades « *n'appartenant généralement pas aux municipalités ou aux clubs, ils sont souvent propriétés de l'Etat* »³¹⁵. Ces stades et plusieurs autres infrastructures sportives requièrent des sommes importantes et ne sont pas toujours rentables. Plusieurs États en ont fait l'amère expérience. Les stades réalisés dans le respect des standards mondiaux nécessitent un entretien, une valorisation. La Guinée équatoriale et surtout le Gabon avaient massivement investi dans la construction des

³¹⁴ SAUSSIÉ (S), TIROLE (J.), « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Notes du conseil d'analyse économique* 2015/3 (n° 22), p. 6.

³¹⁵ AUGUSTIN (J.P.), « Sports en Afrique noire Développer les recherches sur les institutions les pratiques et les aménagements sportifs », *Historiens & Géographes*, n°379, p. 107.

stades pour l'organisation de la coupe d'Afrique des Nations de football en 2015. Quelques années plus tard, la plupart des infrastructures étaient abandonnées dans un état de décrépitude avancé. Les citoyens pouvaient lors s'émouvoir de l'état de ces infrastructures qui telles des éléphants blancs n'avaient survécu que le temps des compétitions.

Le même cycle de dépenses improductives se perpétuent dans la plupart des États africains. Le Cameroun qui reçoit la coupe d'Afrique de football a investi des sommes considérables pour la rénovation et la construction des stades. Celui d'Olembe situé dans la capitale politique a défrayé la chronique du fait des sommes injectées comparativement aux coûts des infrastructures similaires dans les pays voisins, mais aussi en considérant les énormes retards dans les délais d'exécution³¹⁶ et autres scandales³¹⁷. L'analyse qualitative est aussi une analyse comparative.

Le choix pour les investissements à faible impact sur le quotidien des citoyens soulève toujours des polémiques qui peuvent être justifiées. Dans une Afrique pauvre et très endettée, les besoins de subsistances sont des priorités absolues et il est très difficile de soutenir les investissements qui s'en écartent. C'est la raison pour laquelle sur le continent, « *la mobilisation autour des valeurs socialisantes et économiques du sport éprouve des difficultés à prendre corps face à d'autres contraintes urgentes à résoudre : analphabétisme, faible taux de production, pauvreté, ignorance, guerres intertribales* »³¹⁸.

Malgré la désapprobation collective, les gouvernements s'entêtent dans la réalisation de ces investissements. Jamais clairement affirmés, l'honneur et le prestige constituent les fondements souterrains de ces investissements. Au Cameroun, le Président de la République s'est personnellement impliqué dans l'organisation de la coupe d'Afrique de football. Il en a fait un sujet d'intérêt prioritaire. Pour comprendre cette implication, il faut se souvenir que le pays n'avait plus organisé cette compétition depuis 1972. Une

³¹⁶ Pour un délai initial de 24 mois, l'exécution a connu des prorogations multiples.

³¹⁷ Le projet initial présentait un complexe sportif constitué du stade principal, des stades annexes, un hôtel, un centre commercial et des infrastructures pour d'autres disciplines sportives. Plusieurs de ces éléments n'ont pu être réalisés.

³¹⁸ ABALOT (É.-J.), AGBODJOGBE (D.), GAGLOZOUN (A.), « Les politiques sportives en Afrique noire francophone : permanence, rupture et/ou continuité des enjeux (1920-2010) », *ATPS*, n°2, 2017, p. 4.

longue attente qui ramait à contre-courant des prouesses effectuées par l'équipe nationale ces dernières années.

La résurgence des priorités de prestige telles que le développement des infrastructures sportives n'est pas le propre de l'Afrique. Elle se décline à travers l'attractivité médiatique que confère le sport. Les États comme le Qatar et la Chine sont des exemples de d'utilisation du sport comme instrument d'affirmation de l'existence sur la scène internationale. Toutefois, cela n'élué pas le débat de l'orientation de la commande publique dans ce secteur dans le contexte particulier de l'Afrique.

B. LA MATURATION RIGOUREUSE DES PROJETS LIÉS AUX BESOINS IDENTIFIÉS

Dans la dépense publique, la qualité n'est pas une donnée figée. C'est une construction, un processus qui consacre des phases dans lesquelles les obligations doivent être respectées avec précisions.

Les projets d'achat doivent être maturés dans le sens de la détermination de la nature et de l'étendus des besoins (1) et dans la prévision des incidences financières (2).

1. La détermination de la nature et l'étendue des besoins

La qualité dans le processus contractuel exige la maîtrise de la quantité, de l'étendu et des caractéristiques des besoins. Elle permet d'éviter des dépenses inutiles et oblige la personne publique à suffisamment préparer le processus d'achat. Cette préparation a surtout pour objectif d'éviter des aléas et autre imprévue même s'il ne faut pas perdre de vue que l'intérêt général qui fonde la commande publique a une nature évolutive³¹⁹, et qu'il peut imposer des modifications.

La détermination de la nature et de l'étendu des besoins à un régime en évolution sur le continent Africain. C'est une phase du processus contractuel qui a été formulée comme telle et qui est en grande partie encore maintenu dans la plupart des réglementations. La différence, somme toute minime réside dans le degré d'exigence dans la

³¹⁹ YINDJO TOUKAM (C-F.), *La modification des contrats administratifs en droit camerounais*, *op.cit.*, p. 15.

réalisation de l'obligation. Ainsi, la nature et l'étendue des besoins doivent être déterminées « avec précision »³²⁰, « aussi exactement que possible »³²¹. Même lorsque ces précisions ne sont pas explicitement exprimées, elles ne manquent pas de s'imposer implicitement. C'est la lecture que l'on peut avoir de l'ancien code des marchés publics du Cameroun qui disposait clairement que « les spécifications et la consistance des prestations doivent faire l'objet d'une étude préalable et déboucher soit sur un avant-projet définissant toutes les caractéristiques de l'ouvrage à réaliser ou des fournitures à livrer »³²². Les insuffisances et autres abandons de chantiers observés en cours d'exécution trouvent leurs origines dans la mauvaise définition des besoins qui ne peut pas seulement constituer « un risque menaçant l'intégrité dans la passation des marchés publics »³²³. Elles conditionnent également l'exécution des contrats³²⁴. Les réformes sur les textes ne devraient donc plus se limiter à rénover le régime institutionnel. Le Cameroun fait partie pionniers en la matière.

