

REVUE AFRICAINE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

Juillet-décembre | 2022

numéro 2

ISSN 2827 - 4776



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

RETROUVEZ DANS CE NUMERO :

- Le mot du directeur
- L'éditorial du semestre ..
- L'Entretien du semestre
- Des analyses sur une décision récente
- La doctrine sur le droit des contrats publics
- La politique et la procédure de publication de la RADCP
- Une brève sur le droit des contrats publics
- Et plus...

Sites : www.ceracle.com ;

<https://associationpcpa.wixsite.com/apcpa>

contact : radpceracle@gmail.com



Édité par l'APCPA et le CERACLE de l'UCAD

REVUE AFRICAINE DE
DROIT DES CONTRATS
PUBLICS



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

N° 2 - Juil-déc. 2022

ISSN 2827 - 4776

Propositions à adresser à : radpceracle@gmail.com



A. P. C. P. A
14 RUE ANTOINETTE
VERNES
78120 – RAMBOUILLET
+33 06 68 74 42 40

SOMMAIRE

LE MOT DU DIRECTEUR

John Eric DICKA.....5

L'ÉQUIPE DE LA RADCP.....

L'ÉDITORIAL

STÉPHANE BOBÉ ENGUELEGUELE9

L'ENTRETIEN DU SEMESTRE

Avec...Charlie Martial NGOUNOU.....13

COMMENTAIRES ET ANALYSES DE DÉCISIONS

L'exploitation du service public portuaire devant le juge: Réflexions sur une affaire récente

Claude MOMO.....17

DOCTRINE JURIDIQUE

La tolérance dans le droit des marchés publics des États d'Afrique francophone

Frédéric Hermann KEMDJO TAGNE.....36

La reconfiguration du droit de la commande publique en temps de crise sanitaire dans l'espace UEMOA

Saka DORI GOUNOU.....64

La contractualisation dans la pratique de la régulation au Sénégal : l'exemple de l'interconnexion dans les secteurs du gaz, de l'électricité et des télécommunications

Mamadou DIA.....72

LA fragilité du régime de l'éthique dans la commande publique en Afrique noire francophone

Christian Fabrice YINDJO TOUKAM.....83

L'égalité dans les règles de passation des marchés relatifs aux projets d'investissements financés par la Banque Mondiale

Josué NGONO NOAH.....101

Les clauses environnementales dans les contrats de partage de production d'hydrocarbures au Sénégal

Mamadou SALL SECK.....116

BRÈVE SUR L'ACTUALITÉ JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

L'esprit et la lettre du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics

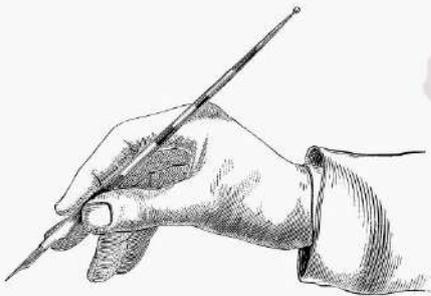
Thomas Calmaire EPOH OKANDJO.....130

COMMENT FAIRE PUBLIER DANS NOS ANNALES.....136

LE MOT DU DIRECTEUR

Par : **John Eric DICKA**

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 part, 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 et objectifs 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), de modernisation de la gestion des finances publiques ou de l'action des services publics –.

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 au mieux, leurs nombreux enjeux sans cesse croissants.

Mesdames/Messieurs !

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

L'ÉQUIPE DE LA RADCP

Comité scientifique



- o **ABANE ENGOLO Patrick Edgard**
Agrégé des facultés de droit, professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa, Directeur du CERCAF
- o **ADAMOU Issoufou**
Maître de Conférence - Université Cheikh Anta Diop de Dakar
- o **BADARA FALL Alioune**
Agrégé des facultés de droit, Professeur - Université de Bordeaux
- o **BATOUM-BA NGOUE Samuel Théophile**
Maître de Conférences - Université de Douala
- o **BIAKAN Jacques**
Professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa
- o **BOBÉ ENGUELEGUELE Stéphane**
Avocat au Barreau d'Amiens/Docteur en droit - Sovereign Policies Advisor
- o **CHARREL Nicolas**
Avocat au Barreau de Paris
- o **FOUMENA Gaëtan Thierry**
Agrégé des facultés de droit, Maître de Conférence
- o **GUESSELE ISSEME Lionel Pierre**
Agrégé des facultés de droit, professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa
- o **GUÉZOU Olivier**
Agrégé des facultés de droit, Professeur - Université Paris-Saclay
- o **KEBE Daba Abdou Aziz**
Agrégé des facultés de droit, Maître de Conférences, Université Cheikh Anta Diop de Dakar
- o **MAMBO Paterne**
Agrégé des facultés de droit, Professeur - Université Houphouët-Boigny, Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université Jean Lorougnon Guédé de Dalou
- o **MARKUS Jean-Paul**
Agrégé des facultés de droit, Professeur - Université Paris-Saclay
- o **MBALLA OWONA Robert**
Agrégé des facultés de droit, professeur titulaire - Université de Yaoundé II-Soa
- o **MEISSA DIAKHATE**
Agrégé des facultés de droit, Maître de Conférences - Université Cheikh Anta DIOP, Directeur du CERACLE
- o **MOMO FOMTHIM Claude**
Agrégé des facultés de droit, Maître de Conférences - Université de Douala
- o **NSALOU NKOVA Lewis**
Avocat au Barreau de Paris / Docteur en droit - Université Paris Saclay
- o **PEYRICAL Jean-Marc**
Maître de Conférences - Université Paris Saclay / Avocat au Barreau de Paris
- o **ROSSATANGA-RIGNAULT Guy**
Professeur des universités- Université Omar Bongo de Libreville
- o **SAMB TOSCO Seynabou**
Avocat au Barreau de Bordeaux / Docteur en droit - Université de Bordeaux
- o **VILA Jean-Baptiste**
Maître de Conférences - Université Bordeaux

L'ÉQUIPE DE LA RADCP

Comité de lecture



◦ **ADIANG NTSAGO Jean**

Docteur en droit public – Université de Douala

◦ **AMADOU Boub**

Doctorant en droit public – Université de Maroua

◦ **ATIPO OKO Jordelin**

Docteur en droit public – Université Marien NGOUABI du Congo

◦ **ASSOLO ONANA Balthazar**

Docteur en droit public – Université de Douala

◦ **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 KANTE Fatou**

Assistant en droit public – Université Cheikh Anta Diop

◦ **DIOUF Ibrahima**

Maître de Conférences, Université Cheikh Anta Diop de Dakar

◦ **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

◦ **MOUNOM MBONG Willy**

Docteur en droit public, maître assistant CAMES – Université de Dschang

◦ **NGAMBEKET Emmanuel Latendresse**

Docteur en droit public – Université de Douala

◦ **NGNITEYA DJIOLIEU Baudelaire**

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

◦ **SANÉ Mamadou Salif**

Docteur en droit public – Université Gaston BERGER de Saint Louis

◦ **PAPE FAYE Latyr**

Doctorant en droit public – Université Cheikh Anta DIOP

◦ **YINDJO TOUKAM Fabrice**

Docteur en droit public – Université de Douala

L'ÉQUIPE DE LA RADCP

Secrétariat technique



o **AKOUSSAH KWASSI Pascal**

Juriste - Droit public

o **DZIKANG Monique**

Doctorante en Science politique – Université Paris Saclay

o **COULIBALY Ibrahima**

Doctorant en droit public – Université Paris Saclay

o **MBA NGUEMA Félicien- Hance**

Doctorant en droit public – Université de Yaoundé II-Soa

o **POATY Juvadel**

Étudiant en Master II-Droit public fondamental – Université Marien Ngouabi

Directeur de Publication

o **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.



L'ÉDITORIAL

ANALYSE DES POLITIQUES PUBLIQUES DE DÉVELOPPEMENT : CONSTAT ET PERSPECTIVES À PARTIR DE L'EXEMPLE DU CAMEROUN.

Par : **Stéphane BOBÉ ENGUELEGUELE**
Ph.D - Sovereign Policies Advisor

Les vingt dernières années ont été marquées à travers le monde par des progrès qui ont permis de changer les conditions de vie de près d'un milliard d'humains. Simultanément, les inégalités se sont accrues en raison de l'intensification des mobilités et une forte exposition des peuples aux « cycles économiques mondiaux »[1]. Des pôles de croissance rapide côtoient aujourd'hui des îlots de plus en plus nombreux de misère. Le constat est sans appel et trahit, selon la Banque Mondiale, la réalité d'un monde inégalitaire où l'objectif de politiques publiques inclusives ne se sera jamais présenté de manière aussi critique. La richesse est inégalement répartie, le groupe très réduit des plus riches concentrant entre ses mains l'essentiel de la richesse[2]. Car, « bien que la propagation du capital, de la technologie, des idées et des personnes ait permis à nombre de pays et de populations d'aller de l'avant, d'autres régions et groupes semblent avoir été laissés pour compte et sont toujours aux prises avec la violence, une croissance anémique et de piètres possibilités de progrès »[3]. Cela est en général dû au refus ou à la mauvaise application des stratégies qui pourraient garantir de manière certaine et irréversible le progrès économique. Le service public est en crise et mal délivré ; la violence politique et l'instabilité de l'État distinguent des sociétés politiques fracturées et des régimes politiques en faillite ; la corruption et la mauvaise utilisation des revenus générés par l'exploitation des ressources naturelles singularisent ces États faibles ou en déclin. Le développement suppose pourtant de moderniser en permanence la gouvernance, de repenser de manière toujours dynamique les rapports entre les acteurs publics et non étatiques autour des politiques publiques et l'allocation des ressources.

Avant d'être un credo à la mode, la gouvernance renvoie au « processus d'interaction par lequel les acteurs étatiques et

non-étatiques conçoivent et appliquent des politiques publiques dans le cadre d'un ensemble donné de règles formelles et informelles qui façonnent le pouvoir, mais sont en même temps façonnées par celui-ci »[4].

Les meilleurs exemples de développement économique démontrent que la clé de la performance réside généralement dans le renforcement des capacités d'action d'un État, soigneusement taillé pour mettre en œuvre des politiques publiques adaptées aux contextes. Le miracle économique chinois tient ainsi à la transformation des mécanismes de « responsabilité et de direction collégiale et l'importance toute particulière accordée à la façon dont les institutions fonctionnent »[5]. Les nations sont confrontées aux mêmes problèmes qu'elles adressent de manière plus ou moins efficace en fonction de leur aptitude à décliner les stratégies de gouvernance les mieux indiquées pour conjurer les enjeux politiques, sociaux et économiques domestiques. Il s'agit toujours de protéger les sociétés contre des menaces globales de divers ordres et notamment la violence sociale, le terrorisme et la guerre. Il s'agit aussi de faciliter la croissance économique, et de garantir à tous les habitants d'un pays la prospérité dans un cadre partagé. Pourtant, les trajectoires du développement ne sont pas uniformes, même si les mêmes stratégies développementalistes sont appliquées partout. En effet, les mêmes stratégies institutionnelles peuvent conduire à un développement rapide dans certains cas, alors que dans d'autres, la mise en œuvre de solutions présentées comme « optimales » peut amener des échecs. La croissance rapide chinoise dissimule ainsi l'enjeu de l'entrée du plus grand nombre d'opérateurs économiques sur le marché et leur accès à la concurrence et à l'innovation ; elle a une « face cachée » où les inégalités et la misère se dissimulent derrière le mirage de la prospérité au sein de l'idéal communiste[6].

Derrière la situation de la mauvaise gouvernance dans certains pays à revenu intermédiaire, il faut aussi voir l'action des bénéficiaires des premiers stades de la croissance économique, qui se montrent hostiles à son partage. On le voit par exemple en Inde où la politique de résorption des bidonvilles a profité à certains acteurs politiques et opérateurs économiques, et non pas aux populations des 49.000 bidonvilles recensés. La trajectoire brésilienne illustre également ce phénomène de rivalités entre le peuple et une élite ayant bénéficié et capitalisé les fruits des réformes économiques, sans les redistribuer. Cela conduit à des oppositions fortes autour de l'impossible contrat social brésilien. Au Cameroun les différents plans d'ajustement structurels et les réformes de la gouvernance opérées dans le cadre de l'initiative Pays Pauvres Très Endettés (PPTE) se traduisent par la constitution d'un nouveau groupe social d'hyper-riches, une aristocratie administrative et financière ayant bénéficié des privatisations et des opportunités créées par la libéralisation de l'économie. Mais les écarts de revenus restent importants, la classe moyenne ayant disparu, peu de Camerounais bénéficiant des dividendes d'une croissance au demeurant famélique.

Pour faire produire aux règles et aux ressources des résultats optimaux, il est essentiel de développer trois fonctions institutionnelles.

D'abord l'engagement, qui « permet aux acteurs de compter sur la crédibilité des politiques pour moduler leur comportement en conséquence »[7]. Ce n'est rien d'autre que la consolidation du cadre axiologique des politiques publiques, afin que leur prédictibilité devienne une condition de leur légitimité : la légitimité de l'action publique aux yeux des citoyens et des opérateurs économiques est toujours inversement proportionnelle à sa prévisibilité ; plus les politiques publiques sont prévisibles et mieux les acteurs peuvent les intégrer à leurs calculs et leurs anticipations.

L'engagement conduit les opérateurs économiques à croire dans la stabilité de l'environnement normatif et légal ; ainsi, la perception négative de la corruption conduira à des résultats non souhaités, même si les meilleures politiques publiques sont mises en œuvre. En revanche, la garantie que les acteurs du processus économique ne vont pas perdre leur investissement assure une mobilisation optimale de leurs ressources, comme dans la Chine des années 80.

La seconde fonction à développer est ensuite la coordination des décisions des acteurs des processus économiques, comme par exemple la coordination des décisions d'investissement et des attentes du marché : on voit ainsi au Cameroun que l'aménagement urbain est marqué par un manque de coordination entre les urbanistes, les promoteurs immobiliers éventuels et les pouvoirs publics ; une centralisation bureaucratique des ressources et des mécanismes d'allocation des ressources abandonnant à l'État

l'essentiel de l'initiative qui incombe pourtant naturellement au secteur productif. Autre exemple : comment mobiliser les stratégies des startups de la Silicon mountain dans le cadre d'une politique du numérique et de l'innovation potentiellement génératrice d'une forte croissance ? La coordination détermine l'efficacité et la productivité des investissements.

La troisième fonction à renforcer est enfin la coopération au sein des acteurs, dans le but de réduire autant que possible les comportements opportunistes. Cela passe d'abord par l'adoption de politiques fiscales redistributives et propices à l'amélioration de la qualité du service public, tout en garantissant l'équité, et l'existence de réels débouchés pour les adultes au seuil du marché du travail. La coopération passe ensuite par la légitimité de la loi fiscale et le consentement à l'impôt. La situation camerounaise démontre une rupture des rapports de coopération, et une « fragmentation du contrat social » : les catégories sociales supérieures ont recours à des prestataires privés du fait de la mauvaise qualité du service public ; les évacuations médicales sont la norme au sein de ces fractions de l'élite qui renoncent à utiliser l'offre de soins locale, réputée de piètre qualité[8].

Pour mettre en œuvre des politiques publiques efficaces il est indispensable d'élaborer un cadre d'élaboration partagé entre les protagonistes de l'action publique.

Mais une mise à distance des destinataires des politiques publiques, exclue de facto des processus décisionnels et s'exprime aussi par un faible accès aux lieux de décisions et aux ressources de l'État. Les politiques publiques sont captées par cette élite spécialisée de hauts fonctionnaires travaillant à défendre ses privilèges. Elle réalise en réalité une asymétrie de pouvoir par la mainmise exercée sur les politiques publiques. Tous ceux qui gravitent dans la galaxie de cette élite jouissent d'un traitement préférentiel, ont un accès plus facile au crédit bancaire et à la Commande publique. Tout ceci rend difficiles l'innovation et le changement de trajectoire dans les politiques publiques.

Nos politiques publiques sont des produits de processus opaques à l'intérieur d'institutions extractives, pour reprendre la terminologie de Acemoglu et Robinson[9]. De telles institutions ne créent aucune incitation en faveur de la croissance économique. Elles empêchent la centralisation politique et institutionnelle indispensable à l'existence d'un État capable.

La dernière forme d'asymétrie de pouvoir parfaitement topique dans notre appareil administratif réside justement dans la dénaturation des processus d'allocation collective des ressources et leur distorsion. La faiblesse de l'État de droit, l'absence de culture de l'intérêt général et de la méritocratie autorisent des processus régressifs qui impactent défavorablement la qualité de la gouvernance : la création et l'extraction de rentes d'une part, le patronage et le clientélis-

-me d'autre part.

Le chantier de la réforme de la gouvernance camerounaise est vaste. Le changement opère de manière optimale lorsque les institutions réussissent à renforcer la légitimité des politiques publiques. L'engagement, la coordination et la coopération sont consolidés à travers la « contestabilité de la scène publique »[10] et l'inclusivité. Ainsi que le démontre la Banque Mondiale, « une arène des politiques publiques est plus contestable lorsque les acteurs ou les groupes ayant vocation à participer au processus décisionnel disposent de moyens leur permettant de faire valoir leurs intérêts et d'exercer une influence »[11].

Il s'agit d'ouvrir les processus administratifs à la participation de médiateurs sociaux les plus nombreux possible[12], en leur donnant les moyens d'exercer un véritable rôle dans les dynamiques décisionnelles. L'enjeu est de réduire la distance existante entre les pouvoirs publics et les assujettis des politiques gouvernementales, de susciter la formation de réseaux de parties prenantes, en créant les conditions notamment légales d'une participation effective des acteurs impliqués dans l'élaboration des politiques publiques. Il convient simultanément de garantir la crédibilité de l'engagement des acteurs par des incitations fortes à respecter les règles du jeu et la « parole donnée ». Une politique publique est d'autant plus légitime que les acteurs qui participent à son élaboration se comportent de manière responsable, adhèrent au jeu en acceptant de se soumettre à ses règles, et parmi elles, le respect de l'intérêt général. Il est enfin nécessaire d'inclure réellement dans les processus, les acteurs les moins pourvus en ressources notamment politiques, du fait notamment de leur moindre représentation au sein de l'élite. Les arènes des politiques publiques sont véritablement inclusives lorsque la gouvernance démocratique est solide.

[9] D. Acemoglu J. A. Robinson, *Prospérité Puissance et Pauvreté. Pourquoi certains pays réussissent mieux que d'autres*, Genève Markus Haller 2015.

[10] Banque Mondiale, *op.cit.* Page 12.

[11] *Ibid.* p.13.

[12] Sur la médiation des demandes sociales dans les politiques publiques lire : P. Garraud, « Politiques nationales : L'élaboration de l'agenda », *L'année sociologique* 1990, n°40, p 22 ; M. Edelman, *Pièces et règles du jeu politique*, Paris, Le Seuil, collection la couleur des idées, 1991 p 43 ; A. Faure et autres, *La construction du sens dans les politiques publiques. Débat autour de la notion de référentiel*, Paris, L'Harmattan, collection Logiques politiques 1995 ; D. Cefai, « La construction des problèmes publics dans les arènes publiques », *Réseaux*, n°57 janvier et février 1996, p 47 ; S. Enguéléguélé, *Les politiques pénales (1958-1995)*, Paris, L'Harmattan 1998, pp. 200-76.

[1] Banque Mondiale, *La gouvernance et la Loi. Abrégé*, Washington DC 2017, BIRD, p. 2.

[2] T. Barghini, « Inequality. The gap in both income and wealth continues to grow, sparking political backlash around the globe. Is it also becoming a drag on growth ? », *Global Finance*, January 2019, pp. 11-13.

[3] *Ibid.*

[4] Banque Mondiale, *prec cit.*, p. 3.

[5] *Ibid.* Voir aussi : R. Balme, « L'état chinois en action », *Revue française d'administration publique*, 2014/2 (N° 150), pp. 297-304.

[6] J.-L. Buchalet, *Chine, La face cachée*, Paris, Editea 2012.

[7] Banque Mondiale, *prec cit.*, p. 5.

[8] Anonyme, « Cameroun : le coût officiel des évacuations sanitaires est dans le coma », <https://actu cameroun-cout-officiel-evacuations-sanitaires-coma/>.

**L'ENTRETIEN DU SEMESTRE
AVEC...**

L'ENTRETIEN DU SEMESTRE

Avec...
Charlie Martial NGOUNOU

Président de l'Association AfroLeadership
Expert en Finances Publiques et Open Data
charlie@afroleadership.org



Bonjour M. NGOUNOU. Merci d'avoir accepté notre invitation dans le cadre de la rubrique « L'ENTRETIEN DU SEMESTRE » de notre Revue. Nos échanges porteront principalement sur des questions d'ouverture de données et des contrats publics. À cet égard, que vous évoque l'expression « open contracting » ?

Merci pour l'opportunité que vous m'offrez de contribuer à cet exercice important. « *Open contracting* » c'est une expression anglo-saxonne, qui, si on veut le franciser, évoque tout simplement « *l'ouverture des contrats* », et partant dans ce contexte, des contrats publics. Elle décrit simplement la nécessité pour les administrations publiques de mettre à la disposition du public, l'ensemble des engagements contractuels de l'Etat, dans un format spécifique qui en autorise une utilisation libre pour diverses fins, donc le contrôle citoyen de l'action publique. Il faut préciser que l'Open Contracting ne se limite pas seulement au contrôle citoyen, elle apporte aussi une réponse au problème du cloisonnement dû à la lourde bureaucratie qui handicape nombre de nos structures, des silos d'information entre les administrations publiques, et contribue ainsi à améliorer la circulation de l'information et l'efficacité opérationnelle de l'Etat.

Voilà comment je perçois le terme « *open contracting* » et les conséquences positives qui peuvent en suivre.

En quoi ce procédé constitue-t-il une meilleure garantie des principes fondamentaux de la commande publique qui, à titre de rappel sont la transparence des procédures, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, les principes d'efficacité et d'intégrité ?

On ne saurait dire que l'ouverture des données sur les contrats publics garantit directement ces principes. Certes, l'on doit reconnaître que c'est un point qui permet de donner accès à l'information mais encore faudrait-il que celle-ci soit de bonne qualité. En effet, pour que l'on puisse jouir de tous ces principes que vous venez de rappeler, il faut que cette information soit intégrée, qu'à la source elle présente déjà d'un ensemble de caractéristiques qui favorisent ou du moins empruntent à ces principes pour les concrétiser. Or, les études réalisées dans d'autres contextes dans le monde montrent que le fait de mettre une bonne information à la disposition du public, ne garantit pas nécessairement la transparence, puisque d'autres conditions président à la transformation de cette matière en outil de plaidoyer. Par exemple, le format de publication de cette informa-

-tion peut être un écueil pour son exploitation, sa lisibilité et par là même son utilisation. Or seule une utilisation intelligente de l'information en exploitant les capacités analytiques des ressources humaines et technologiques actuelles permettent réellement de déceler les points de questionnement, les drapeaux rouges comme le jargon le dit. Il s'agit d'évoquer sur ce point la nécessité d'avoir des analystes compétents qui comprennent les finances publiques de manière générale, et plus spécifiquement les processus des contrats publics. Enfin, il faut que les pouvoirs publics soient prêts à implémenter le plus rapidement possible les mesures de correction nécessaire pour préserver les ressources publiques et garantir la qualité des livrables produits.

M. NGOUNOU, vous êtes promoteur d'une plateforme publique et numérique d'ouverture des données sur les marchés publics au Cameroun. Concrètement, pouvez-vous nous décrire son mode de fonctionnement ? Quelles dispositions ont été prises dans le sens de la vulgarisation des données sur les détails des marchés notamment leur montant, l'identité de leur attributaire, leur lieu d'exécution et leurs avenants le cas échéant ?

Ce qu'il faut dire d'entrée de jeu c'est qu'en tant qu'organisation de la société civile (OSC), **AfroLeadership** travaille depuis une dizaine d'années dans la gouvernance des données publiques. Nous avons toujours eu le sentiment que l'accès à l'information est un pas nécessaire vers une société de transparence, intégrité, et d'équité. Au Cameroun, le Code de Transparence et de Bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques a inscrit l'accès à l'information sur les contrats publics comme un impératif de gestion transparente. La Stratégie Nationale de Développement 2030 va dans le même en précisant même que les outils numériques (Art. 378) doivent être mis à contribution pour ce faire. C'est à ce titre que nous avons soumis un projet à Open Contracting Partnership (OCP) visant la construction d'une plateforme fondée sur le standard d'ouverture des données des contrats publics (Open Contracting Data Standard - OCDS). Ce standard formalise et structure la bonne méthodologie pour ouvrir les données publiques, en permettant de focaliser sur les aspects

structurant pour toute la chaîne des contrats publics. Ainsi les principales caractéristiques de l'exécution des contrats publics sont reprises par l'OCDS : dates (lancement d'appel d'offres, d'attribution et de notification du marché, de démarrage de l'exécution du marché, etc.), adjudicataires, montants des marchés, le lieu d'exécution, les livrables attendus, etc. Il s'agit en pratique de bâtir un système qui facilite le contrôle sur ces différents indicateurs qui couvrent les phases administratives, budgétaires et opérationnelles. Aussi, OCP nous a donné un financement pour que nous construisions la plateforme, qui a d'ailleurs été présentée aux membres du groupe de travail sur le Gouvernement ouvert au Cameroun. Toutefois, il convient de préciser qu'il s'agit là d'une phase pilote, mais l'idée c'est d'aboutir à une plateforme plus enrichie fonctionnellement, dans laquelle la totalité des marchés qui sont exécutés au niveau central de l'État comme au niveau local, sont intégrés afin d'élargir la base des analystes possibles.

Maintenant que son mode de fonctionnement est décliné, pouvez-vous nous préciser en quoi cette plateforme constitue un complément de la plateforme gouvernementale COLEPS consacrée à la dématérialisation des procédures des marchés publics au Cameroun ?

Ce que l'on peut dire à ce sujet c'est que notre plateforme vient en complément des initiatives gouvernementales. Il est utile de préciser que la plateforme COLEPS (Cameroon Online eProcurement System) est une plateforme électronique de gestion dématérialisée des marchés publics. Il s'agit donc d'une véritable application de gestion des marchés publics avec la phase administrative des marchés qui est bien décrite, allant du lancement de l'appel d'offres à la notification du marché en passant par l'analyse des soumissions et l'attribution du marché. COLEPS n'est pas à notre entendement une plateforme de participation citoyenne à la gestion des marchés publics, d'où la complémentarité que nous avons évoqué entre COLEPS et notre plateforme Open Contracting, laquelle est davantage une plateforme d'information qui pourrait être à terme alimentée par COLEPS si jamais le Gouvernement l'agrée. Il est en effet très aisé, au plan technique, de récupérer l'information de COLEPS pour alimenter notre plateforme qui intègre directement le standard OCDS.

En complément de votre question et dans ce même sillage, l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP) a développé PRIDESOFT, un module de présentation de l'information sur les marchés publics à l'intention des citoyens. Cette application est très bien développée et possède une ergonomie utilisateur qui va dans le sens de favoriser une plus grande participation

des citoyens et de tous les acteurs dans le suivi de l'exécution des contrats publics au Cameroun. AfroLeadership a déjà manifesté son intérêt de travailler avec l'ARMP pour intégrer le standard OCDS dans PRIDESOFT, car cette application (plus que notre plateforme) apporte une garantie sur les sources de données et augmente légitimement la confiance que les citoyens peuvent avoir sur les données présentées au public. A cet effet, nous préconisons une interface native entre COLEPS et PRIDESOFT pour donner à la commande publique une plus large couverture publique, ainsi qu'une légitimité renforcée. Toutefois et en attendant toutes ces initiatives de collaboration à valeur ajoutée avec les structures de l'État en charge, nous continuons à améliorer la plateforme Open Contracting, pour la rendre plus fonctionnelle et probablement plus facile à utiliser dans les Communes par exemple.

Merci pour ces précisions qui éclairent notre lanterne et celles de nos lecteurs M. NGOUNOU. Dites-nous, selon vous, en quoi cet outil permet-il de lutter contre les nombreuses déviances qui grèvent notre système de marchés publics (maturation des projets, marchés fictifs, retard d'exécution, corruption, etc...) ?

Pour être plus précis, une telle plateforme n'a pas techniquement pour rôle de lutter contre les déviances du système du moins, ce n'est pas son principal objectif. La raison en est simple. En effet, de manière directe elle vient en aval lorsque le processus a déjà eu lieu. Or, comme il ressort des documents de l'Agence de Régulation des marchés publics (ARMP) ou de ceux du Ministère des marchés publics (MINMAP), que le processus est émaillé de nombreux dysfonctionnements ; il y'a beaucoup de zones où des drapeaux rouges[1] sont plantés. Par contre, la plateforme vient contribuer à un autre niveau, notamment celui d'amener les citoyens à observer ce qui se passe sur le terrain dans leur localité et à contribuer à l'information de l'État ou bien à préserver la qualité des infrastructures. Il faut convenir du fait les populations paient le lourd tribut d'un système de contrats publics inefficace ou imparfait au double plan fiscal et infrastructurel, d'où l'impératif pour celles-ci de participer à son amélioration.

Aussi, notre plateforme OCDS a une vertu foncièrement pédagogique et appelle les citoyens à s'intéresser à l'exécution des marchés publics et à l'utilisation des fonds publics dont ils sont les réels contributeurs. Or, si une infrastructure est mal faite, parce que l'État n'a pas d'argent à l'infini, il n'est pas certain que celui-ci débourse à nouveau ses fonds pour financer une construction qu'il sait avoir déjà réalisé. Il est donc important que les citoyens contribuent dans le moment, dans l'instant même en veillant à ce que les ouvrages qui sont réalisés dans leurs localités respectent les termes

contractuels.

Cependant, il faut dire que nous comptons davantage sur l'application COLEPS qui donne aussi la possibilité à l'État d'avoir une meilleure maîtrise de la chaîne d'exécution des contrats publics. En amont, COLEPS permettrait de détecter et d'anticiper plus rapidement des irrégularités qu'il aurait été quelque peu difficile à identifier manuellement du fait qu'elle couvre toute la chaîne. Notre plateforme par contre reçoit l'information à la fin du processus d'adjudication, quand l'attribution par exemple parfois quand la sélection du mauvais prestataire a même eu lieu.

Donc de notre point de vue COLEPS est un outil fondamental pour l'ensemble du processus des contrats publics, mais aussi pour l'ensemble des acteurs. Il a déjà une vertu pédagogique pour les Maîtres d'ouvrages et les entrepreneurs car ils sont des acteurs clés pour la qualité des livrables qui dépendent de leur expertise et compétences. La plateforme que nous promouvons apporte la partie pédagogie et information pour les citoyens qui sont les bénéficiaires finaux des projets. Cette complémentarité peut donc aider à faire des sauts qualificatifs importants.

[1] Il s'agit d'une expression du standard open contracting utilisée pour décrire des situations d'irrégularités.

Merci Monsieur NGOUNOU Charlie Marial de nous avoir accueilli dans le cadre de cette tribune. Nous formulons le vœu que notre système des marchés publics se performe de plus en plus avec cet outil et que notre gouvernance contractuelle s'inscrive progressivement dans l'ouverture des données et la participation des citoyens à la mise en œuvre et au suivi des projets.

Propos recueillis par :

Dr KEMDJO TAGNE Frédéric Hermann

Membre du Comité de lecture de la Revue Africaine de Droit des Contrats Publics (RADCP)

COMMENTAIRES ET ANALYSES DE DÉCISIONS



L'EXPLOITATION DU SERVICE PUBLIC PORTUAIRE DEVANT LE JUGE : RÉFLEXIONS SUR UNE AFFAIRE RÉCENTE

Claude MOMO

*Agrégé des Facultés de Droit - Enseignant à la Faculté des Sciences
juridiques et politiques de l'Université de Douala (Cameroun)*

Le contentieux contractuel public des affaires en Afrique francophone est-il soumis à un nouveau lustre ? [1] On pourrait répondre par l'affirmative si l'on considère que le vaste mouvement de contractualisation de l'action administrative [2] s'accompagne d'une intervention de plus en plus marquée du juge dans la sphère du droit public des affaires. Pouvait-il en être autrement lorsqu'on sait que, l'administration dans les pays en voie de développement est désormais soumise aux nouvelles exigences qu'impose le libéralisme politico-économique [3]. Il n'est même plus nécessaire de rappeler que sous l'influence des politiques de déréglementation et de la privatisation, la fonction d'incitation de l'État a pris de l'importance [4].

Le recours à la contrainte est devenu inapproprié. L'incitation, la concertation, voire la séduction se substituent à la dissuasion[5]. À l'évidence, « l'État ne se détermine plus en lui-même, mais en relation avec des partenaires avec lesquels il forme un système de jeu coopératif plus qu'hierarchique...(il) semble perdre en unité et en pouvoir direct de type hiérarchique mais gagné en capacité de coordination, d'incitation et de stratégie au service d'une autre politique »[6].

Dans un tel contexte, une place de choix est donnée à la régulation[7] juridictionnelle. L'ampleur prise par la figure du juge en droit public des contrats s'est révélée dans une affaire récente concernant le contrat de concession[8] qui autorise une réflexion plus approfondie[9] Cette chronique judiciaire aura permis, en tout cas, de constater que le droit de la commande publique[10] camerounais n'a pas fini de dévoiler ses particularismes. La portée politique d'une décision peut être d'emblée perçue à travers l'écho qui lui est donné par les médias et les réactions souvent contrastées.

Ainsi, lorsque le politique l'emporte sur le juridique, le juge ne peut faire totalement abstraction, au moment de décider, de l'état de l'opinion ainsi que des répercussions possibles de sa

décision[11]. De toutes les fonctions accomplies par le port, les fonctions d'exploitation et de valorisation du domaine portuaire ont acquis une importance économique grandissante sur le continent africain[12] depuis la libéralisation économique des années 1980[13]. Le feuilleton de la « privatisation » du terminal à conteneur du port autonome de Douala ne cesse de rebondir devant les juridictions internes comme internationales[14]. C'est devenu un véritable marathon juridique et judiciaire dont les parties n'ont pas ménagé pour le courir. Elles ont dû accomplir une véritable performance contentieuse dans un laps de temps[15]. La complexité croissante du droit écrit face au pouvoir du juge est l'ambition première de cette étude. Quitter le culte de l'enfermement du simple commentaire de la jurisprudence, pour mener une réflexion qui essaie de poser les principes est loin d'être une décision vide de sens et de portée.

La présente étude s'appuie sur l'analyse des décisions de juge administratif camerounais et du juge communautaire OHADA à propos des enjeux économiques qui entourent la concession des services publics en Afrique[16]. Les litiges concernant ces derniers ne sont plus seulement l'apanage des experts financiers qui asséchaient le contentieux dans ce domaine. Mettre la concession en lumière et l'exclure du pouvoir discrétionnaire du politique en Afrique est un nouveau seuil de transparence franchi. Les décisions qui servent de prétexte à la présente étude, non dénuées d'intérêt, traduisent une ligne d'évolution théorique sur les procédures d'urgence et la résiliation contractuelle assez perceptible. La rareté de ce type de contentieux contribue à l'étude d'un pan du droit public des affaires au Cameroun, notamment les contrats publics d'affaires et la sécurité juridique[17]. Ce droit qui est en pleine mutation du fait de la libéralisation de la vie économique. Le rappel circonstancié des faits qui ont conduit au litige masque mal les conflits entre partenaires qui l'ont précédé.

La part de subjectivité à laquelle obéissent les motivations d'une décision de justice obstrue le discernement et la probité nécessaire dans la quête de vérité. Le juge contrôle l'absence d'arbitraire des choix politiques. Les faits de l'espèce résultent d'un enchaînement original de décisions de justice administrative interne[18] jusqu'à la saisine du juge communautaire. Il est le fruit d'un réquisitoire tous azimuts contre les mesures du Port Autonome de Douala.

La gestion, l'exploitation et la maintenance du terminal à conteneurs du Port de Douala-Bonabéri ont été confiées par le Port Autonome de Douala (le PAD) à la société Douala International Terminal (DIT) par une convention de concession n°389/PAD/2004 en date du 28 juin 2004[19]. À la suite de l'avis d'appel à manifestation d'intérêt initié par le PAD en vue de la concession de la gestion, le consortium déclaré adjudicataire a signé la concession et crée la société concessionnaire Douala International Terminal. La convention de concession a été conclue pour une durée de quinze (15) ans venant à expiration le 31 décembre 2019.

Par acte administratif en date du 12 janvier 2018, le port autonome de Douala a lancé une procédure de sélection d'un concessionnaire pour le terminal à conteneur du port de Douala-Bonabéri par la publication d'un « APIMI »[20] entendu comme appel public international à manifestation d'intérêt pour la présélection des entreprises devant participer à l'appel à consultation restreinte pour la concession des activités de rénovation, de modernisation, d'exploitation et de maintenance du terminal à conteneur du port. Il s'agit d'un acte non seulement de régulation de la concurrence sur le marché, mais aussi de protection de l'intérêt général tendant à l'organisation du secteur public de gestion du terminal à conteneur. À l'issue de cet APIMI, les sociétés APM Terminals Bv et Bolloré SA constituées en groupement ont été disqualifiées de la phase de consultation restreinte subséquente par une décision du directeur général du PAD en date du 12 janvier 2018.

Pour faire valoir leurs droits, les demandeurs ont introduit une requête aux fins de sursis à exécution de la décision d'exclusion à laquelle le tribunal administratif du littoral a donné droit en suspendant la procédure d'APIMI. Le PAD a formé pourvoi contre ladite ordonnance de sursis à exécution (SAE) et par un arrêt en date du 4 décembre 2019, la Chambre Administrative de la Cour Suprême a rejeté le dit pourvoi, confirmant ainsi la suspension de la procédure litigieuse d'attribution de la concession, alors qu'une décision du P.A.D avait attribué la nouvelle concession au candidat dénommé Terminal Investment Limited en abrégé (TIL).

Le PAD pour atténuer la portée de cette annulation du juge, a publié les décisions autorisant notamment la mise en régie provisoire du terminal à conteneurs par une résolution[21] du 31 décembre 2019.

Le même tribunal administratif du littoral dans une célérité controversée a prononcé la suspension des effets de ladite résolution[22]. En cassation de l'ordonnance rendue le 31 décembre 2019 par la présidente du tribunal administratif du littoral[23] et confirmé en appel par la Chambre Administrative de la Cour Suprême, la Cour Communautaire de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA a rendu un important arrêt en date du 28 janvier 2021 portant sur la concession du terminal à conteneur du PAD[24].

Les différentes décisions en question sont théoriquement riches et laissent entrevoir une politique jurisprudentielle de l'urgence[25]. Certaines adaptations ponctuelles, en fonction de la réalité économique, des règles du droit administratif sont envisagées[26]. Pour le comprendre, il faut envisager les questions de ce contentieux relatif aux mutations sur la gouvernance du droit des entreprises publiques en Afrique. Une analyse contextualisée laisse entrevoir une autre lecture de certaines dispositions du droit OHADA notamment la souveraineté de l'ordre juridictionnel étatique. Le droit qui émerge alors, innervé d'économie, est « méconnaissable ».

Il se joue des frontières du droit public et du droit privé[28] et multiplie les innovations qui, pour les facultés de droit, sont comme des défis lancés à leurs grilles de lecture habituelles[29]. Les analyses juridiques paraissent vaciller, le droit commercial, borné aux seuls commerçants connaît de nouveaux champs[30], les notions classiques du droit administratif sont progressivement dépassées[31].

Le régime juridique des entreprises publiques en Afrique francophone se joue désormais des frontières disciplinaires classiques.

Le renouvellement des modes de gestion des services publics entamé avec la libéralisation économique transforme le droit public[32]. Il convient alors de restituer le paysage économique et politique dans lequel l'affaire prend racine. De ce point de vue, il n'est guère possible d'analyser la portée juridique de la décision en omettant sa portée politique. Quel est l'office du juge des contrats de concession du service public portuaire au Cameroun ?

Cet office demeure sujet à des balbutiements que l'on peut entrevoir à travers non seulement l'existence d'un contrôle juridictionnel ambigu de la concession (I) mais aussi l'appréciation complexe des modes innovants de gestion des services publics par le juge (II).

I-UN CONTRÔLE AMBIGU DE LA CONCESSION PAR LE JUGE

La notion de service public industriel et commercial a permis de réintégrer les activités de production et d'échange dans la sphère de l'intérêt général[33]. L'interprétation constructive à laquelle se livre le juge dans l'affaire précitée ignore quelques spécificités du droit des entreprises publiques. Les valeurs

fondamentales du droit administratif dont l'intérêt général et la continuité de l'État sont des éléments essentiels peuvent donner un éclairage nouveau sur l'incertitude des conditions du sursis à exécution d'une part[34] et la compétence discutable de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage en matière de concession d'autre part.

A- L'intervention maladroite du juge administratif national de l'urgence

Les litiges relatifs aux concessions de services publics relèvent du contentieux administratif[35]. Dans l'espèce analysée, les décisions dont il est demandé suspension

sont en lien direct avec la gestion d'un service public et la passation d'un contrat de concession de service public[36]. Une première interrogation mérite d'être posée. Le sursis à exécution est-il admis contre un acte contractuel ? On ne peut répondre par l'affirmative qu'en considérant que les décisions contestées, bien que relevant de la matière contractuelle sont assimilables actes administratifs faisant grief[37]. On devrait pour le dire s'appuyer sur la théorie des actes détachables et admettre qu'il arrive généralement que dans le processus contractuel public, l'administration prenne des actes qui s'apparentent substantiellement à de véritables actes administratifs unilatéraux[38].

À partir de là si l'on admet que le sursis à exécution est une mesure conservatoire destinée à suspendre l'applicabilité d'un acte administratif faisant grief en attendant le jugement à rendre sur sa légalité[39], rien ne justifie l'incompétence du tribunal administratif du Littoral à connaître, dans le cadre des procédures d'urgence[40], de tels actes administratifs décisifs par leur contenu[41]. Dès lors si l'opportunité de recours à la procédure du sursis à exécution ne pose aucun problème en l'espèce, sa recevabilité et son octroi semblent susciter plus d'interrogations.

L'État ne peut pas se désintéresser du service public portuaire car même concédé, il n'en demeure pas moins un service public. La célérité de la justice administrative ne doit pas altérer la qualité de la décision juridictionnelle, la technique du sursis répond au souci de performance de la justice. Avec les procédures d'urgence le juge est amené à statuer « à chaud » sur des questions controversées. Le S.A.E n'est possible que si certaines conditions sont effectives[42]. Le juge administratif camerounais peine à préciser les moyens opérant à l'appui d'un S.A.E.

Il convient peut être de rappeler que le 13 juin 2019, le Groupement a introduit une requête aux fins de sursis à exécution de la décision de disqualification auprès du tribunal administratif, à laquelle ce dernier a fait droit par une ordonnance de S.A.E[43]. Le Port Autonome de Douala (P.A.D) a ensuite formé un pourvoi en cassation devant la Cour Suprême du Cameroun contre cette ordonnance de sursis à exécution qui a été rejeté par un arrêt du 6 décembre 2019, confirmant ainsi la suspension de la procédure litigieuse

d'attribution de la concession. Par ailleurs, le Groupement a introduit un recours pour excès de pouvoir aux fins d'annulation de disqualification auquel le Tribunal Administratif a fait droit par jugement n°40/OD/19 du 26 décembre 2019, prononçant ainsi l'annulation de la Décision de disqualification. Le 3 janvier 2020, le PAD a formé un pourvoi auprès de la Cour Suprême en cassation de cet arrêt d'annulation qui reste encore pendant. Le requérant demande le sursis à exécution de la Décision pour préserver leurs droits et afin que le P.A.D ne poursuive pas la procédure d'attribution de la concession en cause sous peine de leur infliger un préjudice irréparable.

Le sursis à exécution permet au juge administratif, dès lors qu'une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, d'ordonner la suspension de l'exécution de cette décision ou de 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.

Dès lors, la demande de sursis à exécution est irrecevable en l'absence d'un recours principal, c'est-à-dire, en l'absence d'un recours contentieux visant l'annulation ou la réformation de la décision administrative en cause. Le juge a affirmé en effet qu'une « demande de sursis à exécution est essentiellement une demande accessoire, incidente dans un recours contentieux »[44]. Dans l'affaire LELE Gustave[45], il a précisé que « la procédure de sursis à exécution est fonction d'une procédure déjà pendante », c'est-à-dire en cours devant la juridiction administrative.

Le juge, dans l'affaire AHANDA Dieudonné contre État du Cameroun, objet de l'ordonnance n°39/OSE/CS/PCA/1996 portant rejet d'une demande de sursis à exécution, a appliqué la même règle en affirmant, dans le cas d'espèce, que « le requérant a saisi directement le juge administratif sans avoir au préalable introduit un recours contentieux ; que ce faisant, sa demande, qui n'a pas respecté les prescriptions de la loi susvisée doit être déclarée irrecevable ».