En 2018, dans le cadre de la réforme sur le système des marchés publics et même des contrats publics engagée en 2011³²⁵, le gouvernement a adopté un texte fixant le régime de la maturation. La maturation est définie comme le « processus au cours duquel un projet est conçu, développé, planifié et bien exécuté tout en assurant sa pérennité »³²⁶. C'est un processus plus global que la définition des besoins consacré dans les textes sur les mar-

³²⁰ Article 37 du décret Gabonais n°0254/PR/MEEDD portant Code des Marchés Publics, article 13 de la loi togolaise n° 2009- 013 relative aux marchés publics et délégations de service public

³²¹ Article 22 du décret congolais n° 2009-156 du 20 mai 2009 portant code des marchés publics, article 23 de la loi Malgache n° 2016-055 portant Code des Marchés Publics.

³²² Article 6 alinéa 1 du Décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant Code des Marchés Publics.

³²³ EBANGA (C.A.), *La passation des marchés publics au Cameroun*, Thèse de doctorat en droit public, université de Douala, 2020, p. 77.

³²⁴ RICCI (N.), « La définition préalable des besoins : une étape clé conditionnant l'efficacité du processus d'achat », *Contrats Publics* - n°165 - mai 2016, p. 24.

³²⁵ Cette réforme commence avec l'institution d'un ministère en charge des marchés publics. Voir décret n°2011/408 du 09 décembre 2011 portant organisation du gouvernement.

³²⁶ Article 2 du décret n°2018/4992/PM du 21 juin 2018 fixant les règles régissant le processus de maturation des projets d'investissement public.

chés publics. Il impose une analyse transversale dont l'intérêt réside dans le fait qu'aucun aspect du projet d'achat ne sera occulté par l'évaluation³²⁷. Ce n'est qu'à cette condition que la maturation peut permettre d'accroître l'efficacité de la dépense publique, de promouvoir la gestion axée sur les résultats³²⁸. La notion de maturation induit une préparation suffisante du processus d'achat. Cette préparation doit permettre aux personnes publiques de faire des arbitrages sur les priorités, mais aussi de choisir la formule contractuelle la plus adéquate. Cette précaution est principalement nécessaire pour la mobilisation des contrats de partenariat et impose « *de comparer des solutions organisationnelles alternatives avant même que celles-ci ne soient mises en œuvre* »³²⁹. Elle permet à la personne publique qui envisage de recourir à cette formule contractuelle à fort risque « *de s'assurer de son opportunité* »³³⁰. Ces exigences demeurent théoriques en grande partie, du moins dans le respect effectif de ses obligations. Plusieurs projets souffrent de défaillance dans la préparation qui est présentée comme « *étant le ventre mou dans le cycle de projet au Cameroun* »³³¹.

La rigueur dans toutes les déclinaisons du processus de maturation est une obligation irréfragable. Elle assure la maîtrise du cycle de la dépense publique au regard de la limitation de la capacité financière des Etats. Les besoins des personnes publiques sont élaborés avec une rationalité de telle sorte que les formules contractuelles ne s'éloignent pas des objectifs. Cette préparation induit la prévision des incidences financières.

³²⁷ NDIAYE (I.), *Les contrats de partenariat public-privé et le développement des infrastructures au Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 54.

³²⁸ Article 3 du décret n°2018/4992/PM du 21 juin 2018 fixant les règles régissant le processus de maturation des projets d'investissement public.

³²⁹ MENARD (C.), OUDOT (J-M.), « L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat », *Revue française d'administration publique*, n° 130, 2/2009, p. 350.

³³⁰ MULLER (E.), *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 93.

³³¹ BONDOMA YOKONO (D.), *Les partenariats public-privé au Cameroun*, Yaoundé, Afrédit, 2019, p. 104.

2. La prévision des incidences financières

La prévision des incidences financières est tout aussi importante que la détermination des besoins. Les deux étapes sont consubstantielles. Les contrats de la commande publique qui sont des contrats d'achat impliquent le paiement d'un prix dont l'agencement varie d'un type de contrat à un autre. Ce sont des contrats de dépense, et le « lieu privilégié à travers lequel la dépense publique se déploie »³³². Les fonds doivent être disponibles pendant le processus contractuel. Cette précision vaut tout son pesant, car elle a des répercussions sur la qualité de la phase d'exécution et sur la qualité des prestations.

Les contrats de la commande publique sont des contrats d'affaire qui permettent la redistribution de la richesse nationale. Ils permettent aux entreprises adjudicatrices de se mouvoir pleinement. Ce sont des contrats qui ont une mauvaise image, celle d'un paiement opaque qui accuse parfois des années de retard. Ces désagréments ne sont pas de nature à inciter à la bonne foi, la loyauté et l'efficacité dans l'exécution des contrats. Ils démobilisent et favorisent les négligences et autres indifférences de la part du cocontractant. La qualité de la dépense se trouve altérée, les droits du cocontractant bafoués. La persistance de telles attitudes est préjudiciable à toutes les parties. Les textes relatifs aux contrats ont posé des exigences contraignantes obligeant l'administration à régler la question de la disponibilité du financement avant tout lancement de la consultation des soumissionnaires.

L'identification du financement de l'achat doit être réglée en même temps que la détermination des besoins. Elle rentre dans le processus de maturation et est donc soumise à la rigueur, à la précision et à l'exhaustivité attendue. En effet, « l'autorité contractante est tenue de s'assurer de la mise en place et de la disponibilité du financement avant le lancement de l'appel à concurrence »³³³. Cette disposition consolide en réalité le

³³² NTSEGUE ANANGA (E-P.), *Le régime financier des contrats publics au Cameroun*, Thèse de doctorat en droit public, université de Yaoundé II-Soa, 2019, p. 79.

³³³ Article 26 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

principe de l'autorisation budgétaire qui précède le contrat³³⁴. Il est question « *d'attester, selon le cas, de l'inscription budgétaire, de l'effectivité de l'autorisation de dépense, de l'entrée en vigueur de l'accord de financement* »³³⁵. Dans la pratique, la précision du financement suit directement la détermination des besoins. La personne publique après avoir identifiée le besoin et définie ses caractéristiques doit clarifier les provenances du financement. Cette phase est déterminante pour l'engagement des soumissionnaires au regard surtout du fait que la nature du financement dans les contrats de la commande publique conditionne le régime applicable.

Au Cameroun, le code des marchés publics ne s'applique « *aux marchés conclus dans le cadre des conventions internationales ou de financement, signés par l'Etat avec les partenaires techniques et financiers qu'en ses dispositions non contraires auxdites conventions* »³³⁶. Ainsi, l'identification de la source de financement permet de clarifier le régime applicable. Les marchés conclus dans le cadre des conventions internationales sont théoriquement non soumis au régime national de la commande publique. Les implications se font ressentir sur les principes fondamentaux qui ont « *pour objectif de guider à la fois l'adoption de règles encadrant le régime de la commande publique et, au contentieux, les solutions permettant de résoudre un litige* »³³⁷. Au regard de la précision de la source de financement, les entreprises locales peuvent être fixées sur la nécessité de s'engager ou non dans le processus contractuel. Deux cas de figure aux conséquences différentes se présentent. Le premier cas est celui où le financement provient des Bailleurs de Fonds. Aucune préférence n'est affichée entre les soumissionnaires par rapport à leurs origines. La conditionnalité par laquelle ces Bailleurs de Fonds imposent leur réglementation « *permet d'une part de responsabiliser le bénéficiaire du prêt et d'autre part d'assurer la bonne utilisation des fonds* »³³⁸. Par contre, dans le second cas la neutralité demeure le principe, mais elle n'est pas toujours effective.

³³⁴ BIDJA NKOTTO (T.), *Les contrats de l'administration au Cameroun*, Thèse de doctorat en droit public, université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2000, p. 165.

³³⁵ Article 60 alinéa 2 du Code des Marchés Publics du Cameroun.

³³⁶ Article 4 alinéa 1 du Code des Marchés Publics.

³³⁷ BONTRON (M-C.), *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Montpellier, 2015, p.23.

³³⁸ PERICHON (L.), *Les entreprises françaises et la commande publique en Afrique*, Thèse de doctorat en Droit. Université Paris-Saclay, 2019, p. 292.

Les conventions de prêts avec les Etats s'accompagnent toujours de la désignation des entreprises de ces Etats comme adjudicataires dans les marchés ayant bénéficiés de ces financements. L'identification du financement n'est donc pas simplement un élément de sécurisation du processus d'exécution. C'est également un élément de motivation des soumissionnaires et d'incitation à la performance.

II. L'INSCRIPTION DE LA PERFORMANCE DANS LA CONCRETISATION DES CONTRATS D'ACHAT

La qualité de la dépense publique se mesure aussi dans la capacité de celle-ci à atteindre des objectifs. C'est dans la définition des objectifs et la mesure des résultats que la performance trouve son fondement³³⁹.

Dans le régime de la commande publique, elle impose la déclinaison d'une exécution contractuelle méliorative pour l'intérêt général (A) et l'instauration d'un processus de sélection qualitative du cocontractant (B).

A. L'INSTAURATION D'UN PROCESSUS DE SÉLECTION QUALITATIVE DU COCONTRACTANT

Le cocontractant est celui-là qui est chargé de mettre en œuvre les exigences matérielles du contrat. Cela requiert de lui la possession des qualités qui sont révélées par une mise en concurrence des soumissionnaires (1) et altérées en cas de négociation directe avec eux (2).

1. La priorisation de la concurrence dans la sélection des soumissionnaires

Dans l'environnement économique, la qualité est une conséquence de la concurrence. La concurrence provoque le développement de la performance et l'innovation afin d'être toujours compétitif. C'est cet esprit qui est recherché dans le système de la commande publique avec la sélection du cocontractant par une mise en concurrence des soumissionnaires. Les contrats de la commande publique sont des contrats

³³⁹ DEMBA BA (B.), *Finances publiques et gestion par la performance dans les pays membres de l'UEMOA : étude de cas du Sénégal*, op.cit., p. 43.

ouverts à la concurrence de par leur caractère onéreux, ainsi que l'activité économique à laquelle ils conduisent et qui en font de plus des actes marchands par nature³⁴⁰.

La concurrence est largement appréhendée dans le régime de la commande publique. Elle irrigue tout le processus contractuel. Mais son influence sur la qualité de la dépense publique porte principalement sur la désignation du titulaire de l'exécution contractuelle. La désignation du cocontractant n'est pas libre dans le régime de la commande publique. Les personnes publiques ne disposent pas ainsi d'une liberté contractuelle, car elles n'ont pas le pouvoir d'adresser « *directement une demande de contracter à une personne en particulier car elles sont obligées de suivre une série de procédures qui, tant qu'elles sont en cours, ne permettent pas de connaître d'avance l'identité du cocontractant* »³⁴¹. Pour valablement le soutenir, il faut bien comprendre l'essence de la liberté contractuelle. Cette liberté « *implique le libre choix de son cocontractant, en même temps que le libre choix du contenu du contrat et de ses modalités d'exécution* »³⁴². Ces éléments sont conciliables avec la concurrence qui instaure « *la croyance nécessaire à l'exercice de la compétition réelle dans sa complexité ainsi que ses multiples dimensions* »³⁴³. Les personnes publiques sont donc soumises à l'obligation de mettre les candidats en compétition et d'attribuer le contrat à celui qui présente les meilleures aptitudes conformément aux critères de sélection appliqués. Les corollaires de cette mise en compétition est la garantie de l'égalité qui fonde le régime de la commande publique³⁴⁴, et l'incitation à la performance.