La doctrine déduit alors « que le moment où le recours principal est introduit importe peu et qu'il suffit, en définitive, que l'on prouve l'existence de ce recours principal au moment où le Président de la Chambre Administrative examine pour la première fois la demande de sursis »[46].

Il se pose néanmoins la question de savoir si une fois qu'il est introduit, le recours en sursis devrait interrompre la continuité de la procédure de passation du contrat. Le S.A.E en matière de violation des procédures de passation des marchés publics demeure encore contradictoire avec les objectifs de la commande publique. En effet, le processus peut continuer de se dérouler au point où, au moment de rendre son ordonnance, il se trouve qu'il est entièrement achevé et l'exécution du contrat entamée. L'acte attaqué peut donc avoir déjà produit ses effets, rendant ainsi inefficace le re-

-cours en sursis.

Dans le cas d'espèce, le P.A.D, avait lancé un appel public international à manifestation d'intérêt pour la concession de certaines activités portuaires[47]. Ledit appel prévoyait que la procédure serait organisée en deux phases : la pré-qualification et la sélection de l'attributaire. À l'issue de la première étape, les requérantes n'ont pas été retenues. L'argumentaire de la partie défenderesse conclut à l'irrecevabilité du recours pour défaut d'intérêt à agir, forclusion et défaut de recours gracieux préalable (pour inexactitude entre recours gracieux préalable et demande principale). Deux mouvements s'opposent : celui lié au bon déroulement de l'action légitime de la personne publique appuyé sur l'intérêt général, et celui associé à la qualité de la justice qui suppose, quant à lui, d'arrêter le déroulement de la procédure, le temps de s'assurer de la parfaite légalité de la réglementation publique. Il y a donc opposition entre continuité de l'action d'une personne publique et les pouvoirs du juge de l'urgence.

L'exigence du recours gracieux préalable et de l'ordre public complexifient les procédures d'urgence au Cameroun en leur faisant perdre leur identité à savoir l'impératif de célérité destiné à préserver les droits du requérant susceptibles d'être durablement menacés. Toutefois, le recours au juge unique[48] constitue la meilleure réponse à l'urgence. Le juge de l'urgence est en réalité le Président de la juridiction. Ce juge n'exerce qu'une juridiction provisoire. Son ordonnance est dépourvue de l'autorité définitive de chose jugée. On peut alors s'interroger sur l'impartialité objective du juge administratif de l'urgence. Une ordonnance n'est pas un jugement « abouti », le caractère provisoire de l'autorité de chose jugée du sursis à exécution reflète en réalité la valeur de la procédure. Sa véritable finalité étant de mettre fin à une situation exceptionnelle en attendant la décision au fond de la même juridiction prise cette fois-ci de manière collégiale revêtu de l'autorité définitive de chose jugée[49].

Bien que codifiées, les dispositions du S.A.E sont d'une instabilité jurisprudentielle. La célérité n'est pas toujours évidente. De nombreuses divergences d'interprétation sur les conditions de recevabilité du S.A.E[50] existent entre la doctrine et les juges administratifs camerounais[51]. La doctrine camerounaise est en déphasage avec le juge administratif sur les décisions d'octroi de S.A.E. La jurisprudence sur la notion est incohérente car l'octroi du S.A.E par le juge administratif se fait de manière quasi discriminatoire. La condition d'atteinte à l'ordre public[52], notion complètement volatile est systématiquement utilisée pour écarter la notion d'urgence. Cette approche interroge quant à l'existence d'un véritable droit au recours effectif devant le juge de l'urgence[53] qui aboutit à une conception différente du sursis en ce qui concerne l'ordre politique. Toute urgence pouvant porter atteinte à l'ordre politique est

proscrite[54].

La spécificité de cette décision du tribunal administratif est l'introduction par le défendeur de la notion de violation de l'ordre public économique[55] pour s'opposer à l'octroi du sursis. L'ordre public économique est invoqué en ce que la décision du PAD concerne la sécurité et la tranquillité publique des opérations de l'activité économique dans l'espace portuaire. Le juge rejette cette dernière notion et fonde sa décision sur l'absence d'atteinte à l'ordre public classique. De ce point de vue, le contrôle des conditions du sursis peut s'identifier à un contrôle d'opportunité[56]. Le juge a dans sa posture toujours sacrifié les libertés individuelles et collectives au profit d'un maintien d'un ordre public politique.

Contrairement aux techniques de contrôle qu'il utilise classiquement, le juge administratif s'est placé sur le terrain de la gravité du préjudice pour se prononcer sur la mesure de suspension et octroyer le sursis. Préjudice financier que peut subir une entreprise commerciale irrégulièrement évincée d'un contrat public peut être énorme. Il y a urgence dès lors que l'application la décision administrative peut causer un préjudice irréparable au requérant. La nature du préjudice pose ainsi problème au regard de la terminologie employée. Alors que la loi parle de préjudice irréparable, certaines ordonnances font état tantôt d'un préjudice inestimable ou important, tantôt d'un préjudice difficilement réparable ou grave.

Or, nous savons qu'un préjudice est irréparable lorsqu'il n'est pas susceptible d'être remis en état ou compensé par une indemnité en argent. En conséquence et logiquement, un préjudice d'ordre financier ne présente pas un tel caractère, car il pourrait être réparé complètement par l'octroi ultérieur des dommages intérêts. Sans doute, un tel préjudice financier peut-il présenter un certain degré de gravité ou même une gravité certaine, mais il n'est pas douteux qu'un préjudice peut être grave et même très grave sans pour autant être irréparable.

Même si la motivation des décisions est sommaire, le juge reprend l'argument du demandeur sur le préjudice moral et matériel de l'acte du PAD contesté. Pour le groupement, la décision a eu des conséquences majeures sur l'image et la réputation des membres du groupement compte tenu de la couverture médiatique qui en a résulté ; et qui pourraient s'avérer irréversibles si la procédure d'attribution de la concession venait à se poursuivre.

En outre, le fait de ne pas pouvoir participer à la procédure d'attribution de la concession constitue pour le groupement un désaveu public, très préjudiciable aux intérêts commerciaux des membres du groupement et une atteinte grave et irrémédiable à la crédibilité et à la réputation de ses membres, d'où le préjudice matériel. La non attribution de la concession priverait le groupement de perspectives de déve-

-loppement et de synergies ainsi que d'externalités positives qui auraient été possibles si la concession leur avait été attribuée par le PAD. Le groupement subirait ainsi un dommage irréparable en l'absence de la suspension de la Décision demandée.

Les moyens choisis par le demandeur ont été retenus par le juge. Celui-ci considère que le vice allégué est d'une particulière gravité. Il pose ainsi les bases de la décision au fond. Le S.A.E est obligatoirement assorti d'un recours en annulation, cette procédure est le tremplin par excellence vers le juge du fond[57]. Il ne s'agit pas d'une décision de résiliation d'un contrat administratif mais de non renouvellement d'un contrat de concession. Il ne s'agit pas de sursis sur un acte préparatoire mais sur un acte faisant grief. L'avis du comité consultatif d'orientation fait partie de l'opération « complexe » qui aboutit à la Décision de non sélection sur la liste de soumissionnaires. C'est un soumissionnaire évincé qui conteste dans le cas d'espèce la régularité de la passation d'un contrat public d'affaire, en l'absence d'un véritable dialogue compétitif[58]. De ce fait, il a un réel intérêt à agir en vue de la protection de ses intérêts dans le cadre de ladite procédure. Toutefois, le raisonnement du juge administratif à propos des conditions d'octroi du sursis est souvent difficile à suivre. Toute décision déclarant adjudicataire une personne non soumissionnaire ou dont l'offre ne remplit pas les critères d'adjudication fixés par le règlement d'évaluation peut faire l'objet d'un recours gracieux[59] et, éventuellement contentieux.

Dans le dispositif du jugement, le P.A.D demande l'irrecevabilité du requérant pour défaut d'intérêt à agir, forclusion et défaut du recours gracieux préalable. Le juge statue après les conclusions du ministère public. Le juge ne précise pas les différentes catégories de requérants susceptibles d'engager un contentieux en matière contractuelle. Au final, c'est l'avis du ministère public qui est pris en compte pour soutenir le bien-fondé de l'octroi du S.A.E, à partir de l'appréciation de l'ordre public qui justifierait l'inopérance de certains moyens soulevés par le P.A.D. Il serait intéressant de voir les motivations de cet avis publié au même titre que la décision de sursis. La conception évanescence du trouble à l'ordre public, la perception biaisée et subjective du juge sur cette notion dans le cas d'espèce[60] ne fait l'ombre d'aucun doute. Le juge administratif se montre très libéral à accéder aux mesures d'urgence qui n'ont pas de lien avec la police administrative oubliant au passage la notion d'intérêt supérieur de l'État actionnaire, fondement idéologique de notre droit administratif.

Le juge oublie que l'activité de police administrative comprise dans les missions du P.A.D, à savoir le gardiennage et la gestion des conteneurs, la sûreté et la sécurité des biens et des personnes ont pour but d'assurer la sécurité, la tranquillité et la salubrité publique dans l'espace portuaire du

P.A.D et constituent des éléments essentiels de la police administrative, ce qui peut constituer une limite à la concession.

De même, on ne perçoit pas sur quel fondement légal le ministère public s'est appuyé pour apprécier l'absence de recours gracieux préalable. Dans l'affaire NJAMBOU Maurice contre SOCADIC, objet de l'ordonnance n°38 du 27 juin 1997, le recours contentieux du Sieur NJAMBOU n'était pas précédé d'un recours gracieux. En le déclarant recevable, le juge innovait car en l'espèce, il aurait dû invoquer le caractère d'ordre public du recours gracieux pour prononcer l'irrecevabilité de la requête.

La justification du recours gracieux préalable accentue l'ambiguïté de la décision. Œuvre de création à « rebours » dans le régime juridique du S.A.E[61], le recours apparaît au final comme un recours de reprise des relations contractuelles[62]. Le tribunal administratif participe pleinement à l'élaboration de la jurisprudence sur le S.A.E.

Le contrôle du juge de l'urgence est trop souvent imprégné de la subjectivité du juge. La réalité du travail auquel se livre le juge l'oblige à ne pas vérifier avec une certaine rigueur les règles requises. C'est ainsi que le doute n'est guère permis sur la manière dont il fait jouer le partage légalité/opportunité. Son contrôle peu poussé le porte aux confins du contrôle d'opportunité, loin de la didactique, car sa démonstration peine à convaincre. Le juge administratif camerounais manifeste implicitement la nature politique de son office et permet que l'on puisse interroger la cohérence du contrôle du juge communautaire.

B- L'intervention surprenante du juge communautaire

Les valeurs fondamentales du droit administratif dont l'intérêt général et la continuité de l'État sont des éléments essentiels qui peuvent donner un éclairage nouveau à l'ambiguïté de la décision du juge communautaire à propos de la notion de service public[63]. L'une des originalités de ce litige réside dans l'ouverture du prétoire du juge communautaire OHADA aux entités publiques, notamment les entreprises publiques[64].

En effet, la gestion du patrimoine des personnes publiques en Afrique francophone fait face au défi de la transparence et soulève des enjeux d'une grande envergure[65]. Le mouvement de réduction du secteur public par les privatisations est tel que l'on peut s'interroger sur la pérennité de l'entreprise publique en Afrique francophone du fait de leur transformation juridique permanente. L'application des règles de la propriété publique aux biens des entreprises publiques affectés à un service public[66], et leur soustraction aux procédures collectives, l'édition d'un régime protecteur de substitution s'appliquant à des biens privés appartenant à des sociétés à capitaux publics sont toujours considérés comme d'excellents moyens de protéger l'affectation de ces biens.

En matière portuaire, le service public est considéré comme un garant de l'indépendance nationale qui caractérise l'État stratège en Afrique. La présence de l'État dans le capital de certaines sociétés nationales contribue à protéger les intérêts économiques et patrimoniaux du pays malgré la remise en cause par l'idéologie libérale de l'ajustement structurel. Le modèle néo-libéral introduit en Afrique francophone par les Plans d'Ajustement Structurel (PAS) des années 1990 a eu une influence sur le régime des services publics et sur la porosité des frontières entre les sphères publiques et privées. Mais, l'État ne peut se désintéresser des activités d'intérêt général dont il s'est rendu juridiquement maître. Les agissements du P.A.D, personne privée, sous la prégnance du contrôle de l'État, font de cette dernière « une personne privée transparente ».

Le pourvoi formé par le P.A.D devant la CCJA au sujet de la Résolution de mise en régie du port de Douala-Bonabéri fait suite à la suspension de l'appel public international à manifestation d'intérêt (APIMI) pour le renouvellement du terminal à conteneurs dans ce port. Le 28 janvier 2021, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (CCJA) a rendu l'arrêt n°016/2021 statuant sur le pourvoi en cassation formé par le Port Autonome de Douala (P.A.D) contre l'ordonnance de S.A.E rendue le 31 décembre 2019[67] par la présidente du tribunal administratif du littoral à Douala[68].

La délibération du 6 décembre 2019 est considérée comme constitué sous la forme d'une Société Anonyme (S.A) régie par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E, applicable en République du Cameroun. Sur ce fondement, la décision portant création de la régie déléguée de gestion du Terminal à conteneur du P.A.D Bonabéri soulève des questions relatives à l'application de l'Acte Uniforme d'où le rejet de l'exception d'incompétence de la CCJA[69]. La décision du juge communautaire laisse transparaître une forme d'embarras sur les marchés des entreprises publiques qu'on peut déceler dans la rédaction d'un considérant. Le juge ne recherche pas si un service public existe dans la compréhension de l'entreprise publique[70] ou sur la qualification de l'opérateur public. Or, la gestion d'un port autonome ne saurait être considérée comme une simple activité commerciale. Le qualificatif de service public réduisant en quelque sorte le contrat en cause à un marché public banal[71]. Le P.A.D déconcerte par le caractère hybride de sa nature, à la fois service public administratif et service public industriel commercial d'où son intérêt à la fois pour le privatiste que le publiciste[72].

La Cour communautaire de Justice et d'Arbitrage (CCJA) ne va pas se prononcer sur la question ayant fait l'objet des décisions au près du Tribunal Administratif du littoral et de la Chambre administrative de la Cour Suprême. La saisine de cette juridiction par le P.A.D, n'est pas une question préjudi-

-cielle sur la compatibilité avec le fait d'admettre qu'un soumissionnaire évincé, dont la demande de S.A.E a été acceptée par le juge national. Ce n'est pas un renvoi en appréciation de validité par la juridiction interne compétente. La motivation retenue fait peu cas des décisions antérieures. On se situe dans le sillage des arrêts sur «la compétence de la compétence » en ce qui concerne le droit OHADA[73]. La question fondamentale relève du rapport entre la personne publique et le marché, l'applicabilité aux activités des personnes publiques des règles de la concurrence[74] et notamment le grief d'abus de position dominante prégnante en Afrique francophone[75].

Les règles qui déterminent la compétence de la Cour peinent à convaincre. Le raisonnement de la Cour met en exergue le critère organique la répartition entre ordre juridique interne et communautaire en insistant sur l'autonomie des États et l'unité de l'ordre juridique.

Dans son arrêt, la CCJA se déclare compétente pour statuer sur le pourvoi en cassation au motif qu'une disposition de l'Acte Uniforme sur le droit des sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique (AUSGIE) serait indubitablement en cause dans le différend porté devant elle au sujet de la résolution prise par le Conseil d'Administration du P.A.D, lequel constitue une société anonyme dont l'État du Cameroun est l'unique actionnaire[76]. On assiste avec cette décision au nouveau déploiement du droit OHADA dans le champ du droit public des affaires africain et à un renouvellement de la typologie des voies de recours dans le contentieux administratif camerounais[77]. Il n'y a pas de frontière étanche entre les deux disciplines, le droit des affaires de façon générique est de la compétence de la CCJA.

compétence de la CCJA. L'objet du litige entre dans le champ de compétence matérielle de la CCJA, même si la motivation lacunaire de la Cour sur sa compétence est sujette à interrogation quant à l'incompatibilité de la gestion d'affaires avec l'esprit du droit public[78].

La Cour rejette le pourvoi en estimant qu'en l'absence de référence au juge compétent par le PAD, une telle question relève de l'ordre juridique interne. Enfin, elle se prononce sur le fond de l'ordonnance du juge administratif, estimant que l'intérêt à agir du groupement était suffisamment démontré. La qualification juridique de la résolution n'est pas convaincante. L'absence de dialogue entre le juge interne et communautaire[79] se profile par une absence de convergence sur la concession de service public.

Le hiatus entre le droit OHADA des sociétés applicables et le droit administratif national qui s'illustre dans la décision peut paraître insolite[80]. Par cette décision, on assiste à un nouveau modèle d'intégration verticale du concessionnaire et de ces filiales concédées[81]. Une nouvelle figure du concessionnaire est en train de naître[82]. La capacité d'entretenir les infrastructures et les nécessités d'investisse-

-ment en lien avec le dragage du chenal navigable font évoluer la perception du contrat de concession en amodiation, contrat de longue durée reposant sur la propriété d'actions[83]. De telles conventions soulèvent des difficultés, tenant au fait qu'elles impliquent d'entrer au capital de sociétés concessionnaires de service public. Or, tel n'est pas le cas dans ce litige.

Le juge communautaire ne retient pas comme le souhaitait le défendeur son incompetence, la logique du raisonnement juridique suivi par ce dernier s'appuie sur une interprétation volontariste, mais interprétation discutable.

Il faut ainsi faire la distinction entre les moyens soulevés par les parties et le dispositif de la décision pour essayer d'apprécier la logique du raisonnement. Le fondement de la décision de la Cour est tiré du critère organique. La CCJA fonde sa compétence sur le critère organique, du fait que la Résolution en question a été prise par le conseil d'administration du PAD, constitué sous la forme d'une société anonyme régie par l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Ce raisonnement n'emporte pas l'adhésion. Le tribunal administratif du littoral ne s'était appuyé sur aucune disposition du droit OHADA pour se déclarer compétente. Dès lors, même si cette entreprise est constituée sous la forme d'une société anonyme, le PAD voit son capital intégralement détenu par l'État camerounais[84]. L'État actionnaire ou propriétaire des entreprises publiques est soumis à une branche spécifique du droit qu'est le droit administratif. Le PAD conserve une mission de service public pour laquelle il a une prérogative de puissance publique, c'est donc en définitive un Établissement public à double visage[85] qui peut déléguer une de ses missions. L'origine publique de l'entreprise n'exclut pas la possibilité d'une dérogation par le législateur camerounais à sa soumission stricte à l'acte uniforme des sociétés commerciales (AUDSC). L'entreprise publique se trouve dans une situation bicéphale ou dyarchique quant au droit qui lui est applicable[86]. Le juge communautaire, en étendant son pouvoir de contrôle par la technique de la cassation, réécrit la norme communautaire comme il pense qu'elle aurait dû l'être. En l'interprétant ainsi, il devient co-législateur communautaire.

La question de la détermination de la juridiction compétente pour connaître d'un litige relève du droit interne, de l'organisation judiciaire de chaque État partie au traité OHADA. Le P.A.D reproche au juge administratif d'avoir rendu une ordonnance dans une matière (l'activité commerciale du P.A.D en tant que société anonyme) expressément exclue du champ d'application de la compétence de la juridiction administrative. APM Terminals et Bolloré SA, dénie à la CCJA toute compétence pour connaître le sort du litige porté devant le juge administratif. Elles soutiennent que ce litige ne soulève aucune question relative à l'application d'un acte uniforme ou d'un règlement

prévu au traité et que la circonstance de la simple invocation des dispositions contenues dans les actes uniformes, dépourvus de tout lien avec les faits litigieux, ne saurait à elle seule justifier cette compétence. La CCJA doit se prononcer sur sa propre compétence, elle adopte un raisonnement à double détente dans le 6e paragraphe de sa décision. Elle motive sa position par le fait qu'il s'agit d'un acte pris par un organe d'une société anonyme dans le cadre de la réalisation de son objet social. Ainsi pour la Cour, la délibération du 6 décembre 2019 du conseil d'administration du P.A.D porte sur une entreprise publique, constitué sous la forme d'une S.A régie par l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E et de ce fait le litige qui est issu soulève des questions relatives à l'application de l'Acte Uniforme et relève, en cassation de sa compétence. La juridiction supranationale se comporte donc comme une cour suprême de l'ordre juridique interne. Pour le juge communautaire peu importe l'autonomie des États et leur organisation juridictionnelle ; dès lors que le litige porte sur l'application ou l'invocation d'un acte uniforme de l'OHADA, la CCJA demeure seule compétente pour connaître du litige de pourvoi en cassation. Le but d'une telle interprétation est manifestement de repousser la partialité supposée des juridictions nationales, et ainsi éviter l'éparpillement de l'interprétation du droit harmonisé. À l'analyse, le raisonnement de la Cour paraît discutable.

La CCJA maîtrise mal certaines notions, en considérant le P.A.D comme une simple société anonyme (S.A). Elle fait omission du fait qu'il gère un service public, ce qui change la nature de son activité[87]. L'entreprise publique qui gère un service public même sous la forme de personne privée[88] n'est pas un fait nouveau[89]. Il ne s'agit pas ici à priori d'une interprétation du droit OHADA, mais d'une délégation de service public sous la forme d'une concession. La compétence de la CCJA peut paraître spécieuse, car elle ne se fonde sur aucune notion connue du droit public des affaires. Il s'agit d'une décision de dévolution de l'exécution d'un service public[90] et non d'un acte de commerce. Les actes de dévolution de l'exécution d'un service public ne ressortissent pas de la compétence de la CCJA.

On comprend difficilement l'exercice intellectuel qui aboutit à cette compétence. En qualifiant l'activité de dévolution du service public du P.A.D en acte de droit des sociétés, la technique juridique mobilisée reste brumeuse, d'où le laconisme de la motivation[91]. Si la forme juridique de l'établissement public industriel et commercial (EPIC) comme forme juridique de l'entreprise publique a été abandonnée au Cameroun, le nouvel établissement public marchand compatible avec la nouvelle idéologie libérale issue des plans d'ajustement structurel en Afrique subsaharienne francophone semble s'y substituer. L'interprétation à laquelle se livre le juge communautaire ignore quelques spécificités du

droit des entreprises publiques, puisque la notion de service public industriel et commercial (SPIC) a permis de réintégrer les activités de production et d'échange dans la sphère de l'intérêt général.

Le droit public organise l'entreprise publique dans une nouvelle perspective non basée sur la logique du contrat d'association. Le capital de la société à capitaux publics est constitué, par une dotation de l'État ou d'autres personnes publiques et non véritablement d'actions. Le raisonnement du juge peut laisser penser à la détention du capital social par une entité adjudicatrice.

En mettant en avant la protection du traité OHADA, on masque la volonté de la CCJA d'augmenter son propre pouvoir. La CCJA passe outre l'éventuel conflit de répartition des compétences entre ordre juridictionnel et le renvoi à l'ordre juridictionnel étatique[92]. Il doit en filigrane tenir compte de la spécificité de l'ordre juridictionnel étatique. La question de la détermination de la juridiction compétente pour connaître d'un litige relève du droit interne et en particulier, de l'organisation judiciaire de chaque État partie au traité de l'OHADA. Le juge supranational approuve dans le fond le juge administratif qui pour justifier l'intérêt à agir des requérants, précise que la résolution leur fait grief. Le message de la CCJA est celui de sa compétence sur l'application ou l'invocation d'un acte uniforme de l'OHADA[93] et elle peut intervenir comme juge de cassation. Pourtant, il s'agit en réalité de la nationalisation[94] d'un patrimoine public[95] par la création d'une régie.

II-UNE APPRÉCIATION SUPERFICIELLE DE LA CONCESSION PAR LE JUGE

Au lendemain de la crise économique des années 1980, le modèle de l'État providence a été remis en cause par les institutions financières internationales[96]. L'abandon par l'État des pans importants de son service public a rendu opportun et opératoire le développement d'une gestion par délégation du service public qui transforme profondément le visage du droit public économique[97]. Si la banalisation de la notion est réelle ailleurs[98], au Cameroun la délégation contractuelle du service public apparaît comme le point culminant de la gestion libérale du service public. Celle-ci peut devenir un instrument du saut qualitatif dans la gouvernance[99]. La validité d'une convention de délégation de service public dépend de certains préalables. Les litiges relatifs aux concessions de services publics[100] relèvent du contentieux administratif[101], dès lors que de telles concessions,

emportant occupation du domaine public se manifestent par la création d'une régie innovante. La concession est alors une modalité indirecte de délégation du service public dont le renouvellement n'est pas automatique.

A- Le non renouvellement souverain d'une concession de service public

Les concessions sont l'expression en droit public camerounais de la délégation de service public[102]. Elles ont connu leur essor lors de la libéralisation économique des années 1990[103]. Le dispositif camerounais relatif aux conventions de délégation de service public a soumis les autorités concédantes à des règles de publicité et de mise en concurrence afin que celles-ci ne s'assimilent pas à des autorisations unilatérales que la puissance publique délivre à une personne privée[104]. La procédure de mise en concession lancée par le P.A.D a pour objet de confier à un opérateur privé la

gestion du terminal à conteneurs du port de Douala (APMI) [105]. Elle indique expressément que la procédure en cause porte sur la « concession des activités de rénovation, de modernisation, d'exploitation et de maintenance du terminal à conteneurs du Port de Douala-Bonabéri »[106]. Il est aussi clairement précisé que les concessions passées par le P.A.D sont des contrats administratifs. La procédure de présélection des candidats visait à établir une « short-list » d'un nombre minimal de trois et maximal de cinq candidats invités à participer à l'appel à consultation restreinte.

Cette procédure de passation est fondée sur la résolution[107] de 2017 prise en application de l'article 19 de la loi n°2017/011 du 12 juillet 2017 portant statut général des entreprises publiques. La résolution de 2017 vise la loi de 1998 (visa 4) qui définit en son article 7 la « convention de concession » comme un acte par lequel le P.A.D confie à un ou plusieurs opérateurs économiques l'exécution de travaux assortis de la gestion d'un service public, ou l'exécution d'un service public, lequel s'accompagne d'un transfert de risques en contrepartie du droit d'exploiter le dit ouvrage, d'exécuter le dit service, ou ce droit assorti d'un prix. Le transfert de gestion des autorités portuaires au secteur privé s'effectue en conséquence par le biais de concession de service public.

Le contentieux de la passation des contrats publics en cause ici s'appréhende à travers l'irrégularité née de l'attribution contestée du contrat de concession. La remise en cause de la procédure d'adjudication dudit contrat se déduit de la contestation de la proposition d'attribution ainsi que des contraintes qui l'entourent. Malgré le fait que l'entreprise publique par son caractère marchand, se distingue fondamentalement d'une administration, le régime de passation des concessions des entreprises publiques s'assimile à celui des marchés publics[108]. L'arrimage à ces derniers vise à endiguer l'opacité au cœur de ce litige dans la passation des concessions au Cameroun[109]. Les contrats de concession ne sont plus des contrats *intuitu personae* ou de gré à gré qui s'accommodent mal du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable[110] au choix du concessionnaire.

Les concessions se sont vues en revanche imposer de telles exigences. Le P.A.D ne saurait donc traiter différemment les candidats. La décision qui résulte de la procédure lancée par le P.A.D et dont il est demandé la suspension, est en lien direct avec la passation d'un contrat de concession de service public issu de l'exploitation du domaine public portuaire.

Faisant suite à l'APIMI lancé par le P.A.D, le groupement d'entreprises constitué par les sociétés APM Terminals Bv et Bolloré S.A a retiré auprès du Port Autonome de Douala (P.A.D) le dossier d'appel public international à manifestation d'intérêt et y a déposé sa candidature par dépôt d'un dossier administratif, financier et technique pour l'attribution de la concession[111].

Celle-ci est assortie d'un cahier de charges définissant les conditions d'exercice de l'activité, ainsi que les obligations auxquelles devront se conformer les attributaires. Non retenu dans la phase de présélection[112] alors qu'il a bien participé à la séance d'ouverture des offres administratives et financières, l'offre du requérant n'a pas obtenu la satisfaction attendu par le P.A.D pour être qualifié en vue de participer à la consultation restreinte.

Le groupement a adressé le 25 février 2019 une lettre au directeur général du P.A.D sollicitant des clarifications quant aux critères de sélection des candidats pré-qualifiés et aux raisons qui ont conduit la commission ad hoc chargée de la procédure de passation de la concession à ne pas retenir le groupement en vue de participer à la consultation internationale restreinte[113]. Pour le requérant, la décision querellée est entachée d'une erreur dans l'appréciation de l'offre des requérants et une illégalité dans la méthode d'évaluation des candidatures. Elle viole le principe de liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures[114]. Il convient de préciser à priori que la fin de la période de concession, n'entraîne pas un renouvellement automatique de la concession. On peut y voir la volonté d'une partie d'imposer des droits acquis dans le renouvellement des contrats publics d'affaire. La seule présentation d'une offre ne crée pas de droits acquis au bénéfice du candidat qui demande le renouvellement de sa concession. La proposition de rejet a été prise après une procédure contradictoire selon le Conseil d'Administration. La juridiction administrative ne s'est pas interrogée explicitement sur cette question.

Dans son office, le juge du contrat considère que le vice allégué et tiré du défaut de transparence dans la mise en concurrence est d'une particulière gravité[115], la décision ayant été prise dans des circonstances frauduleuses[116], en l'occurrence la prise illégale d'intérêt dans la passation d'un acte administratif. Le P.A.D n'a pas communiqué le critère de sélection des offres des entreprises candidats, méconnaissant dès lors le jeu de la libre concurrence. Même si par un communiqué elle motive sa décision de non sélection il n'en

demeure pas moins que la délégation de service public est soumise aux principes et règles fixées par le code des marchés publics[117]. L'objectif est de réduire la part du pouvoir discrétionnaire dans la désignation du concessionnaire par des conditions objectives. L'absence de justification sur les motifs de rejet du soumissionnaire fait peser une suspicion d'opacité sur la sélection du nouveau délégataire[118]. Le libre choix du cocontractant est entravé par la décision du juge du tribunal administratif pour éviter une délégation unilatérale du service public.

La délégation d'une activité au secteur privé par un contrat de délégation de service public ne constitue évidemment pas un transfert de la propriété d'une entreprise du secteur public au secteur privé[119]. On peut se demander s'il est possible qu'un service public régalién, puisse être délégué au secteur privé[120] par voie contractuelle. Une controverse a pu naître à propos des activités régaliennes des personnes publiques, manifestant l'exercice de la souveraineté[121]. Même si, l'autorité publique peut confier par contrat des prestations matérielles se rattachant au pouvoir de police[122], certaines personnes publiques ne peuvent pas déléguer les éléments essentiels de la mission qui leur est confiée par leurs statuts ou par le législateur, d'où la modulation de la délégation, l'activité déléguée pouvant être partielle ou par segment.

Le contrat de concession, c'est l'acte administratif qui habilite directement de manière explicite un ou plusieurs organismes privés à exploiter une mission de service public. Cette investiture administrative peut être réalisée par voie unilatérale. Le délégataire est celui sur qui pèse une part significative du risque d'exploitation et dont la rémunération sera substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service public concédé. La délégation n'a rien à voir avec les hypothèses classiques de délégation de compétences[123] ou de signatures[124]. La notion d'exploitation est ainsi au cœur de la définition de la délégation de service public[125]. Le contrôle de la délégation impose au délégataire de produire des éléments sur la gestion économique et financière annuellement.

Dans le cas d'espèce, il n'y a pas eu résiliation, mais non renouvellement d'un contrat de concession. C'est l'absence clauses de tacite reconduction qui entraîne une procédure de renouvellement du contrat de concession[126]. Au terme duquel, le concessionnaire n'a pu poursuivre son activité. Le juge intervient sur la décision de disqualification de l'ancien délégataire ; ce qui n'équivaut pas entièrement à une résiliation[127]. En droit camerounais[128], les conditions d'attribution des concessions ouvrent au bénéfice de toute personne qui y a intérêt et notamment les candidats évincés injustement, le recours à la procédure de S.A.E qui peut permettre comme dans la décision du P.A.D au juge de se prononcer sur la légalité d'un acte détachable. L'exécution du précédent contrat s'est faite sans aucun incident notable, pas

de manquement majeur à une obligation du cahier des charges, aucun fait du prince susceptible d'engager la responsabilité de l'entreprise publique[129], pas de déficit d'exploitation entraînant un bouleversement de l'équilibre économique du contrat. C'était un contrat de longue durée nécessitant des investissements s'amortissant dans le temps, qui n'a pas été renouvelé[130]. Le non renouvellement se distingue dans le cas d'espèce d'une résiliation unilatérale par le concessionnaire puisque l'action du demandeur ne vise pas une reprise des relations contractuelles[131]. Toutefois, n'est-il pas possible d'assimiler ce non renouvellement à une résiliation du contrat de concession au profit d'une entreprise publique, par la création par cette dernière d'une régie innovante.

B- Le choix souverain d'une régie innovante

L'Entreprise publique peut tirer de solides profits de son patrimoine ; l'exploitation de son domaine public, comme des parcelles du domaine privé génère des revenus qui peuvent profiter à la collectivité. La gestion active de son portefeuille conduit l'État à bénéficier de produits de cession ou des recettes liées au mode de gestion du service public[132].

C'est dans cet élan que participe la création par le P.A.D d'une régie innovante. Ici, c'est la personne publique qui crée le service public qui va le gérer elle-même par la création d'une autre entité juridique avec les conséquences juridiques qui en découlent. La nouvelle régie est dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière manifestant la volonté de ne pas gérer directement le service public et d'en confier la gestion à une personne publique distincte d'elle. Cette régie « déléguée », indirecte diffère de celle précédemment en vigueur au Port Autonome de Douala, puisqu'elle assure au service public une autonomie juridique de gestion[133].

À travers ce litige, on observe un nouveau mode de gestion du service public au-delà de la gestion traditionnelle par l'établissement public ou l'entreprise publique. Traditionnellement la régie s'oppose à la concession[134]. Compte tenu des incidents qui se sont multipliés dans le cadre de la procédure de désignation d'un nouveau concessionnaire pour la gestion du terminal à conteneur du Port de Douala, traduisant ainsi la carence d'un nouveau opérateur concessionnaire pour prendre la relève dans la gestion du terminal à conteneurs du Port de Douala au 1er janvier 2019 ; le P.A.D s'est vu contraint de prendre des dispositions provisoires, mais transitoires et adéquates à l'effet de suppléer la carence d'opérateur chargé de la gestion de son terminal au 1er janvier 2020 avec la mise sur pied d'une régie déléguée dite Régie Terminal à Conteneurs (RTC). Le P.A.D décide de procéder à la gestion du terminal par la régie directe et, prend un acte de réquisition de tous les biens de Douala International Terminal en abrégé D.I.T, dont Bolloré Africa Logistic et APMT sont en droit camerounais actionnaires majoritaires. Le recours à la régie directe, marque

la volonté de l'entreprise publique d'avoir la haute main administrative et financière sur l'exploitation portuaire en dépossédant le nouveau concessionnaire Terminal Investment Limited (TIL) dont le juge administratif camerounais avait annulé la concession. Elle vient mettre une limite à l'externalisation croissante des activités publiques, elle répond à l'interdiction de déléguer à une personne privée des compétences de police administrative générale[135]. -ques, donc en définitive pour les contribuables. Dans le contexte camerounais, à partir du moment où la concession n'a pas eu les effets financiers escomptés pour le trésor public, on peut déceler dans la résolution contestée une volonté de préserver l'intérêt supérieur de l'État camerounais, actionnaire unique du P.A.D qui souhaiterait « nationaliser » sa gestion.

Par la résolution du 6 décembre 2019, le P.A.D a procédé à la création de la Régie Déléguée de Gestion, d'exploitation et de maintenance du terminal à conteneurs du Port de Douala-Bonabéri (la RTC) et la mise en régie, à compter du 1er janvier 2020[136]. On assiste à la redécouverte de la piste des nationalisations par la création de la régie[137]. C'est une dévolution unilatérale d'un service public à une personne publique. La mise en régie du Terminal à Conteneurs, témoigne de la volonté manifeste du P.A.D de contourner la décision de suspension de l'APIMI telle qu'ordonnée par l'ordonnance de S.A.E. Or pour le requérant (APM-Bolloré), le P.A.D a clairement violé les dispositions légales, en vigueur sur la mise en régie. Cette dernière est la conséquence du non renouvellement du contrat de concession. Ainsi, les manquements dans le cadre d'un non renouvellement d'un contrat de concession sont de nature à faire obstacle à la reprise des relations contractuelles. La conclusion d'un nouveau contrat ne permet pas d'envisager de faire droit à une demande de reprise des relations contractuelles.

Dans le cas d'espèce, la fin de la concession qui a entraîné la création d'une régie pour permettre la continuité du service public de l'exploitation portuaire s'est heurtée à la volonté du juge administratif. Toutefois, l'autorité portuaire n'a pas tenu compte de cette décision. Cette création a posé le problème des biens de retour[138]. Biens du domaine public mis à la disposition du délégataire, ou acquis par le concessionnaire pour la durée de la délégation, doivent obligatoirement être rétrocédés à la personne publique délégante au terme de celle-ci. En faisant fi des biens de reprise, le juge ne se prononce pas explicitement sur la question, mais refuse la création d'une régie, nouvelle société de patrimoine. De même, le sort du personnel transféré ou repris par la nouvelle régie étatique qui assure la continuité du service public pose problème[139]. Le passage de la concession à la régie n'a pas entraîné une transformation dans le statut des salariés ou agents qui reste de droit privé. L'orientation politique (libérale ou pas) du décideur peut favoriser ou non le choix pour une régie. Elle écarte l'intervention d'une personne pri-

-vée et de capitaux privés dans la gestion du service public; celle-ci peut être jugée plus souple, plus efficace, moins coûteuse pour les finances publiques, donc en définitive pour les contribuables. Dans le contexte camerounais, à partir du moment où la concession n'a pas eu les effets financiers escomptés pour le trésor public, on peut déceler dans la résolution contestée une volonté de préserver l'intérêt supérieur de l'État camerounais, actionnaire unique du P.A.D qui souhaiterait « nationaliser » sa gestion.

L'État actionnaire essaie de sanctionner la conclusion de contrats aux clauses défavorables, n'ayant respecté aucun des principes généraux qui auraient permis une compétition équitable entre les différents concurrents et le recueil des offres les plus avantageuses pour l'entreprise publique[140]. En outre, en faisant des organismes portuaires, des instruments de mise en œuvre de la politique du gouvernement dans le secteur portuaire, les textes sur la réforme portuaire laissent entendre qu'ils peuvent tirer de l'exploitation du foncier portuaire, une part substantielle de leurs recettes. Si le processus de privatisation a amoindri la présence de l'État dans certains domaines, elle ne l'a pas dépouillé de son être[141]. La vocation normale des personnes publiques n'est pas de se livrer directement à des activités commerciales et industrielles, car leur intervention directe risque de fausser le libre jeu de la concurrence. Les entreprises publiques au Cameroun n'ont pas toujours la mentalité commerçante ou industrielle ; leurs structures et leurs modes d'action sont souvent éloignés des exigences et des usagers du commerce. Il n'empêche qu'il existe des services publics industriels et commerciaux gérés en régie[142].

Elles échappent, pour l'essentiel, aux règles applicables aux entreprises industrielles et commerciales. Les régies peuvent être perçues dans le cadre de la nouvelle gouvernance libérale comme une source de gaspillage dont l'efficacité apparaît inférieure à celle des entreprises privées.

En définitive, si la logique sur laquelle repose les décisions se maintient, alors nous ne sommes là qu'aux prémices d'une ère nouvelle pour le droit des entreprises publiques. La « publicisation » du règlement des différends par le juge communautaire court le risque d'inexécution. Nous ne pouvons qu'appeler le juge administratif à revoir sa décision sur la concession des activités portuaires, en l'absence d'une loi sur la délégation de service public. En essayant de tracer son sillon, il ignore les questions de fond et en faisant une interprétation subjective des mesures d'urgence. Mais, le juge de l'action publique ne doit pas perdre de vue que, dans un litige entre la personne publique et une entreprise commerciale fut-elle filiale d'une multinationale, il n'y a pas seulement des plaideurs face à face ; il y a un troisième personnage[143] : l'intérêt général. Le juge administratif ne doit pas rester indéfiniment dans sa tour d'ivoire et demeurer

insensible à la critique doctrinale[144] ou en oubliant l'opinion publique au risque de prendre des décisions difficiles à exécuter. L'arrière-plan international de ce litige ne doit pas être méconnu, car il est susceptible de décourager l'investissement privé étranger[145]. Les litiges concernant les multinationales investissant en Afrique francophone[146] se règlent fréquemment par la voie de la transaction, de la conciliation ou par la voie arbitrale avec l'avènement des contrats administratifs internationaux en Afrique francophone.

[1] Contrairement aux autres disciplines juridiques, le droit des contrats publics en Afrique francophone a été très peu « tropicalisé » ou adapté aux conditions locales. Son évolution et les adaptations actuelles qu'il a pu recevoir ont été fondées sur des considérations économiques plutôt que sur des objectifs purement politiques. Lire SAMB (S.), *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : Contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux 2015, pp. 29-33.

[2] ONDOUA (A.), « La notion de contrat administratif », J.-Cl. Contrats et marchés publics, 13 juillet 2009, date de la dernière mise à jour : 14 décembre 2015, p. 4 ; DRAGO(R.), « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, 1990, n° 12, p. 117. Pour une logique proche, GOHIN (O.), « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, spéc. pp. 152-157 ; RICHER (L.)

, *Droit des contrats administratifs*, 6ème éd., Paris, LGDJ, 2008, nos 56 et s. ; *Rapport Public du Conseil d'État, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, La Documentation française, 2008, pp. 17-90. CAILLOSSE (J.), « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », in CADIET (L.), *Le droit contemporain des contrats*, Coll. Travaux de la faculté de droit de Rennes, Paris, Économica, 1987, pp. 89 sq. POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La contractualisation des relations entre personnes publiques », *RFDA*, n° 3, 1999, pp. 551 sq. ; RICHER (L.), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, n° 19, 2003, pp. 973 sq.

[3] CHEVALLIER (J.), LOSCHAK (D.), « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFDA*, n°24, 1982, pp. 53 sq. ; WOEHLING (J.-M.), « L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative », *RFAP*, n° 26, 1983, pp. 134 sq. ; CAILLOSSE (J.), « La réforme administrative et la question du droit », *AJDA*, 1989, p. 3

[4] Du BOIS De GAUDUSSON (J.), « Crise de l'État interventionniste et libéralisation de l'économie en Afrique », *RJPIC*, 1984, p. 1 ; C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Désétatisation et nouvelles configurations du pouvoir en Afrique Subsaharienne », *Afrique Juridique et Politique, La Revue du CERDIP, Libreville, Gabon*, Volume 3, n°5, Janvier-Juin 2007, pp. 35-77

[5] KEUTCHA TCHAPNGA (C.), « Les mutations récentes du droit administratif camerounais », *Afrilex*, 2000, pp. 0-22 ; MOMO (C.), « Droit administratif et crise économique », *RJP*, n°4, 2015, p.493.

[6] BELLON (B.), CAIRE (G.), CARTELIER (L.), FAUGERE (J.-P.), VOISIN (C.) (dir.), *L'État et le marché*, Adis et Économica, 1994, p. 11. Lire aussi, K. NUBUKPO, « L'Afrique, laboratoire du néo libéralisme

- », in K. NUBUKPO, *L'urgence africaine, changeons le modèle de croissance*, Odile Jacob, 2019, p. 19
- [7]DESCOINGS (R.), « La nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation », in Frison-Roche Marie Anne, *Les régulations : légitimité et efficacité*, Dalloz, 2004, p. 09 ; CLAM (J.), MARTIN (G.) (dir), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, « Droit et société, Recherches et travaux », vol. 5, 1998, p. 249. COULIBALY (A.), *Analyse de la concurrence et de la régulation en Afrique : cas du Sénégal et du Mali*, Thèse, Dakar, déc. 2013, p. 218. DELVOLLE (P.), « Le Conseil d'État régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice*, Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULE, Dalloz, 2007, p. 260. LOMBARD (M.), « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, n°10, 14 mars 2005, p. 531 ; J. CHEVALLIER, « La régulation en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, p.833.
- [8] L'État du Cameroun a décidé le 30 avril 2018, du non renouvellement du contrat d'affermage du service public de l'alimentation en eau potable des centres urbains et périurbains, s'en est suivi un désaccord entre les parties sur la mise en œuvre des modalités pratiques de clôture du contrat d'affermage, et conformément aux dispositions de l'article 116 du contrat, la CDE saisira le Centre International pour le Règlement des Différends (CIRDI) d'une requête introductive d'instance en conciliation le 03 mai 2019, contre la République du Cameroun ; *Affaire CIRDI Conc/19/1*, 14 juin 2020, La Société Camerounaise des Eaux C/ La République du Cameroun et La Société Cameroon Water Utilities Corporation.
- [9] SIETCHOUA DJUITCHOKO (C.), « Recherche sur la concession en droit administratif camerounais dans le contexte de libéralisation économique de la fin du XXème siècle », *Recht in Africa*, 2002, pp. 229-251.
- [10] Sur la notion de commande publique, lire KALFLECHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2004, p. 349. FATOME (E.) et RICHER (L.), « Le Conseil constitutionnel et le "droit commun" de la "commande publique" et de la domanialité publique. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 2003, p. 2350. DREYFUS (J.-D.), « Autour de la notion de "droit de la commande publique" », *AJDA*, 2004, p. 2256. Lire aussi en ce sens GAUDEMET (Y.), « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, n° 2, 2010, pp. 313 et s.
- [11] DUBOIS de CARRATIER (L.), « Le Conseil d'État, l'économie et le service public : concessions et SPIC (1880-1950) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2005, N°52-3, p. 66
- [12] ABOUBAKAR KANE (Kh.) *Droit portuaire en Afrique : Aspects juridiques de la gestion et de l'exploitation portuaire au Sénégal*, L'Harmattan, Coll. Études africaines, 2012, 320 p.
- [13] MANGA ZAMBO (E.), « Les ports maritimes autonomes en Afrique », *Annales de l'université de Parakou*, « Droit et Science politique », Vol. 4, 2021, p. 355
- [14] L'épilogue de ce litige se trouve certainement dans la décision, *Affaire Groupe Bolloré C/Port autonome de Douala*, Tribunal arbitral, CCI, 13 novembre 2020.
- [15] Voir la chronique de cette affaire faite par le Pr. ABA'A OYONO (J.C.), « Chronique d'une symphonie jurisprudentielle devant les prétoires administratifs », inédit.
- [16] CAILLOSSE (J.), *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, 2008, pp. 145-222. DELAUNAY (B.), « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », *RFDA*, 2012, p.481.
- [17] Lire DELVOVE (P.), « Contrats publics et sécurité juridique », in *Le contrat mode d'action publique et de production des normes*, EDCE 2008, pp. 329-353. BOY (L.), « Régulation et sécurité juridique », in BOY (L.), RAUME (J.-B.), SIRRIAINEN (F.) (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, pp. 335-338
- [18] T.A de Douala, 8 janvier 2020, *Affaire Groupe Bolloré c/ Port autonome de Douala*.
- [19] La convention de concession.
- [20] Décision N°2018/001/APIMI/PAD pour la concession des activités de rénovation, de modernisation, d'exploitation et de maintenance du terminal à conteneurs du port de Douala-Bonabéri. L'APIMI précisait que la procédure suivie par le PAD serait organisée en deux grandes phases, à savoir(i) une phase de présélection des candidats « visant à établir une shortlist d'un nombre minimal de trois(03) et un nombre maximal de cinq (05) candidats » puis une phase où les candidats retenus participeraient à une consultation restreinte devant conduire à l'attribution de la concession susvisée à l'un d'entre eux.
- [21] Résolution n°0685/19/CA/PAD du 06 décembre 2019 portant création d'une régie du terminal à conteneur (RTC).
- [22] Cette affirmation « Jugez vite, nous jugerons bien... » est étrangère à notre ordre juridictionnel, le fameux problème de coordination se pose peu au Cameroun. Car, il y a très peu de divergence entre les Tribunaux Administratifs et la Chambre Administrative de la Cour Suprême. Lire RICHER (L.), « Un problème de coordination au sein de la juridiction administrative », *AJDA*, 1992, p. 205. MELLERAY (F.), « La possibilité d'une jurisprudence locale », *AJDA* 2021, p. 2504
- [23] La matérialité de la jurisprudence des tribunaux administratifs est avérée, dès lors que la grande majorité des litiges se trouvent définitivement réglés par le juge de première instance et, aux tribunaux administratifs de provoquer des évolutions jurisprudentielles. C'est dans le sens de jurisprudence massive que les Tribunaux Administratifs font évidemment jurisprudence. Celle-ci ne doit pas être négligée. Une jurisprudence locale se construit dans le dialogue des juges et le respect de la cohérence de la jurisprudence administrative. La jurisprudence locale est non seulement là, mais elle est reconnue et nécessaire. On a bien une contribution des tribunaux administratifs à la jurisprudence. Lire FANACHI (P.), « Y a-t-il une jurisprudence des Tribunaux Administratifs ? », in *Trentième anniversaire des Tribunaux Administratifs*, éd. CNRS, 1986, p.105.
- [24] Le PAD a introduit le pourvoi n°042/2020/PC du 27 février 2020 devant la CCJA en développant deux moyens : -l'incompétence du juge administratif camerounais pour connaître du différend relatif à une décision du Conseil d'Administration d'une société anonyme, -l'insuffisance des motifs portant sur la recevabilité. Lire FLEURY (T.), « La liberté contractuelle des personnes publiques », *RFDA*, 2012, p.231.
- [25] Il convient de s'interroger comme l'a fait la doctrine administrative française sur la critique politique du juge administratif. Lire les Actes du colloque : *Le juge administratif face à la critique*, JCP/A, n°3, 24 janvier 2022.
- [26] GALLETTI (F.), *Les transformations du droit public africain*

francophone, entre étatismes et libéralisation, Bruylant, 2004, 682 p.

[27] CHAMPAUD (C.), Contribution à la définition du droit économique, Dalloz, 1967, p. 34

[28] CAILLOSSE (J.), « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », AJDA, 1996, pp. 955-964, p. 962.

[29] RIPERT (G.), Traité élémentaire de droit commercial, 7e édition LGDJ 1972-1973, 1181 pages.

[30] SAVY (R.), « La notion de droit économique », AJDA, 1971, p.235

[31] BATTINGER (C.), La gestion déléguée des services publics dans le monde, Berger-Lavruault, Coll. L'administration nouvelle, Paris 1997, 346p.

[32] VEDEL (G.), « Le droit économique existe-t-il ? », Mélanges offerts à Pierre Vigueux, 1981, t. 2, pp. 767-783

[33] Sur la notion de service public lire NIZARD (L.), « À propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », in Mélanges Eisenmann, CUVAS, 1975, p. 90 ; HASTINGS (M.), « Les constellations imaginaires du service public », in DECRETON (S.) (dir.), Service public et lien social, L'Harmattan, 1999, p. 33. CHEVALLIER (J.), Le service public, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 7ème éd., 2008, p. 3. GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.) et DUMONT (G.), Droit du service public, Domat, Montchrestien, 2ème éd., 2007, p. 64. BIAKAN (J.), « Le critère du Service Public en droit camerounais », in ABANE ENGOLO (P. E.) et ONDOA (M.), (dir.) Les fondements du droit administratif, L'Harmattan, Paris, 2014, p. 143. LACHAUME (J.-F.), BOITEAU (C.) et PAULIAT (H.), Droit des services publics, Armand Colin, 3ème éd., 2004, p. 9. PISIER-KOUCHNER (E.), Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit, L.G.D.J., 1972, p. 261 sq. MELLERAY (F.), « École de Bordeaux, école du service public et école du guiste - Proposition de distinction », RDP, 2001, pp. 1890 sq. ESPLUGAS (P.), Le service public, Dalloz, Connaissance du droit, 2ème éd., 2002, p. 15. AUBY (J.-F.) et RAYMUNDIE (O.), Le service public, Le Moniteur, 2003, p. 42. LE MESTRE (R.), Droit du service public, Gualino Éditeur, 2005, p. 127. LINOTTE (D.) et ROMI (R.), Droit du service public, Litec, 2007, p. 7. BRACONNIER (S.), Droit des services publics, PUF, 2ème éd., 2007, p. 156

[34] MASSOUKA (J.Y.), Le contentieux des contrats publics au Cameroun, Thèse de doctorat en droit public, Université de Douala 2021, 2 tomes, 1346 p. KEMDJO TAGNE (F.H.), La transparence dans le droit des marchés publics au Cameroun, Thèse de doctorat en droit public, Université de Douala, 2021, 768 p.

[35] Article 2 (3c) de la loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs qui dispose que le contentieux administratif comprend entre autres : « les litiges concernant les contrats administratifs (à l'exception de ceux conclus explicitement sous l'empire du droit privé) ou les concessions de service public ». Cette disposition conforte la jurisprudence Thérond qui consacrait déjà en France la compétence de la juridiction administrative en ce qui concerne la concession de service public.

[36] Ne pas confondre avec concession domaniale, forestière ou minière qui n'intègre pas la gestion d'un service public et qui n'est qu'une autorisation contractuelle d'exploitation du domaine public ou privé. Ne constitue un contrat de concession que s'il transfère un risque réel lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service et si la transfère de ce risque trouve sa contrepartie, au moins partiellement, dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service (C.E, 25 mai 2018, Commune Saint Thibault-des-Vignes et Société Philippe Vedraud

Publicité, Juris Data n°2018-008653 ; Contrats-Marchés publics 2018, comm. 165, obs. G.ECKERT; AJDA 2018, p.1725 obs. M. Haulbert.

[37] Sur cette notion lire ABANE ENGOLO (P.E), Traité de contentieux administratif du Cameroun, L'harmattan, 2019, pp. 165 sq. OWONA (J.), Le contentieux administratif de la république du Cameroun, L'harmattan, 2011, pp. 15 sq. MBALLA OWONA (R.), La notion d'acte administratif unilatéral au Cameroun : contribution à la théorie générale des décisions administratives, EUE, 2018, 688 p.

[38] BRENET (F.), « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, N°38, 24 Septembre 2012, p. 2313. GONIDEC (P.-F.), « Contrat et recours pour excès de pouvoir », RDP, 1950, p. 65. Sur ces fondements : v. aussi DEBEYRE (G.), « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », RDP, 1938, p. 215.

[39] La procédure de sursis à exécution (S.A.E) des décisions administratives est liée au principe de l'effet non suspensif des recours exercés devant le juge administratif en tant que décision par laquelle le juge, à la demande du requérant, décide de suspendre provisoirement l'exécution de l'acte administratif dont la légalité est contestée devant lui[1]. C'est un ordre que le juge donne à l'administration de différer l'exécution d'un acte jusqu'à ce qu'il ait statué au fond. Cf. GAUDEMET (Y.), « Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif », RFDA, 1988, p. 422. PACTEAU (B.), Contentieux administratif, PUF, 1989, p. 235. KEUTCHA TCHAPNGA (C.), Précis de contentieux administratif : aspects de l'évolution récente, L'Harmattan, 2013, pp. 42 sq.

[40] GUIMDO DONGMO (B.-R.), Le juge administratif camerounais et l'urgence, Thèse, Université de Yaoundé 2, 2004, 607p ; ABA'A OYONO (J.C.), « Chronique du grain de sable dans la fluidité jurisprudentielle à la chambre administrative du Cameroun », Juridis Périodique, n°78, avril-mai-juin 2009, p. 63.

[41] Le juge administratif camerounais conforte ainsi une évolution déjà en vigueur en France où de nouvelles voies de recours ont été créées notamment le recours en contestation de validité du contrat ouvert aux concurrents évincés en 2007 et les référés précontractuels en 1992 pour ne citer que cela.

[42] D'après les dispositions de l'article 30 al 1 et 2 de la loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs, « le recours gracieux contre un acte administratif n'en suspend pas l'exécution. Toutefois, lorsque l'exécution est de nature à causer un préjudice irréparable et que la décision attaquée n'intéresse ni l'ordre public ni la sécurité ou la tranquillité publique, le Président du Tribunal Administratif peut, saisi d'une requête, après communication à la partie adverse et conclusion du Ministère Public, ordonner le sursis à exécution. »

[43] Ordonnance de S.A.E n° 90/OSE/PTA/DLA/19 du 16 août 2019 ordonnant la suspension de la procédure d'APIMI.

[44] V. CS/PCA, ordonnance de sursis, 1977/1978, NGANKEU Pierre contre État du Cameroun.

[45] V. CS/PCA, ordonnance de référé n°7, 1977/1978.

[46] V. KAMTO (M.), Droit administratif processuel du Cameroun, Presses universitaires du Cameroun, 1990, p. 70.

[47] La consultation restreinte lancée pour la passation d'une concession peut être nationale, lorsqu'elle s'adresse aux personnes morales ayant leur siège social au Cameroun et international, lorsqu'elle s'adresse aux personnes morales ayant leur siège à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire national. L'Appel Public à

Manifestation d'Intérêt (APMI) qui est le pendant de l'appel d'offres dans le droit des marchés publics, peut s'entendre d'une procédure par laquelle l'entreprise publique concédante suscite l'intérêt des opérateurs économiques nationaux et internationaux au dépôt de leurs candidatures à la gestion ou l'exploitation du service public concédé et, dont l'objectif final est d'attribuer à l'issue de cette procédure, ledit contrat de concession. Dans le cas d'espèce, il s'agit d'un Appel Public International à Manifestation d'Intérêt (APIMI).

[48] SEILLER (B.), « Le juge unique », *AJDA*, 2012, p. 1205

[49] COURTIN (M.), « Le juge unique : progression ou progrès ? L'exemple du contentieux administratif », in CADIET (L.) et RICHER (L.) (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF 2003, p.146 ; NORMAND (J.), « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? - introduction », in CADIET (L.) et RICHER (L.) (dir.), *op.cit.*, p.165.

[50] Lire les dispositions de l'article 30 al 2 de la loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs au Cameroun.

[51] GUIMDO DOGMO (B.-R.), *Le juge administratif camerounais et l'urgence. Recherches sur la place de l'urgence dans le contentieux administratif camerounais*, Thèse de doctorat d'État en droit, Université de Yaoundé II, 2004, p. 162.

[44] V. CS/PCA, ordonnance de sursis, 1977/1978, NGANKEU Pierre contre État du Cameroun.

[45] V. CS/PCA, ordonnance de référé n°7, 1977/1978.

[46] V. KAMTO (M.), *Droit administratif processuel du Cameroun*, Presses universitaires du Cameroun, 1990, p. 70.

[47] La consultation restreinte lancée pour la passation d'une concession peut être nationale, lorsqu'elle s'adresse aux personnes morales ayant leur siège social au Cameroun et international, lorsqu'elle s'adresse aux personnes morales ayant leur siège à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire national. L'Appel Public à Manifestation d'Intérêt (APMI) qui est le pendant de l'appel d'offres dans le droit des marchés publics, peut s'entendre d'une procédure par laquelle l'entreprise publique concédante suscite l'intérêt des opérateurs économiques nationaux et internationaux au dépôt de leurs candidatures à la gestion ou l'exploitation du service public concédé et, dont l'objectif final est d'attribuer à l'issue de cette procédure, ledit contrat de concession. Dans le cas d'espèce, il s'agit d'un Appel Public International à Manifestation d'Intérêt (APIMI).

[48] SEILLER (B.), « Le juge unique », *AJDA*, 2012, p. 1205

[49] COURTIN (M.), « Le juge unique : progression ou progrès ? L'exemple du contentieux administratif », in CADIET (L.) et RICHER (L.) (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF 2003, p.146 ; NORMAND (J.), « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? - introduction », in CADIET (L.) et RICHER (L.) (dir.), *op.cit.*, p.165.

[50] Lire les dispositions de l'article 30 al 2 de la loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs au Cameroun.

[51] GUIMDO DOGMO (B.-R.), *Le juge administratif camerounais et l'urgence. Recherches sur la place de l'urgence dans le contentieux administratif camerounais*, Thèse de doctorat d'État en droit, Université de Yaoundé II, 2004, p. 162.

[52] Sur cette notion d'ordre public, lire HEURTE (A.), « La notion d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP*, 1953, pp. 614-648. BERNARD (P.), *La notion d'ordre public en droit administratif*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1962, p. 2 ; PLANTEY (A.), « Définitions et principes de l'ordre public », in POLIN (R.) (dir.), *L'ordre public*, P.U.F., Paris, 1996, pp. 27-45 ;

DEUMIER (P.) et REVET (Th.), « L'ordre public », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Quadrige, 2003, pp. 1119-1122 ; LECOMTE (C.), « L'intendant : sentinelle de l'ordre public (XVIIe-XVIIIe siècle) », in DUBREUIL (C.-A.) (dir.), *L'ordre public*, Cujas, coll. actes et études, Paris, 2013, pp. 33-40 ; BLET-PFISTER (V.), « L'ordre public (Fragments pour une étude sur l'appareil d'État) », in *Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques Teneur*, Université de droit et de la santé, coll. travaux de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille, Lille, 1977, pp. 63-90 ; PICARD (E.), « Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, Coll. droit et justice, 2001, pp. 17-61 ; ROLAND (S.), « L'ordre public et l'État. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in DUBREUIL (C.-A.) (dir.), *L'ordre public*, *op.cit.*, pp. 9-20 ; JACQUINOT (N.), *Ordre public et constitution*, Thèse dactylographiée, Université d'Aix-Marseille III, 2000.

[53] GUIMDO DONGMO (B.-R.), « L'accès aux juridictions administratives dans les États d'Afrique noire francophone : réflexions sur son évolution récente à partir du Cameroun », *RADSP*, Vol IX, N° 20, Spécial 2021 - 1er semestre, 47 p.

[54] Mesures portant sur la liberté de manifester ou de réunion. Lire WEIL (P.), « Le conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », *Annales de la faculté de droit d'Aix*, 1959, p. 287

[55] V. FARJAT (G.), « L'ordre public économique », *RIDC* 1967, p. 520 ; in LAGET-ANNAMAGER (A.) (dir.), *L'ordre public économique*, LGD, 2018, p. 9

[56] Ainsi, il se refuse d'accorder le sursis au nom d'une certaine opportunité qui est la stabilité au moyen de l'ordre public.

[57] Comme le formule plus justement LABETOULLE (D.), « Le juge de la suspension est comme un détachement précurseur du juge de l'annulation ».

[58] Le Pr RICHER (L.) qualifie le dialogue compétitif de « discussion », mais nuance son affirmation en indiquant qu'il « est, en fait une négociation, mais qui porte sur un projet de contrat, au lieu de porter sur le contrat lui-même. RICHER (L.), LICHERE (F.), *Droit des contrats administratifs*, LGD, 12e éd. 2021, p. 545

[59] Jugement n°140/CS-CA/04-05 du 31 août 2005, Société forestière PETRA c/. État du Cameroun (MINEF.)

[60] Le juge affirme « que sur le caractère étranger de celle-ci relativement à l'ordre public qui doit être compris au sens de la police administrative et non dans le sens soutenu par la défense ».

[61] KEUTCHA TCHANGA (C.), « Le régime juridique du sursis à exécution dans la jurisprudence camerounaise », *Juridis périodique*, n°38, avril-mai-juin 1999, p.83

[62] C.E, Section, 21 Mars 2011, Commune de Beziers II, lebon, p.117, Concl. E. Cortot-Boucher ; *JCP A* 2011, 2171.

[63] AUBY (J.B.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz 2010, pp.310 et s.

[64] KANE EBANGA (P.), « La réception du droit OHADA dans les entreprises publiques africaines : l'exemple du Cameroun », *Penant*, avril-juin 2019, p. 317

[65] BUDIN (K.-J.), « Les particularités des « concessions ferroviaires » dans les pays émergents », *Revue des concessions et des délégations de service public*, n°10, 2000, p. 23

[66] Le service public est une expression qui désigne la finalité spé-

cifique et essentielle que la République assigne à l'administration à savoir la réalisation, dans l'intérêt général, de tout ce qui concourt à la solidarité sociale et à la cohésion territoriale.

[67] L'ordonnance avait déclaré recevable et fondé la demande de S.A.E formée par le groupement constitué de APM Terminal B.V (du groupe Maersk) et Bolloré S.A (le groupement) contre la résolution n°0685/89/CA/PAD portant création et organisation de la régie provisoire déléguée de gestion et du terminal à conteneur du Port de Douala-Bonabéri (la Régie), jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa légalité.

[68] Pour une analyse comparée, lire LOMBARD (F.), « Arbitrage international et répartition des compétences juridictionnelles », AJDA, 2015, p.1150.

[69] TALLYNG (S.), « Entreprises publiques- Litiges- Compétence de la CCJA en dernier ressort-Oui- Détermination de la juridiction nationale compétente-Compétence de la CCJA-Non. CCJA, Arrêt n°016/2021 du 28 janvier 2021, Affaire Port autonome de Douala SA c / Les sociétés APM Terminals BV et Bolloré SA », Juridis périodique, Avril-mai-juin 2021, pp. 57-66

[70] Lire BRENET (F.), « Les contrats de droit privé des personnes publiques », AJDA, 2021, p.76.

[71] Voir LACHAUME (J.F.), « Que reste-t-il de la distinction SPA-SPIC et de ses effets aujourd'hui ? » AJDA, 2021, p. 60.

[72] La gestion privée appliquée à des services publics est admise dans la jurisprudence depuis l'arrêt du T.C 21 janvier 1921, « Bac d'Eloka », cette jurisprudence inaugure l'ère du dualisme avec l'application des règles de droit privé au service public. DUBOIS De CARRATIER (L.), « Le Conseil d'État, l'Économie et le service public : concessions et service public industriel et commercial (1880-1950) » Revue d'histoire moderne et contemporaine, 2005, numéro 52-3, p.66.

[73] APM Terminals et Bolloré S.A (défendeurs) soulèvent l'incompétence de la CCJA à connaître du litige aux doubles motifs que conformément à l'article 14 du traité de l'OHADA, la compétence de la CCJA, est lié à l'objet du litige de sorte que cette dernière n'est compétente que si un acte uniforme ou règlement prévue au traité OHADA a été interprété ou appliqué et que la simple invocation des articles 45,516,518,553 de l'Acte uniforme relatif au droit des Sociétés commerciales et du G.I.E dépourvus de tout lien avec les faits litigieux ne saurait justifier la compétence de cette Cour ; et d'autre part, que le litige porté devant le juge administratif, relatif à la suspension des effets d'une décision portant création et organisation d'une régie déléguée de gestion et d'exploitation du terminal à conteneurs du port de Douala-Bonabéri, ne soulève aucune question relative à l'application d'un acte uniforme ou d'un règlement prévu au traité et que devant le dit juge, aucun acte uniforme ou règlement n'a été invoqué ou appliqué.

[74] CLAMOUR (G.), Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Dalloz 2006, p.47.

[75] DELAUNAY (B.), Droit public de la concurrence, 2ème éd., LGDJ-Lextenso éd., coll. Manuel, 2018, 550p ; NICINSKI (S.), Droit public des affaires, 6ème éd., LGDJ-Lextenso éd., coll. Précis Domat. Droit public, 2018, 785p.

[76] L'entreprise publique est soumise à l'emprise du droit privé, maître de l'affaire, on assiste à la transposition du quasi-contrat de gestion des affaires en droit administratif, lire MICHARD (L.), « De la gestion d'affaires appliquée aux services publics », Revue générale administrative, 1984, t.2, p.149.

[77] SALHI (K.), Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé, thèse (dactyl.), Caen, 2004, n° 87 et ss.

[78] PLESSIX (B.) a montré dans sa thèse qu'une règle civiliste n'est transposée en droit administratif que si elle présente une utilité, d'un point de vue technique ou idéologique, in L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, LGDJ, Paris, 2003, p. 1035

[79] CANIVET (G.) « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : Éloge de la « bénévolance » des juges », RSC, 2005, n°4, pp. 799-817 ; STELZIG-CARON (S.), La Cour de cassation et le dialogue des juges, Thèse de Doctorat en Droit Privé, Université de Grenoble, 2006, p. 2. QUESTIAUX (N.), « La collaboration du juge administratif avec un juge international : quelques remarques sur l'application par le Conseil d'État français de l'article 177 du Traité de Rome », in Mélanges en honneur du Professeur Michel STASSINOPOULOS, Paris, LGDJ, 1974, pp.387-395 ; Le dialogue des juges, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 2007. POTVIN-SOLIS (L.), « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Bruylant, 2004, p. 19 sq. ALLARD (J.), GARAPON (A.), Les juges dans la mondialisation – la nouvelle révolution du droit, Le Seuil, 2005, p. 14.

[80] COLLET (M.), « Le particularisme des entreprises à capitaux publics », in Travaux de l'association H. CAPITANT, Le pouvoir dans les sociétés, Bruylant, 2014, p. 653

[81] NICINSKI (S.), L'usager du SPIC, L'Harmattan, 2001, p. 125

[82] Obtention du contrat de concession moyennant implicitement l'achat d'actions de l'entreprise concessionnaire, qui lui ouvre pendant la durée du contrat, droit à la jouissance d'un emplacement donné ou à la priorité sur le renouvellement de son contrat de concession. L'intéressé se trouve ainsi dans la position pour le moins original, celle de concessionnaire actionnaire. Lire YOLKA (Ph.), « Une figure juridique équivoque : l'usager actionnaire du SPIC », AJDA, 2021, p.724

[83] JACQUEMET-GAUCHE (A.), « Recherches sur le contrat d'amodiation », RFDA, 2013, p. 237

[84] L'ordonnance attaquée a été rendue par un juge administratif, alors que le législateur camerounais a exclu les sociétés commerciales, même à capital public du champ d'application de compétence des tribunaux administratifs. L'activité commerciale du P.A.D en tant que société anonyme échappe à la compétence des tribunaux administratifs.

[85] Sur la nature juridique du port autonome, lire C.E 17 avril 1959, ABADIE, RDP 1961, p.8, note EISENMANN, JCP 1959, I, 742.

[86] BAKARI (S.), L'application des textes de l'OHADA aux entreprises publiques : l'exemple de l'AUSC et du GIE, Dissertation to obtain the degree of Doctorat, Maastricht University, juin 2015, p.188

[87] En décidant que la délibération d'une société commerciale relève nécessairement de la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire à l'exclusion de toute autre juridiction.

[88] Société à capital public, Société anonyme, Société d'économie mixte.

[89] T.C 21 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, « Bac d'Eloka ».

[90] T.C, 6 juin 1989, Ville de Pamiers.

[91] On peut se référer au jugement n°47/CS/CA, 2002-2003 du 27

mars 2003, NJAMBONG Gabriel Claude C/ FONADER, le juge affirme en substance que : « Entendu qu'en effet que d'une part, même si le FONADER, entreprise parapublique à sa création donc personne morale de droit privé ne pouvant prendre des actes administratifs unilatéraux, est devenu un établissement public en 1977 ayant une personnalité morale de droit public et soumis au régime de puissance publique et du droit administratif ».

[92] 10e paragraphe, « Mais attendu que la question de la détermination de la juridiction compétente pour connaître d'un litige relève du droit interne et, en particulier, de l'organisation judiciaire de chaque État au traité de l'OHADA », Arrêt n°016/2021 du 28 janvier 2021, Port autonome de Douala S.A c/ Les sociétés APM TERMINALS B.V et BOLLORE S.A

[93] Cette position surplombante du juge est très présente dans certains arrêts concernant l'entreprise publique. Lire SALIFOU (Kh.), op.cit, p. 208

[94] La nationalisation peut se définir comme la technique par laquelle le législateur transfère, en principe avec indemnisation, à la collectivité nationale, la propriété d'une personne privée, la nationalisation peut aboutir à un rachat par l'État des actions appartenant aux actionnaires privés, l'État devenant le seul actionnaire.

[95] L'article 3(8) du décret n°99/130 du 15 juin 1999 portant organisation et fonctionnement du P.A.D prévoit que : « le P.A.D est investi de tous les droits et avantages reconnus à l'État par les lois et règlements. Il est également soumis à toutes les obligations qui dérivent par l'État des mêmes lois et règlements... »

[96] PLANE (P.), « La privatisation des services publics en Afrique subsaharienne. Enjeux et perspectives », Revue économique, 1996, Vol. 47, n°6, pp. 1409-1421 ; BIAKAN (J.), L'expérience camerounaise de privatisation des entreprises publiques, thèse droit public, Université de Montpellier1, 1994, p.12 sq.

[97] DELVOLLE (P.), Droit public de l'économie, Paris, Dalloz, 1998, 799p ; S. BRACONNIER, Droit public de l'économie, Paris, PUF, coll. Thémis, 2015, 484p ; J.-P. COLSON et P. IDOUX, Droit public économique, 9ème éd., LGDJ-Lextenso éd., Coll. Manuel, 2018, 822p ; D. LINOTTE, R. ROMI et D. PIETTE, Droit public économique, 8ème éd., Paris, Lexis Nexis, coll. Manuel, 2018, 506p. ; Conseil d'État, L'action économique des personnes publiques, Étude annuelle 2015, Paris, La Documentation française, 2015, 259 p.

[98] SYNCHOWICZ (M.), « La notion de délégation de service public », AJDA, 20 mars 1998, p.195 ; RICHER (L.), « Délégation de service public : une notion difficile à cerner », MTPB, 6 juin 1997, p.7.

[99] PEKASSA NDAM (G.M.), « La consolidation de l'idéologie libérale dans le domaine des services publics au Cameroun », in ONDOA (M.) et ABANE ENGOLO (P.) (dir.), Les fondements du droit administratif camerounais, L'Harmattan, 2016, p. 69. SIELETCHOUA DJUITCHOKO (C.), « Recherches sur la concession en droit administratif dans le contexte de libéralisation économique de la fin du XXe siècle », EDJA, N°56, 2003, pp.7-29.

[100] Délégation par concession, CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française de tramway.

[101] BIAKAN (J.), Précis de contentieux des contrats publics au Cameroun, L'Harmattan, 2017, pp. 41-67

[102] C'est une catégorie un peu marginalisée des contrats administratifs. C'est l'ancien code des Marchés publics de 2004 qui donnait une définition de ces contrats. On ne peut que déplorer l'ab-

sence d'une loi sur la délégation de service public qui doit préciser les droits et obligations des parties. Lire, article 5 al. C de l'ancien code des Marchés Publics de 2004 : « une délégation de la gestion d'un service public à un tiers dont la rémunération est substantiellement liée, au résultat de l'exploitation du service ». Le même texte souligne que les délégations de service public sont soumises au régime des marchés publics. Cf. DELACOUR (E.), La notion de convention de délégation de service public. Essai de définition d'une nouvelle catégorie de contrat administratif, Thèse de Doctorat en Droit public, Université Paris II – Panthéon Assas, 1997, 2 vol., 662 p

[103] Le modèle de la concession dans son sens large a été récupéré par les Etats africains francophones à travers le prisme spécifique de la délégation de service public française créée par la loi Sapin du 23 janvier 1993, Voir BOUMAKANI (B.), « La régulation des services publics en réseau en Afrique », Mélanges J.D de GAUDUSSON, Espaces du service public, Université de Bordeaux, 2014, p.71

[104] L'article 9 de la résolution précise que les concessions passées par le P.A.D sont des contrats administratifs. Aux termes de l'article 2 de la loi de 2006 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs, alinéa 3, il est précisé que le contentieux administratif comprend (...) les litiges concernant les contrats ou les concessions de services publics. Validation législative de la jurisprudence Théron.

[105] Article 13 du décret n°99/130 du 15 juin 1999 portant organisation et fonctionnement du P.A.D, précise explicitement que pour la gestion de ce port, le P.A.D exerce des « missions de service de service public » et est « investi de prérogatives de puissance publique », le décret n°2019/034 du 24 janvier 2019 portant réorganisation du P.A.D, confirment également que le P.A.D continue d'exercer des « missions de service public »

[106] La loi n°98/021 du 24 décembre 1998 portant organisation du secteur portuaire. Cette loi prévoit en son article 9, les activités de service public industrielles et commerciales au sein du port qui peuvent faire l'objet de concession.

[107] Résolution n°0567-17/ca/2017 du 22 décembre 2017 portant régime de concession des activités portuaires en vigueur du Port Autonome de Douala.

[108] Décret n°2018/355 du 12 juin 2018, relatif aux marchés publics passé par les entreprises publiques ; Décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics.

[109] LICHÈRE (F.), « La passation des concessions », AJDA, 23 mai 2016, p.1000.

[110] De FOURNOUX (L.), Le principe d'impartialité de l'administration, LGDJ, 2020, pp. 41-44. GUILBAUD (D.), PEHAU (N.), « Vers une obligation de transparence ? », AJDA, 2012, p.610.

[111] L'article 9 du décret n°99/130 du 15 juin 1999 portant organisation et fonctionnement du P.A.D dispose que : « Sur la base du cadre défini par l'Autorité Portuaire Nationale (APN), le Port Autonome de Douala s'assure du respect des règles de transparence, de concurrence et de compétitivité dans l'exercice des activités concédées ou transférées aux privés... »

[112] Il était précisé dans l'APIMI que la procédure était organisée en deux phases à savoir, une phase de présélection des candidats et une phase de consultation internationale restreinte pour l'octroi de la consultation concernée.

[113] Une dizaine d'entreprises internationales a soumissionné audit APIMI notamment, une commission interne ad hoc de passation de

la concession du terminal à conteneur pour analyser les dossiers de candidature des entreprises devant participer à la consultation internationale restreinte a été mise sur pied en vue de procéder au dépouillement et à l'examen des dossiers de candidatures des soumissionnaires.

[114] Sur la transparence, lire TUEKAM TATCHUM (C.), « Les principes directeurs de passation des contrats publics au Cameroun : la difficile gestation d'un code de la commande publique », RIDC, 2017, N° 4, pp. 597-628. DEOM (D.) et NIHOUL (P.), « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », Revue générale de droit, 36 (4), 2006, pp. 801-829. CJCE, 2000, Téléaustralia.

[115] Le vice de procédure dans l'édition d'un acte doit entraîner son annulation malgré les limites posées par la jurisprudence Danthony de 2011 : CE, Ass., 23 décembre 2011, Danthony, RFDA 2012, note CASSIA (P.), p. 296.

[116] Le 12 janvier 2018, par décision de son conseil d'administration, le P.A.D a lancé l'APIMI n°2018/001/APIMI/PAD pour la concession des activités de rénovation, de modernisation, d'exploitation et de maintenance du terminal à conteneurs du Port de Douala-Bonabéri, auquel le groupement a soumissionné. Le 8 janvier 2019, le Directeur Général du P.A.D a rendu publique sa décision n°006/19/DG/P.A.D, qui n'a pas prospéré.

[117] MOUYOUME (E.C.), Les délégations de service public en droit administratif camerounais, contribution à l'étude des contrats publics, thèse de doctorat, P.H.D, en droit public, Université de Douala, 2019-2020, 462 p.

[118] Lire sur l'ensemble de la question, AUBY (J.B.), « Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public », RFDA, 1997, numéro spécial sur la gestion déléguée, p. 3

[119] CHEVALLIER (J.), « L'association entre public et privé », RDP, 1981, p. 882

[120] ESPLUGAS (P.), Conseil constitutionnel et service public, LGDJ, 1994, p.51 ; De BELLESCIZE (R.), « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel », RFDA, 2006, p. 1263

[121] PETIT (J.), « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in Mélanges MOREAU, *Économica*, 2002, p. 345. MOREAU (L.), « La contractualisation du pouvoir de police », in Mélanges GUIBAL, Tome 2, p. 171.

[122] BRENET (F.), Les nouvelles bases du droit des concessions, 2016,

985. ECKERT (G.), Le champ d'application du nouveau droit des concessions, *Marchés Publics*, mars 2016, p.8.

[123] GROHENS (J.C.), « La délégation administrative des compétences », Dalloz, 1958, Chron. p. 197

[124] PUISOYE (J.), « Les délégations de signatures », AJDA, 1960-1, p.69.

[125] DOUENCE (J.C.), « Les contrats de délégation de service public », RFDA, 1993, p. 936

[126] Lire SABLIERE (P.), « Un nouveau modèle de cahier des charges pour la concession des distributions publiques d'électricité dans les trente ans à venir », *Energie-Environnement-Infrastructure*, 2018, étude 12.

[127] Résiliation dans le cas de la Camerounaise Des Eaux (CDE) ; pas de résiliation dans celui d'AES-Siroco (exploitation de l'électricité) bien que repris par Eneo ; renouvellement du contrat de Camrail (exploitation du chemin de fer) en 2015 malgré le non-respect strict du cahier des charges.

[128] BIAKAN (J.), « La délégation de service public en droit came-

-rounais », RASJ, Vol 7, 2010, pp.219-236 ; NJOYA YONE (C.), « Le déclin de la délégation de service public dans le code des marchés publics », RADP, N°18, juin 2020, p. 227.

[129] TERNEYRE (P.), La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, *Économica*, 1989, p.286.

[130] La situation où un contrat de concession de distribution d'électricité est arrivé à son terme sans que les parties aient conclu un nouveau contrat exprès. Le cas du contrat de concession d'AES SONEL en 2014.

[131] La présente concession porte sur l'exploitation du terminal à conteneur du Port de Douala conclue en 2004 par le P.A.D avec la société Douala International Terminal arrivée à terme le 21 décembre 2019.

[132] CARTIER (A.), L'État actionnaire, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 264, 2010, 495 p.

[133] LACHAUME (J.F.), « La régie comme mode de gestion des services publics locaux », *Jurisclasseur « Collectivités locales »* n°1159 ; C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratif*, Puf, 1982, 2e édition, tome 1, p.498.

[134] Mr. BENOIT propose une conception plus large de la régie quand l'affirme que « le procédé de la régie est tout à fait indépendant de la personne qui a la responsabilité du service » et cet auteur considère qu'il y a régie lorsqu'une personne publique ou privée qui a le service en charge décide elle-même de le gérer ou alors qu'elle pourrait le concéder à une autre personne. Lire BENOIT (F.), *Le Droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 818. BOURJOL (M.), *Droit administratif*, Masson, 1972, tome 1, p. 299

[135] Cette délégation a commencé au Cameroun en novembre 1996 avec la délégation à la Société Générale de Surveillance (SGS), personne privée de la sécurisation de certaines activités douanières.

[136] Résolution numéro 0685/19/CA/PAD en date du 6 décembre 2019 du Conseil d'Administration du P.A.D portant création de la Régie Déléguée de Gestion d'Exploitation et de Maintenance du Terminal à conteneurs du Port de Douala-Bonabéri (la RTC).

[137] VEDEL (G.), « L'État débordé », *Semaine sociale*, 1954, p.89 ; RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ 1972-1973, p.75.

[138] Biens meubles ou immeubles qui, acquis ou construits par le concessionnaire sont et demeureront tout au long de la concession sa propriété, mais peuvent, en raison de leur caractère jugé indispensable à l'exploitation, être acquis par la personne publique concédante si celle-ci en fait la demande. Le mouvement de privatisation posait le problème du régime protecteur de la domanialité publique, jusqu'alors applicable aux biens affectés au service public. GAUDEMET (Y.), « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domaine public, insaisissabilité, inarbitralité) », in *L'unité du Droit*, Mélanges Roland DRAGO, 1996, *Économica*, p.259.

[139] Voir ESPLUGAS-LABATUT (P.), DUBREUIL (C.-A) et MORAND (M.), *Le droit public du travail*, Actes du colloque du 21 novembre 2014, Université d'Auvergne, Clermont-Ferrand I, vol. XIV : l'Épitoque, Lextenso, 2016.

[140] SAUNIER (P.), « La faute de gestion dans la jurisprudence de la CDBF », RFDA, 1992, p. 1055. DESCHEEMAER (C.), « La cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion », *Revue trésor*, 1994, n°6, p. 12

[141] BOUSQUET (J.), « L'opposition à cession de l'État : l'exemple des biens privés grevés d'une affectation au service public », RDP n°1 2022, p.67.

[142] DELION (A.), « Les services industriels en régie de l'État », Droit social, 1963, p. 1

[143] BROYELLE (C.), « L'intérêt général, l'arbitrage et les personnes publiques », in L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET, Dalloz, 2015, p.41.

[144] Le débat doctrinal permet tout à la fois de mieux comprendre la jurisprudence, de commenter ses apports, de s'interroger sur ses possibles évolutions. Lire STIRN (B.), « Répondre à la critique : expliquer, débattre, répliquer » ; in Dossier, Le juge administratif face à la critique, Actes du colloque sur la critique du juge administratif, JCA n°3, 24 janvier 2022, p. 1

[145] GANKOU (J.M), L'investissement dans les pays en développement, le cas du Cameroun, Paris, Économica, 1985, p.5

[146] PERICHON (L.), Les entreprises françaises et la commande publique en Afrique, Thèse de doctorat en droit, université de Paris-Saclay, 2019, pp. 201-215.

DOCTRINE SUR LE DROIT DES CONTRATS PUBLICS



LA TOLÉRANCE DANS LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS DES ÉTATS D'AFRIQUE FRANCOPHONE

Frédéric Hermann KEMDJO TAGNE

Docteur en Droit public, Université de Douala (Cameroun)

Pour mener à bien ses missions, l'Administration dispose de moyens divers dont les plus importants sont les actes juridiques [1]. Au rang de ceux-ci, le contrat occupe une place de plus en plus croissante. Le développement de l'économie et la redéfinition du rôle de l'État [2] sur le marché contribuent à placer cet instrument au cœur de l'action administrative.

Parmi les diverses formes de contrat de l'Administration, le marché public[3] occupe une place de choix[4]. Pour la doctrine, les marchés publics désignent les contrats conclus à titre onéreux par l'État, ses démembrements ou toute personne agissant en leur nom et pour leur compte[5] avec des personnes publiques ou privées pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services[6]. C'est encore un contrat écrit par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services s'engage envers une personne publique ou son mandataire[7] soit à réaliser des travaux soit à fournir des biens et services moyennant un prix ou équivalent[8]. Cette définition met en exergue les critères du marché public[9] à savoir : le critère formel, le critère organique, le critère matériel et le critère financier. Cependant, ces critères ne suffisent pas à caractériser les marchés publics. Au-delà du fait qu'ils doivent être passés dans le respect des règles de concurrence, il faut encore que le contrat concerné ne soit pas exclu du champ d'application du Code des marchés publics. D'où l'existence d'un critère textuel ou légal[10] qui décrit le champ d'application du Code des marchés publics[11]. En consacrant un seuil de tolérance dans les marchés publics[12], celui-ci intègre progressivement les considérations relatives à la tolérance dans le droit positif.

Aujourd'hui plus que par le passé, la tolérance apparaît de moins en moins comme un sujet tabou en droit[13]. De plus en plus d'études lui sont consacrées en droit privé comme en

droit public. Dans cette dernière division, c'est davantage le droit administratif qui apparaît comme un terreau fertile à cette notion[14]. D'ailleurs, certains auteurs la considèrent moins comme une notion juridique que comme une notion sociologique[15] ou de philosophie politique[16]. Peu importe, la tolérance se situe clairement dans l'air du temps[17].

Du latin *tolerare* (supporter) et *tolerantia* (endurance, patience, résignation), la tolérance désigne l'indulgence pour ce qu'on ne peut empêcher ou qu'on croit ne pas devoir empêcher[18].

C'est la capacité à permettre ce que l'on désapprouve[19] c'est-à-dire ce que l'on devrait normalement refuser[20]. Elle renvoie pour ainsi dire à l'attitude de quelqu'un qui admet chez les autres des manières de penser et de vivre différentes des siennes propres[21]. De même, la tolérance s'entend également de la latitude laissée à quelqu'un d'aller dans certains cas contre une loi ou même un règlement[22]. C'est le fait de respecter la liberté, les opinions et l'attitude d'autrui. Mieux encore c'est l'écart admis par rapport à une norme[23]. Ce dernier sens se rapproche mieux de celui abondamment développé par la doctrine[24].

De manière générale, l'on considère que la tolérance juridique renvoie à l'action, de supporter ou de ne pas empêcher ce que l'on pourrait[25]. Le professeur Gérard CORNU pense à cet égard, qu'elle désigne le fait pour l'autorité publique ou le titulaire d'un droit de supporter une activité franchement illicite ou un agissement sans droit[26]. Elle met en avant une manière de se comporter et invite à respecter la personne d'autrui, son comportement ou ses pensées[27]. Ainsi, la tolérance se caractérise par un assouplissement d'une règle pré-établie[28] ou par le non-exercice d'un droit consacré[29]. En droit administratif d'ailleurs[30], la caractéristique principale de la tolérance consiste au fait pour l'Administration de ne pas appliquer une règle de droit dans toute sa rigueur[31]

alors même qu'elle serait l'objet de transgression de la part des administrés[32]. Dès lors, la tolérance administrative[33] apparaît comme une inapplication condamnable du droit[34]. Concrètement, la tolérance se pose tantôt comme une non-édiction de la règle de droit, tantôt comme une inapplication[35] voire une élude de celle-ci[36]. À cet égard, le professeur Jacques MOURGEON a pu écrire que « (...) la tolérance s'avère ainsi comme a-juridique, prenant place à côté et en dehors du Droit, mais ne pouvant en faire l'objet (...) »[37]. À la réalité, cette affirmation s'inscrit dans un contexte sociopolitique et juridique précis qui a depuis été remis en cause par l'évolution du droit[38] et le développement de la démocratie[39]. La tolérance siège désormais au cœur des systèmes juridiques modernes[40].