Dans les contrats de la commande publique, la personne publique à un pouvoir de décision lié. Elle ne peut pas désigner un cocontractant de son choix. Le principe

³⁴⁰ KALFLECHE (G.), « Secteur public et concurrence : la convergence des droits. A propos des droits de la concurrence et de la commande publique », *AJDA*, décembre 2007, p. 2.

³⁴¹ AJJOUB (M.), *La notion de liberté contractuelle en droit administratif français*, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas Paris II, 2016, p. 279.

³⁴² NICINSKI (S.), « le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur de Michel GUIBAL*, Presses de la faculté de droit de Montpellier, t1, 2006, p. 50.

³⁴³ ZEVOUNOU (L.), *Le concept de concurrence en droit*, Thèse de doctorat en droit public, université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, p. 20.

³⁴⁴ DEOM (D), NIHOUL (P.), « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », *Revue générale de droit*, vol. 36, n° 4, 2006, p. 804.

est celui de la mise en compétition encore appelé appel d'offre. Les candidats sont évalués sur un ensemble de critères appliqués à tous sans discrimination et parti pris. Les inégalités de concurrence engendrées par l'administration elle-même, soit qu'elles favorisent, soit qu'elles handicapent doivent être sanctionnées avec vigueur³⁴⁵. Le jeu de la concurrence doit être libre, expurgé de toutes les manœuvres, écarté d'un jugement sur le mérite ou sur la compétence. Le système de la commande publique fondé sur ces valeurs reste un processus en construction. La pratique reste encore tributaire des influences des considérations politiques et des logiques mafieuses. L'horizon d'une libre concurrence intégrale est lointain. La plupart des exigences de neutralité de la personne publique est violée. L'égalité de traitement n'est pas toujours respectée. Certains candidats de concert avec les agents publics bénéficient de privilèges qui faussent le jeu de la concurrence. Par exemple, « *le candidat qui se trouve en délicatesse avec ses obligations fiscales et sociales bénéficie d'un avantage indu par rapport à ses concurrents : ses charges sont allégées, et le jeu entre eux n'est pas juste* »³⁴⁶. La discrimination touche plusieurs aspects dans le processus contractuel, mais elle se manifeste principalement au niveau de l'information. Les ententes entre l'administration et les soumissionnaires ne pouvant être directes ou explicites, les parties usent de la violation des règles de publicité et de transparence. La transparence plus large que les autres principes consolide l'exigence de neutralité. Elle inclut « *la publicité, la mise en concurrence et même la non-discrimination* »³⁴⁷ qui sont malheureusement des « *barrières de papiers* ». Il existe une connivence entre la transparence et la concurrence³⁴⁸ qui n'a pas encore atteint en Afrique le même degré de maturité qu'en occident. Curieusement, il semble que cela n'émeuve pas les acteurs, notamment les soumissionnaires.

³⁴⁵ GUIHEUX (G.), « La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français : entre novation et tradition », *Revue générale de droit*, vol. 36, n° 4, 2006, p. 791.

³⁴⁶ CHABANOL (D.), « Le choix du cocontractant : pouvoir discrétionnaire ou lié », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur de Michel GUIBAL*, Presses de la faculté de droit de Montpellier, t.1, 2006, p. 84.

³⁴⁷ DELAUNAY (B.), « La transparence de la vie économique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 59, 2/2018, p. 32.

³⁴⁸ RIEM (F.), *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 15.

En Afrique tout le monde s'abreuve à l'opacité dont fait preuve le principe de la concurrence. La commande publique est le lieu des arrangements politiques, économiques et sociaux. C'est un instrument de récompense politique que les gouvernements usent à l'endroit de leurs soutiens après les consultations électorales. La commission nationale anti-corruption du Cameroun dans l'un de ses rapports recommandait que « *les personnalités politiques, ministérielles ou parlementaires ne doivent pas être attributaires de marchés publics sous peine de violer les règles d'éthique et de saine concurrence* »³⁴⁹. Les contrats de la commande se gèrent entre amis, tout le monde semble y être trempé. Les mises en concurrence sont donc de simples formalités sans impact sur la véritable attribution dont le maître d'ouvrage a décidé bien avant le lancement du processus. Ces comportements anticoncurrentiels ont un impact sur l'efficacité économique qui constitue l'objectif supérieur pour les citoyens³⁵⁰. Ils altèrent toutes contraintes par lesquelles le cocontractant serait obligé d'exécuter le contrat de manière performante. Les exigences de compétence et d'expérience sont écartées au profit du favoritisme, et les conséquences sont immédiates : les contrats sont attribués à des soumissionnaires qui n'ont pas d'expérience, ni de capacité. Le principe de mise en concurrence est si important pour l'efficacité de la commande publique, quand bien même il admet des limites celles-ci sont particulièrement restrictives.

2. La limitation de l'entente dans l'évaluation des soumissionnaires

Un cocontractant compétitif est un gage pour la performance dans l'exécution du contrat. La performance est attachée aux qualités du cocontractant. Celui-ci est retenu parce qu'il est le plus efficace à satisfaire les besoins de l'administration. Cette exigence se retrouve dans tous les types de contrats de la commande publique qui sont des contrats « *conclus intuitu personae* »³⁵¹. Ainsi, « *les différents modes de passation des contrats de la commande publique lui font une place* »³⁵². Seulement, l'*intuitu personae* c'est

³⁴⁹ CONAC, *Rapport sur l'Etat de la lutte contre la corruption au Cameroun en 2011, 2012*, p. 122.