La tolérance en droit ne se résume pas à la tolérance juridique. Si l'on a opiné que tolérer n'est pas permettre[41], force est de constater qu'il existe des tolérances dites « imposées » ou « légales » qualifiées de « tolérance systémique »[42] parce que générées par le système juridique lui-même. En effet, la tolérance en droit s'entend de l'indulgence à l'égard non seulement de l'administré mais aussi de l'Administration. Elle peut être prévue ou non par la réglementation en vigueur. Par contre, la tolérance juridique ne fait référence qu'au seul cas de l'indulgence à l'égard de l'administré qui aurait méconnu une règle préexistante[43].

À cet égard, M. Quentin GUIGUET-SCHIELÉ la définit à juste titre « (...) comme l'élude volontaire et ponctuelle d'une sanction que la violation d'une règle de droit aurait justifié (...) »[44]. Or, la tolérance en droit peut aussi être une mesure juridique résultant de la règle de droit. Il est des cas où, en effet, certains faits, expression de la tolérance, donnent lieu à une réglementation (partielle ou non) de la part du jurislature[45]. À cet effet, le professeur Bernard PACTEAU fait observer que « finalement et précisément, on peut revendiquer [la tolérance] dans deux cadres : au travers des irrégularités non poursuivies ni réprimées, qui bénéficient d'indulgence, mais aussi avec les obligations différenciées qui souffrent donc une marge »[46]. Il existe donc deux niveaux de la tolérance en droit, celui du sujet et celui de l'ordre juridique[47].

Ainsi, la présente étude entend la tolérance comme les mesures qui participent, dans le droit des marchés publics, de l'indulgence des acteurs du système des marchés vis-à-vis d'un manquement dans le processus contractuel. Il s'agit des mesures d'assouplissement de la règle permettant de ne pas punir ou de punir avec peu de sévérité une faute ou une irrégularité du processus contractuel.

Parler de la tolérance dans le droit des marchés publics peut paraître surprenant au premier abord, voire même aberrant. En effet, par la rigueur et l'objectivité qui le caractérisent, le droit qui se départit des considérations subjectives dans son application ne saurait faire place à l'indulgence[48], caracté-

caractéristique essentielle de la tolérance. Qui plus est, l'admission de la tolérance constituerait une atteinte notoire aux principes de légalité et d'égalité qui constituent des poutres maîtresses du droit administratif. Bien plus, le droit des marchés publics qui se distingue par un formalisme excessif[49] ne saurait admettre des situations d'application non rigoureuse de la règle. Les procédures contentieuses ou non qui l'encadrent ne sauraient admettre une telle anomalie qui porterait atteinte aux principes cardinaux de la commande publique.

Cependant, force est de reconnaître que le droit en général et particulièrement celui des marchés publics, consacre des dispositifs et mécanismes traduisant l'idée même de tolérance. Les marchés publics n'ignorent pas les mutations affectant les systèmes juridiques. La tolérance y siège bien et les États d'Afrique francophone en sont conscients pour l'avoir tôt considéré dans leurs réglementations[50].

Sous cet angle, la réflexion sur la tolérance dans les marchés publics n'est pas dénuée d'intérêts. Au plan théorique, l'analyse renseigne sur le mouvement de subjectivisation progressive de la commande publique et partant des marchés publics en Afrique[51]. En effet, le droit des marchés publics se structure de plus en plus autour d'un équilibre entre les droits des particuliers et les nécessités de l'ordre administratif[52]. Or, la tolérance par nature a ceci de particulier qu'elle crée un bénéfice au profit du toléré[53]. En raison de ce qu'elle constitue une part indispensable de la liberté dans l'exercice des droits, la tolérance permet d'apporter au système juridique l'oxygène vital[54] nécessaire à son expansion. À défaut, le droit ne serait qu'étouffement pour les sujets[55]. De même, l'analyse se veut être une contribution à la connaissance de la tolérance en Droit tant les auteurs ne s'accordent pas sur son régime juridique.

Au plan pratique, l'étude permet de renseigner les acteurs du système des marchés publics sur les différentes formes d'expression de la tolérance en la matière d'une part et la mise en œuvre de ces mécanismes d'autre part. Elle permet ainsi de mesurer le niveau de pénétration de la tolérance dans les réglementations des marchés publics en Afrique.

Dès lors, il importe de s'interroger sur le contenu de la tolérance dans le droit africain des marchés publics. La question qu'on est en droit de se poser est celle de savoir : quelle est l'appréhension de la tolérance dans la réglementation des marchés publics dans les États d'Afrique francophone ?

En guise d'hypothèse, la réponse à la question de droit s'énonce ainsi qu'il suit : l'appréhension de la tolérance dans le droit des marchés publics des États d'Afrique francophone est duale. Elle est fonction de la légalité du processus contractuel.

Pour parvenir à cette conclusion, l'usage du positivisme juri-

-dique qui intègre aussi bien la dogmatique que la casuistique a été nécessaire. En effet en s'appuyant sur la dogmatique juridique qui est une méthode fondée pour l'essentiel sur la description et l'interprétation des textes, l'on a pu se rendre compte que la tolérance constitue bel et bien un objet explicite et parfois implicite des marchés publics en Afrique. Cette observation découle de l'usage de l'exégèse qui consiste à déterminer et à restituer le droit en vigueur tel qu'il est formulé par les textes régissant la matière marchés publics[56].

La casuistique, quant à elle, a permis d'interpréter et de comprendre les décisions de justice rendues en la matière. Elle vise, malgré le fait que « (...) le droit des marchés publics est moins jurisprudentiel que le reste du droit administratif (...) »[57], à coller la règle telle qu'elle est formulée par un texte à l'application effective qui en est faite au quotidien par les juridictions.

Au-delà de la dogmatique et de la casuistique, l'étude s'est aussi accommodée de la méthode positivisme sociologique. Celle-ci renvoie à l'analyse des relations entre les faits sociaux et les règles de droit. Elle permet d'analyser les questions relatives à la genèse des règles de droit ou à leur effectivité, à leur application concrète en société[58]. Elle consiste enfin à une réflexion sur la manière dont la société conditionne et crée le droit. Sachant que la tolérance se pose à certains égards comme une transgression de la règle de droit[59], il semble nécessaire de recourir à la pratique[60] des acteurs du système qui tend, parfois, à suppléer les textes[61] ou conduit à en

préciser leurs contenus en les fixant[62]. Pour parvenir à la connaissance de ces pratiques, la technique utilisée consiste essentiellement en l'analyse documentaire par le recours aux actes de sanctions, procédures de passation et d'exécution des marchés publics dans les États objet de l'analyse. L'on a également fait recours aux méthodes inductive et déductive afin de démontrer l'hypothèse déclinée.

Par ailleurs, au regard du champ couvert par la présente étude, le recours au droit comparé a contribué à enrichir les analyses. C'est le lieu de rappeler que le cadre de cette recherche porte sur les réglementations des marchés publics de l'Algérie, du Cameroun, du Gabon, du Maroc, du Sénégal et du Togo[63]. Ce choix est motivé par une double considération. D'une part, parce que tous ces États sont représentatifs des trois blocs de l'Afrique francophone, le Centre, le Nord et l'Ouest. D'autre part, en raison de ce que les réglementations des marchés publics de ces États connaissent une actualité juridique et jurisprudentielle depuis ces cinq (5) dernières années soit du fait des réformes auxquelles elles donnent lieu soit du fait du développement du contentieux contractuel. Au Cameroun[64] et au Gabon[65], un nouveau Code des marchés publics a été adopté en 2018[66]. Au Sénégal[67] en 2020 et au Togo en 20-

-21[68], une réforme du cadre institutionnel et normatif des marchés publics a eu lieu. En Algérie[69], tandis qu'un décret du 20 mai 2021[70] portait approbation des nouveaux Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG), au Maroc[71], le décret n°2-20-801 du 1 Ramadan 1442 venait modifier le Code des marchés publics du 20 mars 2013. La présente étude se propose alors de saisir cet objet juridique dans un domaine particulier attaché à l'action administrative.

Le fait que la tolérance donne lieu à une réglementation témoigne qu'elle ne constitue pas toujours un phénomène a-juridique[72] mais plutôt un objet variable[73] qui se développe tantôt par le droit, tantôt hors de celui-ci. Suivant cette logique, les droits des marchés publics des États sous analyse révèlent en effet que la tolérance est parfois abordée comme un objet de la légalité lorsqu'elle ne se pose pas comme un instrument poursuivant ladite légalité. Dès lors, on distingue la tolérance par la légalité (I) de la tolérance en vue de la légalité (II).

I-LA TOLÉRANCE PAR LA LÉGALITÉ

Parler de la tolérance par la légalité revient à admettre que le droit lui-même secrète des situations d'indulgence à l'égard de la transgression de la règle[74] ; qu'il reconnaît et confère des effets juridiques aux situations dans lesquelles une autorité administrative se refuse d'appliquer la loi alors même qu'elle le devrait. C'est en quelque sorte permettre un comportement qui a priori serait reproché. Il s'agit d'une incohérence tendant à admettre au sein du même système une chose et son contraire, ce qui, à la vérité, paraît être une absurdité.

En effet, la tolérance est perçue comme la possibilité et/ou la volonté de ne pas sanctionner un comportement en contradiction avec une norme. Or, l'hypothèse qui est ici mise en avant est celle suivant laquelle la norme prévoit elle-même sa neutralisation. Ce qui semble inadmissible dans certains cas précis. Seulement, comme le reconnaît Lucile TALLINEAU, « la tolérance n'est pas qu'un état d'esprit, elle peut s'exprimer dans des formes juridiques et institutionnelles (...) »[75]. À ce titre la tolérance, mieux encore l'indulgence des acteurs du système peut être l'expression des textes et de la jurisprudence en vigueur. Florian MAUGARD précise à cet effet qu'en matière fiscale, la loi encadre la tolérance, soit en l'appelant soit en l'acceptant[76]. Dans l'appel légal, tandis que dans un cas la loi génère la tolérance par une prescription légale dans l'autre elle en est à l'origine par une simple incitation. Par contre, dans l'acceptation légale de la tolérance, la loi permet, dans le cadre de la juridiction gracieuse, à l'administration fiscale de se montrer tolérante ; elle peut aussi garantir au contribuable le bénéfice de tolérances résultant d'interprétations administratives de la loi fiscale.

Dans le cadre des marchés publics, plusieurs dispositions qui

peuvent s'identifier dans les territoires, en étude ou en dehors, rendent compte des situations dans lesquelles les textes formalisent la tolérance dans les marchés publics en Afrique. En fonction de l'étape du processus de contractualisation, le jurislatureur pose des conditions dont la réalisation conduit à admettre qu'on se trouve en situation de tolérance. Suivant le cas, la latitude est alors laissée à l'autorité administrative d'apprécier les effets de ces situations et de déterminer, selon qu'elle est tenue, s'il s'agit d'une situation susceptible d'être tolérée ou non. Autrement dit, l'autorité peut apprécier, en fonction qu'elle se trouve en situation de compétence liée ou non[77], si la condition est que l'interdiction ou la permission doit être pleinement appliquée ou, si l'usage de son pouvoir discrétionnaire lui permet de ne pas exiger une chose qu'elle le pourrait. Dès lors, que ce soit dans la passation (A) ou en phase d'exécution (B), la tolérance peut prendre une forme juridique qu'il convient d'explorer. Il convient alors d'analyser cet état de choses suivant cette déclinaison du processus contractuel dans les marchés publics.

A- La consécration de la tolérance dans la passation des marchés publics

Une fois que l'on a admis qu'il existe une sorte de tolérance légale dans les marchés publics et que l'on a conscience que tout processus d'attribution des marchés publics obéit à une procédure bien établie[78], il faut maintenant rechercher dans quelles hypothèses ladite tolérance peut trouver à s'appliquer à cette phase.

En France, depuis la jurisprudence Société Tropic Travaux Signalisation[79] réaménagée quelques années plus tard dans l'espèce Département de Tarn-et-Garonne[80], le juge a implicitement admis l'existence de la tolérance en matière contractuelle. Il l'a martelé à l'occasion de l'affaire Commune de Béziers[81] qui a donné lieu à une trilogie jurisprudentielle inédite[82]. Les faits et la décision du juge en l'espèce suffisent à le démontrer[83].

Dans cette affaire dite Béziers I[84], le juge a été saisi d'un recours indemnitaire par la requérante qui demandait réparation du préjudice qu'elle prétendait avoir subi du fait de la résiliation unilatérale de la convention qui la liait à la Commune de Villeneuve-lès-Béziers, laquelle, pour échapper à toute condamnation au versement de dommages-intérêts, avait soulevé, par voie d'exception, l'illégalité de cette convention au motif pris de l'incompétence de l'autorité signataire ; celle-ci avait signé le contrat avant que le conseil municipal ne l'y autorise par une délibération.

En prononçant sa décision le 28 décembre 2009, l'Assemblée du Conseil d'État ne s'est pas seulement contentée, de revenir sur sa jurisprudence antérieure[85] qui précisait qu'une telle irrégularité devait nécessairement entraîner la nullité du contrat[86], et qu'il était constant qu'un contrat nul ne pou-

-vait être résilié, ni donc une résiliation fonder un quelconque recours indemnitaire. Non seulement elle a procédé à la redéfinition de son office[87] mais elle a surtout tenu à limiter la liste des irrégularités imposant au juge de déclarer le contrat nul. Désormais que son illégalité soit soulevée par voie d'action ou par voie d'exception, seuls sont d'ordre public et imposent au juge, dans la première hypothèse, de prononcer l'annulation du contrat, dans la seconde, de l'écarter, les moyens tirés de ce qu'« un vice d'une particulière gravité » l'affecte, vice « relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ».

Ainsi, au nom de la sécurité juridique et dans le but de protéger la stabilité et la loyauté des relations contractuelles[88], certains vices du contrat ne peuvent déteindre sur sa légalité et même ils peuvent donner lieu à régularisation ou à la poursuite de l'exécution du contrat selon le cas ; l'annulation n'est réservée qu'aux cas de vices d'une extrême gravité. C'est dire que le juge pose le principe que certains vices puissent être tolérés dans les contrats administratifs selon leur degré de gravité. Le juge administratif français en disant le droit en cette cause a ainsi introduit et conféré une base juridique à la tolérance dans les contrats administratifs à rebours de la trajectoire adoptée dans les pays sous étude.

En Afrique francophone, la consécration de la tolérance obéit à une logique différente de celle qui prévaut en France. Si dans ce dernier pays c'est le juge qui a posé les bases de l'admission juridique de la tolérance dans les contrats administratifs en général et dans les marchés publics particulièrement, en Afrique c'est principalement le jurislatureur qui lui a conféré une assise juridique en la matière. C'est à travers les textes régissant les marchés publics d'une part (1) et ceux périphériques à cet objet d'autre part (2) que celui-ci a attribué une valeur légale à la tolérance.

1-L'exigence légale de la tolérance dans les textes relatifs aux marchés publics

En Afrique, les réglementations relatives aux marchés publics consacrent plusieurs mécanismes donnant lieu à la tolérance dans le processus d'attribution de la commande publique. Aussi variés soient-ils, ceux-ci participent d'une meilleure garantie de l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics. En effet, l'instauration d'un délai de complétion des offres et l'admission des mécanismes de régularisation ou de correction desdites offres qui concourent au choix de l'offre la plus avantageuse pour le maître d'ouvrage[89], traduisent bien l'idée d'une institutionnalisation de la tolérance légale dans les marchés publics.

Postuler à l'attribution d'un marché public revient à répondre aux exigences de l'appel d'offres en déposant des propositions. En pratique, chaque candidat dépose des offres ou pièces administratives, des offres techniques et des offres financiè-

-res[90]. Celles-ci peuvent être entachées d'irrégularités au cours de leurs confections. Il incombe alors aux membres de la commission de passation des marchés l'insigne tâche de vérifier la conformité à la réglementation, des documents relatifs à la passation des marchés publics notamment par l'examen des offres des soumissionnaires en phase d'ouverture des plis et en phase d'attribution du marché.

En vertu de l'article 92 du Code des marchés publics camerounais, lorsqu'une commission de passation des marchés procède à l'ouverture des plis, le Président s'assure préalablement auprès des participants que les offres des soumissionnaires, fermées et cachetées, sont parvenues dans les délais prévus par la réglementation. Il procède à leur ouverture et vérifie sommairement les pièces administratives produites par les soumissionnaires. Il paraphe les originaux des offres et des pièces administratives et donne ou fait donner publiquement lecture des éléments contenus dans les offres notamment les délais et le cas échéant les rabais consentis par les candidats. Un procès-verbal (PV) d'ouverture des plis mentionnant la recevabilité des offres, leur régularité administrative, leurs prix, leurs rabais et leurs délais est établi séance tenante. Le texte ne mentionne pas le sort à réserver dès l'ouverture des plis, aux offres administratives irrégulières. En effet, l'alinéa 4 de l'article 92 précité, en disposant que le procès-verbal « (...) mentionne la recevabilité des offres, leur régularité administrative, leurs prix (...) » semble astreindre le président de la commission non pas à une obligation de rejeter immédiatement les offres aux pièces administratives irrégulières, mais plutôt à l'obligation de citer, de nommer ou d'indiquer dans le PV, l'absence ou la non-conformité des offres des soumissionnaires concernés. Qui plus est, lorsqu'à l'ouverture des plis un soumissionnaire dispose d'une offre aux pièces administratives non conformes ou absentes, le Code prescrit que la commission lui accorde un délai supplémentaire de quarante-huit (48) heures pour régulariser la situation par la production de la pièce manquante ou par son remplacement[91]. Passé ce délai, les offres du soumissionnaire concerné seront rejetées. Cette pratique qui s'inscrit dans une politique de tolérance administrative en raison de ce qu'elle donne la possibilité de régulariser les offres après qu'elles aient été réceptionnées, semble être une constance des marchés publics en Afrique.

En Algérie, par exemple, pour les offres qui répondent aux besoins du service contractant, et qui sont jugées conformes substantiellement aux exigences techniques et financières prévues au cahier des charges, la commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres, par l'intermédiaire du service contractant, peut demander, par écrit, aux opérateurs économiques consultés, des clarifications ou des précisions sur leurs offres. Elle peut également leur demander de compléter leurs offres[92].

Au Sénégal, le Code des marchés publics pose le principe de l'admission de l'offre incomplète jusqu'à l'attribution provisoire du marché. Certains éléments non fournis ou incomplets au moment du dépôt de l'offre notamment la déclaration de candidature et les attestations de non-redevance des cotisations sociales sont exigibles dans un délai égal à celui imparti à l'Autorité contractante pour prononcer l'attribution provisoire du marché[93]. Pareil principe n'a pas été consacré au Togo[94] contrairement au Gabon[95] et au Maroc où elle est une règle bien établie. Dans ce dernier cas, la tolérance va bien au-delà du simple délai de régularisation ou de complétion des offres pour prendre en compte l'admission des candidatures nouvelles au-delà du délai prescrit dans le règlement de consultation. En effet, le Code des marchés publics du Maroc dispose clairement que lors de la séance d'ouverture des plis, le président de la commission invite les concurrents présents qui n'auraient pas déposé leurs plis à les remettre séance tenante. Il invite, ensuite, les concurrents qui se sont rendus compte que leurs dossiers sont incomplets, à produire les pièces manquantes sous enveloppe fermée précisant la nature des pièces manquantes et arrête définitivement la liste des plis reçus. Aucun dépôt ou retrait de pli ou de complément de pièces n'est accepté après accomplissement de cette formalité[96].

Cette disposition invite à s'interroger sur la portée du principe d'égalité de traitement des concurrents et des règles de bonne gouvernance consacrés par le Code marocain des marchés publics dans le but d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics[97]. En effet, le principe d'égalité de traitement est la règle selon laquelle les candidats à l'attribution d'un marché public doivent être traités de manière strictement égale, sans discrimination[98]. Or, dans le cas d'espèce, le fait qu'une entreprise puisse encore déposer son offre lors de la séance dédiée à leurs ouvertures constituerait un infléchissement certain de l'égalité entre les candidats[99] ; certains ayant déposé leurs offres dans les délais (date, lieu et heure) prescrits, tandis que d'autres l'auraient fait en marge de ces prescriptions. C'est ce qui justifie que la totalité des autres États d'Afrique condamne cette pratique[100].

En imposant un délai de complétion ou de correction des offres, les jurislatoeurs africains ne font pas seulement œuvre de tolérance. Ils font également preuve de réalisme et se positionnent en effet contre un formalisme excessif de la procédure de passation des marchés publics. Ils n'ont pas été insensibles aux mises en garde de la doctrine et notamment au cri d'alerte du professeur Jean-François LACHAUME qui s'offusquait déjà, à l'époque, du fait qu'en France, le Décret n°94-334 du 27 avril 1994 relatif aux marchés publics avait formalisé certains éléments relatifs à la présentation des offres et que ce formalisme pouvait avoir des effets pervers en éliminant de bons candidats sous prétexte qu'une pièce d'une

importance très relative manquait dans son dossier[101].

En vertu des textes régissant les marchés publics, la tolérance dans la passation ne concerne pas seulement la complétion des offres. Elle touche également à la régularisation ou à la correction des offres.

La régularisation des offres constitue une des formes d'expression par excellence de la tolérance des marchés publics en phase de passation. Elle consiste pour l'Administration contractante à autoriser les soumissionnaires dont les offres comportent des irrégularités à les corriger dès lors qu'elles ne sont pas anormalement basses et que cette opération n'a pas pour effet d'en modifier les caractéristiques substantielles[102]. Dans ce dernier cas, après avoir vérifié la conformité des pièces constitutives des offres financières, la Commission peut alors procéder à la vérification des montants figurant dans lesdites offres. Au cours de cette opération, elle peut déceler des erreurs d'écriture et/ou de calculs et procéder à leurs corrections. En effet, au moment de leurs constitutions, les offres peuvent être entachées d'erreurs matérielles de nature à fausser la détermination du prix des prestations. Elles peuvent alors déboucher sur des offres anormalement basses dont on sait qu'il est de règle bien établie qu'elles sont rejetées[103] au motif pris de ce qu'elles faussent la concurrence[104]. Dès lors, le fondement du pouvoir de rectification de la commission réside dans la compétence qui lui est reconnue de procéder à des vérifications ainsi qu'à des évaluations avant de proposer à l'autorité contractante l'attributaire du marché. Au cours de ces évaluations, elle peut relever des erreurs matérielles et procéder à leurs corrections. C'est ce qui ressort des dispositions régissant les marchés publics d'une part[105] et de la pratique d'autre part[106].

Somme toute, l'on constate que les textes réglementant les marchés publics en Afrique confèrent une place considérable à la tolérance qui n'a d'égale que celle que lui accordent les textes périphériques à cette matière.

2-L'admission de la tolérance par les textes périphériques aux marchés publics

Dans les États d'Afrique francophone, la matière des marchés publics n'est pas régie par les seules dispositions relatives au Code des marchés publics et des textes y afférents. Elle est également réglementée par des textes n'ayant pas pour objet principal les marchés publics mais dont certaines dispositions touchent à cette matière. Il en va ainsi par exemple des textes relatifs aux finances publiques[107], à l'environnement[108] ou même au droit pénal[109]. Dans chacun de ces domaines, le rapport de la tolérance aux contrats de l'Administration demeure profondément marqué[110]. La seule matière fiscale suffit à le démontrer.

En effet, c'est en droit fiscal que le rapport de la commande publique à la tolérance connaît un plus grand retentissement. Que ce soit à travers les lois d'amnistie fiscale ou les exonéra-

-tions fiscales[111], la tolérance pénètre plus aisément le champ de la commande publique à travers ses sources gravitationnelles.

De façon générale, l'amnistie désigne l'acte ayant pour objet et effet d'effacer une infraction c'est-à-dire soit d'empêcher ou d'éteindre l'action publique soit d'effacer la peine déjà prononcée[112]. Cette définition qui cadre davantage avec le droit pénal[113] ne saurait éclipser le sens général de cette notion qui renvoie à toute mesure législative qui ôte à un fait son caractère délictueux et efface la condamnation intervenue ou la peine prononcée. C'est encore l'acte qui dispose que des fautes passées devront être oubliées, et qui interdit à quiconque de les rechercher ou de les évoquer sous peine de sanctions[114]. Dès lors, l'amnistie permet d'effacer des comportements illicites qui ont été tolérés en raison des insuffisances de la législation[115]. C'est dans ce sens qu'elle est analysée comme une expression légale de la tolérance en droit fiscal.

En droit fiscal, l'amnistie est appréhendée comme « l'abandon anticipé des compétences de l'Administration afin d'encourager le contribuable à se mettre volontairement en règle avec la loi fiscale et ce sans risquer une pénalité ou dans des conditions fiscales particulières (...) organisées par la loi »[116]. C'est aussi la remise généralisée des obligations fiscales et de la fraude fiscale des années précédentes en échange d'un petit pourcentage du capital déclaré[117]. De la sorte, l'administration tolère les comportements du contribuable qui s'est soustrait de ses obligations fiscales. Elle lui offre la possibilité de régulariser sa situation fiscale en payant l'impôt qui lui est réclamé en contrepartie de l'atténuation, de la remise ou de l'annulation des impôts des exercices précédents y compris des pénalités y afférentes et dont il est débiteur. Ainsi, l'amnistie fiscale a pour effet d'instituer une sorte de pardon en droit fiscal[118] tout comme elle instaure la tolérance dans la commande publique.

Au Maroc par exemple, la Confédération Marocaine des très Petites et des Moyennes Entreprises (TPE-PME) a tenu le mardi 22 janvier 2019 avec la Direction Générale des Impôts (DGI) une rencontre en vue de solliciter la délivrance des attestations fiscales des entreprises ayant des arriérés avec le fisc[119] ; attestations leur permettant de soumissionner aux marchés publics. La confédération qui réclamait depuis longtemps une amnistie fiscale pour les TPE-PME en difficulté avec suppression de toutes les pénalités et l'octroi d'un paiement différé ou étalé sur trois ans a obtenu de la DGI que ses réclamations soient entendues et un compromis a été signé à cet effet. De la sorte, la DGI avait accepté de fournir, pendant deux ou trois ans, aux entreprises, les attestations fiscales leur permettant d'accéder aux marchés publics[120]. En revanche, celles-ci devaient payer leurs impôts suivant un accord conclu avec le Fisc. Ainsi, le cas marocain démontre bien qu'en vertu des dispositions en vig-

-gueur, un contribuable qui ne serait pas à jour de ses contributions aux charges publiques peut se voir délivrer une attestation fiscale justifiant de sa situation financière et de ses bons rapports avec le Fisc et en user pour postuler à l'attribution d'une commande publique.

Si l'amnistie apparaît comme une mesure attractive de recouvrement des impôts[121], il n'en demeure pas moins qu'elle constitue une atteinte aux règles fondamentales de la commande publique et notamment le principe d'égalité de traitement des candidats[122]. En effet, sa mise en œuvre a pour conséquence que tous les contribuables, dans des conditions similaires, ne supportent pas la même charge fiscale ; c'est pourquoi les mesures prises sur le fondement de ce mécanisme violent le principe d'équité horizontale[123].

Toutefois, il convient d'opiner que si les mesures de tolérances fiscales sont perçues comme des exceptions légales[124] dans le domaine des marchés publics, elles le sont dans le but de susciter une prise en compte des critères sociaux dans la commande publique en Afrique[125]. En effet, ces mesures ont souvent pour visée de soutenir l'économie sociale et solidaire, de susciter l'entreprenariat, et partant de contribuer à l'insertion professionnelle de certaines entreprises en difficulté. En ce sens, l'amnistie fiscale contribue à la pénétration des objectifs du développement durable dans la commande publique[126] ; elle ne doit néanmoins être établie pour une durée indéterminée ni perdue dans un temps relativement long au risque de créer une insécurité juridique.

Ainsi, la tolérance trouve un siège dans les textes régissant la phase de passation dans les marchés publics en Afrique francophone. Elle guide l'action des soumissionnaires et de l'Administration contractante au point de définir certaines règles de la phase d'exécution des marchés où un seuil de tolérance a été défini par la réglementation.

B- L'aménagement légal d'un seuil de tolérance en phase d'exécution des marchés publics

En droit africain des marchés publics, la tolérance légale n'est pas l'apanage exclusif de la phase de passation. Elle s'étend également à la phase d'exécution où elle se manifeste davantage à travers la reprise des relations contractuelles à la suite de la disparition du titulaire du marché[127]. En effet, les contrats administratifs in globo et les marchés publics specialiter sont des contrats intuitu personæ[128]. Ils sont conclus en considération de la personne et davantage en raison des capacités techniques et administratives du cocontractant. Dès lors, la disparition du titulaire[129] entraîne ou met fin à la considération qui lui est accordée et justifie que le marché soit résilié de plein droit comme le prescrivent les textes en vigueur[130].

Seulement, en admettant que la relation contractuelle puisse se poursuivre, le jurislatureur présume alors les mêmes qualités entre les titulaires des marchés ayant disparu et leurs pour-

-suivants ; davantage, il tolère que des personnes qui initialement étaient tiers à un contrat puissent, par la suite, en être parties en dépit du principe d'intangibilité du contrat et sans qu'aucun mécanisme conventionnel de cession du contrat ou des obligations[131] n'ait été mis en œuvre. C'est dans ce sillage que s'inscrit l'aménagement d'un seuil de tolérance en phase d'exécution des marchés publics.

Par seuil de tolérance en phase d'exécution du contrat, l'on entend non pas le point de départ de la tolérance mais plutôt le point au-delà duquel les agissements de l'une des parties au contrat ne sont plus acceptables. Autrement dit le seuil est la limite de la tolérance ; avant l'atteinte de ce point, tout agissement fautif et non sanctionné est considéré comme étant toléré. Ainsi, en matière contractuelle, le principe est celui de la tolérance des agissements fautifs de l'Administration. En effet, il est de principe que, même en cas de défaillance de l'Administration dans l'exécution de ses obligations, son cocontractant ne saurait extirper cette attitude pour se dérober de l'exécution de ses propres obligations[132]. Moyen de défense de l'une des parties qui consiste, dans un contrat synallagmatique, à ne pas exécuter son obligation tant que l'autre contractant n'a pas effectué sa prestation, la règle de l'exceptio non adimpleti contractus ne trouve pas, en principe[133], application en matière administrative[134]. Quelle que soit la difficulté à laquelle le titulaire du marché est confronté du fait de l'attitude de l'Administration, celui-ci ne saurait suspendre l'exécution de ses propres obligations et conditionner leur exécution à celles de son partenaire[135]. La doctrine[136] y compris la réglementation[137] est claire en la matière, et, le juge[138] veille à l'application de cette exigence.

En droit africain des marchés publics, la tolérance légale n'est pas l'apanage exclusif de la phase de passation. Elle s'étend également à la phase d'exécution où elle se manifeste davantage à travers la reprise des relations contractuelles à la suite de la disparition du titulaire du marché[127]. En effet, les contrats administratifs in globo et les marchés publics specialiter sont des contrats intuitu personæ[128]. Ils sont conclus en considération de la personne et davantage en raison des capacités techniques et administratives du cocontractant. Dès lors, la disparition du titulaire[129] entraîne ou met fin à la considération qui lui est accordée et justifie que le marché soit résilié de plein droit comme le prescrivent les textes en vigueur[130].

Seulement, en admettant que la relation contractuelle puisse se poursuivre, le jurislatureur présume alors les mêmes qualités entre les titulaires des marchés ayant disparu et leurs poursuivants ; davantage, il tolère que des personnes qui initialement étaient tiers à un contrat puissent, par la suite, en être parties en dépit du principe d'intangibilité du contrat et sans qu'aucun mécanisme conventionnel de cession du contrat ou des obligations[131] n'ait été mis en œuvre. C'est

dans ce sillage que s'inscrit l'aménagement d'un seuil de tolérance en phase d'exécution des marchés publics.

Par seuil de tolérance en phase d'exécution du contrat, l'on entend non pas le point de départ de la tolérance mais plutôt le point au-delà duquel les agissements de l'une des parties au contrat ne sont plus acceptables. Autrement dit le seuil est la limite de la tolérance ; avant l'atteinte de ce point, tout agissement fautif et non sanctionné est considéré comme étant toléré. Ainsi, en matière contractuelle, le principe est celui de la tolérance des agissements fautifs de l'Administration. En effet, il est de principe que, même en cas de défaillance de l'Administration dans l'exécution de ses obligations, son cocontractant ne saurait extirper cette attitude pour se dérober de l'exécution de ses propres obligations[132]. Moyen de défense de l'une des parties qui consiste, dans un contrat synallagmatique, à ne pas exécuter son obligation tant que l'autre contractant n'a pas effectué sa prestation, la règle de l'exceptio non adimpleti contractus ne trouve pas, en principe[133], application en matière administrative[134]. Quelle que soit la difficulté à laquelle le titulaire du marché est confronté du fait de l'attitude de l'Administration, celui-ci ne saurait suspendre l'exécution de ses propres obligations et conditionner leur exécution à celles de son partenaire[135]. La doctrine[136] y compris la réglementation[137] est claire en la matière, et, le juge[138] veille à l'application de cette exigence.

Seulement, pour rééquilibrer les rapports entre les parties au contrat et davantage matérialiser l'exacerbation du contractant qui a trop supporté l'attitude de non-respect de son obligation par la partie publique, le droit positif reconnaît un droit à la résiliation du marché au profit de son adjudicataire (1). Lorsque ce dernier se trouve impuissant pour faire face aux prérogatives reconnues à l'Administration en matière contractuelle, la réglementation admet, selon le cas, qu'il puisse user de son pouvoir de résiliation pour faire cesser les comportements devenus insupportables de son partenaire public (2). Ces prérogatives conférées au titulaire du marché consacrent ainsi une échelle de tolérance dans l'exécution des marchés publics[139] qu'il convient d'examiner.

1-De la reconnaissance d'un droit à la résiliation...

Au cours de l'exécution d'un marché public, le cocontractant de l'Administration peut faire face à de nombreux obstacles aux faits générateurs variés. Ceux-ci peuvent lui être extérieurs, de son propre fait ou même de celui de son partenaire. Dans ce dernier cas, le cocontractant ne saurait se soustraire de l'exécution de ses obligations. Pour pallier cette difficulté, le droit public lui reconnaît, à côté d'un droit à compensation financière[140], le droit à la résiliation[141] c'est-à-dire la possibilité qui lui est offerte de forcer le pouvoir adjudicateur à prendre une décision de résiliation. Il s'agit de la situation dans laquelle le comportement du pou-

-voir adjudicateur conduit en quelque sorte à complexifier le marché, au point de justifier le choix du titulaire de vouloir y mettre un terme[142]. Ce droit à la résiliation traduit alors l'expression extrême d'un sentiment d'inconfort du cocontractant. Celui-ci y fait recours en raison de ce qu'il se trouve dans une situation qu'il a supporté et dont il n'est plus possible pour lui d'en subir les effets désastreux. Le cocontractant se comporte comme une personne qui a trop toléré l'attitude de l'Administration défaillante mais qui ne saurait admettre cet état de chose indéfiniment. Le comportement de la personne publique a alors dépassé le seuil de l'admissible et le cocontractant n'a de solution que de recourir à son droit à la résiliation.

Les causes de ce droit à la résiliation montrent bien que la tolérance subie est allée au-delà de la limite du tolérable. La première manifestation de cette reconnaissance est l'admission d'une exception d'inexécution en faveur du cocontractant. De plus en plus, l'exception d'inexécution trouve un champ d'expression dans les contrats administratifs. La volonté des pouvoirs publics de faire de l'Administration un partenaire fiable[143] le justifie. Il s'agit d'un signal fort adressé aux opérateurs économiques qui contractent avec l'Administration pour leur indiquer que l'exécution des contrats administratifs n'est plus ou de moins en moins soumise au bon vouloir de l'Administration, à son « privilège du préalable »[144]. Ainsi, l'exception d'inexécution dans les contrats publics est une réalité qui s'installe de plus en plus dans les systèmes juridiques africains[145]. Le professeur Marion UBAUD-BERGERON affirme sur ce point que : « en droit des marchés publics, les textes organisent une forme d'exception d'inexécution en autorisant le cocontractant à interrompre sous de strictes conditions l'exécution du contrat en cas de défaut de paiement par la personne publique, ou à demander la résiliation du marché pour ordre de service tardif ou ajournement des travaux »[146]. C'est dire que le recours à l'exception d'inexécution traduit l'attitude du titulaire du marché qui a suffisamment toléré les agissements fautifs de son cocontractant public. Il constitue une forme supérieure d'expression du désagrément imposé à l'adjudicataire par le pouvoir adjudicateur ; tellement le cocontractant a supporté les agissements non conventionnels de son partenaire, tellement il a supporté les difficultés résultant de ces comportements qu'il n'a pu les surmonter et n'a eu de choix que de faire recours à cette prérogative qui s'apparente à une sorte d'expression significative de son désagrément. Car, écrit le professeur Philippe TERNEYRE, « le cocontractant peut ne pas exécuter ses obligations si les manquements de l'administration sont d'une telle importance qu'ils sont de nature soit à le mettre dans l'impossibilité d'exécuter, soit à compromettre la bonne exécution de la prestation, au détriment des intérêts bien compris de l'administration »[147]. C'est donc que le recours à

l'exception d'inexécution constitue un moyen de faire cesser une situation devenue intolérable.

On peut opiner que l'exception d'inexécution ne concourt pas à la mise en œuvre de la tolérance entendue comme mesure d'indulgence dans les marchés publics. En effet, les agissements fautifs de l'administration le demeurent. Seulement, pour des besoins de résilience[148], au nom de la continuité des services publics, de l'intérêt général, de l'économie des deniers publics, entre autres, la sanction des fautes contractuelles de l'administration consiste en une indemnisation du cocontractant, sans qu'il ne lui soit possible de suspendre le contrat et de ne plus remplir ses obligations. Les agissements fautifs de l'administration ne seront donc pas tolérés mais sanctionnés, même si l'exécution du contrat doit se poursuivre. Cependant, parce qu'elle tend à suspendre l'exécution de ses propres obligations par le cocontractant, l'exception d'inexécution a pour but de susciter une action de la part de la partie publique dont les agissements fautifs ne peuvent plus être supportés par son partenaire. C'est parce que la situation ne peut plus être supportée qu'il fait usage de cette prérogative. En réalité, c'est un moyen qui traduit l'expression d'une situation devenue inadmissible pour ne pas dire intolérable. De la sorte, l'exception d'inexécution constitue le seuil limite du tolérable en matière d'exécution d'obligations contractuelles. C'est le point à partir duquel la responsabilité de l'Administration peut être engagée pour faute[149], son attitude étant devenue insupportable. C'est dans le prolongement de ce mécanisme qu'intervient le droit à la résiliation.

Le cocontractant peut exercer son droit à la résiliation afin de demander l'interruption du marché dans des cas divers et variés. En vue de bénéficier d'une telle sanction à l'égard de l'Administration, il doit en faire la demande à celle-ci ou directement au juge qui prononcera une résiliation aux torts et aux frais exclusifs de l'Administration[150]. Tel sera le cas par exemple de l'ajournement excessif du marché[151]. Ainsi, conformément aux dispositions du Code des marchés publics au Sénégal[152], un marché public peut faire l'objet d'une résiliation à la demande du titulaire lorsque l'autorité contractante prescrit l'ajournement du marché pour plus de trois (3) mois, soit avant, soit après un commencement d'exécution. Il en est de même en cas d'ajournements successifs dont la durée globale dépasse trois (3) mois, même dans le cas où l'exécution du marché a été reprise entre-temps[153]. Cependant, lorsque l'autorité contractante prescrit l'ajournement du marché pour moins de trois (3) mois, le titulaire n'a pas droit à la résiliation mais seulement à une indemnité en cas de préjudice prouvé.

Dès lors, l'admission des clauses d'exception d'inexécution dans les marchés publics et la reconnaissance d'un droit à la résiliation confortent l'idée que leur usage est l'expression d'une situation que le cocontractant n'arrive plus à admettre.

Il s'agit d'une réponse à la possibilité offerte à l'Administration de ne pas respecter ses obligations contractuelles. Mieux encore, il s'agit de prérogatives qui, si elles traduisent bien le niveau ou le degré d'une situation qui n'est plus acceptable, constituent des évolutions de la réglementation. Ainsi, cette « révolution rentre au port »[154] avec la consécration par le droit positif d'un pouvoir de résiliation unilatérale reconnu au profit du cocontractant de l'Administration dans le cadre des contrats administratifs excepté le cas des délégations de service public[155].

2-...À l'admission d'un pouvoir de résiliation du cocontractant.

L'admission de la tolérance dans l'exécution des marchés publics en droit africain est davantage perceptible à travers la consécration d'un pouvoir de résiliation au profit du cocontractant. En lui-même, le pouvoir de de résiliation au profit du cocontractant n'est pas une mesure qualifiable de tolérance juridique en raison de ce qu'il ne constitue pas une mesure d'indulgence. Mais, étant une prérogative qui lui est reconnue pour mettre une fin aux agissements devenus intolérables de l'Administration contractuelle, il participe de la tolérance en mettant fin à une inexécution des obligations devenue intolérable.

Innovation majeure du droit africain[156], le pouvoir de résiliation au profit du cocontractant n'est pour l'instant consacrée que par le droit de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA)[157]. De la sorte, elle ne porte que sur une partie des États de l'Afrique francophone dont certains font l'objet de la présente étude[158].

Consacré à l'article 88 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA[159], le pouvoir de résiliation du cocontractant est formellement admis dans les ordres juridiques togolais et sénégalais. Au Togo, les marchés publics peuvent faire l'objet de résiliation à l'initiative du titulaire du marché, pour défaut de paiement, à la suite d'une mise en demeure restée sans effet pendant trente (30) jours calendaires[160]. Au Sénégal, l'article 132 alinéa 1 du CMP pose clairement qu'un marché public peut faire l'objet d'une résiliation au profit du cocontractant en cas de carence de l'Administration rendant impossible l'exécution du marché. Si dans ce dernier cas, le texte ne précise pas si une mise en demeure préalable est requise du titulaire, la Directive de 2005 réceptionnée par le Code togolais des marchés publics pose cette règle comme une condition sine qua non de l'exercice de ce privilège.

Avec pour but de garantir la continuité du service public[161], la mise en demeure préalable exigée du cocontractant donne l'opportunité à l'Administration de revenir sur son comportement fautif devenu intolérant le délai qui lui est prescrit[162]. L'Administration peut alors corriger ses défauts-

-lances pendant ce temps et partant, rechercher la réalisation de l'intérêt général. Cela n'entame en rien le fait que le pouvoir de résiliation à l'usage du titulaire du marché s'analyse comme un moyen légal de sanction des tolérances dans les marchés publics.

En effet, son processus de mise en œuvre traduit bien l'idée de l'existence de la tolérance. L'usage de ce pouvoir n'intervient pas de manière automatique mais après une mise en demeure restée inopérante. C'est dire que malgré l'injonction de s'exécuter qui lui est servie, l'Administration persiste dans son attitude fautive. Elle se refuse de s'exécuter et donc s'expose à une sanction du cocontractant qui, après avoir une fois de plus toléré ce comportement, décide alors d'user de cette prérogative. M. Inoussa COMPAORE fait remarquer à cet effet que : « (...) la résiliation est, en effet, une volonté manifeste, d'abord, de ne pas exécuter son obligation mais aussi et, surtout, l'expression de cette volonté de mettre fin au contrat pour l'avenir. Et, pour le cocontractant privé, il peut en être ainsi des représailles à l'inexécution des obligations par l'Administration (...) »[163]. De la sorte, l'affirmation d'un pouvoir de résiliation au profit du cocontractant s'analyse comme une mesure visant à mettre fin à une situation devenue intolérable à savoir la non-exécution de ses obligations contractuelles par l'Administration. Le défaut de paiement du cocontractant constitue alors une faute grave qui, si elle s'éternisait, mettrait le titulaire du marché dans une situation d'impossibilité d'exécuter ses propres obligations. Or, le principe demeure celui de la règle du service fait[164]. Il commande que dans les marchés publics, le cocontractant soit rémunéré par des acomptes, proportionnellement à ses obligations exécutées et progressivement réceptionnées par son partenaire[165]. Dans ce cas, le défaut de paiement de l'Administration aurait un impact considérable sur la trésorerie du cocontractant de manière à ce que sa prolongation dans le temps pourrait avoir un impact sur les rapports avec ses partenaires[166]. Pour y mettre fin et faire cesser cette attitude devenue au fil du temps inacceptable, le partenaire de l'Administration dispose de la possibilité de mettre fin à leur collaboration. Ainsi, le droit à la résiliation du cocontractant tout comme le pouvoir qui lui est conféré en la matière constituent des mesures qui peuvent être utilisées lorsqu'un seuil de tolérance est franchi, c'est-à-dire qu'il s'agit des mesures qui peuvent être requises lorsque la limite de ce qui est permis ou admissible est dépassée car comme le souligne un auteur, la tolérance correspond en effet à une volonté[167].

Pour faire simple, avant l'usage de ces moyens, l'on admet que l'attitude fautive de l'Administration peut être supportée jusqu'à un certain degré ; degré à partir duquel, le cocontractant ne pouvant plus satisfaire à ses engagements en raison des agissements de son partenaire, use d'un pouvoir de sanction pour mettre un terme aux préjudices supposés ou

réels qu'il subit.

Tout compte fait, la tolérance donne lieu à une réglementation intense en matière de marchés publics, tant dans le processus de passation qu'en phase d'exécution. Cependant, à l'analyse, cette observation paraît insuffisante à saisir cet objet dans le droit africain des marchés publics ; la tolérance pouvant se développer également dans la pratique en vue de conférer une onction juridique à un agissement.

II-LA TOLÉRANCE EN VUE DE LA LÉGALITÉ

« Tolérer n'est certes jamais approuver ; c'est au moins accepter »[168]. Par cette formule laconique, le professeur Bernard PACTEAU montre bien que la tolérance sert également à corroborer des situations par principe illégales. Il en va ainsi de la régularisation[169], qui est un procédé, assurément de correction des irrégularités dans les contrats publics mais aussi un mécanisme d'indulgence dans les marchés publics[170]. Elle correspond à n'en point douter à une forme de tolérance en ce qu'elle constitue une élude de la sanction[171].

Avec pour effet de maintenir la stabilité d'une situation initialement irrégulière[172], la régularisation s'entend de façon générique comme l'« action de rendre un acte ou une situation conforme à la règle »[173]. C'est l'« action de purger un acte ou une situation d'un vice formel qui l'entache en réparant celui-ci par une initiative positive qui consiste en la suppression de l'imperfection qui l'affecte, ou en l'accomplissement de la formalité adéquate (...) ». Autrement dit, il s'agit de la mise en conformité d'un acte juridique ou d'un acte de procédure avec les prescriptions légales, opérant la modification et/ou la validation de l'acte originairement entaché de nullité[174]. En Droit administratif spécialement, la régularisation désigne le « procédé par lequel une autorité administrative ou le juge administratif à sa demande, corrige une irrégularité entachant l'un de ses actes (...) »[175]. Selon le Doyen VEDEL, c'est « un mécanisme opératoire grâce auquel un acte ou une situation juridique contraire au droit peut avant ou après l'intervention du juge, se perpétuer ou revivre dans la légalité pleinement retrouvée »[176]. Il s'agit alors d'une technique de correction des irrégularités qui est utilisée de manière courante en Droit administratif, en France comme en Afrique, pour neutraliser les effets d'une décision aux conséquences juridiques graves.

En France où l'on distingue la régularisation préventive de celle curative[177], la terre d'élection de cette technique demeure le domaine des règles d'urbanisme[178]. À côté de celui-ci, le procédé de régularisation est fréquemment utilisé en matière contentieuse car comme l'écrit Audrey BACHERT, « alors que les décisions juridictionnelles peuvent provoquer la remise en cause des effets d'un acte administratif vicié, la régularisation curative sera employée pour neutraliser cette conséquence (...) ». Dès lors, il s'en suit que cette technique

peut également être utilisée en matière de contentieux des contrats administratifs, lorsque la loyauté contractuelle ne peut pas être mise en œuvre[179]. Dans le domaine des marchés publics, cette technique est fréquemment admise de manière a priori c'est-à-dire avant la saisine du juge. Elle peut alors être utilisée en phase de passation[180] comme en phase d'exécution[181].

Quoiqu'il en soit, l'on distingue de façon courante la régularisation administrative de la régularisation législative[182] et juridictionnelle[183]. Cette dernière forme ne fera pas l'objet de développements dans le cadre de ce travail en raison de ce que l'office du juge en matière de contentieux des contrats publics en Afrique demeure encore limité[184]. Par contre, en tant que forme d'expression de la tolérance dans les marchés publics en Afrique, la régularisation législative ne demeure encore qu'une hypothèse (A) là où la régularisation administrative est une réalité de l'action publique (B)[185]. Il convient alors d'en rendre compte afin de s'en convaincre.

A- L'hypothèse de la régularisation législative

Parmi les mécanismes aménagés par le droit pour mettre un terme de manière curative aux violations des procédures des marchés publics figure en bonne place la régularisation législative. Encore appelée « loi de validation », « validation législative » ou « loi confirmative », cette variété de régularisation désigne le procédé par lequel le Législateur intervient pour valider de manière expresse, indirecte ou même implicite un acte ou une procédure administrative irrégulière[186]. C'est un moyen qui permet de « sauver », au nom de l'intérêt général[187], l'acte de l'Administration annulé ou annulable au regard des conséquences graves que sa nullité pourrait entraîner.

Ce procédé courant en droit africain est toutefois critiqué par la doctrine[188]. En effet, cette pratique ancienne entraîne une remise en cause de la sécurité juridique en violation des dispositions constitutionnelles[189]. De même, elle consacre une confusion des pouvoirs et une immixtion du Pouvoir Législatif aussi bien dans le domaine du pouvoir réglementaire que dans celui du fonctionnement de la justice[190]. En transformant l'acte administratif en loi, ce mécanisme écarte le juge administratif en rendant le juge constitutionnel compétent, et ce, au mépris de la séparation des pouvoirs[191] matérialisée dans l'Acte Constituant au moyen de la distinction des fonctions de chaque pouvoir. Dans le même ordre, cette pratique est critiquée parce qu'elle remet en cause l'autorité de la chose jugée[192]. Le Conseil constitutionnel français a ainsi jugé inconstitutionnelles les validations législatives qui portent atteintes aux « décisions de justice ayant force de chose jugée »[193]. Il n'en demeure pas moins que ce mécanisme constitue un procédé courant de correction des illégalités affectant un acte ou une procédure administrative notamment en matière contractuelle.

Dans les États sous analyse, s'il est théoriquement possible d'admettre cette forme de traitement des violations dans les marchés publics comme une expression de la tolérance (1), il reste que cette pratique demeure peu développée en la matière (2).

Parmi les mécanismes aménagés par le droit pour mettre un terme de manière curative aux violations des procédures des marchés publics figure en bonne place la régularisation législative. Encore appelée « loi de validation », « validation législative » ou « loi confirmative », cette variété de régularisation désigne le procédé par lequel le Législateur intervient pour valider de manière expresse, indirecte ou même implicite un acte ou une procédure administrative irrégulière[186]. C'est un moyen qui permet de « sauver », au nom de l'intérêt général[187], l'acte de l'Administration annulé ou annulable au regard des conséquences graves que sa nullité pourrait entraîner.

Ce procédé courant en droit africain est toutefois critiqué par la doctrine[188]. En effet, cette pratique ancienne entraîne une remise en cause de la sécurité juridique en violation des dispositions constitutionnelles[189]. De même, elle consacre une confusion des pouvoirs et une immixtion du Pouvoir Législatif aussi bien dans le domaine du pouvoir réglementaire que dans celui du fonctionnement de la justice[190]. En transformant l'acte administratif en loi, ce mécanisme écarte le juge administratif en rendant le juge constitutionnel compétent, et ce, au mépris de la séparation des pouvoirs[191] matérialisée dans l'Acte Constituant au moyen de la distinction des fonctions de chaque pouvoir. Dans le même ordre, cette pratique est critiquée parce qu'elle remet en cause l'autorité de la chose jugée[192]. Le Conseil constitutionnel français a ainsi jugé inconstitutionnelles les validations législatives qui portent atteintes aux « décisions de justice ayant force de chose jugée »[193]. Il n'en demeure pas moins que ce mécanisme constitue un procédé courant de correction des illégalités affectant un acte ou une procédure administrative notamment en matière contractuelle.

Dans les États sous analyse, s'il est théoriquement possible d'admettre cette forme de traitement des violations dans les marchés publics comme une expression de la tolérance (1), il reste que cette pratique demeure peu développée en la matière (2).

1-La régularisation législative, une expression théorique de la tolérance dans les marchés publics

En Afrique francophone, le procédé de la régularisation législative n'est pas encore usité en matière contractuelle contrairement en France où le législateur y a fait recours à travers la loi n°96-1077 du 11 décembre 1996 relative au contrat de concession du Stade de France à Saint-Denis (Seine-Saint-Denis). Cependant, l'absence de recours à ce mécanisme ne signifie pas que le législateur ne saurait y recourir. Il n'est juridiquement pas mal pensé de croire que le

Parlement ne saurait adopter une loi pour corriger les irrégularités affectant les procédures relatives aux contrats publics. En effet, conformément aux dispositions des différentes Lois Fondamentales des États sous étude, le Parlement est compétent pour légiférer sur les questions relatives aux obligations civiles et commerciales[194]. En plus de cette matière, le Législateur est compétent pour adopter et voter des lois relatives aux libertés publiques notamment la liberté contractuelle[195]. C'est à ce titre qu'au Cameroun, il habilite le Directeur Général d'un établissement public comme autorité compétente pour engager contractuellement l'institution qu'il dirige[196]. Dans le même sens, il dénie aux groupements d'intérêt publics la faculté de pouvoir contracter des marchés publics[197]. Au regard de ses attributions, l'on peut envisager que le législateur puisse procéder à la régularisation d'une irrégularité liée à un contrat administratif. Il en sera ainsi en raison des investissements en jeu et notamment dans les procédures faisant appel à des capitaux étrangers.

En effet, les procédures d'appel d'offres international usitées en matière contractuelle débouchent le plus souvent sur la conclusion des contrats internationaux dont les ressorts ne dépendent pas toujours des mécanismes juridiques internes. L'éventualité de l'injection des capitaux étrangers dans la réalisation des prestations met en branle d'autres rapports qui sortent généralement du champ juridique pour déboucher sur le champ diplomatique. À ce niveau, les intérêts de chaque État rentrent en jeu parfois au détriment de la législation. Si comme l'affirme un auteur[198], il n'existe pas d'amitiés en matière de relations internationales mais des rapports de puissance[199], l'on comprend aisément pourquoi les enjeux de ces types de contrats mobilisent d'autres techniques que la seule technique juridique qui se veut limitée. À cet égard, à défaut de restreindre la compétition aux entreprises de leurs nationalités, les bailleurs de fonds à travers les conventions de financement imposent fréquemment le choix du partenaire de l'Administration, souvent en dehors de toute procédure de consultation des candidats[200]. Afin de corriger ces entorses à la réglementation, ces accords de financement sont souvent soumis à l'approbation[201] du Parlement. En approuvant ces conventions[202], le Parlement procède indirectement à la validation législative des contrats signés ou à signer sur la base de ces accords malgré leur atteinte à la législation notamment l'absence d'une procédure d'attribution concurrentielle du marché. C'est dire que la régularisation par le législateur d'une procédure irrégulière de passation d'un contrat public n'est pas simplement une utopie. Le problème peut cependant se poser en termes de conformité de ces traités à la Constitution. En effet, ces accords posent des règles qui rompent avec l'égalité entre les candidats. Or, le principe de l'égalité entre les candidats découle de celui de l'égalité entre les citoyens consacré par la Loi fondamentale. Il

en découle que ces conventions internationales seraient contraires à la Constitution. En l'absence de jurisprudence en la matière et malgré leur approbation législative[203] matérialisant leur tolérance, il convient de considérer ces traités comme étant inconformes à la Constitution, au moins en ce qui concerne ces clauses préférentielles en faveur des entreprises de même nationalité que celles du bailleur de fonds. Sur cet aspect, contrairement à la loi ordinaire où le juge peut constater la séparabilité d'une disposition[204], lorsque la juridiction constitutionnelle constate la non-conformité à la Constitution d'une ou plusieurs clauses de traités ou accords internationaux, ces engagements ne peuvent être approuvés en la forme législative[205]. Pareil constat demeure valable au Togo où malgré le fait que la matière des marchés publics ressortit clairement de la compétence du législateur, l'on ne saurait admettre qu'une régularisation législative ne saurait porter atteinte à la Constitution. En tant que gardien institué[206] de la norme fondamentale, le Parlement doit lui aussi, au moment de l'exercice de ses attributions, ignorer la portée d'une telle technique. Qu'à cela ne tienne, une loi de validation des marchés ou des contrats publics au Togo paraît plus plausible que dans les autres États sous étude en raison principalement de ce que la matière contractuelle publique ressort de la compétence expresse du Parlement. Il peut à cet égard, en tout temps et en toute circonstance, modifier la réglementation ou édicter de nouvelles règles devant régir la matière.

En somme, la régularisation législative des marchés publics conclus en violation des règles des marchés publics n'est pas interdite. Au contraire, elle s'appuie sur un fondement constitutionnel certain. Il n'est pas exclu que les nombreuses approbations des conventions de financement des projets publics procèdent implicitement à ces validations. Cependant, le développement de cette pratique demeure faible. Ce qui justifierait que ce procédé ne soit pas fréquemment analysé en droit africain, spécialement en matière d'obligations contractuelles.

2-La régularisation législative, une pratique de la tolérance peu développée dans les marchés publics

La pratique de la régularisation législative des actes administratifs n'est pas courante en droit africain. Elle est pour ainsi dire rarissime. Deux raisons principales peuvent justifier ce constat. La première est que l'on conçoit difficilement en pratique que le législateur puisse intervenir en matière des marchés publics. En effet, depuis leur accession à la souveraineté, la plupart des États d'Afrique francophone considèrent que les marchés publics ressortissent de la compétence du pouvoir réglementaire[207]. Rarement le législateur est intervenu dans ce domaine pour prendre une loi. Ceci autorise à penser qu'en matière de marchés publics les fonctions entre le Législateur et l'Exécutif

sont clairement définies et séparées. La seconde raison tient à ce que le Code des marchés publics qui pose les règles relatives à la conclusion et à l'exécution desdits contrats s'appréhende comme un Code de procédure administrative, c'est-à-dire un ensemble de règles qui gouvernent l'édition des actes administratifs unilatéraux et contractuels[208]. C'est une sorte de Code de relations entre l'Administration et les administrés[209]. À ce titre, le marché public qui organiserait un rapport entre l'Administration et son vis-à-vis se situerait hors de portée de la loi[210]. Ce qui justifierait que le Pouvoir Législatif n'est pas encore légiféré en la matière.

Bien que quelque peu développées en matière de contrat public ou privé, les validations législatives ne sont pas moins inconnues en droit camerounais. En effet, la doctrine précise que le législateur y a déjà fait recours dans le domaine de la justice administrative[211]. Il en va ainsi de la loi n°80/31 du 27 novembre 1980 dessaisissant les juridictions des affaires relatives aux contestations soulevées à l'occasion de la désignation des chefs traditionnels. Bien qu'étant une loi d'immunité juridictionnelle, celle-ci avait été adoptée à la suite d'une série de contentieux à l'issue desquels le juge administratif annulait les actes de désignation des chefs traditionnels[212]. En adoptant ainsi cette loi, le législateur validait les actes pris par les autorités administratives en cette matière et déférés à la connaissance du juge administratif notamment au regard des affaires pendantes devant lui à ce moment.

Tout compte fait, la régularisation législative apparaît comme un procédé usuel en matière administrative en Afrique francophone. S'il est courant d'y faire usage dans divers autres secteurs de la vie publique, il demeure que ce procédé est très peu développé dans le domaine des obligations contractuelles en général et dans celui du droit administratif des obligations[213] spécialement excepté le cas des conventions de financement sus évoqué. Son utilité est clairement définie. C'est un mécanisme qui permet de corriger les irrégularités ayant affecté les procédures de conclusion et d'exécution des marchés publics.

La régularisation législative de la violation des règles des marchés publics repose sur un fondement juridique incontestable. La nature des obligations en jeu et l'approbation des conventions de financement justifient cette intervention du Législateur. Cependant, en pratique, l'on observe qu'il s'agit d'un outil très peu développé en matière de contrats publics, contrairement à la régularisation administrative qui est une technique d'utilisation courante.

B- Le procédé de la régularisation administrative

En matière de contrat administratif en général et de marché public en particulier, si toute irrégularité n'est pas considérée comme régularisable[214], il ne demeure pas moins que la régularisation ait pour but de vider le marché public de son illégalité. C'est une technique de remédiation des vices affect-

-tant la formation d'un marché public et intervenant postérieurement à sa signature. Autrement dit, l'élément qui, en amont était inconforme est débarrassé en aval de son illégalité pour être recouvert du manteau de la légalité. C'est à ce titre qu'elle constitue un procédé de plus en plus usité par l'Administration ou son cocontractant pour corriger les illégalités affectant leur contrat et partant restaurer sa légalité bafouée[215]. Elle vise alors le maintien et la poursuite de l'exécution du marché[216] en le soustrayant de toute sanction. C'est à ce titre qu'elle est envisagée comme un instrument de la tolérance dans les marchés publics en ce sens qu'elle permet d'éviter de sanctionner d'annulation ou de nullité le contrat illégal alors même que cette sanction serait possible.

Ainsi, en France, le juge envisage en effet cette hypothèse en affirmant de manière constante, depuis l'arrêt Société Tropic Travaux Signalisations[217], qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles de décider, soit de la poursuite de l'exécution du contrat[218], soit sa résiliation, soit alors son annulation[219]. Si dans le premier cas, il peut prescrire des mesures de régularisation, dans les deux derniers cas la nature de l'irrégularité s'impose à lui[220].

En Afrique, la régularisation administrative des marchés publics n'est pas inconnue de la pratique contractuelle. Il s'agit d'un procédé auquel les autorités contractantes recourent fréquemment. À l'analyse, ce mécanisme dont l'efficacité ne saurait être niée[221] présente une nature juridique ambivalente. Il s'agit d'une technique qui emprunte tantôt la voie unilatérale tantôt celle dite conventionnelle. Dans le premier cas, on parle de régularisation du contrat ou encore « validation administrative » du contrat (1) et dans le second, on évoque l'idée de contrat de régularisation plus connu comme avenant au marché (2). Il convient alors d'analyser l'une après l'autre, ces formes de la régularisation administrative en tant qu'expression de la tolérance dans les marchés publics.

1-La tolérance à travers la régularisation unilatérale des marchés publics : la « validation administrative » du marché

La régularisation unilatérale du marché public encore appelée validation ou confirmation administrative du marché est un procédé usuel du traitement des irrégularités nées de la passation[222] d'un marché. Elle consiste pour la personne publique à prendre un acte administratif unilatéral pour épurer ou confirmer le contrat « impur » signé. La plupart du temps, il s'agit pour l'Administration contractante usant de son pouvoir de modification de prendre des ordres de service[223] prescrivant ainsi la régularisation de telle ou telle situation matérielle[224]. Parfois même, il s'agit d'user d'une prérogative externe au contrat.

À titre d'illustration, avant la conclusion d'un marché public, le Maître d'ouvrage doit s'assurer que le site sur lequel les travaux seront réalisés est disponible. L'article 60 du Code des marchés publics au Cameroun[225] l'assigne à cette exigence[226]. De ce fait, l'absence de disponibilité du site constituerait un vice de la procédure de conclusion du marché en raison de ce que ledit site pourrait comporter des imperfections inconnues du soumissionnaire au moment de sa candidature. L'on doit alors immédiatement procéder à la correction de cette omission. Qu'en sera-t-il lorsque le constat de cette défaillance interviendra après la signature et la notification du marché ? Le marché devra-t-il être résilié et une nouvelle procédure engagée ? Peut-on régulariser une telle situation ?

Loin d'être de simples vues de l'esprit, ces questions posent un problème qui se rencontre régulièrement en pratique. Tel a été le cas dans l'exécution d'une lettre-commande passée sous l'égide du Code camerounais des marchés publics de 2004 et portant sur les travaux de construction et d'équipement d'un atelier de maçonnerie au sein d'un établissement d'enseignement public.

En l'espèce, la lettre-commande avait déjà donné lieu aux formalités nécessaires de conclusion des marchés publics. Elle avait été signée des parties et notifiée au titulaire du marché. L'entreprise avait déjà commencé l'exécution des travaux alors même que le site n'avait pas été rendu disponible. Face à cette difficulté, il eut fallu que l'autorité contractante prescrive l'arrêt des travaux pour permettre de rendre la situation conforme aux règles en vigueur. Par la suite, suivant un ordre de service du 03 juin 2016, l'autorité contractante prescrivait à l'entreprise adjudicatrice « en régularisation la reprise des travaux de construction et d'équipement d'un atelier de maçonnerie au CETIC de BOUARAKA »[227]. De ce fait, par l'usage du pouvoir de direction et de contrôle dont l'ordre de service est l'expression principale[228], l'Autorité contractante peut rétablir la légalité d'une situation initialement irrégulière. Ce rétablissement qui s'est fait de manière unilatérale a eu pour finalité de régulariser la situation en prescrivant une reprise de travaux après mise à disposition du site d'exécution des travaux. À ce titre, le Code des marchés publics en vigueur au Cameroun considère comme au Gabon[229] et au Togo[230] que « les ordres de services ayant une incidence sur les prix ou sur les délais constituent des actes contractuels de gestion d'un marché (...) »[231].

Le problème qui peut se poser avec la régularisation unilatérale est celui de la transparence de ce procédé. En effet, le recours à ce mécanisme ne donne lieu à aucune publicité. Il se fait uniquement entre les parties au contrat en dehors de toute information du public. Cette procédure est alors perçue par certains comme étant opaque. Elle serait alors requise au sujet des procédures pour lesquelles de nom-

-breuses entorses à la réglementation auraient été commises. Au demeurant, l'on considère ce mécanisme comme un moyen de « légalisation » d'une procédure au départ inconforme, d'une procédure qu'on aurait orientée avec précision en vue de favoriser un candidat en particulier. Si cette analyse ne peut être entièrement remise en cause, il convient de penser qu'elle n'est pas totalement admissible.

En effet, la validation administrative peut être utilisée pour remédier une situation qui ne relève aucunement de l'intention manifeste de violer les règles en matière de passation des marchés publics. Tel sera le cas d'un « vice formel », c'est-à-dire d'une irrégularité n'ayant aucune « (...) conséquence ni sur la qualité du cocontractant ni sur le consentement de la personne publique »[232]. Il en sera ainsi des clauses dites divisibles du contrat[233]. À titre d'illustration, on considère la modification du marché intervenant pour y ajouter les clauses obligatoires qui y ont été omises comme une régularisation car si les clauses obligatoires sont ajoutées, c'est justement parce qu'on ne tolère pas leur absence. Il en va également de même de la substitution de clauses légales aux clauses réglementaires illégales. Cette analyse est confortée par la jurisprudence relative aux formalités de passation des marchés publics.

Dans l'espèce Société Tractafic Motors Cameroun S.A c/ Université de Douala[234], le juge administratif camerounais a admis en régularisation qu'une lettre-commande paraphée et non signée du Recteur de l'Université de Douala était valide dès lors que la livraison objet de ce contrat avait été réalisée. Le Tribunal a dit pour droit que : « (...) Que le défaut de signature de la lettre commande n°0033/UD/SG/DIPD/DIEM/SCE/NAC/09 du 1er Octobre 2009 par le Maître d'ouvrage est compensée par la signature du procès-verbal de réception y relatif (...) ». Autrement dit, le défaut de signature du marché, considérée comme une mention obligatoire des marchés publics[235], peut être régularisé par la signature du procès-verbal de réception dudit marché mais à la condition préalable qu'il ait été souscrit par l'attributaire. L'on en déduit que ce défaut de signature constitue, certes, une atteinte à la réglementation des marchés publics mais une atteinte insusceptible d'entraîner l'illégalité du marché en question. Elle peut être tolérée par le juge et le contrat pour lequel ladite signature manque, peut être considéré par celui-ci comme étant valide sous réserve d'adoption de mesures de régularisation.

Tout bien considéré, la régularisation unilatérale du marché ou encore la validation ou confirmation du marché peut être l'expression d'un pouvoir contractuel reconnu à l'Administration. Elle peut aussi être la manifestation d'un pouvoir extérieur au contrat[236]. En l'état du droit, un autre procédé de régularisation distinct de la forme unilatérale, et permettant de restaurer la légalité ignorée d'un processus de contractualisation peut être relevé. Il en va ainsi du contrat de

régularisation ou de la régularisation conventionnelle.

2-La régularisation conventionnelle comme forme d'expression de la tolérance dans les marchés publics : l'avenant au marché

« Lorsque le contrat de régularisation doit rendre légal un contrat, il s'agit, plus précisément, d'un avenant (...) »[237]. Cette affirmation du professeur Pierre BOURDON illustre à plus d'un titre l'importance que revêt l'avenant au marché public dans le traitement curatif des violations des procédures contractuelles. La régularisation peut, en effet, se faire par « (...) la mise en œuvre de toute mesure visant à remédier à l'irrégularité du contrat initial afin d'en poursuivre légalement l'exécution (...) »[238]. Les parties au contrat conviennent alors elles-mêmes du remède de l'irrégularité commise et entachant la légalité du marché. Ce remède consiste principalement en la modification de certaines stipulations du marché.

En France, l'avenant[239] de régularisation est une technique courante de remédiation des vices affectant la formation d'un marché public et intervenant postérieurement à sa signature. Le juge administratif l'admet[240] dans sa jurisprudence devenue constante[241] et dans laquelle il affirme que « (...) sous réserve des mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties (...) », il lui appartient soit de décider que la poursuite du contrat est possible, soit de prononcer la résiliation du contrat ou son annulation[242]. L'avenant de régularisation apparaît alors comme une technique incontournable de correction des irrégularités affectant les marchés publics illégaux en France. Il participe de la poursuite de l'exécution du contrat, en dépit du vice dont il est initialement affecté. En droit africain, il n'en va pas différemment.

En l'état du droit positif, les réglementations des États sous analyse donnent des indications précises quant à l'usage des avenants comme procédé de régularisation. En principe, les avenants semblent plutôt être confinés à la seule tâche d'aménagements mineurs avec ou sans incidence financière sur le marché initial[243]. En effet, l'ensemble des Codes des marchés publics considèrent l'avenant comme un « acte contractuel modifiant ou complétant certaines clauses du marché de base pour l'adapter à des événements survenus après sa signature »[244]. Il ne peut ni modifier l'objet du marché ni son titulaire, encore moins sa monnaie de règlement ou sa formule de révision des prix[245]. Son plafond financier est limité à un pourcentage n'excédant pas globalement les trente pour cent (30%) du montant du marché de base[246]. Toutefois, de façon exceptionnelle, les réglementations des marchés publics sous étude admettent également que l'avenant puisse être employé comme mécanisme de régularisation des marchés publics[247]. Il en va ainsi en matière de prestations supplémentaires, expressions de la mauvaise définition du besoin du marché.

Envisageant l'avenant comme moyen de régularisation d'un

marché public illégal, le Code camerounais des marchés publics énonce qu'en cas de dépassement du montant du marché, les modifications ne peuvent se faire que par voie d'avenant et les prestations supplémentaires ne peuvent être payées qu'après signature de ce dernier[248]. De plus, les ordres de services relatifs à ces prestations supplémentaires peuvent être signés par le Maître d'Ouvrage ou le Maître d'Ouvrage Délégué avant d'être régularisés plus tard par voie d'avenant tant que leur incidence financière est inférieure à dix pour cent (10%) du montant du marché.

À la réflexion, les dispositions du Code ci-dessus exposées consacrent l'avenant comme mécanisme de remédiation à la définition défaillante du besoin du marché. Le recours à l'avenant pour prendre en considération les prestations supplémentaires au marché de base demeure cependant bien encadré. Il ne peut y être recouru à la suite des ordres de service que lorsque le montant des prestations modifiées est strictement inférieur à 10% du montant du marché de base. Au-delà de ce pourcentage, les modifications au contrat ne peuvent en aucun cas être le fait de l'ordre de service mais plutôt de l'avenant dans les limites des 30%. On pourrait alors voir ici l'avenant comme le moyen de faire jouer un seuil de tolérance dans le montant du contrat comme un tel seuil existe pour les marchés de maîtrise d'œuvre en France[249].

À l'observation, pour être valide, le recours à l'avenant de régularisation d'un marché public doit respecter deux exigences fondamentales. La première tient à ce que le Code prescrive comme au Togo[250] qu'« en tout état de cause, toute modification touchant aux spécifications techniques doit faire l'objet d'une étude préalable sur l'étendue, le coût et les délais du marché »[251]. Cette exigence corrobore l'idée que l'usage de l'avenant tend à corriger une défaillance lors de la préparation et/ou de la passation du marché. Sinon comment comprendre, qu'un acte qui vise à remédier une défaillance dans la définition du besoin du marché puisse être édicté sans que le problème auquel il entend apporter une solution ne soit traité à la base, au niveau de ses causes ? S'il a été défendu que cette exigence soit « incongrue »[252], il convient de penser qu'elle est nécessaire. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'avenant de régularisation a pour unique but de lutter contre l'inefficacité juridique du contrat en remédiant à l'irrégularité qui entache sa légalité et qui l'exposerait alors à un anéantissement pour conditions de validité non remplies[253]. En imposant ce préalable, le juriste s'assure que le recours à l'avenant de régularisation ne sera pas une pure fantaisie utilisée pour distraire les fonds publics par la signature d'un nouveau contrat[254], mais que celui-ci constitue une véritable occasion de corriger l'irrégularité.

Comme en Algérie[255], au Gabon[256] et au Togo[257], la seconde exigence imposée par le pouvoir réglementaire est celle d'après laquelle « l'avenant est examiné et adopté par les

commissions des marchés compétentes pour le marché de base »[258]. En soumettant l'avenant une procédure identique que celle du marché, la réglementation garantit le respect des principes de la commande publique. Il serait incongru de recourir à un acte illégal pour remédier à un autre de la même qualité. Par ailleurs, l'obligation faite de soumettre le projet de contrat d'avenant à l'examen de la Commission des marchés constitue une forme de garantie de la transparence non seulement par la présence de l'observateur indépendant au sein de cette commission mais aussi et surtout au regard des pouvoirs dont dispose la commission en question[259].

À la lecture des dispositions pertinentes du Code des marchés publics du Cameroun, il en ressort que l'avenant s'apparente à un moyen de régularisation et un procédé de traitement curatif des violations de la procédure de passation des marchés publics. Il est en effet possible de déceler de tels cas dans la pratique contractuelle. C'était déjà le cas de l'avenant d'un marché conclu sous l'égide du Code des marchés publics de 2004. L'objet de cet avenant consistait au « changement d'imputation, d'exercice budgétaire, des textes généraux applicables et de l'AIR »[260]. Il a été question, par cet avenant, de corriger le vice portant sur l'imputation budgétaire qui est une mention obligatoire du marché public[261] et dont l'omission, considérée comme violation au Code, est constitutive d'atteinte à la fortune publique conformément à l'article 188 alinéa 2 du CMP au Cameroun.

Pareil constat se dégage également de la réglementation des marchés publics au Maroc où « (...) le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux, approuvé par le décret n° 2-14-394 du 13 mai 2016, prévoit la possibilité de conclure des avenants entre les administrations contractantes et les titulaires des marchés dans la finalité de faire revivre les erreurs manifestes commises par les deux parties au cours de l'exécution des marchés (art. 12), et ce dans la finalité de garantir la stabilité des relations contractuelles et par conséquent la satisfaction de l'intérêt général comme principal moteur de l'action administrative »[262].

À l'analyse, parce qu'il entend rendre un contrat légal et éviter le prononcé de son inefficacité juridique, le contrat de régularisation se pose comme un instrument de tolérance. Pour rappel, l'avenant constitue désormais une alternative à l'anéantissement du contrat dont les conditions de validité ne seraient pas remplies. Pourtant, la règle est celle suivant laquelle la nullité frappe de sanction un contrat malformé. Or, en permettant la poursuite de l'exécution du contrat et évitant l'annulation de celui-ci[263], l'avenant participe de la mise en œuvre de la tolérance dans les marchés publics de plusieurs manières. D'abord, à l'occasion de l'avenant de régularisation, les parties au contrat peuvent prendre acte de la validation administrative ou législative du contrat initial[264] alors même qu'il a été défendu que ces mesures

sont l'expression même de la tolérance. Ensuite, il peut arriver que, pour des raisons d'urgence impérieuse par exemple[265], l'Administration et son partenaire conviennent de l'exécution de prestations sans conclure au préalable un contrat ou un avenant mais que de telles prestations puissent être régularisées par la conclusion ultérieure d'un contrat produisant des effets antérieurs à l'exécution desdites prestations[266]. Dans le cas d'espèce, le contrat conclu par les parties est mobilisé pour contourner la sanction du non-respect des procédures relatives aux marchés publics ; l'avenant constitue alors une élude à la sanction d'une règle pourtant transgressée[267].

Si on peut opposer à cette pratique la règle d'origine réglementaire liée à l'obligation de notification des marchés publics qui postule que tout marché public prend effet dès sa notification à son titulaire[268], on peut également invoquer en soutien à cette démarche le principe de la liberté contractuelle d'origine constitutionnelle[269]. Autrement dit, il est permis de douter de la constitutionnalité d'une telle interdiction qui équivaut à faire primer une norme à valeur réglementaire - l'obligation de notification - sur le principe constitutionnellement protégé dont découle la rétroactivité - la liberté contractuelle[270]. Ainsi, au Sénégal, sauf stipulation contractuelle contraire mentionnée dans le marché, la date de notification constitue le point de départ des délais contractuels d'exécution du marché[271].

Enfin, si régulariser ce n'est pas tolérer l'irrégularité, mais la rendre régulier, il n'en demeure pas moins que le contrat de régularisation d'une situation financière constitue bel et bien un acte de tolérance. Si le principe reste qu'un marché public ne peut être conclu en l'absence ou en dépassement de crédits, il ne demeure pas moins qu'au regard de la pratique[272] et de la jurisprudence, un marché conclu en l'absence de crédits reste valide et la collectivité n'est pas fondée à en refuser le paiement[273] sous réserve de l'adoption de mesures de régularisation. En effet, dans le but d'adapter la situation à l'évolution de son environnement, par avenant, les parties reportent fictivement dans le passé la situation nouvelle à laquelle elles sont confrontées[274]. Dès lors, il peut être fait recours à un avenant pour éviter le prononcé de l'inefficacité juridique d'un contrat en vue de régulariser sa situation financière[275].

Tout compte fait, la régularisation administrative du marché public illégal est un procédé visant à éviter l'inefficacité juridique totale du contrat. Elle s'opère soit de façon unilatérale soit de façon conventionnelle. Elle participe alors du traitement curatif des irrégularités commises dans la passation des marchés publics en introduisant des mécanismes permettant la poursuite de l'exécution d'un marché entaché d'un vice originel. À cet effet, elle constitue un moyen de restauration de la légalité, un mécanisme de tolérance visant à maintenir les relations contractuelles irrég-

-gulières à leur naissance en les marquant de l'onction du droit.

Au final, la présente réflexion s'était assignée la modeste mission de rendre compte, non pas de manière exhaustive, de l'appréhension de la tolérance dans les marchés publics des États d'Afrique subsaharienne francophone. À cet égard, elle relève que la tolérance donne lieu à une consécration légale[276] tant en phase de passation qu'à celle de l'exécution. En phase de passation, la tolérance est formalisée tant dans les textes relatifs aux marchés publics que dans ceux dont la matière gravitent autour de cet objet. En manière d'exécution, l'aménagement d'un seuil de tolérance participe de cette logique. Le jurisléateur reconnaît alors le droit à la résiliation et le pouvoir de résiliation du cocontractant comme de forme d'expression et de cessation de la tolérance subie par le cocontractant. Par ailleurs, l'analyse révèle que la tolérance dans les marchés publics n'est pas appréhendée sous le seul angle de l'objet de la légalité mais aussi comme un but de celle-ci. À ce titre, la régularisation, qu'elle soit législative ou administrative, constitue une manifestation intéressante de la tolérance dans les marchés publics dans les États sous étude. Cependant, le développement croissant de la régularisation comme une forme d'expression de la tolérance ne peut-il pas favoriser la fragilisation de la norme alors que l'on sait que le droit des marchés publics est un droit essentiellement formaliste ? L'introduction croissante de la tolérance dans les marchés publics ne constitue-t-elle pas un danger pour confiance légitime[277] et partant la sécurité juridique[278] sachant qu'on n'a pas l'assurance qu'elle sera accordée ? Autant de questions et biens d'autres que laisse inachevée la présente réflexion sur la tolérance dans le droit des marchés publics des États d'Afrique francophone.

[1] PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, 3e éd., Paris, LexisNexis, 2020, pp. 997-1354 ; DUPRÉ DE BOULOIS (X.), « Les actes administratifs unilatéraux », in GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (Ph.) (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2011, Tome II, pp. 157-215 ; BRENET (F.), « Les contrats administratifs », in GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (Ph.) (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2011, Tome II, pp. 217-281.

[2] Pour un aperçu, lire NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, 5e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, 780 p.

[3] Historiquement, les marchés publics ont été appréhendés comme un moyen d'assouplissement de la souveraineté de l'État. Napoléon exprimait d'ailleurs son hostilité à ce mode d'action administrative de la manière suivante : « Partez bien du principe qu'on ne fait les marchés que pour voler ; que, quand on paye, il n'y a pas besoin de marchés, et que le système de la régie est toujours meilleur » in BRISSON (J.-F.) et ROUYÈRE (A.), *Droit administratif*, L.G.D.J., Paris, Collection Pages d'AMPHI, 2004, p. 234

[4] GUÉZOU (O.), *Traité de contentieux de la commande publique*, 1ère éd., Antony, Éditions Le Moniteur, 2015, passim, p. 16, p. 24.

[5] Le mandat constitue une exception au critère organique dans les

contrats administratifs et d'après lequel, il n'y a contrat administratif que lorsque celui-ci est passé par une personne publique. Le mandat peut être explicite (C.E., 30 janvier 1931, Société Brossette) ou implicite. On parle dans ce dernier cas de « la théorie de la transparence des personnes privées ». (C.E., 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt).

[6] RIBOT (C.), MARC (E.), IDOUX (P.) (dir.), *Dico Moniteur des marchés publics*, Paris, Éditions Le Moniteur, 2009, pp. 422 et s. ; BEAUGÉ (Th.), *Dictionnaire de la commande publique*, Paris, AFNOR, 2007, p. 122 ; VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, 7e éd., Paris, Sirey, 2015, pp. 282 et ss. ; LAJOYE (Ch.), *Droit des marchés publics*, 6e éd., Paris, Gualiano, Lextenso-Éditions, 2017, pp. 39-44.

[7] Un contrat peut également être qualifié de marché public en application de la théorie de l'accessoire. « (...) En effet, un contrat étant administratif, son caractère s'étend aux conventions annexes ou accessoires qui en procèdent et dont il est la raison d'être, même si les parties ne sont pas les mêmes, et alors que, considérées isolément, ces conventions apparaîtraient comme des contrats de droit privé (...) ». GUETTIER (Ch.), *Droit des contrats administratifs*, 2e éd., Paris, PUF, 2008, p. 71. La théorie de l'accessoire née en droit privé (et transposée en droit public) signifie que le régime des biens accessoires suit celui du bien principal. C'est la traduction de la locution latine « *accessorium sequitur principale* » (l'accessoire suit le principal) dont la véritable expression est « *accessorium sequitur naturam rei principalis* » (l'accessoire suit la nature de la chose principale). Pour un aperçu de cette règle dans les contrats publics, MOLLION (G.), « La théorie de l'accessoire dans les contrats publics », *Contrats et marchés publics*, Août-Septembre 2009, pp. 9-14 ; BLANQUIÈRE (B.), *La théorie de l'accessoire en droit administratif*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Paris II Panthéon-Assas, 12 décembre 2018, 663 p., spéc. pp. 305-376. Ainsi, conformément à l'article 5bb du CMP du Cameroun, les marchés de travaux sont 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 ». Voir aussi l'article 62 du même Code d'après lequel « les marchés de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location-vente de produits ou matériels y compris les services et accessoires, si la valeur de ces derniers ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes ». Nous mettons en gras.

[8] MAURIN (A.), *Droit administratif*, 11e éd., Paris, Sirey, 2018, p. 99 ; RICCI (J.-C.), *Droit administratif général*, 5e éd., Paris, Hachette, 2013, p. 217 ; SEILLER (B.), *Droit administratif. L'action administrative*, 3e éd., T. 2, Barcelone, Flammarion, 2010, p. 195 ; DUPUIS (G.), GUÉDON (M.-J.), CHRÉTIEN (P.), *Droit administratif*, 10e éd., Paris, Sirey, 2007, p. 434.

[9] Pour la professeure Sophie NICINSKI, il existe plutôt quatre (4) critères des marchés publics. Elle ne considère ni le critère concurrentiel ni le critère légal comme des critères des marchés publics. Voir NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, 5e éd., Paris, L.G.D.J., 2016, op. cit., pp. 542-572. Il en va de même pour le professeur François LICHÈRE qui considère « (...) la notion de mar-

marché résulte de la définition donnée par l'article L III1-1 du CCP, cité ci-après, qui comporte quatre éléments : un élément formel (contrat), un élément financier (caractère onéreux), un élément organique (acheteur et opérateur économique) et un élément matériel (besoins de l'acheteur (...)). Voir LICHÈRE (F.), « Notion de marchés », in RICHER (L.) (dir.), *Encyclopédie du droit de la commande publique*, <https://www.droitdelacommandepublique.fr/dossiers/notion-de-marches-3/?pdf=4954>, pp. 1 et s., consulté le 10 mai 2022. En ce qui la concerne, le professeur Marion UBAUD-BERGERON identifie plutôt trois (3) critères que sont le critère organique, l'objet des marchés et le caractère onéreux du marché. Voir UBAUD-BERGERON (M.), *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 127-146. Quant à lui, le professeur Laurent RICHER retient cette précédente classification. Voir, RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, 7e éd., Paris, L.G.D.J., 2010, pp. 364-399.

[10] Sur les critères des marchés publics au Cameroun, KEMDJO TAGNE (F. H.), *La transparence dans le droit des marchés publics au Cameroun*, Thèse de doctorat Ph.D en Droit public, Université de Douala, 2021, pp. 33-51 Janvier-Juin 2020, pp. 171-194 lique "res tion du pré-rapport, une syhtèse des documents colléctés; ABDOLRAHIM OUMAROU, *L'autorité contractante dans la passation des marchés publics au Cameroun*, Mémoire de Master II recherche en droit public, Université de Douala, 2015, pp. 6-10.

[11] HOEPFFNER (H.), LLORENS (F.), « Dans quoi les contrats exclus des ordonnances marchés publics et concessions sont-ils inclus ? », *Contrats et marchés publics*, Avril 2018, n°4, pp. 2-3.

[12] Conformément aux articles R2432-2, R2432-3 et R2432-4 du Code de la commande publique en France, un seuil de tolérance peut être défini dans un contrat de maîtrise d'œuvre privée dans des conditions stipulées entre le maître d'ouvrage et son cocontractant.

[13] À l'instar du « raisonnable », la doctrine accorde progressivement un intérêt à la tolérance. Sur le raisonnable en droit des contrats lire entre autres, HOBINAVALONA RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2009, 451 p. ; KALFLÈCHE (G.), « Le raisonnable dans les contrats publics », in THÉRON (S.), *Le raisonnable en droit administratif*, Paris, Editions L'Epitoge, 2016, pp. -.

[14] C'est le cas en matière de propriété publique avec l'obligation de paiement d'une redevance d'occupation du domaine public considérée comme une tolérance intéressée. En effet, la perception d'une redevance payée par l'occupant sans titre ne correspond ainsi jamais à une « autorisation implicite », même s'il y a là une apparence de légalité entretenue par l'autorité gestionnaire du bien. Cette tolérance dont elle fait preuve est alors intéressée. Pour approfondir, lire LAVERGNE (B.), « La tolérance et la propriété publique », in BIOY (X.), LAVERGNE (B.) et SZTULMAN (M.), *Tolérance et droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2013, [en ligne], n°26. On peut également mentionner qu'en droit pénal la tolérance trouve un terreau fertile d'expression. Les mécanismes tels que la grâce, l'amnistie, l'arrêt des poursuites, la libération sous condition sont autant de forme d'expression de la tolérance en matière pénale. Pour approfondir, NZOUABETH (D.), « La tolérance en matière pénale au Sénégal », *Revue C.A.M.E.S./S.J.P.*, n°001/2018, pp. 207-234 ; ANOUKAHA (F.), « Le pardon en droit pénal », *Leçon finale du Colloque du 26 novembre 2021 à l'Université de Dschang sur « L'effectivité du droit »*, 20 p. Voir aussi, GATTO

(C.), *Le pardon en droit pénal*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, 496 p.

[15] CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 142. Pour cet auteur, « (...) il existe bien une notion autonome de la tolérance administrative, acte de volonté du pouvoir à des fins d'intérêt public. Ineffectivité, si l'on veut, comme la désuétude, mais en moins profond : la tolérance est instable (car l'appréciation de l'intérêt public peut changer rapidement), et elle n'affecte que la règle de sanction, la règle de prohibition pouvant demeurer effective – du moins partiellement effective, dans la mesure même où la possibilité, toujours présente, d'un retour à la sanction intimide quelques contrevenants potentiels ».

[16] DILHAC (M.-A.), *La tolérance, un risque pour la démocratie. Théorie d'un impératif politique*, Paris, Vrin, 2014, 242 p.