³⁵⁰ CLAUDEL (E.), *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse de doctorat en droit, université de Paris x-Nanterre, 1994, p. 67.

³⁵¹ DE LAUBADERE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, t. 1, 1956, p. 186.

³⁵² AURELIEN ANTOINE, « L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique », *RFDA*, 2011, p. 891.

à dire l'attribution du contrat en considération des qualités de la personne n'est pas laissée libre à la volonté de l'administration contractante. L'attribution passe par des procédures dont le meilleur candidat est révélé. Il arrive pourtant des cas où les procédures sont simplifiées pour des raisons précises. La mise en compétition est ainsi altérée.

Le régime de la commande publique admet des inflexions au principe de la mise en concurrence. Ces inflexions ne sont pas largement consacrées, elles sont restrictives. La principale inflexion à la mise en concurrence se trouve principalement dans les ententes directes encore appelées gré à gré. Pour être déjà fixé, il faut dire que le gré à gré « n'est pas la répudiation de toute forme de concurrence, mais une concurrence limitée à certains soumissionnaires choisis par le maître d'ouvrage »³⁵³. La limitation de cette concurrence qui est une inflexion au libéralisme du secteur économique s'accompagne d'un encadrement très restrictif qui donne toute sa valeur au principe de l'appel d'offre. L'on ne saurait donc dire de manière péremptoire qu'avec le gré à gré il y'a « un assouplissement des procédures d'attribution et d'exécution des marchés »³⁵⁴. S'il y'a assouplissement celle-ci ne porte sur les délais. En dehors des délais, tout le régime du gré à gré n'est que contrainte. La première contrainte est l'obligation d'obtenir une autorisation préalable. Au Togo, la loi dispose que le recours à tout autre mode de passation doit « être autorisé par l'entité en charge du contrôle des marchés publics, après justification de son choix par l'autorité contractante »³⁵⁵. L'entente directe ou le gré à gré est une procédure exceptionnelle³⁵⁶. L'autorisation préalable est requise dans tous les types de contrat, et son absence rend le contrat « nul et de nul effet »³⁵⁷. Elle permet à l'autorité qui la délivre de contrôler que le recours à la procédure dérogatoire se justifie et n'est pas demandé pour des motifs autres que ceux consacrés. La seconde restriction de la procédure de

³⁵³ BIDJA NKOTTO (T.), *Les contrats de l'administration au Cameroun, op.cit.*, p. 211.

³⁵⁴ EVINA (J.V.), *La passation des marchés publics en urgence au Cameroun*, Thèse de doctorat en droit public, université de Douala, 2021, p. 339.

³⁵⁵ Article 16 alinéa 1 de la loi Togolaise n°2009-013 relative aux marchés publics et délégations de service public.

³⁵⁶ Article 20 de la loi n°2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin.

³⁵⁷ Article 61.4 de l'Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019 portant Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

gré à gré est la consécration des cas de recours en dehors desquels la procédure serait illégale.

Les cas de recours au gré à gré sont les conditions matérielles qui peuvent conduire le maître d'ouvrage à engager valablement et légalement la procédure. Dans les marchés publics, le cas qui revient dans la plupart de la réglementation des États Africains est l'urgence. L'urgence est de diverses formes. Il s'agit de l'urgence impérieuse « *motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel d'offres* »³⁵⁸. Et de l'urgence que l'on pourrait qualifier d'urgence de continuité contractuelle qui est liée au remplacement du cocontractant défaillant³⁵⁹. Les autres cas de recours au gré à gré sont constitués des situations dans lesquelles la réalisation des prestations ne peut être confiée qu'à un prestataire déterminé pour des raisons artistiques ou techniques, ou en raison de la nécessité de l'emploi d'un brevet d'invention. Au final, ces conditions renvoient à des situations où la mise en concurrence n'a pas de fondement. On retrouve ces conditions dans les contrats autres que les marchés publics, avec des formulations différentes liées à la spécificité de ces contrats mais répondant à la même logique. En ce qui concerne les contrats de partenariat par exemple, la loi Béninoise propose un résumé satisfaisant du régime restrictif de l'entente directe. Elle dispose que le contrat de partenariat peut être passé par entente directe 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'autres droits de propriété intellectuelle ou des raisons liées à la protection d'autres droits exclusifs* »³⁶⁰.

Dans le fond, la procédure de l'entente directe se rapproche théoriquement de l'ancienne conception de *l'intuitu personae*. Les procédures et les restrictions entourent ce

³⁵⁸ Article 58.2 du décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant Code des Marchés Publics et des délégations de services publics au Mali.

³⁵⁹ Article 109 b du Code des Marchés Publics du Cameroun.

³⁶⁰ Article 20 de la loi n°2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin.

mécanisme de telle sorte qu'il serait déplacé de penser que les contrats mobilisés s'accommoderaient mal du respect d'obligations de publicité et de mise en concurrence préalable au choix du cocontractant³⁶¹. Tout est fait pour limiter la *discretionnarité* de l'administration contractante. Ici encore, la pratique s'éloigne de la théorie. Au quotidien, les administrations usent et abusent de la procédure de gré à gré. Cette procédure est principalement indexée comme prêtant le flanc à toute sorte de dérives en raison de l'absence ou de la faiblesse du contrôle. L'urgence est très souvent provoquée au lieu d'être subie. Il y a une sorte d'inversion des valeurs dans laquelle tous les acteurs trouvent leurs intérêts au détriment de l'intérêt général. Les exigences de qualité sont écartées au profit de l'intérêt individuel valorisé en violation de la réglementation. Le contrôle qui est affaibli³⁶² aiguise les appétits voraces des prédateurs avides de l'appropriation du bien public. Les contrats, instruments de la dépense publique se trouvent détournés des objectifs de performance qui obligent l'administration à « *faire connaître sa demande aux offreurs potentiels sur le marché et, par suite, de susciter la plus large concurrence* »³⁶³.