[17] MAUGARD (Fl.), « Tolérance et droit fiscal », in BIOY (X.), LAVERGNE (B.) et SZTULMAN (M.), *Tolérance et droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2013, [en ligne], n°3

[18] FLAMMARION (H.), FLAMMARION (Ch.-H.), ROCAUT (G.), ROCAUT-QUILLET (Ch.) (dir.), *Dictionnaire usuel illustré*, Paris, Librairie Quillet-Flammarion, 1982, p. 1792.

[19] C'est dans ce sens que le philosophe Henri-Frédéric AMIEL considère que « la tolérance est une vertu du cœur, non le privilège d'un point de vue ». C'est dans ce but et dans celui d'encourager la compréhension mutuelle entre les cultures et les peuples que l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies a déclaré le 16 novembre de chaque année comme « journée internationale de la tolérance ».

[20] *Dictionnaire Larousse*, Maxipoché 2018, Paris, 2017, p. 1389.

[21] LITTRÉ (É.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Gallimard/Hachette, 1962, Tome VII, p. 1026.

[22] ROBERT (P.), *Le Nouveau Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2010, p. 2567.

[23] <https://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/tolerance/>, consulté le 10 mars 2022 à 13h20min.

[24] Cette présentation permet d'identifier à côté de l'esprit de tolérance (admettre les différences, les manières de penser et d'agir différentes des siennes, etc.), la tolérance dans la mise en œuvre de la règle (possibilité de ne pas respecter une règle, accommodement de la règle).

[25] PUIGELIER (C.), *Dictionnaire juridique*, Bruxelles, Larquier, 2015, n°5632.

[26] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 10e éd., Paris, Puf, 2014, p. 1027.

[27] ROY (J.-M.), « La tolérance », *Revue de la recherche juridique*, n°2, 1995, p. 497.

[28] MOURGEON (J.), « Tolérance et règle de droit », *Les cahiers de droit*, Vol. 30, n°4, 1989, p. 980 ; GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), « La tolérance juridique », *Revue de la recherche juridique*, n°4, 2015, p. 1410.

[29] ROY (J.-M.), « La tolérance », *op. cit.*, pp. 499-504.

[30] TALLINEAU (L.), « Les tolérances administratives », *AJDA*, Janvier 1978, p. 3

[31] SCHAEGIS (Ch.), *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Ellipses, 2008, p. 274.

- [32] GRABIAS (F.), « Contribution à la définition de la notion de tolérance administrative », in BIOY (X.), LAVERGNE (B.) et SZTULMAN (M.), *Tolérance et droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, [en ligne], n°3.
- [33] TALLINEAU (L.), « Les tolérances administratives », *op. cit.*, pp. 3-38.
- [34] GRABIAS (F.), « La tolérance administrative, inapplication condamnable du droit », in Le BCEUF (R.) et Le BOT (O.) (dir.), *L'inapplication du droit, Aix-en-provence, Confluence des droits*, 2020, pp. 107-130 ; FOUMENA (G. Th.), « Tolérance administrative et désordre urbain », in ONANA (J.) (dir.), *Gouverner le désordre urbain. Sortir de la tragique impuissance de la puissance publique au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2019, pp. 22 et s.
- [35] NGAHNA MANGMADI (E. D.), « La tolérance administrative au Cameroun. Odyssée au confluent de la norme juridique et de l'anorme », *Mosaïque, Revue panafricaine des sciences juridiques comparées*, n°23, 2022, pp. 259-286.
- [36] MOURGEON (J.), « Tolérance et règle de droit », *op. cit.*, pp. 979-986 ; GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), « La tolérance juridique », *op. cit.*, pp. 1397-1422.
- [37] MOURGEON (J.), « Tolérance et règle de droit », *ibid.*, p. 981.
- [38] NIANDOU SOULEY (N.), « Ajustement structurel et effondrement des modèles idéologiques : crise et renouveau de l'État africain », *Revue Études internationales*, n°2, Vol. 22, 1991, pp. 253-265.
- [39] MOUKOKO MBONJO (P.), « Pluralisme socio-politique et démocratie en Afrique : Approche consociative ou du "power-sharing" », *Afrique 2000*, n°15, 1993, pp. 39-54.
- [40] MELKEVIK (B.), *Tolérance et modernité juridique*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2006, 168 p.
- [41] GROULIER (C.), « Tolérer n'est pas permettre. De la distinction de la tolérance et de la permissivité en droit », in BIOY (X.), LAVERGNE (B.) et SZTULMAN (M.), *Tolérance et droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, [en ligne], n°3
- [42] GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), « La tolérance juridique », *op. cit.*, pp. 1402-1404.
- [43] C'est dans ce sens qu'abonde Me Rémi ROUQUETTE, pour qui la tolérance est « le fait d'accepter un comportement, une pratique, une situation qui est contraire au droit objectif ou à un droit subjectif ». Voir ROUQUETTE (R.), *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, Le Moniteur, 2002, p. 650.
- [44] GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), « La tolérance juridique », *op. cit.*, p. 1410.
- [45] Cette expression est empruntée au professeur René CHAPUS. Elle renvoie à toute autorité créatrice des normes juridiques. Voir CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 14e éd., Paris, Montchrestien, Tome I, 2000, p. 27.
- [46] PACTEAU (B.), « Synthèse », in BIOY (X.), LAVERGNE (B.) et SZTULMAN (M.), *Tolérance et droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, [en ligne], n°73.
- [47] ROBINEAU (M.), « Le droit civil et la tolérance, ou l'ombre de la transgression », in RICHARD (P.) et SUEUR (J.-J.) (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 81.
- [48] COLIN (F.), « De l'indulgence en droit administratif », *AJDA*, n°15, 2012, pp. 794-799.
- [49] LACHAUME (J.-F.), « Le formalisme », *AJDA*, n° spécial, 1995, p. 133.
- [50] À titre d'exemple, voir l'article 79 alinéa 1b paragraphe 9 du Code des marchés publics du Maroc dispose que : « dans ce cas, le marché doit prévoir un seuil de tolérance par rapport à l'estimation du coût global du projet ayant été à la base de l'attribution du marché ainsi que les conséquences pour le concurrent retenu, en cas de dépassement dudit seuil de tolérance ». Voir aussi l'article 90 paragraphe 9 du même texte.
- [51] KOUAKOU (K. E.), *L'exorbitance dans les contrats administratifs en Afrique francophone*, *op. cit.*, pp. 178-217 ; MRAD (D.), *Subjectivisation du contentieux et contrat administratif*, Thèse de doctorat en Droit public, Université Paris-Saclay, 2018, 837 p.
- [52] KOUAKOU (K. E.), *L'exorbitance dans les contrats administratifs en Afrique francophone*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université Félix HOUPHOUËT-BOIGNY, 2019, 461 p. ; KABA DEBE (A. A.), « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *Afrilex*, Mai 2015, p. 6.
- [53] C'est le cas en France avec la consécration d'un droit à l'erreur. En effet, le droit à l'erreur est une prérogative qui permet à une personne ayant méconnu pour la première fois une règle applicable à sa situation ou ayant commis une erreur matérielle lors du renseignement de sa situation de ne pouvoir faire l'objet, de la part de l'administration, d'une sanction, pécuniaire ou consistant en la privation de tout ou partie d'une prestation due, si elle a régularisé sa situation de sa propre initiative ou après avoir été invitée à le faire par l'administration dans le délai que celle-ci lui a indiqué. Dans ce cas, l'administration offre la possibilité à l'administré de régulariser sa situation en contrepartie de son indulgence dans l'application des sanctions. Pour approfondir la question, lire PERRIN (A.) et VIDAL-NAQUET (A.), « Quel droit à l'erreur ? », *AJDA*, n°32, 2018, pp. 1837-1849.
- [54] ROBINEAU (M.), « Le droit civil et la tolérance, ou l'ombre de la transgression », *op. cit.*, p. 82.
- [55] AMEGAN-DZAKA (K. E.), *La tolérance en droit administratif*, GRIN, 2020, p. 22.
- [56] TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, 9 éd., Paris, Dalloz, 2012, pp. 469 et s. ; CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2007, pp.32 et s.
- [57] RICHER (L.) et LICHÈRE (F.), *Droit des contrats administratifs*, 10e éd. Paris, LGDJ, 2016, n°698, p. 354.
- [58] COHENDET (M.-A.), *Méthodes de travail. Droit public.*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 46.
- [59] ROBINEAU (M.), « Le droit civil et la tolérance, ou l'ombre de la transgression », *op. cit.*, pp. 75-99.
- [60] La pratique administrative est considérée comme une source matérielle du droit. Pour le professeur Philippe JESTAZ, « (...) il s'agit bien [d'une] quasi législation pour compléter les textes (...) ». JESTAZ (Ph.), *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 33.
- [61] Comme l'écrivent les professeurs Laurent RICHER et François LICHÈRE, « il faut aussi, naturellement, tenir le plus grand compte du contenu des contrats, d'une part parce qu'ils sont eux-mêmes créateurs du droit, d'autre part parce que les contrats peuvent être conclus sur certains objets en dehors de tout cadre législatif ou réglementaire. Il est donc impossible de s'en tenir à l'examen des textes, de la jurisprudence et de la doctrine, il convient aussi d'être attentif à la pratique contractuelle pour avoir une vue complète des contrats administratifs [en général et des marchés publics en particulier] ». Voir RICHER (L.) et LICHÈRE (F.), *Droit des contrats*

administratifs, op. cit., n°4, p. 15.

[62] ROLIN (F.), « Le rôle de la pratique dans la construction du droit des contrats administratifs », in À propos des contrats des personnes publiques, Mél. en l'honneur au professeur Laurent RICHER, L.G.D.J., 2013, pp. 9-23. Au sens de cet auteur, la pratique contractuelle en droit administratif « (...) repose sur un nombre d'acteurs beaucoup moins importants [qu'en droit privé] avec au centre du jeu un acteur doté d'un poids tout particulier, l'État (...) », p. 14

[63] Il n'est pas interdit de s'appuyer sur d'autres réglementations pour étayer les démonstrations.

[64] Décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics au Cameroun.

[65] Décret n°00027/PR/MEPPDD du 17 janvier 2018 portant Code des marchés publics au Gabon

[66] Sur cette dernière réforme, lire entre autres : MOMO (Cl.), KEMDJO TAGNE (F. H.), « La nouvelle réforme des marchés publics au Cameroun (2018) : entre innovations et incohérences », Annales Africaines, Vol. 1, n° 12, Avril 2020, pp. 199-237 ; MOUNOM MBONG (W.), « Les mutations récentes du droit de la commande publique au Cameroun », R.A.D.P., Vol. IX, n°18, Janvier-Juin 2020, pp. 169-197 ; DICKA (J. É.), « La nouvelle architecture juridique de la 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 ? », R.A.D.S.P., Vol. VIII, n°17, Janvier-Juin 2020, pp. 171-194 ; MESSENGUE AVOM (B.), « « Sisyphe » et la pierre de la commande publique », in ABOUEM À TCHOYI (D.) et M'BAFOU (St. Cl.) (dir.), Améliorer l'efficacité de l'État au Cameroun. Propositions pour l'action, L'Harmattan, Paris, 2019, pp. 459-473.

[67] Suite à la modification constitutionnelle du 14 mai 2019 supprimant le poste de Premier Ministre, il paraissait nécessaire d'apporter une modification de l'article 76 du CMP en vue de garantir la bonne exécution des procédures relatives aux marchés passés par entente directe et qui relevait à l'époque de sa compétence. C'est tout l'objet du Décret n°2020-22 du 07 janvier 2020 portant modification de l'article 76 du décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics.

[68] Voir la loi n°2021-033 du 29 décembre 2021 relative aux marchés publics. Cette loi qui pose les règles générales applicables aux marchés publics dispose en son article 67 relatif aux dispositions transitoires que « les organes de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics créés par la loi n°2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics poursuivent l'exercice de leurs missions jusqu'à la mise en place organes de passation, de contrôle et de régulation créés par la présente loi ». Sur ce fondement, l'étude portera principalement sur le Décret n°2009 – 277/PR portant Code des marchés publics et délégations de service public, pris en application de la loi du 30 juin 2009 précédemment mentionnée. En attendant l'adoption d'un nouveau Code, ce texte continue de régir les procédures contractuelles liées aux marchés publics dans ce pays.

[69] En Algérie, le texte de base de l'analyse consiste en les dispositions du Décret présidentiel n°15-247 du 2 Dhou El Hidja 1436 correspondant au 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public.

[70] Décret exécutif n° 21-219 du 8 Chaoual 1442 correspondant au 20 mai 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux

[71] Au Maroc, l'analyse portera principalement sur le Décret n°2-12-349 du 8 jourmada I 1434 relatif aux marchés publics.

[72] AYISSI (R. Fl.), La tolérance en droit public camerounais, Thèse de Doctorat Ph.D en Droit Public, Université de Douala, Août 2019, 463 p.

[73] MOURGEON (J.), « Tolérance et règle de droit », op. cit., p. 980.

[74] GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), « La tolérance juridique », op. cit., pp. 1398 et s.

[75] TALLINEAU (L.), « Les tolérances administratives », op. cit., p. 3. Dans la suite de son analyse, l'auteur affirme que « (...) Des « tolérances » peuvent être ainsi accordées par le législateur. Des textes d'origine administrative, dont la légalité n'est pas contestée, peuvent également les instituer. Le juge judiciaire et le juge administratif eux-mêmes sont amenés à utiliser cette terminologie lorsqu'ils se prononcent sur l'application des textes ». *ibid.*, p.13. Cependant, elle conteste de telles mesures la qualification de « tolérances » comme techniques originales du droit administratif en ce qu'elles ne portent pas sur le maintien d'une situation irrégulière. Pour l'analyste, il s'agit de fausses tolérances qui n'ont en commun avec les « vraies tolérances » que la volonté commune d'atténuer la rigueur de la norme. Elle les qualifie alors d'autorisations. Sur l'ensemble de ces développements, pp. 13 et s.

[76] MAUGARD (Fl.), « Tolérance et droit fiscal », in BIOY (X.), LAVERGNE (B.) et SZTULMAN (M.), Tolérance et droit public, op. cit., n° 4.

[77] En droit administratif on parle de compétence liée lorsque l'administration est tenue d'agir sans un sens sans possibilité d'appréciation ou de choix. Par contre, on parle de pouvoir discrétionnaire lorsqu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit. Pour approfondir, CHRÉTIEN (P.), CHIFFLOT (N.), TOURBE (M.), Droit administratif, 15e éd., Paris, Sirey, 2016, pp. 546 et s. ; RICCI (J.-C.), Droit administratif général, 5e éd., Paris, Hachette, 2013, pp. 40-43 ; MORAND-DEVILLER (J.), Cours de droit administratif, Paris, Montchrestien, 10e éd., 2007, pp. 284-286.

[78] Pour le cas du Cameroun, lire BIAKAN (J.), Droit des marchés publics au Cameroun. Contribution à l'étude des contrats publics, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 59-78. ; Pour le cas du Maroc, voir NABIH (M.), Droit des marchés publics. Aspects juridiques, financiers et contentieux, Rabat, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2014, pp. 116-155. Pour le cas du Sénégal, consulter SY (D.), Droit administratif, 2e éd., Dakar, L'Harmattan, 2014, pp. 329-337.

[79] C.E., ass. 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation.

[80] C.E., ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne. Pour une analyse de cette décision, lire DELVOLVÉ (P.), « De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », R.F.D.A., n° 3, 2014, pp. 438-449.

[81] C.E., ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers. Pour une analyse de cette décision, lire GLASER (E.), « Béziers I, à propos d'un « notamment » », in À propos des contrats des personnes publiques, Mél. en l'honneur au professeur Laurent RICHER, L.G.D.J., 2013, pp. 641-649.

[82] Pour une analyse de ces décisions, lire avec grand intérêt LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.), GENEVOIS (B.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 23e éd., Paris, Dalloz, 2021, pp. 875-888.

[83] <https://www.lepetitjuriste.fr/il-etait-une-fois-beziers-retour-sur-la-trilogie-jurisprudentielle/>, consulté le 19 mai 2022 à 11h 02

min.

[84] L'affaire est davantage connue pour des raisons différentes que celles ci-dessus exposées en ce qu'elle consacre une irruption des mécanismes de bonne foi dans les contrats administratifs. Sur ce point, voir VIER (Ch.-L.), « La bonne foi dans le contrat administratif », in À propos des contrats des personnes publiques, Mél. en l'honneur au professeur Laurent RICHER, LGDJ, 2013, pp. 477-489. Sur le cas du Cameroun, consulter ESSOMBA (F. Ch.), La bonne foi de l'Administration dans le droit camerounais des marchés publics, Mémoire de Master II en Droit public, Université de Douala, 2015, 149 p.

[85] CE, Avis, Sect., Préfet de la Côte-d'Or, 10 juin 1996.

[86] LAFALX (J.-F.), Essai de traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration, Dalloz, 2009, 768 p. Sur la nullité avant 1996, lire POUYAUD (D.), La nullité des contrats administratifs, LGDJ, 1991, 598 p.

[87] LANGELIER (É.), L'office du juge administratif et le contrat administratif, Paris, LGDJ, 2012, 894 p.

[88] UBAUD-BERGERON (M.), « Sécurité juridique et contrats administratifs », RDP, n°3, 2016, pp. 779-791 ; PLESSIX (B.), « Sécurité juridique et confiance légitime », RDP, n°3, 2016, pp.799-808.

[89] FROT (O.), Marchés publics : comment choisir le mieux-disant ? La détermination des critères et leur pondération, Paris, 2e éd., AFNOR, 2008, p. 174.

[90] LINDITCH (Fl.), Le droit des marchés publics, Paris, 8e éd., Dalloz, 2021, pp. 42-55.

[91] Article 92 alinéa 9 du CMP du Cameroun

[92] Articles 52 paragraphe 5 et 71 paragraphe 2, 6e tiret du Décret présidentiel n°15-247 du 2 Dhou El Hidja 1436 correspondant au 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public.

[93] Conformément à l'article 44 du Décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics « (...) Les documents prévus aux alinéas a), b), d), e), f) et éventuellement h) et i), non fournis ou incomplets sont exigibles dans un délai égal à celui impartit à l'Autorité contractante pour prononcer l'attribution provisoire (...) ».

[94] Analysant la décision n°035-2015/ARMP/CRD rendue par le Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics du Togo le 27 mai 2015, des auteurs affirment que l'autorité contractante peut demander des éclaircissements sur les éléments de doute constatés dans l'offre d'un soumissionnaire. Cependant, « la principale condition qui encadre cette faculté accordée à l'autorité contractante est que la demande d'éclaircissement ne doit pas avoir pour effet de rendre conforme ou plus compétitive l'offre du soumissionnaire concerné ». Voir KOKOROKO (D. K.) et MOROU (A. T.) (dir.), Contentieux des marchés publics. Commentaire des décisions du Comité de règlement des différends (CRD) de l'ARMP 2015-2016-2017, Tome II, Lomé, 2019, p. 27.

[95] Articles 109 et 110 du CMP du Gabon.

[96] Article 36 alinéa 2 paragraphe 1 du CMP du Maroc.

[97] Article 1 du CMP du Maroc.

[98] BEAUGÉ (Th.), Dictionnaire de la commande publique, op. cit., p. 80 ; BIAKAN (J.), Droit des marchés publics au Cameroun. Contribution à l'étude des contrats publics, op.cit., pp. 62 et s.

[99] NABIH (M.), Droit des marchés publics. Aspects juridiques, fi-

-nanciers et contentieux, op. cit., p. 143.

[100] Article 91 alinéa 6 du CMP du Cameroun ; article 105 du CMP du Gabon ; article 67 alinéa 1 du CMP au Sénégal ; article 53 alinéa 5 du CMP du Togo.

[101] LACHAUME (J.-F.), « Le formalisme », op. cit., p. 138.

[102] <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Offre-irreguliere.htm> consulté le 26 mai 2022 à 02h22min.

[103] Article 64 du CMP du Togo ; article 115 du CMP du Gabon ; article 72 alinéa 4, 3e tiret du CMP de l'Algérie.

[104] C'est ce qu'a décidé le Comité de règlement des différends (CRD) de l'Autorité de régulation des marchés publics du Togo dans sa Décision n°067-2017/ARMP/CRD du 18 septembre 2017. Pour le CRD, « l'offre anormalement basse est celle qui ne correspond pas à la réalité économique, qui nuit à la concurrence loyale entre les candidats et qui, si elle était retenue, risquerait de mettre en péril la bonne exécution du marché ». Voir aussi au Sénégal, Décision n°155/13/ARMP/CRD du 26 juin 2013 du Comité de Règlement des Différends statuant en commission sur le recours de l'IMPREMERIE DIACK concernant l'appel d'offres n° F001/CK/SG de la Commune de KAOLACK ayant pour objet la fourniture d'imprimés et registres (lot 1) et de tickets de perception (lot 2).

[105] Aux termes de l'article 36 alinéa 9 du Décret n°2-12-349 du 8 jomada I 1434 relatif aux marchés publics, « lorsque la commission constate des erreurs matérielles ou des discordances dans les pièces du dossier administratif, elle admet l'offre du concurrent concerné, sous réserve de l'introduction des rectifications nécessaires dans les conditions prévues à l'article 40 ci-dessous ». Voir aussi article 69 du CMP du Sénégal.

[106] Au Cameroun ce pouvoir est consigné dans l'article 30 du Règlement Général de l'Appel d'Offres (RGAO) du DAO-Type travaux. Il en va de même pour les marchés de fournitures, de services et de prestations intellectuelles. Pour le cas des fournitures achetées localement ou importées (Article 32 du RGAO des DAO-Type respectifs). Pour les marchés de services et de prestations intellectuelles, voir le point 5.9 du DAO-Type.

[107] GUEDJE (L.) et GODJO (A.), « La commande publique dans la réforme : quelle stratégie, quelles actions ? », in MÉDÉ (N.), La LOLF dans tous ses états, Centre des publications universitaires de l'Université d'Abomey-Calavi, 2015, pp. 109-123. De même, il existe un contentieux des marchés publics devant le juge financier. Sur le rôle du juge financier en matière des marchés publics, lire avec de manière non exhaustive : KUREK (A.), Le juge financier, juge administratif, Thèse de doctorat en Droit public, Université de Lille 2 Droit et Santé, 2010, pp. 46-64 ; SIETCHOUA DJUITCHOKO (C.), « La Chambre des Comptes de la Cour Suprême – Nouveau juge administratif au Cameroun », Recht in Afrika n°1, 2013, pp. 72 et s. Ainsi, le juge financier dit pour droit qu'il incombe au comptable public de vérifier que le contrat a fait l'objet d'enregistrement, sous peine d'engager sa responsabilité. Voir Arrêt n°72/AD/CS/CDC/S2/11 du 29 septembre 2011, Compte de gestion de la Commune urbaine de Garoua, Exercice 2004 in 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'observation afin de contrôle commentés, Les Éditions le Kilimandjaro, Yaoundé, 1ère éd., 2016, pp. 302-311.

[108] RIBOT (C.), « La commande publique éco-responsable », in

Contrats publics, Mél. en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL, Tome II, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, pp. 283-302.

[109] On parle alors de droit pénal des marchés publics. Pour approfondir, lire PREBISSY-SCHNALL (C.), La pénalisation du droit des marchés publics, LGDJ, Paris, 2002, 617 p. ; DESCOUT (H.), SALAMAND (W.), Le droit pénal des marchés publics, Éditions de « La lettre du cadre territorial », 4e éd., 2005, 182 p.

[110] Dans les finances publiques par exemple, il a été jugé qu'un marché conclu en l'absence de crédits reste valide et la collectivité n'est pas fondée à en refuser le paiement (C.E. 25 novembre 1931, Dame Baudouin). En droit pénal par exemple, selon l'appréciation qu'il en fait, le procureur demeure libre de juger de l'opportunité de poursuite à l'égard d'une violation des règles de la commande publique. Dans le domaine de l'environnement, il reste que le principe du pollueur-payeur constitue une forme d'indulgence à l'égard des effets néfastes qu'un marché public pourrait causer à l'environnement. Voir KAMTO (M.), Droit de l'environnement en Afrique, EDICEF, Paris, 1996, p. 75.

[111] Définie comme une « mesure inscrite dans la loi par laquelle les pouvoirs publics déchargent un contribuable du paiement de la totalité ou d'une partie de ses impôts qui seraient, sans cette mesure, normalement dus » [KAMEUGNE NUADJE (Th.), Lexique des termes fiscaux, Douala, Éditions Veritas, 2016, pp. 196 et s.], l'exonération fiscale est appréhendée comme une sorte d'indulgence vis-à-vis du contribuable, de prescription légale d'une dispense totale ou partielle des impôts et donc de tolérance par la loi fiscale. Appliquée en matière de marché public, elle constitue un moyen d'introduction de la tolérance dans un domaine caractérisé par des procédures bien réglementées. Ce cas ne figure ne relève pas seulement d'hypothèse d'école.

En analysant législations sous étude, il ressort par exemple qu'au Cameroun, à la faveur de la loi de finances de l'année budgétaire 2016, certaines commandes publiques notamment celles relatives à l'achat des carburants et des lubrifiants ont fait l'objet d'exemption des droits d'enregistrements. Les marchés passés dans le cadre de ces commandes ont été exonérés du paiement des droits d'enregistrements alors que ceux-ci sont exigés pour tout marché public, à la charge du maître d'ouvrage ou du titulaire du marché. Sur la question, lire KWEDI KOTTO (S. D.), La réforme du régime fiscal des marchés publics par les lois de finances 2015, 2016 et 2017 au Cameroun, Université de Douala, Mémoire de Master professionnel en fiscalité appliquée, 2014-2015, pp. 27-31. Voir aussi MBAKOP (J. R.), La fiscalité de la commande publique au Cameroun. Essai d'une mise en relief du système fiscal des commandes d'État, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Douala, en cours, inédit, pp. 103-124.

[112] QUILLIEN (Ph.-J.), Lexique de droit public, Paris, Ellipses, 2005, p. 30.

[113] PUIGELIER (C.), Dictionnaire juridique, Bruxelles, Larcier, 2015, n°320.

[114] <https://fr.wikipedia.org/wiki/Amnistie> consulté le 19 juin 2022 à 11h13min.

[115] PIN (X.), Droit pénal général, 10e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 272.

[116] ALBERT (J.-L.), PIERRE (J.-L.) et RICHER (D.), Dictionnaire de droit fiscal et douanier, Paris, Ellipses, 2007, p. 28 ; KAMEUGNE NUADJE (Th.), Lexique des termes fiscaux, op. cit., p. 38.

[117] <https://economy-media.com/11031717-tax-amnesty> consulté le 19 juin 2022 à 11h26min.

[118] VAPAILLE (L.), « Amnistie fiscale : l'oubli ou le pardon ? », in LEROY (M.), L'administration de l'impôt en France et dans le monde, Paris, L'Harmattan, 2008, pp. 187-204.

[119] <https://medias24.com/2019/01/24/acces-au-marches-publics-compromis-entre-la-dgi-et-la-confederation-des-tpe-sur-lattestation-fiscale/> consulté le 19 juin 2022 à 12h44min.

[120] <https://fnh.ma/article/actualite-entreprises/marches-publics-fin-de-la-galere-pour-les-tpme> consulté le 19 juin 2022 à 13h02min.

[121] LAMBERT (Th.), « Le contribuable face à l'administration fiscale », in DRAI (R.), Psychologie et science administrative, Paris, PUF, 1985, pp. 117 et s.

[122] Sur les fonctions de ce principe, lire BONTRON (M.-Ch.), Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, Thèse de doctorat en Droit Public, Université de Montpellier, 2015, pp. 392-424.

[123] MANZITTI (A.), « Les problématiques d'amnistie fiscale », in Association d'économie financière, Rapport moral de l'argent dans le monde en 2005. La face cachée de la finance. Les enjeux éthiques, 2005, p. 223.

[124] Florian MAUGARD défend l'idée que « la mesure de tolérance est une exception à la loi, mais une exception spécifique en ce qu'elle consiste en une indulgence à l'égard du manquement d'un contribuable, soit qu'elle ne corrige pas ce manquement, soit qu'elle n'en sanctionne pas la commission. C'est donc son objet qui fait de l'exception une tolérance (...) ». Voir MAUGARD (Fl.), « Tolérance et droit fiscal », in BIOY (X.), LAVERGNE (B.) et SZTULMAN (M.), Tolérance et droit public, op. cit., n° 8.

[125] Sur les clauses sociales dans la commande publique, lire entre autres : ABANÉ ENGOLO (P. E.), Traité de droit administratif du Cameroun. Théorie générale et droit administratif spécial, Paris, L'Harmattan, 2019, pp. 365-387 ; IDOUX (P.), « Les considérations sociales et environnementales », RFDA, n° 2/2016, pp. 260-269 ; BOY (L.), « Clauses sociales et environnementales et marchés publics en Europe », in Questions de droit économique : les défis des États africains, Larcier, Bruxelles, 2011, pp. 132-152 ; EPOH OKANDJO (Th.), L'insertion des dispositions sociales dans les textes régissant les marchés publics au Cameroun, Mémoire de Master II professionnel en Marchés publics et commande publique, Université de Yaoundé II, 2018, pp. 22-44.

[126] Dossier « Commande publique et objectifs du développement durable en Afrique : opposition ou cohabitation ? », RADCP, n° spécial, Hors-série, Août 2022, pp. 41-93.

[127] NABIH (M.), Droit des marchés publics. Aspects juridiques, financiers et contentieux, op. cit., passim, p. 35 ; pp. 199 et s.

[128] ANTOINE (A.), « L'intuitu personae dans les contrats de la commande publique », RFDA, n°5, 2011, pp. 879-892.

[129] Dans le cadre de cette réflexion, il paraît judicieux de parler de « disparition » afin de pouvoir saisir également les hypothèses où l'attributaire est une personne morale.

[130] Article 227, premier tiret du CMP du Gabon ; article 130 alinéa a du CMP du Sénégal ; Article 29 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de services de l'Etat portant sur les prestations d'études et de maîtrise d'œuvre du 04 juin 2002 au Maroc.

[131] Sur cette question, lire NOGUELLOU (R.), La transmission des obligations en droit administratif, Paris, LGDJ, 2004, 402 p.

[132] De LAUBADÈRE (A.), Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris, L.G.D.J., Tome II, 1956, p. 133.

[133] Ainsi que le rapporte le Professeur Frédéric ALLAIRE, en France « l'exception d'inexécution n'est par principe pas admise dans le droit des contrats administratifs au profit du cocontractant de l'administration. Cependant, cette règle ne semble pas d'ordre public dans la mesure où il peut y être dérogé par contrat. Ainsi, le titulaire d'un marché pouvait, se fondant sur les termes de l'acte d'engagement, cesser l'exécution du marché en raison du non-paiement des factures échues par le pouvoir adjudicateur et ce sans même être dans l'obligation d'adresser préalablement une quelconque mise en demeure expresse faute d'obligation prévue par aucune stipulation contractuelle (CAA Nancy, 14 octobre 2010, Société European institute of management) ». Voir ALLAIRE (F.), *L'essentiel du Droit des marchés publics 2015-2016*, 8e éd., Paris, Gualino Lextenso éditions, 2015, p. 63. De même, pour le professeur Philippe TERNEYRE, ce principe connaît de nombreuses dérogations. Il note que l'exception d'inexécution peut en effet profiter au cocontractant si un texte ou les stipulations du contrat lui donnent cette faculté (p. 805). C'est sur cette observation et sur d'autres éléments, qu'il fonde son plaidoyer. Pour approfondir, lire TERNEYRE (Ph.), « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », in *Juge l'administration, administrer la justice*, Mél. en l'honneur de Daniel LABETOUILLE, Dalloz, 2007, pp. 803-808.

[134] GUETTIER (Ch.), *Droit des contrats administratifs*, 2e éd., Paris, Puf, 2008, p. 550 ; LICHÈRE (F.), *Droit des contrats publics*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 107 ; HOEPPFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016, p. 349.

[135] Aux termes de l'article 73 de la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration (COA), « L'inexécution par l'Administration des obligations lui incombant n'autorise en aucun cas son co-contractant à suspendre ses prestations ».

[136] GNIMPIEBA TONNANG (É.), ZANKIA (Z.), NDIFFO KEMETIO (M. L.) et NGUENA DJOUFACK (A. L.), « À propos des mutations récentes du contentieux contractuel public au Cameroun », *Revue de droit administratif - Cameroun*, n° 1, 2012, p. 69.

[137] L'invocation de l'exception d'inexécution peut être à la base des retards dans l'exécution du marché. C'est en sanctionnant par des pénalités (articles 168 du CMP du Cameroun, 134 et 135 du CMP du Sénégal) et par la résiliation pour faute (articles 149 du CMP de l'Algérie, 229 du CMP du Gabon et 119 du CMP du TOGO,) les retards de l'exécution du marché que la réglementation condamne l'exception d'inexécution.

[138] Au Cameroun : CS/CA, jugement n°262/2010 du 22 Septembre 2010, Groupe Technicam Sarl c/ Etat du Cameroun ; CS/CA, jugement n° 132/04-05 du 27 Juillet 2005, Entreprise Camerounaise de Construction et de Nettoyage (ECCN) c/ Etat du Cameroun (MINMAP) ; CS/CA, jugement n° 72 du 29 juin 1989, FOUADA ETAMA c/ État du Cameroun.

[139] L'échelle de tolérance s'entend d'une construction graduelle et en degré de situations tolérables. En matière fiscale par exemple, M. Florian MAUGARD établit qu'« en premier lieu, le manquement peut être acté ou à venir, et l'autorité fiscale fait déjà preuve de tolérance lorsqu'elle indique à des contribuables qu'elle ne les sanctionnera pas pour tel ou tel manquement. En second lieu, la tolérance connaît des degrés variables : un degré élevé consistera à accepter le manquement du contribuable, en laissant la situation en l'état ; un degré moindre consistera à rectifier le manquement sans

infliger quelque autre sanction au contribuable défaillant ». Voir MAUGARD (Fl.), « Tolérance et droit fiscal », in BIOY (X.), LAVERGNE (B.) et SZTULMAN (M.), *Tolérance et droit public*, op. cit., n°3.

[140] De LAUBADÈRE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 198.

[141] Selon Roger BONNARD, le pouvoir pour le cocontractant de l'Administration de demander la résiliation existe à son profit de plein droit sans qu'il ait été inscrit au contrat. Il s'agit d'une prérogative d'ordre public qui ne peut être exclue d'une façon générale par une clause du contrat sinon ce serait pour l'administration une clause d'irresponsabilité qui serait contraire à l'ordre public. Lire BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1943, p. 633.

[142] MOUNOM MBONG (W.), *La résiliation des marchés publics au Cameroun*, Thèse de Doctorat Ph.D en Droit Public, Université de Yaoundé II, Décembre 2018, p. 369.

[143] KEBE DABA (A. A.), « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », op. cit., p. 21 ; KPENONHOUN (C.), « L'autonomie du droit des contrats administratifs à la lumière de l'évolution récente », *Revue Afrilex [en ligne]*, Octobre 2018, pp. 7 et s.

[144] TERNEYRE (Ph.), « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », op. cit., p. 806.

[145] KOUAKOU (K. E.), *L'exorbitance dans les contrats administratifs en Afrique francophone*, op. cit., pp. 78-90.

[146] UBAUD-BERGERON (M.), *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 334.

[147] TERNEYRE (Ph.), « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », op. cit., p. 805.

[148] SOURZAT (L.), *Le contrat administratif résilient*, Paris, LGDJ, 2019, 684 p.

[149] HOURSON (S.), YOLKA (Ph.), *Droit des contrats administratifs*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 2020, pp. 112 et s.

[150] La formule employée par l'article 72 du COA du Sénégal est assez claire. Cet article dispose en effet que « seul le juge peut sanctionner l'inexécution par l'Administration de ses obligations contractuelles ».

[151] MOUNOM MBONG (W.), *La résiliation des marchés publics au Cameroun*, op. cit., pp. 375 et s.

[152] Article 132 alinéa 2 du CMP du Sénégal.

[153] Article 66 paragraphe 2 du Cahier des Clauses administratives générales relatif aux marchés de travaux (CCAG-Travaux) au Cameroun ; article 233 du CMP du Gabon ; article 110 alinéa 2 du CMP du Togo.

[154] Expression empruntée à Aurélie BRETENNEAU et Jean LESSI. Voir BRETENNEAU (A.) et LESSI (J.), « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », *A.J.D.A.*, n° 18, 2014, pp. 1035-1039.

[155] C.E., 8 octobre 2014, Société Grenke Location ; voir ZIANI (S.), « Contrats des personnes publiques et exception d'inexécution : l'utile clarification », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 47, 24 Novembre 2014, 2327, 7 p. ; MESTRES (J.) et MINAIRE (Gh.), « La reconnaissance apparente d'une résiliation du contrat administratif à l'initiative du cocontractant privé », *Contrats publics*, n°149, Décembre 2014, pp. 62-66 ; SÉE (A.), « La résiliation du contrat administratif à l'initiative du cocontractant de l'Administration », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 49, 4 Décembre 2014, 5 p.

[156] KOUAKOU (E.), « L'exception d'inexécution et l'administration dans l'espace UEMOA », <https://credpa.wordpress.com/2018/12/22/lexception-dinexecution-et-ladministration-dans-lespace-uemoa/>, consulté le 07 juin 2022 à 15h33min.

[157] GBEOU-KPAYILE (N. Gm.), « La résiliation du contrat administratif par le cocontractant privé de l'Administration dans l'espace UEMOA », *Le Nemro*, Revue trimestrielle de droit économique, n°2, Avril-Juin 2017, pp. 46-84 ; COMPAORE (I.), « L'exception d'inexécution dans le droit de la commande publique dans l'espace UEMOA », *Afrilex*, Février 2022, 34 p.

[158] Sur les 8 pays membres de l'UEMOA à savoir le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo, seuls seront concernés, dans le cadre de l'analyse, les deux derniers pays.

[159] Aux termes de cet article, « Les marchés publics peuvent faire l'objet d'une résiliation dans les conditions stipulées aux cahiers des charges, dans les cas suivants :

a. Soit, à l'initiative de la personne responsable du marché en raison de la faute du titulaire du marché ou de la liquidation de son entreprise ;

b. Soit à l'initiative du titulaire, pour défaut de paiement, à la suite d'une mise en demeure restée sans effet pendant trois mois, ou par suite d'un ajournement dans les conditions prévues à l'article 87 de la présente Directive ;

c. Soit à l'initiative de chacune des parties contractantes conformément aux dispositions de l'alinéa 6 de l'article 85 de la présente Directive.

Tout marché public peut également être résilié lorsqu'un cas de force majeure en rend l'exécution impossible.

En dehors des cas où la résiliation est prononcée en vertu de l'alinéa (a) du présent article, le titulaire du marché a droit à une indemnité de résiliation calculée forfaitairement sur la base des prestations qui demeurent à exécuter. Ce pourcentage est fixé dans les cahiers des clauses administratives générales pour chaque catégorie de marché ».

[160] Article 109 alinéa 1, 2e tiret du CMP du Togo.

[161] COMPAORE (I.), « L'exception d'inexécution dans le droit de la commande publique dans l'espace UEMOA », op.cit., pp. 22-26.

[162] GBEOU-KPAYILE (N. Gm.), « La résiliation du contrat administratif par le cocontractant privé de l'Administration dans l'espace UEMOA », op. cit., p. 81.

[163] COMPAORE (I.), « L'exception d'inexécution dans le droit de la commande publique dans l'espace UEMOA », op. cit., p. 6.

[164] LAJOYE (Ch.), *Droit des marchés publics*, op. cit., p. 248. ; BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, op. cit., pp. 636 et s.

[165] SALAMI (I. D.), *Droit administratif*, 1ère éd., CeDAT, 2015, p. 140.

[166] C'est ce qu'a jugé la Chambre Administrative de la Cour Suprême au Bénin dans l'affaire Société ARTICO 80 c/ État béninois (Arrêt n°03/CA du 18 février 1999). La Haute Juridiction a dit pour droit que : « les recours de plein contentieux des 02 mai 1996 et 26 juin 1997 exercés par la Société ARTICO 80 (...) en réparation des préjudices subis à l'occasion de l'exécution du marché n° 866/MPRE/DCRE/SAM/FED du 11 novembre 1991 sont recevables (...) l'État béninois est condamné à payer à la Société ARTICO 80 pour préjudices graves subis par ladite Société du fait de la gestion incohérente et fautive de ses prérogatives légitimes de puissance

publique, la somme de trois milliards de francs CFA (3.000.000.000 F CFA) toutes causes de préjudices confondues ». Pour une analyse de cette décision, lire 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 », *Annales de l'Université de Parakou, Série "Droit et Science politique"*, Vol. 2, n°2, 2019, pp. 70-82 ; spéc. p. 77.

[167] LAVERGNE (B.), « La tolérance et la propriété publique », in BIOY (X.), LAVERGNE (B.) et SZTULMAN (M.), *Tolérance et droit public*, op. cit., n° 6.

[168] PACTEAU (B.), « Synthèse », in BIOY (X.), LAVERGNE (B.) et SZTULMAN (M.), op. cit., n°18.

[169] REVERT (M.), « Le droit administratif français et la transgression », in RICHARD (P.) et SUEUR (J.-J.) (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 266 et ss.

[170] En tant qu'expression de la tolérance dans les marchés publics, la régularisation peut également être l'objet d'une prescription légale. Il en va ainsi par exemple de la régularisation des candidatures ou des offres qui donnent lieu à des dispositions spécifiques des réglementations des marchés publics. Voir KALFLÈCHE (G.), « La régularisation de la candidature ou de l'offre durant la procédure de passation d'un contrat de la commande publique », <https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/45195/1/Kalflèche%20-%20La%20r%C3%A9gularisation%20de%20la%20candidature%20et%20de%20l'offre%20-%20Ecrit%20V11.pdf>, consulté le 03 juillet 2022 à 23h50min.

[171] FUCHS (O.), « Exécution et régularisation », *Civitas Europa*, Vol. 39, n°2, 2017, p. 99.

[172] GALLOU (P.), « De la régularisation en marché public », *Journal du droit administratif (JDA)*, 2019, Dossier 06 : « La régularisation en droit public », (dir. SOURZAT & FRIEDRICH), art. 244 ; 6 p.

[173] CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 884.

[174] GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 1755.

[175] SCHAEGIS (Ch.), *Dictionnaire de droit administratif*, op.cit., p. 247.

[176] VEDEL (G.) « Préface » in ISRAËL (J.-J.), *La régularisation en droit administratif français. Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, LGD, 1981, p. I.

[177] BACHERT (A.), « La régularisation des actes administratifs », *R.D.P.* n° 1/2019, pp. 3-40.

[178] RICHARD (M.), « Une arme de régularisation massive des permis ? L'article 600-5-1 du Code de l'urbanisme », *AJDA*, n°42, 2016, pp. 2359-2368.

[179] Voir GLASER (E.), « Béziers I, à propos d'un « notamment » », op. cit., pp. 641-649.

[180] METZGER (O.), « Modalités de vérification des candidatures et régularisation : un procédé mal maîtrisé mais toujours essentiel », *Contrats publics*, n°201, Septembre 2019, pp. 54-57.

[181] NDJOBOMANI (T. G. L.), « La régularisation des décisions illégales d'exécution des contrats de la commande publique au Cameroun », *Journal du droit administratif (JDA)*, 2019, Dossier 06 : « La régularisation en droit public », (dir. SOURZAT & FRIEDRICH), art. 248, pp. 1-4.

[182] Sur les validations législatives voir : Sénat, *Le régime juridique des validations législatives*, 2006, 65 p.

[183] « Le juge administratif peut également opérer une régularisa-

régularisation de l'acte soumis à son contrôle, en procédant à une substitution de motifs ou plus spécifiquement à une substitution de base légale (...) », in VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), Dictionnaire de droit administratif, op. cit., p. 380.

[184] DIAO (P. M.), « L'office du juge de la passation des marchés publics », in KÉBÉ (A. A. D.), BA (B.), DIAKHATÉ (M.) et FALL (M.) (dir.), Vues africaines de droit public et de science politique. À partir des thèses dirigées par le Pr Ismaïla Madior FALL, Vol. 1, Dakar, L'Harmattan, 2022, pp. 647-675 ; spéc. pp. 672 et s.

[185] Sur ces différentes formes de régularisation, lire ONDOA (M.), Le droit de la responsabilité publique dans les États en développement : contribution à l'étude de l'originalité des droits africains, Thèse de doctorat d'État en Droit public, Université de Yaoundé II, 1996, pp. 306-314. Janvier-Juin 2020, pp. 171-194 lique" res tion du pré-rapport, une sythèse des documents collectés

[186] CORNU (G.) (dir.), Vocabulaire juridique, op.cit., p. 1061.

[187] Ainsi l'affirme le Professeur Maryse DEGUERGUE, « Au jeu de la dérogation, l'intérêt général est passé maître. Que ce soit le droit européen ou le droit français qui servent de table de jeux, l'argument de l'intérêt général autorise à faire fi des principes les mieux établis (...). Dans l'ordre européen, les validations législatives, considérées comme une ingérence du législateur dans le fonctionnement de la justice et une atteinte au droit au procès équitable, ne sont admises que pour « un motif impérieux d'intérêt général », formule à laquelle se sont ralliées finalement toutes les juridictions françaises. Il y aurait donc des motifs impérieux d'intérêt général qui feraient plier les principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la justice, dont on aurait pu penser qu'ils étaient plus impérieux des intérêts généraux (...) », DEGUERGUE (M.), « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in L'intérêt général, Mélanges en l'honneur du Professeur Didier Truchet, Dalloz, 2015, pp. 134 et s. (Nous mettons les gras).

[188] SAKHO (P. O.), « La protection des situations légalement acquises : l'apport du Conseil constitutionnel », in Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, La sécurité juridique, Mai 2019, pp. 109-110 ; BILONG (S.), « Le déclin de l'État de droit au Cameroun : le développement des immunités juridictionnelles », Juridis périodique n°62, Avril-Mai-Juin 2005, pp. 52-61.

[189] En vertu du paragraphe 14 du Préambule de la Constitution au Cameroun, « la loi ne peut avoir d'effet rétroactif. Nul ne peut être jugé et puni qu'en vertu d'une loi promulguée et publiée antérieurement au fait punissable ». Au Togo, la Cour Constitutionnelle a posé ce principe dans plusieurs décisions notamment : CC, Décision n°C-001 du 09 avril 2009, Affaire Saisine des députés de l'Union des Forces du Changement ; CC, Décision n°C-003 du 09 Juillet 2009, Affaire Saisine des députés de l'Union des Forces du Changement.

[190] FOPA TAPON (C. A.), Les interventions du Législateur dans le fonctionnement de la justice administrative au Cameroun, Mémoire de Master en Droit Public, Université de Dschang, 2012, 154 p.

[191] SEILLER (B.), Droit administratif. L'action administrative, op. cit., p. 305.

[192] SCHAEGIS (Ch.), Dictionnaire de droit administratif, op.cit., p. 287.

[193] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), Dictionnaire de droit administratif, op. cit., pp. 481 et ss.

[194] Article 139 de la Constitution révisée du 30 décembre 2020 de l'Algérie ; Article 47 de la Loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution de la République Gabonaise ; Article 26 de la Constitution révisée du 14 avril 2008 au Cameroun ; Article 71 du Dahir n°1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la Constitution ; Article 84 de la Constitution révisée du 15 mai 2019 au Togo.

[195] Sur la nature constitutionnelle de la liberté contractuelle, lire avantagement GAHDOUN (P.-Y.), « Le juge constitutionnel face au temps du contrat », RDC, n°4, 2018, pp. 668-672 ; TERNEYRE (Ph.), « Le juge constitutionnel face à la volonté des parties », RDC, n°4, 2018, pp. 673-676 ; TURPIN (D.), « La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », in Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL, Volume I, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, pp. 63-80

[196] Au Cameroun, voir l'article 62 alinéa 2 de la loi n°2017/010 du 12 juillet 2017 portant statut général des établissements publics.

[197] Article 25 de la loi n°2010/023 du 21 décembre 2010 fixant le statut du groupement d'intérêt public

[198] PAQUIN (St.), « L'économie politique internationale et la mondialisation », in PAQUIN (St.) et DESCHÈNES (D.) (dir.), Introduction aux relations internationales. Théories, pratiques et enjeux, Montréal, Chenelière Éducation, 2009, p. 28.

[199] Les relations internationales connaissent très peu le principe de l'égalité souveraine des États posé par la Charte des Nations Unies et la Convention de Vienne de 1969 sur les traités. D'après ce principe systématisé par VATTEL, il n'existe pas de supériorité entre les États, sujets de droit international. Peu importe leur taille ou même leur population, chaque État est sur le même pied que l'autre. Pour approfondir, lire ROCHE (C.), L'essentiel du droit international public, 10e éd., Paris, Gualino Lextenso, 2019, p. 78.

[200] Il en a été ainsi dans les procédures de l'Agence Française de Développement (AFD) où il était clairement fait mention de la « liaison des fonds » c'est-à-dire de la règle suivant laquelle les financements de l'Agence sont destinés aux projets exécutés par les ressortissants de son État. Il en va également ainsi de l'Agence Japonaise de Coopération Internationale (JICA).

[201] Cette notion est différente de celle de ratification avec laquelle elle est souvent confondue. Sur cette dernière notion, voir TOUZEIL-DIVINA (M.), Dictionnaire de droit public interne, Paris, LexisNexis, 2017, p. 412 ; QUILLIEN (Ph.-J.), Lexique de droit public, op. cit., pp. 350-352

[202] Voir les articles 43, 44 et 45 de la Constitution du Cameroun.

[203] L'approbation législative des traités internationaux avant leur ratification est une modalité de participation du Parlement à la politique étrangère dans les États d'Afrique noire francophone. Si cette question, lire AMYE ELOUMA (L.), « La participation des assemblées parlementaires d'Afrique noire à la politique étrangère : le cas du Parlement camerounais », Politeia, n°39, 2021, pp. 459-486 ; spéc. pp. 466-468.

[204] Voir l'article 6 du Règlement 28 Joumada Ethania 1437 correspondant au 6 avril 2016 fixant les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel algérien ; articles 25 et 26 de la loi n°2004/004 du 21 avril 2004 portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel camerounais ; article 85 alinéa 4 de loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution de la République Gabonaise ; article 27 alinéa 2 de la loi organique n°066-13 du 13 août 2014 relative à la Cour constitution-

- nelle du Royaume du Maroc ; article 74 alinéa 2 du Règlement Intérieur de la Cour constitutionnelle du Togo du 15 janvier 2020 ; article 20 de la loi organique n°2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel du Sénégal.
- [205] Article 28 de la Loi n°2004/004 du 21 avril 2004 portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel.
- [206] MOMO (C.), « Le gardien de la Constitution en Afrique subsaharienne francophone », *RRJ*, n°1, 2017, pp. 403-452.
- [207] Sur l'évolution du système des marchés publics au Cameroun, au Gabon et au Maroc, lire entres autres et respectivement pour chaque État : JOUONANG (P. R.), Introduction au droit des marchés publics du Cameroun, Paris, L'Harmattan, 2022, pp. 53-84 ; TENGO (L.), Le droit des marchés publics dans les États membres de la CEMAC. Étude comparée, Éditions Jets d'Encre, 2022, 388 p. ; NABIH (M.), Droit des marchés publics. Aspects juridiques, financiers et contentieux, op. cit., pp. 15-19.
- [208] VAN LANG (A.), GONDQUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), Dictionnaire de droit administratif, op. cit., pp. 367 et s. ; SCHAEGIS (Ch.), Dictionnaire de droit administratif, op.cit., p. 227.
- [209] En France, ce Code comporte une partie législative tirée de l'Ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015 et d'une partie réglementaire issue du Décret n°2015-1342 du même jour.
- [210] GAUDEMET (Y.), « Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi », op. cit., 5 p.
- [211] ONDOA (M.), Le droit de la responsabilité publique dans les États en développement : contribution à l'étude de l'originalité des droits africains, op. cit., pp. 308-310.
- [212] Sur cette question lire avec intérêt ESSOMBA (A. L.), La désignation des chefs traditionnels au Cameroun, Mémoire de D.E.A de droit public, Université de Douala/FSJP, 2003/2004, 105 p.
- [213] LOMBARD (F.) et RICCI (J.-Cl.), Droit administratif des obligations, 1ère éd., Paris, Sirey, 2018, 616 p.
- [214] POUYAUD (D.), « Le contentieux des contrats publics en Europe : France. », *R.F.D.A.*, n° 1, 2011, pp. 6-15.
- [215] DELVOLVÉ (P.), « Contrats publics et sécurité juridique », in Conseil d'État, Le contrat, mode d'action publique et de production des normes, *E.D.C.E.*, n° 59, 2008, p. 343. Pour cet auteur en effet, la régularisation constitue, une « (...) des possibilités tendant à concilier légalité et stabilité, intérêt général et droits des cocontractants face à ceux des requérants (...) ».
- [216] BOURDON (P.), « Contrat administratif et régularisation (s) », in À propos des contrats des personnes publiques, *Mél. en l'honneur du Professeur Laurent RICHER, L.G.D.J.*, 2013, pp. 501 et ss.
- [217] CAPITANT (D.), « La simplification des recours contre les contrats administratifs », *Recueil Dalloz*, n°35, 2007, pp. 2500-2505.
- [218] Pour une actualité de ce pouvoir du juge des contrats, voir CE, 28 mars 2022, Commune Ramatuelle. Lire DOUTEAUD (S.), « Le Conseil d'État réveille les mots : après 7 ans d'hibernation, la « poursuite de l'exécution du contrat » vicié devient « possible » », *JCP/La semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales* n° 27, 11 juillet 2022, pp. 30-34.
- [219] BOURDON (P.), « Le contentieux du contrat administratif illégal après la décision Tarn-et-Garonne », *Semaine Juridique Edition Générale* n° 25, 2014, 13 p.
- [220] TRUCHET (D.), « La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ? », in A propos des contrats des personnes publiques, *Mél. RICHER, L.G.D.J.*, 2013, pp. 715-726.
- [221] BRENET (F.), « Libres propos sur la « judiciarisation » du contrat administratif : un nouveau juge pour un nouveau contrat administratif ? », in A propos des contrats des personnes publiques, *Mél. RICHER, L.G.D.J.*, 2013, p. 543.
- [222] BOURDON (P.), « Contrat administratif et régularisation (s) », op. cit., p. 500.
- [223] MARC (E.), « Ordre de service » in RIBOT (C.), MARC (E.), IDOUX (P.) (dir.), *Dico Moniteur des marchés publics*, op.cit., pp. 480-482 ; spéc. p. 481.
- [224] Pour Mme NDJOBLO MANI Tatiana, l'intervention de l'Administration doit être conditionnée par l'introduction d'un recours gracieux à l'issue du traitement duquel, la personne publique contractante procèdera à la régularisation non juridictionnelle soit en annulant l'acte contesté soit en indemnisant le recourant. Lire NDJOBLO MANI (T. G. L.), « La régularisation des décisions illégales d'exécution des contrats de la commande publique au Cameroun », op. cit., p. 3. Cette position est partagée par M. MVAEBEME Stéphane qui pense que l'action du cocontractant à ce niveau se fonde sur l'article 186 du CMP du Cameroun. Lire MVAEBEME (É. S.), « La régularisation en droit administratif camerounais », op. cit., p. 7.
- [225] L'article 60 alinéa 1 du CMP dispose que « le d'Ouvrage ou le Maître d'Ouvrage Délégué est tenu de conduire toutes les diligences nécessaires à la mise à disposition du site d'exécution des prestations avant la notification du marché concerné. Il doit justifier le cas échéant, de l'existence effective (...) de tout acte juridique ou administratif justifiant de la disponibilité du site ».
- [226] Au Maroc, cette exigence est formulée de manière différente et implicite. En effet, en imposant à l'Administration de préciser dans l'appel d'offres une date et une heure pour la visite des lieux organisée à l'intention des concurrents (articles 20 et 23), le Code admet indirectement la mise à disposition du site d'exécution pour la réalisation des prestations.
- [227] Ordre de service n°049/OS/PR/MINMAP/DR-CE/SMI/2016 du 03 juin 2016.
- [228] L'usage des ordres de service comme moyen de régularisation des travaux supplémentaires dans les marchés publics est admis par l'article 136 paragraphe 4 du CMP de l'Algérie. Voir aussi l'article 178 du CMP du Gabon et l'article 100 du CMP du Togo.
- [229] Aux termes de l'article 178 du CMP au Gabon « (...) Les ordres de services relatifs aux prix, aux délais et aux programmes constituent des actes contractuels de gestion d'un marché dont la signature est subordonnée aux justificatifs de la disponibilité du financement ».
- [230] Article 100 alinéa 4 du CMP du Togo.
- [231] Article 130 alinéa 5 du CMP du Cameroun.
- [232] GUÉZOU (O.), *Traité de contentieux de la commande publique*, op.cit., p. 157.
- [233] *Ibid.*, p. 122.
- [234] T.A du Littoral, jugement n°066/CA/16 du 16 février 2017, Société Tractafic Motors Cameroun S.A c/ Université de Douala
- [235] Article 95 du CMP de l'Algérie ; Article 128 du CMP du Gabon ; Articles 152 et 153 du CMP du Maroc ; Article 62 du CMP du Togo ; Articles 13 et 85 du CMP du Sénégal.
- [236] Il en va ainsi par exemple de la délibération du Conseil municipal autorisant le Maire à signer le contrat et intervenue après sa signature. Voir CAA Lyon, 18 mai 1989, Société Royat Automobiles
- [237] BOURDON (P.), « Contrat administratif et régularisation (s) »,

in À propos des contrats des personnes publiques, Mél. Laurent RICHER, L.G.D.J., op. cit., p. 503.

[238] Ibid.,

[239] PEYRICAL (J.-M.), « Les avenants source d'unification du droit des contrats publics », in Contrats publics, Mél. en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL, Volume I, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, pp. 825-846.

[240] BRACONNIER (St.), Précis du droit de la commande publique, Paris, Éditions Le Moniteur, 5e éd., 2017, pp. 472-481.

[241] SYMCHOWICZ (N.), « Parachever la transformation de l'office du juge du contrat », RDP, n°4, 2022, p. 958.

[242] Cet arrêt marque le renouveau de l'office du juge administratif en matière contractuelle notamment en ce qui concerne la nullité des contrats administratifs. En effet, comme l'écrit le Professeur Marion UBAUD-BERGERON, « (...) la nullité perd son statut d'automatisme puisque le traitement de l'irrégularité du contrat peut être privilégié à sa disparition, par des moyens d'ailleurs très variés comme [la régularisation] (...). La nullité ne devrait plus, ainsi, être considérée comme le constat d'un état du contrat, mais bien comme une sanction décidée par le juge (...) ». Ainsi, le juge apprécie l'opportunité de prononcer ou non l'annulation du contrat sans que cette décision ne procède d'un simple constat. Il apprécie d'ailleurs cette opportunité au regard des autres mesures qu'il lui est possible de mettre en œuvre, à défaut d'ordonner la poursuite du contrat. Sur cette évolution, lire UBAUD-BERGERON (M.), Droit des contrats administratifs, op.cit., p. 383.

[243] Article 136 alinéa 8 du CMP en Algérie ; Articles 2 et 179 du CMP du Gabon ; Article 130 alinéa 1 du CMP au Cameroun ; Articles 1er et 100 alinéa 3 du CMP du Togo ; Article 23 alinéa 2 du CMP du Sénégal.

[244] Article 136 du CMP en Algérie ; Article 5f du CMP du Cameroun ; Article 2 du CMP du Gabon ; Article 1er du CMP au Togo ; Article 23 du CMP du Sénégal. Sur le régime de l'avenant dans les marchés publics au Cameroun, consulter ABDOULRAHIM OUMAROU, Recherches sur l'ensemble contractuel administratif au Cameroun, Thèse de Doctorat Ph.D en Droit Public, Université de Douala, Juillet 2020, pp. 156-160.

[245] YINDJO TOUKAM (Ch. F.), L'avenant dans le droit des marchés publics au Cameroun, Mémoire de Master II recherche en droit public interne, Université de Yaoundé II, 2014-2015, pp. 56-94.

[246] En Algérie (article 136 alinéa 9 du CMP), la limite est de 15% du montant initial du prix du marché pour les services et fournitures et de 20% pour les travaux. Au Togo (article 100 alinéa 1 du CMP) la limite est fixée à 20% pour toute forme de prestations. Au Cameroun (article 130 alinéa 4 du CMP), au Gabon (article 180 alinéa 1 du CMP) et au Sénégal (article 24 alinéa 1 du CMP), peu importe la nature des prestations, la limite est fixée à 30%.

[247] Le Code des marchés publics en Algérie est assez explicite sur la question lorsqu'il énonce en son article 136 alinéa 6 que « les prestations qui ne sont pas confiées par ordre de service ne peuvent faire l'objet d'une régularisation par avenant ». Voir aussi Article 130 alinéa 5c du CMP du Cameroun ; Article 180 alinéa 1 du CMP du Gabon ; Article 100 alinéa 4b du CMP du Togo ; Article 24 alinéa 1 du CMP au Sénégal.

[248] Article 130 alinéa 5b du CMP au Cameroun

[249] Voir les articles R2432-2, R2432-3 et R2432-4 du Code de la commande publique.

[250] Article 100 alinéa 6 du CMP du Togo.

[251] Article 130 alinéa 6 du CMP au Cameroun.

[252] YINDJO TOUKAM (Ch. F.), La modification des contrats administratifs en droit camerounais, op. cit., p. 376.

[253] BOURDON (P.), « Contrat administratif et régularisation (s) », in A propos des contrats des personnes publiques, Mél. Laurent RICHER, L.G.D.J., op. cit., p. 503.

[254] Dans ce sens, lire avec intérêt MONEMBOU (C.), « L'avenant dans le droit des marchés publics camerounais : Réflexions naïves sur un mécanisme juridique problématique », Le Nemro, Revue trimestrielle de droit économique, n°4, 2019, pp. 5 et s.

[255] En vertu de l'article 139 du CMP en Algérie, « l'avenant, au sens de l'article 136 ci-dessus, n'est pas soumis à l'examen des organes de contrôle externe a priori, lorsque son objet ne modifie pas la dénomination des parties contractantes, les garanties techniques et financières, le délai contractuel et lorsque son montant ou le montant cumulé des différents avenants, qu'il soit en augmentation ou en diminution, ne dépasse pas dix pour cent (10 %) du montant initial du marché.

Dans le cas où un avenant comporte des prestations complémentaires, au sens de l'article 136 ci-dessus, il est soumis à l'organe de contrôle externe, si leur montant dépasse le taux suscitée ».

[256] Conformément à l'article 179 du CMP du Gabon, « les stipulations relatives au montant d'un marché public peuvent être modifiées par avenant, lorsque la valeur des prestations supplémentaires atteint quinze pour cent de la valeur totale du marché de base. L'avenant est adopté et notifié selon la même procédure d'examen que le marché de base. Il ne peut modifier ni l'objet du marché, ni le titulaire du marché, ni la monnaie de règlement, ni la formule de révision des prix.

La conclusion d'un avenant est soumise à l'autorisation préalable de l'administration centrale en charge des marchés publics ».

[257] Aux termes de l'article 100 alinéa 3 du CMP du Togo, « l'avenant est adopté et notifié selon la même procédure d'examen que le marché de base. Il ne peut modifier ni l'objet du marché, ni le titulaire du marché, ni la monnaie de règlement, ni la formule de révision des prix. La passation d'un avenant est soumise à l'autorisation de la direction nationale de contrôle des marchés publics ».

[258] Article 130 alinéa 3 du CMP du Cameroun. Cette exigence est également imposée, différemment parfois, en Algérie (article 139 du CMP), au Gabon (article 179 alinéa 1 du CMP) et au Togo (article 100 alinéa 3).

[259] ETONDE NGOH (M. R.), Le nouveau système de passation des marchés publics au Cameroun, Mémoire de Master II Recherche, Université de Douala, 2015, pp. 74-80.

[260] Avenant 1 n°004/AV/PR/MINMAP/SG/DRCE/CRPM/2016 au marché n°033/M/MINMAP/SG/DRMAP-CE/CRPM/2014.

[261] L'article 124 du CMP au Cameroun dispose en effet que : « Tout marché doit contenir au moins les mentions suivantes :

· a) l'objet et le numéro du marché ; · b) l'indication du financement de la dépense et de la rubrique budgétaire d'imputation (...) ». Nous mettons les gras.

[262] ZAOUAQ (M.), « La régularisation des marchés publics en droit administratif marocain », Journal du droit administratif (JDA), 2019, Dossier 06 : « La régularisation en droit public », (dir. SOURZAT & FRIEDRICH), art. 248.

[263] En effet, comme l'écrit le Professeur Marion UBAUD-BERGE-

-RON, « (...) la nullité perd son statut d'automaticité puisque le traitement de l'irrégularité du contrat peut être privilégié à sa disparition, par des moyens d'ailleurs très variés comme [la régularisation]. La nullité ne devrait plus, ainsi, être considérée comme le constat d'un état du contrat, mais bien comme une sanction décidée par le juge (...). Ainsi, le juge apprécie l'opportunité de prononcer ou non l'annulation du contrat sans que cette décision ne procède d'un simple constat. Il apprécie d'ailleurs cette opportunité au regard des autres mesures qu'il lui est possible de mettre en œuvre, à défaut d'ordonner la poursuite du contrat. UBAUD-BERGERON (M.), *Droit des contrats administratifs*, op.cit., p. 383.

[264] BOURDON (P.), « Contrat administratif et régularisation (s) », in *A propos des contrats des personnes publiques*, Mél. Laurent RICHER, L.G.D.J., op. cit., pp. 503 et s.

[265] Voir l'article 12 du CMP de l'Algérie.

[266] LAUGIER (V.), « Le contrat administratif rétroactif », *AJDA*, n°24, 2021, pp. 1366-1374.

[267] GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), « La tolérance juridique », op. cit., pp. 1399-1410.

[268] Article 123 du CMP du Cameroun ; article 132 du CMP du Gabon ; articles 152 et 153 du CMP du Maroc ; article 69 du CMP du Togo.

[269] Sur la nature constitutionnelle de la liberté contractuelle, lire avantagement : NGUEDIA MEIKEU (H.), « Les bases constitutionnelles des marchés publics au Cameroun », *Revue africaine des sciences politiques et sociales*, n°38, Septembre 2022, pp. 158-180 ; GAHDOUN (P.-Y.), « Le juge constitutionnel face au temps du contrat », *R.D.C.*, n°4, 2018, pp. 668-672 ; TERNEYRE (Ph.), « Le juge constitutionnel face à la volonté des parties », *R.D.C.*, n°4, 2018, pp. 673-676 ; TURPIN (D.), « La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », in *Contrats publics*, Mél. en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL, Volume I, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, pp. 63-80

[270] LAUGIER (V.), « Le contrat administratif rétroactif », op. cit., p. 1369.

[271] Article 86 alinéa 3 du CMP du Sénégal.

[272] AMSELEK (P.), « Sur le particularisme de la légalité budgétaire », *Revue administrative*, n°138, 1970, pp. 653-662 ; MÉDÉ (N.), TONI (E.), « Le droit public financier, un droit administratif spécialisé ? », *Revue Afrilex*,

http://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/03/MEDE_et_EROL_Article_Le_DPF_un_droit_administratif_spe_cialise_.pdf, consulté le 18 octobre 2022, 20 p. ; spéc. pp. 13-20.

[273] CE, 25 novembre 1931, Dame Baudoïn

[274] LAUGIER (V.), « Le contrat administratif rétroactif », op. cit., p. 1368.

[275] DUBREUIL (Ch.-A.), « La régularisation des contrats administratifs », in PERRIN (A.) (dir.), *La régularisation*, Paris, Mare & Martin, 2019 ; BOURDON (P.), « Contrat administratif et régularisation (s) », in *A propos des contrats des personnes publiques*, Mél. Laurent RICHER, L.G.D.J., op. cit., pp. 507 et ss.

[276] GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), « La tolérance juridique », op. cit., pp. 1402 et s.

[277] « (...) le principe de la confiance légitime est invocable par toute personne qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort qu'une autorité publique a fait naître dans son chef des espérances.

Cela suppose que la confiance soit fondée sur un acte ou un comportement des autorités susceptibles d'engendrer une confiance légitime et qu'elle soit légitimée par un comportement irréprochable de l'individu et par l'imprévisibilité de l'acte en cause. Enfin, la protection de la confiance légitime n'est accordée que si et dans la mesure où l'intérêt général ne s'y oppose pas (...).

Ce principe participe ainsi à l'enrichissement de la notion d'état de droit car il contribue au respect de la liberté individuelle exercée dans un cadre réglementé. Il préserve les justiciables de toute dévalorisation de leur position juridique non justifiée par un intérêt public supérieur et liée au fait qu'une initiative prise dans un contexte juridique se trouve dévaluée d'une manière imprévisible du fait de l'adoption d'un nouvel acte juridique (...). DUBOS (O.), TRAIN (F.), « confiance légitime », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1ère éd., Paris, PUF, 2008, p. 187.

[278] Selon le Professeur Paul-Gérard POUGOUE, la sécurité juridique présente deux visages. Elle est en même temps une finalité du droit et un droit fondamental. En tant que finalité du droit, elle « correspond [à] la production de toute série de garanties propres à assurer la sécurité des transactions ». En ce sens, elle viserait les seules règles de droit envisagées in abstracto, indépendamment de leur application concrète. On parle alors de versant objectif de la sécurité juridique. En tant que droit fondamental, elle s'appréhende comme un ensemble de « règles qui donnent à l'individu l'assurance qu'il pourra faire valoir ses droits dans les meilleures conditions ». La sécurité est alors envisagée du point de vue des intérêts des particuliers ou souvent d'ailleurs, des entreprises. On est alors en présence de la conception subjective de la sécurité juridique qui fait appel au principe de confiance légitime. POUGOUE (P.-G.), « Les figures de la sécurité juridique », *R.A.S.J.*, Vol. 4, n°1, 2007, pp. 1-8.



LA RECONFIGURATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN TEMPS DE CRISE SANITAIRE DANS L'ESPACE UEMOA

Saka Dori GOUNOU

Doctorant en Droit Public - Ecole Doctorale des Sciences
Juridiques, Politiques et Administratives de l'Université de Parakou

L'Afrique n'est pas restée en marge de la situation sanitaire inédite qu'a traversé le monde en raison de la pandémie due au Coronavirus. Si la gestion de la crise a varié d'un pays à un autre ou d'un espace communautaire[1] à un autre, les conséquences sur la commande publique en général restent les mêmes, qu'il s'agisse des marchés publics en cours de démarrage, en cours d'exécution, ou des procédures en cours. Des difficultés de tout genre sont apparues, empêchant d'une part l'administration de satisfaire ses besoins à temps et d'autre part, les cocontractants à remplir leurs obligations contractuelles : interruptions d'activités pour raison de confinement, pénuries de la main d'œuvre, difficultés d'approvisionnement, bref, c'est la désorganisation des chaînes d'approvisionnement nationales[2]. Malgré ces difficultés, la crise n'a toutefois pas mis fin aux besoins[3] des autorités contractantes[4], bien au contraire. Pour ne citer que quelques exemples, il suffit de songer aux besoins urgents des Etats d'obtenir rapidement la fourniture des masques de protection, des tests de dépistage, du gel hydroalcoolique, des respirateurs artificiels, de la chloroquine, des lits d'hospitalisation, de matériel de protection du personnel soignant... Face à ce chaos, les gouvernements essaient de réagir tant bien que mal dans l'urgence, donnant parfois l'impression d'un pilotage à vue que de la mise en œuvre d'une stratégie mûrement réfléchie[5]. Très rapidement, il s'est développée une commande publique de l'urgence sanitaire[6] bouleversant les règles et principes traditionnels de la commande publique qui dans le cadre de la présente recherche se confond juridiquement aux marchés publics. La commande publique est « 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 res-

responsabilité des biens corporels ou des services »[7]. En valeur, la commande publique représente 15% du PIB[8] des pays de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), champ spatial de la présente réflexion. Compte tenu de l'importance des flux financiers qu'elle engendre[9], la protection des deniers publics, la libre concurrence entre les candidats, la passation des contrats de la commande publique « ...implique, qu'une sécurité juridique sinon irréprochable, du moins optimale les entoure (...) »[10], même s'il faut précocement déjà regretter par ailleurs le silence[11] des textes de la commande publique de l'UEMOA en rapport avec les crises sanitaires qui ont secoué le continent. L'expérience de l'Afrique dans la gestion des crises sanitaires n'est pas nouvelle. Pour ne citer que quelques exemples, il suffit de se pencher sur les cas du VIH/SIDA, la fièvre hémorragique Ebola, la fièvre Lassa et tout récemment le cas COVID-19 qui ébranlent le monde entier. Les Etats africains ont su tirer des « leçons des précédentes épidémies, ce qui les conduit à adapter des méthodes nouvelles et novatrices afin de mettre au point une approche africaine visant à faire reculer la pandémie »[12]. Cette innovation reste à élargir à d'autres domaines dont celui de la commande publique qui visiblement est le fer de lance de la stratégie de riposte dans le cas du Coronavirus car reposant sur l'acquisition de matériels sans lesquels la lutte serait vaine. En effet, le droit des marchés publics des Etats de l'UEMOA calqué sur les directives de l'Union évoque l'urgence simple et l'urgence impérieuse dans la passation des marchés publics, notamment en termes de procédure de passation. L'urgence simple y est abordée en permettant d'aménager le délai[13] de remise des offres pour les marchés à procédure formalisée[14]. Sur le même fondement d'aménagement des délais, La passation des marchés selon la procédure de gré à gré peut être recourue « en cas d'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 nécessitant une intervention immédiate et lorsque l'autorité contractante n'a pas pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de la nécessité »[15]. Sans porter un jugement à ces réductions de délai, il convient cependant de constater que la dérogation ne concerne ni les contrats en cours, ni ceux passés pendant l'urgence, encore moins ne favorise aucune condition allant dans le sens de soutenir les titulaires de marchés confrontés à des difficultés d'exécution, la survenance d'une urgence suite à un cas de force majeure pouvant leur être aussi préjudiciable. La crise engendrée par la COVID-19 n'a eu besoin que de quelques semaines pour que les exigences[16] classiques autrefois intangibles que constituent la publication des avis de marchés, la définition des critères clairs et non discriminatoires devant favoriser la concurrence, le recours aux appels d'offres ouverts soient substitués par des dispositifs dérogatoires qui reflètent la crise de la demande[17] et la crise de l'offre : attribution de marchés sans publicité ni mise en concurrence, renchérissement des prix, utilisation généralisée de l'urgence pour justifier les manquements aux règles et principes de la commande publique.

Parmi les mesures prises, les actes juridiques occupent une place quantitativement et qualitativement importante[18]. Une multitude de textes législatifs et réglementaires (...) [19] est effectivement intervenue pour modifier le régime juridique de la commande publique. Ces mesures font réagir du fait que, tout en visant un objectif de valeur constitutionnelle qu'est le droit à la santé, elles comportent le risque réel ou potentiel d'être attentatoires à des droits fondamentaux ou à des libertés publiques (...) [20]. Ces mesures d'exception prises par les autorités publiques suscitent des questionnements et interpellent sur les enjeux de la passation des marchés publics dans un contexte de crise dans les Etats de l'UEMOA. Sans avoir la fatuité d'aborder dans tous ses contours, la production normative circonstancielle des autorités politiques et administratives dans le cadre de la commande publique suite aux différentes crises connues par l'Afrique, et particulièrement la Covid-19[21], l'on est en droit de se poser la question suivante : les dérogations formulées par le droit positif des Etats de l'UEMOA sont-elles de nature à régir le droit de la commande publique en temps de crise ? Quelle appréciation peut-on faire de cette reconfiguration ? Adoptant une démarche inductive, l'hypothèse d'une reconfiguration perfectible, amène à concilier des réalités contradictoires (la recherche de l'efficacité de la commande publique, la santé publique et le respect de la légalité).

L'observation de la pratique de la commande publique en temps de crise sanitaire dans les Etats de l'UEMOA laisse apparaître que la reconfiguration amorcée(I) par les législateurs semble inachevée. De ce point de vue, l'idée d'une

reconfiguration souhaitée (II) du droit de la commande publique en temps de crise sanitaire semble plausible. Elle devrait permettre d'éviter l'émotion[22] dans les choix en limitant les impacts des crises sur les plans politique, économique, socio-culturel et environnemental.

I- UNE RECONFIGURATION AMORCÉE

Le droit de la commande publique des Etats de l'UEMOA est d'inspiration communautaire car découlant de la transposition des directives de l'Union dans les droits internes. Le souci du législateur communautaire d'harmoniser les législations et réglementations des Etats par l'édition des règles communes de passation, d'exécution et de règlement est mu par l'idée d'intégration[23]. L'option limitative de la liberté législative et organique conférée aux Etats ne leur permet qu'un timide assouplissement des mesures ordinaires (A) induisant une prise en compte insuffisante des politiques jurisprudentielles d'exception(B)

Le droit de la commande publique des Etats de l'UEMOA est d'inspiration communautaire car découlant de la transposition des directives de l'Union dans les droits internes. Le souci du législateur communautaire d'harmoniser les législations et réglementations des Etats par l'édition des règles communes de passation, d'exécution et de règlement est mu par l'idée d'intégration[23]. L'option limitative de la liberté législative et organique conférée aux Etats ne leur permet qu'un timide assouplissement des mesures ordinaires (A) induisant une prise en compte insuffisante des politiques jurisprudentielles d'exception(B)

A- Un timide assouplissement des mesures ordinaires

La crise sanitaire due au Coronavirus a soulevé de façon drastique la question de la gestion des situations d'urgence impérieuse, difficilement compatible[24] avec le respect des règles du droit de la commande publique. Pourtant, les législations des Etats de l'UEMOA ont prévu des mécanismes de gestion des marchés publics dans des situations exceptionnelles pendant lesquelles la conclusion rapide d'un contrat s'impose aux autorités contractantes. Phénomène inédit tant par la brutalité et la rapidité de sa propagation, le virus a défié les règles de gestion de la commande publique en temps de crise et impose désormais une organisation des mesures alternatives (1) pour donner aux acheteurs des pouvoirs exceptionnels (2) afin de conclure leurs marchés de travaux, fournitures et services.

1- Les mesures alternatives aux règles de droit commun

La satisfaction des besoins de la personne publique a longtemps été au cœur des systèmes de passation de la commande publique. Ces besoins font l'objet d'une planification et d'une planification avant tout appel à concurrence. La crise sanitaire mondiale de la COVID-19, loin

de mettre fin aux besoins des autorités contractantes de recourir à des procédures de marchés publics pour satisfaire leurs besoins a mis en évidence l'importance cruciale des marchés publics pour combattre la pandémie mais aussi à assurer la continuité du service public. En effet, les marchés publics de par leur poids économique constituent un outil de gouvernance stratégique pour répondre à la crise en dérogeant aux règles de droit commun qui ont longtemps gouverné la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics et en adoptant un régime d'exception dont les modalités sont définies dans la directive 04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine. Ce régime d'exception consacré montre ses limites à plusieurs égards.

Premièrement, la Directive permet qu'en cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure[25], que les autorités contractantes puissent envisager de réduire les délais[26] afin d'accélérer la procédure d'attribution. Cette mesure reprise par les législations nationales manque d'évoquer le cas de l'urgence impérieuse incompatible avec les délais réduits comme celui qu'impose la Covid-19. Autrement, si le délai réduit n'est pas suffisant, les acheteurs publics peuvent-ils recourir à une procédure négociée sans publication ? L'état actuel de textes de la commande publique dans l'espace UEMOA ne permet pas de répondre à cette question. La deuxième limite tient à la non définition d'autres outils dérogatoires pour satisfaire les besoins de la personne publique. Qu'ils soient du fait de la crise ou de ses effets, l'exécution des marchés publics peut donner lieu au dépassement du délai contractuel, au calcul des pénalités de retard sous réserve des conditions de mise en œuvre définies par le cahier de charges ou même aboutir à la résiliation du marché. L'objectif de satisfaction des besoins de la personne publique doit prévaloir dès lors que le lien de causalité[27] entre urgence impérieuse et la crise est établi. Cette finalité permet d'adopter un régime d'exception compatible avec la passation des marchés publics autorisant la prolongation de la durée des contrats arrivés à terme pendant l'état d'urgence sanitaire, l'insertion d'une clause de réexamen du contrat, l'amélioration des conditions financières du cocontractant, la suspension des pénalités contractuelles[28], le déplafonnement des avances[29].

La situation sanitaire inédite induite par le coronavirus en permettant de distinguer les marchés publics de crise sanitaire, c'est-à-dire ceux dont l'objet porte sur l'acquisition de matériels pour contenir la crise et les marchés publics ordinaires subissant l'effet de la crise, pourrait être un catalyseur pour une digitalisation plus poussée des processus et échanges entre acteurs publics et privés.

2- L'extension exceptionnelle des pouvoirs de l'administration

Du point de vue juridique, la situation de crise sanitaire instaure des régimes d'exception qui appellent à l'exercice des pouvoirs exorbitants de droit commun. A côté des pleins pouvoirs offerts au Président de la République[30], il appartient au législateur seul d'octroyer des pouvoirs exorbitants de droit commun aux autorités administratives qu'il aura expressément désignées. La conséquence d'une telle mesure est qu'il ne peut avoir de prérogatives exorbitantes de droit commun sans le fondement d'un texte, c'est-à-dire du droit. Traditionnellement, les pouvoirs de la personne publique contractante sont des prérogatives permettant d'obtenir l'exécution du contrat administratif sans se heurter à l'opposition du cocontractant en invoquant l'exception d'inexécution. Les pouvoirs reconnus pour l'exécution normale sont ceux de direction, de contrôle et de sanction. La reconnaissance de certains pouvoirs au profit de la personne publique revêt un double intérêt, la bonne exécution du contrat administratif et le bon fonctionnement du service public. Ces objectifs justifient l'extension des pouvoirs de la personne publique dans le cadre de l'exécution normale d'un contrat, au-delà des pouvoirs de modification unilatérale et de résiliation. Si le droit de la commande publique n'a eu de cesse d'osciller entre la grande souplesse des procédures de passation et le contrôle strict des acheteurs publics au premier denier dépensé, l'avènement de la crise sanitaire due au Coronavirus par sa mortalité extrêmement élevée, sa contagiosité étendue à l'échelle mondiale, sa capacité à faire subir au monde un ralentissement massif de l'activité économique, vient témoigner de la nécessité d'assouplir les règles de la commande publique quand celui-ci s'impose et d'élargir les compétences des personnes publiques au-delà de celles classiques.

B- Une insuffisante prise en compte des politiques jurisprudentielles d'exception

Confronté à la pandémie de Covid 19, le droit de la commande publique a réagi en faisant émerger en cette circonstance exceptionnelle des règles nouvelles à la hauteur de la crise. S'il est admis que les services publics institués par les lois et règlements fonctionnent de façon continue même en temps de crise, l'aménagement des théories jurisprudentielles des circonstances exceptionnelles au droit de la commande publique, ne saurait s'inscrire hors de cette logique de continuité. « Le fétichisme procédural »[31] de la commande publique qui consiste à s'estimer en règles au motif que les exigences procédurales ont été satisfaites doit parfois s'adapter à des circonstances exceptionnelles (1) pour permettre le bon fonctionnement des institutions et services publics. Créées par des événements d'origine naturelle ou non, affectant soit l'ordre public et la sécurité[32], soit la continuité des services publics[33], les circonstances excepti-

-onnelles peuvent amener l'administration à agir en marge des règles normales de la légalité dans le cadre de la passation des marchés publics (2).

1- La transposition des règles de droit aux circonstances

Le droit comporte l'ensemble des règles juridiques, régissant dans le cadre du droit public, l'existence, l'organisation et le fonctionnement de l'Etat, des collectivités territoriales et des organisations internationales, ainsi que leur relation entre eux et avec les personnes privées. Compte tenu de l'étendue de leur champ d'intervention, les règles juridiques doivent correspondre au mieux aux situations auxquelles elles s'appliquent. Autrement dit, le droit doit être, autant que faire se peut, adapté aux sociétés qu'il régit, aux circonstances de temps et lieu, voire aux situations individuelles. Le droit n'étant pas une matière figée, son adaptabilité se traduit dans le temps et dans l'espace. Dans le temps, la possibilité accordée aux citoyens de pouvoir réviser la constitution est une preuve d'adaptabilité, alors que dans l'espace, pour répondre à la diversité des situations territoriales comme le permettent la décentralisation, le corpus juridique doit être muable.

Dans le cadre des circonstances exceptionnelles justifiées par l'intérêt général, une adaptation de la règle de droit ne saurait être assimilée à une variable d'ajustement. En effet, si « la force du droit réside dans sa souplesse, sa capacité à innover... » [34], l'avènement de la crise sanitaire de par la forme qu'elle prend est une occasion pour une illustration parfaite. Guerre sanitaire[35], circonstances exceptionnelles[36], cas de force majeure pour les entreprises[37], la pandémie du Coronavirus provoque l'adoption de mesures réglementaires destinées à enrayer la propagation du virus et faire face à ses conséquences économiques, politiques, financières et sociales, en matière de contrats administratifs en général et les marchés publics en particulier. Ce contexte inédit de par son caractère impérieux et urgent défie presque toutes les dispositions des lois nationales en matière de passation, d'exécution, de contrôle et de règlement des marchés publics. Le silence du législateur communautaire en cas de survenance d'une crise sanitaire d'envergure n'a fait qu'accroître la difficulté des autorités contractantes en général, au premier rang, celles des établissements de santé de satisfaire leurs besoins non planifiés nés spontanément du fait de la crise. Sous cette contrainte des circonstances exceptionnelles, en l'absence constatée de textes à la mesure de la crise, et face à la nécessité de continuité du service public, en France, le Conseil d'Etat[38] a admis une atténuation des exigences de la légalité.

2- La légalité d'exception adaptée aux marchés publics

L'état d'exception né de la pandémie du Coronavirus peut s'entendre comme un moment pendant lequel les règles de droit prévues en temps ordinaire sont écartées, modifiées ou substituées par des dispositifs dérogatoires qui reflètent la

crise.

Pour assurer la continuité des services publics pendant ces moments fugaces, la mise en œuvre de la théorie des circonstances exceptionnelles permet à l'administration d'agir et par voie de conséquence d'assouplir la rigueur des règles juridiques. Le droit des marchés publics ne pouvant faire obstruction à ce principe, s'y accommode, démontrant ainsi ne pas être rétif aux exceptions mais s'adapte aux circonstances en présence. L'adaptation de la légalité dans le cadre des marchés publics devrait être envisagée au sens formel et matériel. La jurisprudence du Conseil d'Etat dans les affaires Laugier[39] et Heyriès sont édifiantes et les autorités contractantes doivent en user en cas de situations exceptionnelles lorsque leurs actes sont justifiés par la satisfaction de l'intérêt général. La caducité de certaines dispositions du Code des marchés publics s'impose. Ainsi, en cas de légalité d'exception par opposition à celle des jours ordinaires, et à titre d'illustration, le délai de remise des offres que des avis d'attribution doivent connaître une réduction en fonction de l'urgence. Une tendance baissière des délais impartis aux acteurs de la chaîne de dépenses publiques, ainsi que l'annulation des pénalités de retard participeront à l'amélioration du climat des affaires en ces temps de crises où l'utilisation des moyens conjoncturels semble s'imposer.

II- UNE RECONFIGURATION SOUHAITÉE

L'examen des effets de la crise sanitaire mondiale due au Coronavirus sur la science, les technologies de l'information et de la communication, la recherche et le développement, les politiques publiques sectorielles, augure en faveur d'outils, d'approches stratégiques et de modes de gouvernance nouveaux. Des leçons apprises, il est essentiel de retenir que briser les silos et favoriser la transdisciplinarité de l'innovation peut aider à la transformation des systèmes. Les solutions[40] en réponse à la crise apportées par le secteur privé sont la preuve que le partenariat public privé a joué une partition aussi infime qu'elle ait été à contenir la crise. Ce partenariat conduit sous l'égide des textes en vigueur, a montré ses limites au regard de l'urgence. Les déséquilibres constatés dans le cadre de ces relations contractuelles sont à améliorer en consacrant un régime d'exception de la commande publique (A), mais aussi, en réinventant des mesures d'urgence du droit de la commande publique dans l'espace UEMOA(B)

A- L'urgence de la consécration d'un régime d'exception de la commande publique dans l'espace UEMOA

Les restrictions[41] portées sur le libre commerce dans le cadre de la lutte contre la pandémie ont modifié le cadre général de l'exercice des activités économiques. Les contrats publics ne sont pas restés hors de cette modification en raison de la continuité du service public qui induit pour les autorités contractantes de continuer à satisfaire les besoins de la per-

-sonne publique en temps de crise. Si dans l'espace UEMOA le ralentissement des activités économiques notamment la passation et l'exécution des contrats publics n'a occasionné la modification de l'ordre juridique à l'échelle communautaire par la prise de nouveaux textes, favorables au contexte de crise sanitaire, l'abandon des procédures contentieuses de résiliation (1) peut favoriser l'amélioration de l'équilibre (2) des contrats publics.

1- L'abandon du recours à la résiliation

Les contrats de commande publique font généralement mention du délai[42] au bout duquel le cocontractant doit remplir sa part du contrat par la livraison des fournitures ou services ou l'exécution des travaux. Le confinement adopté ailleurs comme moyen de riposte, a perturbé l'activité économique et sociale. Ces restrictions à la liberté économique ont affecté la capacité de production des entreprises et celle de consommation de leurs clients. La fermeture des frontières terrestres et aériennes en empêchant la logistique des transports transfrontaliers est venue mettre davantage en difficulté un secteur du commerce international déjà en panne du fait du confinement.