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

B. LA DÉCLINAISON D'UN RÉGIME D'EXÉCUTION MÉLIORATIF POUR L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Les exigences de qualité de la dépense imposent un régime d'exécution contractuelle tourné vers la réalisation d'un intérêt général intégral. Le *service minimum* ne fait plus partir du langage acceptable. Tout doit être fait dans la recherche de la performance (2). Cela implique la sérénité dans l'exécution contractuelle (1).

1. La consécration des mécanismes de sérénité de l'exécution contractuelle

L'exécution du contrat incombe au cocontractant. Mais cette exécution doit être globale et impliquer l'administration qui doit offrir à son partenaire un environnement propice dans tous les sens. La réglementation encourage une exécution concertée plus favorable à la performance. La convergence des actions apporte une sérénité dont le cocontractant a besoin pour affronter les défis auxquels il n'a parfois fait qu'adhérer,

³⁶¹ LICHERE (F.), « La passation des concessions », *AJDA*, 2016, p.1000.

³⁶² ALT (É.), « La république à l'épreuve de la corruption », *Tumultes*, n°45, 2/2015, p. 28.

³⁶³ HOEPFFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016, p. 255.

en dehors de toute implication lors de leurs élaborations. Des mécanismes sont consacrés pour apporter cette sérénité.

Dans toute relation contractuelle, le respect des obligations financières est source de motivation dans l'exécution. Il en est de même dans l'exécution des contrats de la commande publique. Seulement, cette exécution est toute aussi particulière comme les autres phases. Les règles applicables en matière de finances publiques y sont nombreuses. Le principe est le paiement après le service fait. Le paiement ne peut intervenir avant l'échéance de la dette ou l'exécution du service³⁶⁴. Le cocontractant est contraint à exécuter ses obligations avant que sa créance puisse produire les effets juridiques. Il faut qu'un « service » ait été effectivement et préalablement rendu et ensuite, qu'il ait été accompli conformément à l'acte d'engagement et, de manière plus générale, conformément aux textes applicables »³⁶⁵. C'est à partir de ce moment seulement que la créance devient redevable. Les actions d'exécution du cocontractant doivent être certifiées. Cela peut être fait par les factures de livraison, les procès-verbaux de réception³⁶⁶. Ce formalisme rentre dans le circuit obligatoire de la dépense publique qui intègre plusieurs acteurs aux compétences différentes de telle sorte qu'il est impossible de ne pas respecter une étape et d'aboutir au paiement. Cependant, ce formalisme admet des atténuations sur lesquelles la personne publique peut s'appuyer pour attendre de son cocontractant un engagement total.

La rigidité du régime de la commande publique prend en compte l'environnement social dans lequel s'exécutent les contrats. Cet environnement présente des soumissionnaires aux moyens limités et dont on ne saurait attendre qu'ils supportent à eux seuls le préfinancement des contrats. L'administration en prenant appui sur la réglementation peut consentir à apporter un concours financier. Dans les marchés publics, il s'agit des avances de démarrage ou avances d'approvisionnement³⁶⁷. Ces

³⁶⁴ Article 70 alinéa 2 du décret n°2021/375 du 05 juillet 2020 portant règlement général de la comptabilité publique.

³⁶⁵ CATTEAU (D.), *Droit budgétaire comptabilité publique. LOLF et GBCP*, 3^e édition, Hachette supérieur, 2016, p. 153.

³⁶⁶ Article 63 alinéa 2 du décret n°2021/375 du 05 juillet 2020 portant règlement général de la comptabilité publique.

³⁶⁷ Article 159 du Code des Marchés Publics.

avances peuvent être considérées comme des prêts car elles sont remboursables. Elles permettent néanmoins au cocontractant d'amortir les dépenses et d'engager sereinement l'exécution des prestations. Par la suite, la convergence des efforts est toujours nécessaire. Elle permet à chaque partie, à l'administration notamment d'être au courant des éventuelles difficultés et de porter secours à son partenaire. Dans les contrats de partenariats, cette collaboration est impérieuse car elle peut permettre d'éviter la radicalisation de l'une des parties s'agrippant dès lors sur une application stricte des clauses contractuelles. La personne publique est particulièrement visée dans cette formule contractuelle à fort potentiel de risques et d'écueils. L'un des écueils les plus courants réside dans « *la transformation de tout changement non anticipé lors de la signature du contrat en évènement potentiellement défavorable aux intérêts de la personne publique* »³⁶⁸. Cette dernière se retrouve dans l'obligation de négocier ou de subir les conséquences. La collaboration permet de pallier à toutes les difficultés. Elle trouve toute sa justification dans le terme partenaire qui sied à la commande publique. Les partenaires doivent se soutenir et avoir une bonne foi qui ne se cantonne « *pas à condamner l'attitude dolosive d'un contractant ni à exiger tel ou tel type de comportement* »³⁶⁹. Elle impose à chaque partie un comportement actif, destiné à assister le cocontractant³⁷⁰. Par conséquent, ce dernier est implicitement contraint à faire œuvre d'une loyauté qui s'oppose « *à une remise en cause opportuniste du contrat* »³⁷¹ et qui trouve son fondement dans la nécessité qu'il y'a de protéger certains intérêts, des valeurs dignes de l'être comme le respect de la parole donnée³⁷². Cela passe par un effet d'entraînement, l'administration devant être prompt dans la réalisation de ses obligations. Le cocontractant doit être informé de

³⁶⁸ MARTY (F.), VOISIN (A.), « Les difficultés d'exécution des Partenariats Public-Privé : le retour d'expérience des contrats de Private Finance Initiative britanniques », OFCE, document de travail, N° 2007-26 septembre 2007, p. 23.

³⁶⁹ LLUELLES (D.), « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », *La Revue du Barreau Canadien*, vol 83, 2004, p. 191.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ LAFAIX (J-F.), « la loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent RICHER. À propos des contrats des personnes publiques*, Paris, LGDJ, 2013, p. 365.

³⁷² SESTIER (J-F.), « la loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent RICHER. À propos des contrats des personnes publiques*, Paris, LGDJ, 2013, p. 365.

toutes les actions entreprises par la personne publique - et par l'Etat en général - dans toutes ces actions extracontractuelles qui peuvent avoir un effet direct ou non sur l'exécution contractuelle et qui peuvent altérer l'efficacité du cocontractant.

2. *La fixation des exigences de pérennité des prestations contractuelles*

Les cérémonies de réception des ouvrages réalisés sont en Afrique des grands moments de propagande, de promotion de la capacité des gouvernants à tenir les promesses électorales et à se soucier des besoins des populations. Grande est la désolation pour ces populations de constater la courte durée du rêve. Les ouvrages présentés commencent rapidement à montrer des défaillances, soulevant ainsi des questions sans réponses.

Le processus de formation des contrats tel qu'on l'a vu est fortement encadré. L'instauration de la maturation concourt à consolider les exigences de qualité des prestations. Les prestations doivent être d'une qualité impeccable afin de justifier les sommes importantes qui sont mobilisées dans les contrats. Il y a ainsi une consécration de l'obligation de résultat qui peut être jugée « *d'un point de vue technique, opérationnel, ou sur la qualité de la prestation via des enquêtes de satisfaction* »³⁷³. Rien ne peut justifier une succession permanente des ouvrages présentant des défaillances quelques temps après leurs réceptions et que les entreprises les ayant réalisés soient toujours adjudicatrices de nouveaux contrats. Il se pose également le problème des contrôles de l'exécution de ces contrats. La défaillance des prestations induisent soit le laxisme et la négligence, soit l'absence de contrôle. L'administration exerce pourtant un pouvoir de contrôle et de direction qui justifie l'exercice d'une surveillance permanente sur l'exécution. Toutes les règles et principes précédemment appliqués sont vains si le fruit du processus est de moindre qualité. Les dépenses engagées n'auront pas atteint leurs objectifs. Les contrats de la commande publique comme instrument de la dépense publique de qualité doivent satisfaire les besoins des populations de manière durable. Ils doivent améliorer substantiellement la qualité des services publics.

³⁷³ VOLPELLIERE (Y.), *L'obligation de résultat de l'Administration*, Thèse de doctorat en droit, Université Montpellier, 2015, p. 101.

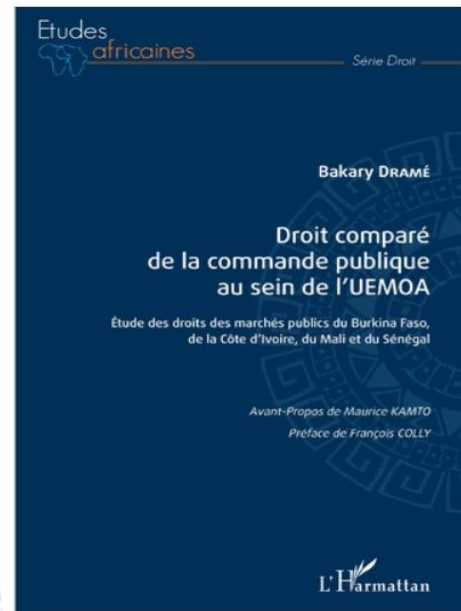
CONCLUSION

La transformation du paradigme de gestion qu'a subi les finances publiques à envahi toute la sphère de l'action publique. Les exigences de qualité de la dépense publique se sont transposées dans le régime des contrats de la commande publique. Cela ne pouvait en être autrement car la commande publique est un instrument de réalisation de la dépense publique. Les exigences d'efficacité et de performance jalonnent tout le processus contractuel et réduisent la considération des formules contractuelles comme de simples procédures administratives.



DÉJÀ PARUS

- **Bakary DRAMÉ**, *Droit comparé de la commande publique au sein de l'UEMOA - Etude des droits des marchés publics du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal, 2021. Disponible chez l'Harmattan.*



RA
Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

- **John Eric DICKA**, *Droit et commande publique en zone CEMAC : contribution à l'étude de l'influence du droit sur les modèles d'achat public au sein des espaces intégrés d'Afrique, 2020. Disponible chez EUE.*



À L'HORIZON...

Un évènement prévu en **Mai 2022** et organisé par l'Association pour la Promotion de la Commande Publique en Afrique (APCPA)

Thème : *COMMANDE PUBLIQUE ET OBJECTIFS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE EN AFRIQUE : COHABITATION OU OPPOSITION ?*



COMMENT FAIRE PUBLIER DANS NOS ANNALES

Politique de rédaction

La direction de publication de la *RADCP* prie les auteurs de se conformer scrupuleusement aux exigences ci-dessous.

1. Genre de proposition de contribution

Toute proposition de contribution à la *RADCP* est soumise soit en « *article de doctrine* » soit en « *notes de jurisprudence* ».

2. Volume de proposition de contribution

Le volume de toute proposition de contribution soumise à la *RADCP* est de 15 à 35 pages.

3. Première page

La première page de la proposition de contribution renseigne en haut et au milieu le titre, le(s) prénom(s) et nom(s), le grade ou la fonction, l'institution d'attache, le courriel de l'auteur (facultatif) suivi du résumé et des mots-clés.

4. Résumé

La proposition de contribution comporte, au plus, un résumé de 250 mots.

5. Mots-clés

La proposition de contribution comporte au plus (06) mots-clés.

6. Mise en page

La rédaction de la contribution est effectuée selon le format suivant : police *Times New Roman* ou *Book Antiqua* ; taille de police : 12 pt ; interligne : 1,5 ; marge : 2,5 ; mise en page à gauche : 2,5 ; mise en page à droite : 2,5.

7. Citations

Les citations courtes (de trois lignes au plus) sont insérées dans le corps du texte. Elles sont saisies en *italique*, avec une taille de police de (12 pt), mises entre guillemets et suivies, en notes de bas de page, des références bibliographiques exactes.

Les citations longues (plus de trois lignes) sont saisies en *italique* - en retrait du corps du texte de 1 cm à gauche comme à droite - avec une taille de police de (10 pt) et sans guillemets.

Toute suppression, coupure ou omission, dans la citation, doit être signalée par des crochets [...], ainsi que tout commentaire personnel (lettres et

mots ajoutés ou changés par l'auteur de la contribution).

8. Tableaux

Les tableaux et les graphiques doivent être lisibles.

9. Mise en relief

Les titres d'ouvrage, revues et journaux, les expressions latines, les mots étrangers et les mots et expressions que l'on désire exceptionnellement faire ressortir sont saisis en *italique*. Les titres d'articles et les chapitres d'ouvrage sont saisis entre guillemets.

10. Appel de note

L'appel de note est placé avant tout signe de ponctuation. La référence est renvoyée en notes de bas de page, numérotées en continu (du début à la fin de la contribution). Les références bibliographiques y afférentes sont placées en bas de page et numérotées en continu (du début à la fin de la

contribution) avec un point final à chacune d'elle.

La présentation des références bibliographiques en notes de bas de page est la suivante :

- Pour les ouvrages, thèses et mémoires

ABANE ENGOLO (P-E.), MARKUS (J-P.) (dir.), *La fonction présidentielle au Cameroun*, L'Harmattan, 2019, 468 p.

ATIPO OKO (J.), *Service public et droit communautaire : étude comparée entre la CEMAC, l'UEMOA et l'UE*, Thèse de doctorat, Université Marien N'GOUABI, 2019, 790 p.

- Pour les articles

MOUDOUDOU (P.), « Les tendances du droit administratif dans les états d'Afrique noire francophone », *Annales de l'Université Marien N'Gouabi*, sciences juridiques et politiques, 2009-2010, pp. 1-39.

Procédure de publication

1. Soumission de la proposition de contribution

Toute proposition de contribution est soumise en deux exemplaires (*Word & PDF*) à la RADCP à l'adresse suivante : radcperacle@gmail.com.

L'auteur reçoit, en confirmation de la soumission, un accusé signé par le secrétariat de la RADCP.

2. Délai de traitement

Le délai de traitement de toute proposition de contribution oscille entre trois (03) semaines et quatre (04) mois.

3. Processus d'évaluation

Toute proposition de contribution à la RADCP est soumise à une évaluation sous anonymat et en double lecture.

3.1. L'anonymat est de rigueur durant tout le processus d'évaluation. Il est garanti autant à l'auteur qu'aux membres des comités de la RADCP évaluant la proposition de contribution.

3.2. L'évaluation de la proposition de contribution est opérée en deux lectures.

3.2.1 Première lecture

En première lecture, la proposition de contribution est soumise à un membre du comité de lecture qui évalue la conformité de celle-ci à la politique de rédaction de la RADCP. À ce titre, lorsque l'évaluation conclut à l'inobservation de la politique de rédaction de la Revue, l'auteur est informé de la décision de rejet du comité de lecture. Cependant, lorsque l'évaluation de la proposition de contribution conclut à la conformité de celle-ci à la politique de rédaction de la RADCP, la proposition de contribution est alors soumise à une évaluation en seconde lecture.

3.2.2. Seconde lecture

Toute proposition de contribution, conforme à la politique de rédaction de la RADCP, est soumise, en seconde lecture, au comité scientifique aux fins d'une évaluation au fond.

Le comité scientifique, regroupant les spécialistes ou experts du sujet en étude par l'auteur, évalue la qualité, la pertinence et l'originalité de la proposition de contribution et adresse un rapport relativement à sa publication à la direction de publication de la RADCP.

4. Décision de publication

La direction de publication de la *RADCP* statue sur la publication de la proposition de contribution, conformément au rapport d'évaluation du comité scientifique.

À cette occurrence, en cas de refus de publication, la décision de la direction de publication de la revue est adressée à l'auteur. Elle est motivée par le rapport d'évaluation du comité scientifique qui tient lieu de motivations du refus de publication.

Toutefois, l'auteur conserve la possibilité de resoumettre la proposition de contribution refusée lorsqu'elle est revue au gré d'observations formulées par le comité scientifique. À cet égard, la proposition de contribution est de nouveau évaluée par le comité scientifique selon la procédure y afférente.

Enfin, en ce cas comme dans l'autre, lorsque la direction de publication statue

en faveur de la publication de la proposition de contribution, l'auteur en est informé. Il lui ait adressé gratuitement un exemplaire de la contribution, dès sa publication dans un numéro de la revue.

La *RADCP* conserve l'exclusivité des droits de propriété sur toutes ses publications. Toute proposition de contribution, déjà publiée par une autre revue, doit être signalée comme telle à sa soumission, par l'auteur.

5. Fréquence de publication

La publication de la Revue est effectuée semestriellement en raison d'un numéro par semestre. Elle est opérée selon la périodicité suivante : *Janvier – Juin / Juillet – Décembre*.

Toutefois, les numéros spéciaux ne sont pas soumis au calendrier ci-dessous. Ils paraissent à la suite des conférences, des journées d'études, des colloques et travaux organisés par la *RADCP* et/ou ses institutions partenaires



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

La publication de ce numéro a été rendue possible, grâce au concours du CERACLE (*Centre de Recherche, d'Expertise et de Formation sur les Institutions constitutionnelles, les Administrations publiques, la Gouvernance financière et la Légistique en Afrique*) **de l'Université Cheikh Anta Diop et l'APCPA** (*Association pour la Promotion de la Commande Publique en Afrique*).

Site : www.ceracle.com

Courriel : radpceracle@gmail.com

N° 01, Janvier – juin 2022



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics



RADCP

Revue Africaine de Droit des contrats publics

© RADCP 2022

Tous droits réservés