Toutes ces difficultés n'ont pas mis fin aux besoins qu'ont les pouvoirs publics de recourir à des procédures de marchés publics[43]. Au contraire, les besoins nés du fait de la crise ont un caractère urgent, donc, doivent être satisfaits en un temps record et c'est là que se situe toute la problématique des marchés publics en situation d'urgence sanitaire et dans un contexte de restriction de libertés économiques nationales et transfrontalières. Comment concilier « besoins urgents » et « délais courts » de livraison dans un contexte de ralentissement du commerce international. Pratique courante dans le cadre de l'exécution des contrats de marchés publics et des délégations de service public, la résiliation est évoquée à l'article 88 de la Directive 04 en ces termes : « Les marchés publics peuvent faire l'objet d'une résiliation(...), dans les cas suivants:(...), à l'initiative de la personne responsable du marché en raison de la faute du titulaire du marché ou de la liquidation de son entreprise ;(...), à l'initiative du titulaire du marché, pour défaut de paiement, à la suite d'une mise en demeure restée sans effet pendant trois mois, ou par suite d'un ajournement(...); soit, à l'initiative de chacune des parties contractantes conformément aux dispositions de l'alinéa 6 de l'article 85 de la présente Directive. Tout marché public peut également être résilié lorsqu'un cas de force majeure en rend l'exécution impossible »[44]. Une lecture croisée de cette disposition avec l'article 86 de la même Directive, met à l'évidence la possibilité de voir résilier un contrat de marché public et de délégation de service public en temps de COVID-19. En effet, si les marchés publics peuvent faire l'objet d'une résiliation à l'initiative de la personne publique en raison de la faute du titulaire du marché ou de la liquidation de son entreprise, « les empêchements résultant de la force majeure exonèrent le titulaire des pénalités de retard qui

pourraient en résulter ». La crise sanitaire mondiale et ses conséquences sur le commerce international permettent en l'état des textes les exonérations des pénalités de retard et non l'abandon de la résiliation du contrat. Les perspectives de l'économie assombries par la COVID 19 dans le monde ont fait renaître

en « 2021, l'inflation, qui s'était presque fait oublier depuis la grande récession de 2008-2009(...). La progression des indices de prix en octobre 2021, de 4,1% en zone euro à 6,2% aux Etats Unis, dépasse largement celle observée ces dernières années »[45]. Ce renouveau[46] inquiétant mérite une attention particulière du législateur et des pouvoirs publics dans le sens d'un allègement des conditions d'exécution des contrats publics en situation d'urgence non seulement par le renoncement à la résiliation mais aussi en équilibrant les relations contractuelles entre les parties

2- L'amélioration de l'équilibre financier des contrats

En réponse à la pandémie, les Etats ont adopté diversément des plans de riposte en fonction de la menace en présence et de la réalité économique. Du confinement européen en passant par la fermeture des frontières en Afrique et du couvre-feu adopté, les restrictions portées aux libertés économiques ont eu des conséquences mondiales à l'image de la COVID elle-même. Les pénuries d'approvisionnement en matières premières au-delà de rallonger les délais de livraison ou d'exécution des contrats publics ont engendré un renchérissement des prix pouvant dépasser la limite admise, créant ainsi un bouleversement de l'équilibre financier des contrats. Les titulaires des contrats ante COVID 19 ont subi de plein fouet ces effets alors que ces cas n'étaient prévus dans leur cahier de charges. Cette fragilisation des relations contractuelles impacte beaucoup plus le cocontractant au regard de la nature de ses obligations prévues par les textes communautaires[47]. En dehors de ces conséquences qui pèsent sur lui, le cocontractant de l'administration peut se voir appliquer des amendes contractuelles et même la résiliation au regard du caractère général des textes des marchés publics et délégation de service public dans l'espace UEMOA. Cette instabilité juridique mérite une réparation du législateur par la prise de mesures normatives en temps de crise à l'image de la COVID. Sans être exhaustif, des mesures allant de l'aménagement des délais contractuels, la renonciation aux garanties bancaires et amendes contractuelles et l'amélioration du délai de paiement peuvent pallier aux difficultés des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires dans un contexte particulier de crise, même si les contrats classiques montrent de plus en plus leur limite à répondre efficacement au besoin des personnes publiques.

B- La nécessaire réinvention des mesures d'urgence du droit de la commande publique dans l'espace UEMOA

Le coronavirus par son caractère subit et imprévisible n'a pu permettre aux personnes publiques de prendre des dispositi-

-ons pour parer les nombreuses pertes en vies humaines et aussi le ralentissement de la vie économique. La science toute entière s'est vue tenue en respect pour un long moment par une pandémie sans précédent. Malgré les nombreuses mesures gouvernementales, des perturbations sont observées dans le domaine de la commande publique : sursis de démarrage des marchés, déperdition des appels d'offres internationaux, annulation de plusieurs projets inscrits dans le plan de passation, lenteur dans l'acquisition des produits de riposte. Cette situation a eu pour conséquence la rupture de la chaîne d'approvisionnement, la réduction des horaires de travail, la hausse des coûts de production. Face à ces difficultés de la personne publique de continuer à satisfaire ses besoins par le canal des contrats classiques, l'expérimentation d'un outil innovant (1) favorisant la prise en compte des défis sociétaux (2) peut s'avérer nécessaire.

1- L'émergence d'un outil contractuel innovant

Les difficultés des Etats, des organisations sous régionales et au-delà, la communauté internationale à trouver une réponse rapide à la COVID 19 au regard des pertes en vies humaines enregistrées témoigne de la nécessité pour l'Afrique particulièrement, d'investir dans la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants[48]. Les nombreux plans de riposte élaborés par les Etats africains reposent sur l'utilisation des intrants dont la majeure partie est importée. Qu'ils s'agissent des kits de dépistage, du gel hydro alcoolique, de masques, de respirateurs artificiels, de la chloroquine, l'Afrique a dû se tourner vers l'Occident pour avoir toute la dotation de son besoin. L'inventivité africaine s'est faite bien plus tard avec le concours des artisans africains qui ont développé spontanément beaucoup de technologies dans le cadre du plan de riposte. Il en est ainsi de l'invention des masques en tissus locaux, des dispositifs de lavage de mains, du gel hydroalcoolique. La particularité de ces inventions réside dans le fait que les produits ou services cités précédemment ne sont pas disponibles sur le marché pendant que le besoin des autorités contractantes à travers l'Etat ne fait que croître. Cette nouvelle tendance de besoins urgents à satisfaire immédiatement est difficilement conciliable avec les modèles contractuels prévus par le droit communautaire de la commande publique dans l'espace UEMOA. Pour pallier ces insuffisances des contrats publics classiques, il serait impérieux pour le législateur communautaire de se pencher vers un nouvel outil contractuel à caractère innovant, « consistant dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise »[49]. Pour sa mise en œuvre, la procédure de passation est calquée sur celle des marchés publics selon qu'il s'agit d'une procédure formalisée ou de cel-

-le adaptée. Le partenariat d'innovation peut être d'un apport au droit africain de la commande publique.

2-La prise en compte de la dimension sociale

Aux termes de l'article L. 2172-3 du code de la commande publique française, « le partenariat d'innovation a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché »[50]. La condition de recours est l'inexistence sur le marché de solutions susceptibles de répondre au besoin de la personne publique. S'il y a eu beaucoup de controverses[51] doctrinales sur le cas COVID, cela témoigne d'une part de l'inexistence préalable d'une solution unanime, et d'autre part de l'investissement des chercheurs occidentaux sur la question. Si l'Afrique n'a pas trop participé à ce débat, c'est certainement parce que ses chercheurs n'ont pu investiguer sur la question, préférant se contenter des solutions occidentales. Ce mutisme doit être corrigé grâce à l'investissement des pouvoirs politiques dans la recherche et le développement au moyen du partenariat d'innovation. Les appels à projet dans le cadre du financement de l'innovation peuvent prendre en compte des aspects sociétaux tels que la santé, le bien-être, l'énergie, le transport intelligent. Un projet d'innovation sociale grâce à un partenariat contribuera à apporter des réponses nouvelles aux problématiques actuelles qui n'ont pu être résolues par les marchés publics ni les pouvoirs publics. Toutefois, le recours à cette possibilité nécessite un accompagnement financier pour faire émerger des solutions aux grands défis.

Le mutisme du législateur communautaire sur la prise d'actes juridiques réglementant la commande publique en temps de crise inquiète au regard du vécu du continent. Au nombre de situations ayant engendré une commande publique de l'urgence sanitaire, on peut citer sans être exhaustif la Fièvre hémorragique Ebola, la fièvre Lassa, la COVID 19. Si l'on peut justifier ce silence par la faible couverture géographique des deux premières épidémies, il n'en est pas le cas pour la COVID au regard de son caractère mondial et de sa très grande létalité. Certes l'expérience de chaque pays a été unique mais les difficultés connues dans le secteur de la commande publique à l'occasion de cette pandémie sont communes et l'idée de fédérer les efforts qui caractérise les organisations sous régionales doit prévaloir, d'où la nécessité de légiférer en tenant compte des objectifs relatifs à l'approvisionnement des besoins publics et la mise du droit de la commande publique au service des préoccupations de politique économique.

La satisfaction des besoins de la personne publique, inscrite comme fondement de la passation des marchés publics telle que justifiée par l'article 44 de la Directive n°04/2005/CM/

UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, souffre des contraintes de délai de livraison en raison des restrictions portées aux libertés économiques. Quant à la prise en compte des préoccupations de politique économique, loin d'être vue comme une instrumentalisation de la commande publique vise à prémunir le cocontractant des effets du ralentissement du commerce international et de la progression des indices de prix. L'apparition d'un droit spécial souhaité du législateur communautaire, justifié par les circonstances exceptionnelles, sera mis en œuvre par transposition dans les droits nationaux. Ce droit spécial, ne se développera que dans les espaces laissés par les Directives 04 et 05 et éventuellement par les droits nationaux, tels que l'assouplissement des règles de passation et d'exécution, le recours aux innovations à travers les programmes de recherche et développement. Au-delà de la pandémie qu'elle est, la COVID 19 est édifiante et des leçons doivent en être y tirées. L'inclusion sociale et la participation des agents de la société a eu raison de la gestion politique de la crise dans laquelle beaucoup d'Etats se sont aventurés. Les artisans locaux ont émerveillé par leur génie en inventant le masque en tissu, le dispositif de lavage de main, du gel hydroalcoolique et même des traitements[52], même si ces derniers ont fortement été mis doute faute d'une certification. Ces inventions, par leur coût accessible, ont participé à la promotion de l'économie locale et à satisfaire les besoins des autorités contractantes compte tenu à un moment donné, de la disponibilité partielle ou de la rupture de stock de ces fournitures sur le marché. Les difficultés d'application du droit commun de la commande publique auxquelles se sont heurtés les marchés publics ou qui probablement continuent de l'être, doivent interpellier le législateur afin qu'il mette à disposition les moyens juridiques nécessaires pour que la commande publique joue sa partie sans mépris des règles de droit en circonstances exceptionnelles.

- [1] La comparaison est établie ici entre le droit communautaire UEMOA et le droit de l'Union Européenne en termes de gestion de la crise COVID -19 dans les marchés publics.
- [2] Qualification tirée de la note de synthèse de l'ONU sur les incidences de la COVID-19 en Afrique, mai 2020, p.12
- [3] NINANE(G.), « Les marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise sanitaire de COVID-19 », in Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, n°6814,2020, p.378.
- [4] Personnes morales de droit public ou de droit privé, signataire d'un marché public.
- [5] Fondation SCHUMANN(R.) bulletin n°553 DU 6 AVRIL 2020, policy paper, l'UE et le Coronavirus ; IDEA International, l'impact de la crise du COVID 19 sur le constitutionalisme et l'Etat de droit dans les pays francophones et lusophones d'Afrique de l'ouest et d'Afrique centrale, rapport analytique du webinaire du 23 avril 2020 ; STAHL (J.H.) ; Agir juridiquement, Droit administratif n°5,2020, repère 5.

- [6] Evènement suffisamment grave collectivement pour entreprendre une action pressante et prioritaire des autorités sanitaires, [en ligne], consulté le [13 août 2021], <https://mobile-dictionary.reverso.net/fr/francais-definition/ReversoDictionnaire>
- [7] KAFLECHE(G.), Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics, Thèse de doctorat, Paris II,2004, p.764.
- [8] Le PIB est l'indicateur économique qui permet de quantifier la valeur totale de la production de richesse annuelle effectuée par les agents économiques (ménages, entreprises, administrations publiques) résidant à l'intérieur d'un territoire. Définition consultée sur le site fr.wikipedia.org le 06 août 2021 à 00h33mn. Le chiffre 15% est donné par le Réseau Ouest Africain de la Commande Publique (RACOP)
- [9] BRACONNIER (S.), Précis du droit de la commande publique, Paris, Le Moniteur, 2017, p.3.
- [10]ibid. p.3.
- [11] ADELOU(A.J.), Observations in ABJC, Revue du contentieux constitutionnel, I-2013, p.375.
- [12]ONU, note de synthèse de l'ONU sur les incidences de la COVID-19 en Afrique, mai 2020, p.9
- [13]L'article 54 du Code des marchés publics du Bénin permet de ramener le délai de remise des offres à 15 jours calendaires en cas d'urgence autorisée par la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics
- [14]Procédure de passation de passation de marché par appel d'offres, la procédure avec négociation et le dialogue compétitif.
- [15] Voir article 34 du Code des marchés publics du Bénin
- [16] DE LA ROSA (S.), « La crise sanitaire du Covid-19 et la transformation du droit de la commande publique, une perspective européenne : s'adapter à l'urgence », [en ligne], p.1, consulté le [12août 2021] <https://blog.leclubdesjuristes.com/la-crise-sanitaire-du-covid-19-et-la-transformation-du-droit-de-la-commande-publique-une-perspective-europeenne-sadapter-a-lurgence/>
- [17]DE LA ROSA(S.), ibid.
- [18] KANTE(B.), « Droit et coronavirus : problèmes de légalité, de nécessité et d'adéquation », [en ligne], consulté le [12 août 2021] <https://imera.hypotheses.org/6632>
- [19] GICQUEL(J.E.), « Covid-19, crise sanitaire, crise des normes », Rec. Dalloz 2020, p 719
- [20] LEVADE(A.), « Etat d'urgence sanitaire : à nouveau péril, nouveau régime d'exception », Fondation Robert SCHUMANN, l'UE et le coronavirus, bulletin n
- [21] Voir les dérogations au droit commun de la commande publique ayant abouti à la prise de mesures spécifiques au Sénégal à travers le Décret n°2020-781 portant dérogation au Code des marchés publics pour les dépenses relatives à la lutte contre le COVID-19. Beaucoup de pays africains ont adopté la centralisation des achats liés à la COVID-19. Le Bénin et le Niger en sont des exemples.
- [22]MEHDI(R.), MALJEAN-DUBOIS (S.), La Société internationale et les grandes pandémies, Paris, Pédone,2007, p.222
- [23] Voir 7ème Considérant de la Directive 04/2005/CM/UEMOA
- [24]LAPISARDIE (S.), « Quand l'urgence commande », [en ligne], p.82 consulté [le 13 août 2022] <https://www.lemoniteur.fr/article/quand-l-urgence-commande>.
- [25] Voir article 38 de la Directive 04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics dans l'UEMOA.

[26] Les délais peuvent être ramenés à 15 jours calendaires pour les marchés supérieurs aux seuils nationaux et 30 jours calendaires pour les marchés supérieurs au seuil communautaire.

[27] NINANE (G.), « Les marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise sanitaire de COVID-19 » op.cit. p.379

[28] GAUCH (G.), MILLAR (R.), « L'exécution des différentes catégories de marchés publics à l'épreuve du Covid -19 », in Contrats publics n°209, dossier épidémie de COVID-19, quelles conséquences pour la commande publique ? mai 2020, p.40

[29] Ibid.p.41

[30] Voir les actes et pouvoirs du Chef de l'Etat dans les différentes Constitutions des Etats de l'UEMOA

[31] LINDITCH (F.), Le droit des marchés publics, Paris, Dalloz, 7è éd., 2016, p.26.

[32] Voir CE 28 février 1919, Dames Dol et Laurent

[33] Voir CE 28 juin 1918, Heyriès

[34] SCHIESSER (P.), CANTILLON (G.), L'Achat public durable, Paris, Le Moniteur, 2007, p.219.

[35] Propos du Président de la République française Emmanuel MACRON à l'occasion de son adresse aux français le 16 mars 2020

[36] CE 18 mars 2020, avis n°399873 sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19

[37] Discours du ministre français de l'économie et des finances aux partenaires sociaux le 28 février 2020

[38] Arrêt du 22 janvier 1943, sieur Filliol, Rec. p.15. Le CE a considéré en novembre 1940 que les examens de licence en droit pouvaient être organisés en violation des règles légales compte tenu « des circonstances de temps et de lieu »

[39] Voir CE 16 avril 1948 Laugier : Sirey 1948 III p.36

[40] L'exemple des artisans locaux à travers les inventions des masques en tissu, le dispositif de lavage de main

[41] Les fermetures de frontières, débits de boissons, marchés sont des exemples

[42] Voir article 70 et 86 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA

[43] NINANE(G.), « Les marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise sanitaire de COVID-19 » op.cit. p.379

[44] Voir article 88 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA

[45] LE BAYON (S.), PELERAUX (H.), « Le renouveau de l'inflation ? », [en ligne], Revue de l'OFCE, 2021, p. 173-191, [consulté le 14 août 2022], <https://www.cairn.info/revue-de-l-ofce-2021-4-page-173.htm>

[46] Ibid.

[47] Voir article 70 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'union économique et monétaire ouest africaine

[48] BRACONNIER (S.), Précis du droit de la commande publique op.cit. p.291

[49] Voir article 25 du Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics en France

[50] Voir article L. 2172-3 du Code de la commande publique française

[51] L'un des exemples caractéristiques de ce type de controverse est la proposition de prescription d'hydroxy chloroquine (HCQ) contre

la COVID-19, formulée principalement par le professeur de microbiologie Didier Raoult, spécialiste des maladies infectieuses à l'Institut hospitalo-universitaire de Marseille (IHU).

[52] Les exemples de la COVID Organics à Madagascar, l'apivirine du Dr AGON(V.) au Bénin.



LA CONTRACTUALISATION DANS LA PRATIQUE DE LA RÉGULATION AU SÉNÉGAL : L'EXEMPLE DE L'INTERCONNEXION DANS LES SECTEURS DU GAZ, DE L'ÉLECTRICITÉ ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

Mamadou DIA

Enseignant-chercheur, Université Alioune Diop de Bambey Sénégal
Responsable pédagogique Institut EDGE, Dakar.

Le Sénégal est devenu un marché dynamique, attractif et qui, surtout, est en constante maturation. Il a atteint un taux de performance élevé avec des indicateurs très illustratifs notamment dans certains domaines[1]. La particularité du marché sénégalais réside certainement dans le fait qu'il recouvre des secteurs fermés –pourtant multiplicateurs de revenus. Il s'agit notamment des secteurs de l'électricité[2], des hydrocarbures[3] et des télécommunications[4].

La performance économique notée dans ces secteurs est exponentielle. Rien que pour le secteur de l'énergie, le dernier rapport officiel de la Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie (CRSE) expose que les ventes annuelles au Sénégal sont passées de 3 601 GWh en 2019 à 3 861, 25 GWh en 2020, soit une augmentation de 7% ; un pourcentage qui ne fait que grimper jusqu'à ce jour. Le bilan annuel des revenus générés par le secteur de l'énergie est de 485,043 milliards de FCFA[5]. Ce secteur revêt un intérêt capital du fait qu'il constitue un service de base pour le bien-être de la population. Quant au secteur des hydrocarbures, il faut noter que le Sénégal dispose des bassins sédimentaires offshore et onshore[6]. Ce secteur est particulier, car il nécessite des opérations de découverte[7] et d'exploitation. Selon le rapport réalisé par l'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives (ITIE), publié en 2020[8], le Sénégal compte une trentaine de blocs en onshore et en offshore. Actuellement, nous pouvons compter, au total, 9 compagnies qui opèrent au Sénégal en exploration-production des hydrocarbures. Sur l'ensemble du bassin sénégalais, seul le champ Gadiaga n°2 situé sur le bloc onshore de Diender était en production en 2019.

La production totale du gaz s'élève à 15 695 937 Nm3 en 2019 contre 11 060 632 Nm3 en 2018, 17 647 366 Nm3 en 2017 et 21 064 534 Nm3 en 2016. Ces chiffres indiquent un secteur gazier en pleine montée en puissance au Sénégal. De son côté, l'activité de télécommunications constitue le cœur de l'éco-

nomie numérique. Le secteur des télécommunications est un facteur de croissance de l'économie nationale –à la fin de 2021, il a contribué au (PIB) à hauteur de 6,28% en valeur (soit 10,4% en volume), équivalent à 475 milliards de FCFA en valeur pour un PIB de 7.569 milliards de FCFA (en valeur). L'ambition au plan économique du Sénégal est de redonner un nouveau souffle au secteur, en apportant de nouveaux relais et sources de croissance aux acteurs, et de porter ainsi la contribution du numérique au PIB à hauteur de 10% à l'horizon 2025[9].

Le secteur de l'énergie a été pris au sérieux juste après les indépendances[10]. En 1965, le Sénégal a amorcé une réforme profonde du secteur. L'adoption de la loi n°65-59 du 19 juillet 1965 répondait au marché qui est en train de se construire. Ladite loi relative à la production, le captage, la distribution et le transport de l'eau et de l'énergie répondant au marché qui était en train de se construire. Ladite Loi avait vite montré ses limites du fait qu'elle ne prenait en compte que quelques niches du marché. Par ailleurs, ce texte a rencontré très vite d'autres limites dans le cadre de son application, liées surtout à l'absence de clarification de certains segments du marché tels que le transport et la distribution de l'énergie électrique. L'État du Sénégal a entrepris alors des orientations nouvelles en adoptant le Décret n°84-II28 du 4 octobre 1984 portant réglementation de la production, du transport et de la distribution de l'énergie électrique. Cependant, malgré ces réformes, la régulation était faible aussi bien ex ante qu'ex post. C'est pour cette raison que le législateur sénégalais a adopté la Loi n° 98-29 du 14 avril 1998 relative au secteur de l'électricité. Cette loi a institué une Autorité de régulation du secteur de l'énergie dénommée Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie[11].

L'importance accordée au secteur de l'électricité s'est accrue au Sénégal. Dans la régulation de l'accès, la réforme introduite en 2002[12] a abrogé partiellement la Loi de 1998. Ces tendances

montrent un secteur en pleine évolution avec une grande maturité. En 2010[13], le législateur sénégalais a entamé une politique de promotion des énergies renouvelables dans le mix énergétique du Sénégal. La réforme fut un propagateur majeur des nouvelles tendances du secteur de l'électricité. Il a défini le régime applicable aux conditions de commercialisation, de production et de raccordement de l'électricité à partir des énergies renouvelables. La maturité de la réglementation a également fait ses preuves en 2021[14]. L'État du Sénégal a compris les nouvelles tendances de ce secteur. L'adoption d'un nouveau Code de l'électricité au Sénégal s'inscrit dans le souci de mettre fin au monopole qui gouvernait le marché afin de s'adapter aux nouvelles réalités de ce secteur –qui s'est étendu. Il est de même également du renforcement des mécanismes de régulation.

De telles tendances sont notées dans le secteur des hydrocarbures. À la différence notoire du secteur de l'électricité, la réglementation et les tentatives de régulation du marché gazier au Sénégal ont été hésitantes. L'État du Sénégal ne s'était pas doté d'une réglementation spéciale régissant le secteur gazier. La Loi de 1998[15] relative aux activités d'importation, de raffinage, de stockage, de transport et de distribution des hydrocarbures intégrait le gaz naturel dans les hydrocarbures mais se concentrait plus sur le pétrole brut et sur les autres produits pétroliers annexes. L'État sénégalais a voulu inscrire les activités pétrolière et gazière dans un même régime juridique, ce qui traduit un manque de cohérence dans la démarche. Le Ministère du pétrole et de l'énergie a mis sur pied une politique d'exploitation des services liquides et gazeux. Il s'ensuit que la Loi n°2019-03 du 1er février 2019 portant Code pétrolier ne régit les activités gazières qu'en amont. Face à ces multiples manquements, le Gouvernement sénégalais a voulu donner au secteur gazier un nouveau souffle. Il a élaboré un projet de Code gazier afin de prendre en compte dans la réglementation les activités de segments intermédiaires et celles en aval du secteur gazier.

L'adoption de la Loi n°2020-06 du 7 février 2020 portant Code gazier s'inscrit dans une logique de créer un environnement de régulation ex ante et ex post du secteur gazier au Sénégal. Les segments intermédiaires et en aval du secteur gazier[16] constituent un secteur-clé dans le marché des hydrocarbures au Sénégal.

Par ailleurs, il faudra noter que depuis sa libéralisation entamée en 1997[17] dans le secteur de télécommunications, l'interconnexion constitue l'instrument principal pour l'effectivité de la concurrence. Le Code des télécommunications de 1997 prépare une grande rupture du marché monopolistique vers un marché libéral ; processus qui s'est fait pendant plusieurs années avant qu'il ne soit effectif. L'État pouvait alors, selon l'article 7 de ce texte concéder, par convention, ses droits exclusifs sur les réseaux et les services de télécommunications. Ce processus intégrait également de

larges concertations nationales en vue d'une libéralisation effective dès 2004.

Cette tendance vers une libéralisation de tous les segments du marché a avorté à cause de l'absence de dissociation verticale dans un marché où l'opérateur historique tenait toujours le monopole. Cette dissociation verticale voudrait que les autorités envisagent « la multiplicité des opérateurs même dans le réseau fixe ». Une telle réalité ne sera prise en compte par le législateur sénégalais qu'à l'avènement du Code des télécommunications en 2001. Ce texte a été adopté dans le souci d'honorer les engagements internationaux signés par le Sénégal avec l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) dans le cadre de l'Accord sur les services de télécommunications de base et de l'Accord Général sur le Commerce des Services dit AGCS.

Malgré l'attribution d'une licence à un deuxième opérateur, cette réforme libérale ne marquera son parachèvement qu'en 2009 concomitamment avec l'exploitation d'une licence globale accordée à la société Sudatel. Aujourd'hui, la concurrence a évolué sous toutes ses formes en intégrant des facilités essentielles[18]. Le nouveau Code des communications électroniques s'inscrit dans le sens du renforcement de la concurrence en édictant de nouveaux mécanismes de régulation.

Les facilités essentielles constituent le dénominateur commun en matière d'interconnexion, appelée aussi raccordement dans certains textes. La notion d'interconnexion est définie différemment selon la nature des réseaux à interconnecter, aussi bien en matière de gaz, d'électricité ou de télécommunications, mais les modalités sont similaires : la convention d'interconnexion reste le mécanisme de cette facilité.

L'interconnexion dans le secteur gazier[19] correspond à la connexion entre le gazoduc et les installations complémentaires nécessaires à une nouvelle alimentation ou à l'extension d'un réseau existant entre le réseau de distribution ou de transport existant et le robinet de raccordement, ou celui qui coupe le passage du gaz naturel aux installations de réception des utilisateurs finaux.

De manière générale, le raccordement renvoie ici à toutes les installations destinées à fournir du gaz canalisé à un ou plusieurs utilisateurs, non incluses dans les autorisations d'installations de distribution ou dans les plans annuels d'extension des réseaux de distribution. Il faut comprendre par-là que le raccordement peut concerner le réseau de transport, les installations non incluses dans le régime économique défini et/ou l'activité de transport. Cependant, l'accès des tiers aux installations de gaz est réglementé et un système économique est établi dans le secteur du gaz naturel.

Le Code de l'électricité[20] considère l'interconnexion comme l'ensemble des lignes reliant des réseaux de transport et de distribution. Ce réseau correspond à la totalité des équipe-

-ments interconnectés y compris l'ensemble des lignes, branchements particuliers, postes, chemins de câbles, de colonnes montantes et appareils de comptage servant à transporter et/ou à distribuer l'électricité du point de production au point de livraison, aux fins de l'approvisionnement en électricité.

Au sens de l'article 4 du Code des communications électroniques[21], la notion d'interconnexion correspond à toute liaison physique et logique des réseaux ouverts au public exploités par le même opérateur ou un opérateur différent, afin de permettre aux utilisateurs d'un opérateur de communiquer avec les utilisateurs du même opérateur ou d'un autre, ou bien d'accéder aux services fournis par un autre opérateur. Les services peuvent être fournis par les parties concernées ou par d'autres parties qui ont accès au réseau. L'interconnexion constitue un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux ouverts au public. Les prestations d'interconnexion comprennent également les prestations associées telle que la colocalisation.

La régulation de l'interconnexion renvoie alors à l'ensemble des mécanismes de régulation *ex ante*[22] et *ex post*[23] permettant de rendre effectif le régime des facilités essentielles. Il importe d'étudier la régulation *ex ante* de l'interconnexion dans les secteurs du gaz, de l'électricité et des télécommunications (I), cela permettra de comprendre la régulation *ex post* qui en résulte (II).

I- LA RÉGULATION EX ANTE DE L'INTERCONNEXION AU SÉNÉGAL DANS LES SECTEURS DU GAZ, DE L'ÉLECTRICITÉ ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

Dans le cadre de l'interconnexion, la régulation *ex ante* pratiquée dans les secteurs étudiés prévoit des principes cardinaux (A) au respect desquels la convention d'interconnexion doit être établie (B).

A- Les principes gouvernant l'interconnexion

La convention d'interconnexion, quel que soit le secteur dans lequel elle intervient, est soumise au respect des principes de non-discrimination (1) et de transparence (2).

1- La non-discrimination

Toute la pertinence du régime de l'interconnexion repose sur l'évitement de la discrimination. Celle-ci est une exigence d'ordre public qui prévaut aux accords des parties dans la convention d'interconnexion. La non-discrimination exigée recouvre plusieurs notions notamment l'impartialité, le traitement équitable et la qualité de service.

– La connectivité impartiale. Dans le secteur des télécommunications, l'impartialité de l'interconnexion s'entend comme étant la possibilité offerte à un utilisateur d'un réseau commuté de télécommunication, de communiquer avec un autre utilisateur quelconque. Autrement dit, aucun opérateur en position dominante sur le

marché des installations et des services essentiels ne doit empêcher un utilisateur de faire aboutir les services acheminés sur son réseau, quelle que soit la technologie utilisée pour établir l'appel[24]. Le processus est pratiquement similaire en matière du gaz et de l'électricité. La Commission de Régulateur du Secteur de l'Énergie[25] est chargée de veiller au respect de ce principe. La Loi instituant cette autorité[26] précise qu'elle régule les deux secteurs cités. L'article 4 de ce texte mentionne qu'elle est la gardienne de ce principe. Il est difficile d'apprécier l'impartialité dans la fourniture des services de raccordement en matière de l'énergie. Elle peut s'apprécier *in concreto* selon les éléments ou informations communiqués lors du traitement des demandes[27].

– Le traitement équitable. Dans le secteur des télécommunications, l'article 3 de l'acte additionnel A/SA.2/01/07 relatif à l'accès et à l'interconnexion des réseaux et services du secteur des TIC souligne que les États doivent œuvrer pour que les obligations de non-discrimination font notamment en sorte que les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des domaines équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leur propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires. Dans le cadre de raccordement aux installations ou réseaux électriques, l'article 16 du Code de l'électricité interdit toute clause préférentielle dans les conventions d'interconnexion. L'interdiction des clauses d'exclusivité ou d'accès préférentiel dans le secteur de l'énergie se justifie par la mise en œuvre d'un accès équitable aux réseaux et aux installations. Ce même souci apparaît à la lecture de l'article 27 du Code gazier.

– La qualité de service. Le défaut de la qualité de service est une des formes de discrimination portant gravement atteinte au principe du traitement équitable et égal. Elle est particulièrement préjudiciable aux nouveaux entrants. On considère qu'il y a discrimination injuste ou déloyale, dès lors qu'un concurrent interconnecté se trouve dans une situation de désavantage important du fait d'arrangements d'interconnexion moins favorables. La qualité de service est garantie toutefois que l'opérateur ayant interconnecté dispose la même qualité du service[28]. La convention d'interconnexion doit être établie également conformément aux exigences de transparence. La qualité de service est aujourd'hui érigée comme un facteur indispensable pour la protection des consommateurs[29].

2- La transparence

La transparence est un objectif politique essentiel dans les accords commerciaux quelle que soit leur nature ou leur forme (multilatéraux ou bilatéraux) ainsi que des politiques nationales en matière de régulation sectorielle. On considère que c'est un principe qui fait exception à la règle de la confi-

-dentialité puisque les informations pertinentes doivent faire l'objet de communication à l'autorité de régulation ou au grand public –en cas de besoin. Elle joue un rôle important dans la mise en œuvre d'une réglementation d'interconnexion au cours de la transition entre monopole et environnement concurrentiel. Elle s'entend de la mise à disposition de tous les opérateurs ou personnes concernées par le secteur, les informations pertinentes concernant les accords d'interconnexion proprement dits.

La transparence des arrangements d'interconnexion contribue à assainir les marchés libéralisés des télécommunications, du gaz et de l'électricité. Elle permet d'éviter ou de prévenir les comportements anticoncurrentiels stratégiques (restriction de la fonctionnalité des types d'interconnexion, facturation excessive, retard supplémentaire dans les négociations, refus injustifié de l'interconnexion...) qui pourraient se négocier à l'insu de tous. En outre, elle permet de réduire considérablement le nombre de différends portant sur les pratiques discriminatoires ; car tous les participants du secteur peuvent disposer de mêmes informations afin de les comparer aux taxes, modalités et conditions d'interconnexion. Le principe de la transparence est substantiel pour le marché concurrentiel[30]. Selon les dispositions de l'article 28 du Code gazier, les opérateurs de réseau de transport ou de distribution peuvent refuser l'accès à leur réseau pour les motifs suivants :

- manque de capacité ;
- raisons techniques ou opérationnelles ;
- graves difficultés économiques ou financières rencontrées dans l'exécution des
- contrats de vente.

Tous les textes sont unanimes sur la motivation de refus d'interconnexion. Le droit gazier considère que tout refus doit être dûment motivé et notifié concomitamment au demandeur et à l'Organe de régulation. L'Article 18 du Code de l'électricité évoque des dispositions similaires. Il fait noter que les gestionnaires de réseau public de transport et de distribution sont tenus de refuser l'accès au réseau :

- à un producteur qui ne peut justifier d'une convention de délégation de service public ou tout autre contrat ou d'une licence avec l'État ;
- à un détaillant indépendant qui n'exerce pas l'activité d'achat pour revente.

Dans le secteur de l'électricité, une demande d'interconnexion peut être refusée toutefois ce refus est motivé et notifié à l'autorité de régulation sectorielle et au demandeur. Le refus doit être fondé sur le bon accomplissement du service public, sur des motifs techniques tenant à la sécurité, à la sûreté des réseaux et à la qualité de leur fonctionnement. En matière de télécommunications, les dispositions de l'article 94 du Code des communications électroniques nous laissent comprendre que la demande d'ac-

-cès ou d'interconnexion ne peut être refusée si elle est justifiée au regard, d'une part, des besoins du demandeur et d'autre part, des capacités de l'opérateur à la satisfaire. Elle peut être refusée si elle est techniquement impossible à satisfaire, notamment au regard de l'interopérabilité des équipements et systèmes. La décision de refus d'accès ou d'interconnexion opposée par un opérateur doit être motivée. Elle est notifiée au demandeur et portée à la connaissance de l'Autorité de régulation sectorielle, ainsi qu'à l'autorité de régulation nationale du pays dans lequel est établi l'opérateur non national –le cas échéant. Le Code précité précise qu'à la demande des parties, l'Autorité de régulation peut les assister dans les négociations des accords d'accès et d'interconnexion. Eu égard à ces considérations, il importe de noter que les textes partagent une même démarche dans la mise en œuvre du principe de la transparence qui est, en outre, exigé dans les conditions d'accès à l'interconnexion.

B- Les conditions d'accès à l'interconnexion

La convention d'interconnexion est librement négociée et conclue par les parties concernées. Le régulateur intervient ex post pour exercer son contrôle qui s'étend de l'établissement (1) à l'exécution de ladite convention (2).

1- L'établissement de la convention

Que cela soit dans les secteurs du gaz, de télécommunications ou de l'électricité, l'interconnexion se fait suivant une convention dite "convention ou accord d'interconnexion"[31]. Les textes s'accordent sur le fait que ladite convention est régie par le droit privé[32]. Il n'y a aucune exigence de forme par rapport à cette convention[33]. Les éléments figurant dans les accords d'interconnexion varient selon le secteur en question. Dans le secteur des télécommunications, c'est l'Autorité de régulation qui précise les conditions techniques et tarifaires de l'interconnexion et de l'accès aux infrastructures actives et/ou passives et aux infrastructures alternatives entre, le cas échéant, opérateurs, opérateurs d'infrastructures et exploitants d'infrastructures alternatives[34]. Aux termes de l'article 19 du Code de l'électricité, les conditions d'accès aux réseaux et leur utilisation sont définies par l'organe de régulation et approuvées par le Ministre en charge du secteur de l'énergie. Il s'y ajoute que les coûts et les modalités de raccordement et de renforcement du réseau sont laissées à la libre volonté des parties. En matière gazière, la convention doit préciser :

- conditions générales établies par le gestionnaire du réseau et approuvées par la Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie, et traitant des modalités d'accès au réseau, notamment des mesures et décomptes, puissance/débit mis à disposition, continuité de la fourniture, responsabilité, conditions de facturation ;
- conditions particulières précisant notamment les éléments d'identification de l'utilisateur ou de son représentant qui contracte l'accès, le point d'accès, la capacité allouée, la durée

du contrat, les engagements en matière de qualité et de continuité de la fourniture, les modalités de mesure et de décompte, les modalités de facturation de l'utilisation du réseau, les conditions techniques et sécuritaires de raccordement.

Il est à noter également que le contenu de la convention doit être suffisamment détaillé et précisé. Au sens juridique, c'est un contrat négocié librement par les parties sous réserve de respecter certaines exigences liées aux principes sus étudiés. Les modalités techniques et financières des services d'interconnexion, notamment la qualité technique des prestations, les délais de mise à disposition et la disponibilité de ces prestations, doivent être mentionnées dans la convention. Les opérateurs de réseaux qui reçoivent une demande d'interconnexion doivent négocier de bonne foi. Cette dernière s'apprécie également au respect de la confidentialité du fait que les informations transmises dans le cadre d'une négociation ou de la mise en œuvre d'accords d'interconnexion, ne peuvent être utilisées qu'aux seules fins explicitement prévues lors de leur communication. Ces informations ne peuvent être communiquées à d'autres services, filiales ou partenaires pour lesquels elles pourraient constituer un avantage concurrentiel.

Dans le secteur de l'électricité, la signature de la convention est précédée d'une demande d'avis conforme[35] de l'autorité de régulation[36]. Ce préalable constitue un contrôle ex ante dans l'accès aux facilités essentielles. Les textes ne partagent pas une même approche dans le processus d'établissement de la convention d'interconnexion. Dans le secteur du gaz, les utilisateurs disposant du droit d'accès, qui souhaitent l'exercer, sont tenus d'adresser une demande formelle aux concessionnaires (opérateur ou titulaire d'une licence) dont une copie est faite à la Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie et une autre au Gestionnaire du Réseau. La copie transmise à l'organe de régulation suppose que c'est juste pour requérir son avis consultatif ou pour information. L'article 99 du Code des communications électroniques ne s'attarde pas sur ces préalables. La convention d'interconnexion doit être justement négociée et conclue par les concernés sous réserve de respecter les principes qui gouvernent l'interconnexion. C'est après son établissement qu'elle est communiquée à l'autorité de régulation. Lorsque l'autorité de régulation prend une décision (imposant la conclusion ou refus de conclusion de la convention), celle-ci est motivée et ne peut être prise après que les parties aient pu faire valoir leurs observations. Cet aspect montre une forte implication de l'autorité de régulation dans la convention d'interconnexion.

2- Le contrôle de la convention

La convention d'interconnexion fait l'objet d'un contrôle a priori et a posteriori par l'autorité de régulation sectorielle. Le mécanisme de contrôle varie d'une autorité à l'autre. Cette

démarche de la part de la législation est justifiée par le fait que les secteurs ne partagent pas de mêmes réalités en matière d'interconnexion. Les équipements et leurs enjeux ne sont pas pareils. Le mode de communication de la convention à l'autorité de régulation varie également d'un secteur à l'autre. Dans le secteur de l'électricité, c'est l'arrêté du Ministre en charge de l'énergie qui détermine les personnes physique ou morale ayant le droit d'accès aux réseaux ou aux installations. Ainsi, pour les demandes d'accès aux réseaux gaziers ou électriques, toute décision de refus d'accès est notifiée à l'autorité de régulation. Dans le marché des télécommunications, les conventions d'accès et d'interconnexion sont communiquées à l'Autorité de régulation dès leur signature pour information. Toute modification de ces conventions par les parties doit également être notifiée à l'Autorité de Régulation des Télécommunications et des Postes (ARTP).

Cependant, il convient de noter que la formalité de la communication constitue une exigence pour tous les secteurs : télécommunications, électricité et gaz. À l'issue de la communication, l'autorité de régulation fait son premier contrôle. Elle vérifie la régularité de la convention et si elle est exempte de tous vices, clause abusive ou omission pouvant nuire le marché concurrentiel. Le contrôle dont il est question ici ne se limite pas seulement au contenu de la convention. L'autorité de régulation vérifie également si la personne (physique ou morale) qui demande accès aux infrastructures dispose des habilitations administratives lui permettant d'intervenir sur le marché, objet de la convention. Dans le secteur de l'électricité cette exigence est plus rigoureuse. Les dispositions de l'article 18 du Code de l'électricité obligent les opérateurs à refuser toute demande d'interconnexion lorsque le demandeur n'est pas en mesure de justifier une convention de délégation de service public ou toute autre habilitation administrative permettant d'accéder au marché de l'électricité. Il faudra rappeler que les secteurs du gaz et de l'électricité ont été pendant longtemps régulés de manière séparée : Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie[37] et le Comité National des Hydrocarbures[38]. Ces deux organes ont été fusionnés en une seule autorité dite Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie[39] conservant des mêmes attributions. Il résulte de la combinaison des articles 7 et 8 de la Loi portant création, organisation et attributions de cette autorité[40], qu'elle est compétente pour contrôler la régularité des procédures d'accès aux réseaux de l'électricité ou aux activités intermédiaires ou en aval dans le secteur gazier, incluant les droits de passage. Dans le secteur de télécommunications, l'article 97 du Code des communications électroniques précise que lorsque l'ARTP considère qu'il est urgent d'agir afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs, elle demande immédiatement que l'établis-

-ment de l'interconnexion entre les réseaux des opérateurs concernés soit réalisé dans l'attente de la conclusion de la convention. Il s'y ajoute que l'ARTP dispose un autre mécanisme de contrôle ex post, il s'agit du catalogue d'interconnexion[41]. Ce dernier est un document détaillant les informations d'accès et d'interconnexion dans lequel figurent l'ensemble des offres techniques et tarifaires proposées au titre de l'accès et de l'interconnexion, y compris les prestations de colocalisation. Il est aussi bien communiqué à l'ARTP que publié.

La convention d'interconnexion est établie ex ante par les acteurs qui disposent une large marge de manœuvre par rapport à son contenu. Toutefois, il est réservé dans l'exécution de cette convention plusieurs mécanismes de régulation a posteriori.

II- LA RÉGULATION EX POST DE L'INTERCONNEXION AU SÉNÉGAL DANS LES SECTEURS DU GAZ, DE L'ÉLECTRICITÉ ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

L'autorité de régulation intervient ex post pour contrôler la convention d'interconnexion. Ce contrôle repose sur des mécanismes de traitement des litiges (B) suivant une procédure bien encadrée (A).

A- La procédure de traitement des litiges liés à l'interconnexion

Aussi bien dans l'établissement et dans l'exécution de la convention d'interconnexion que dans sa modification, les autorités de régulation (ARTP et CRSE) peuvent être saisies (1) ou s'autosaisir (2).

1- La saisine

Dans le cadre de l'interconnexion, il appert de retenir que l'autorité de régulation sectorielle ne peut être saisie que lorsqu'il y a un litige au préalable. Cette exigence est valable aussi bien dans les secteurs du gaz et de l'électricité que dans le secteur des télécommunications. La Loi n°2021-32 portant création, organisation et attributions de la Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie donne la pleine compétence à cette autorité pour connaître de tout litige naissant dans les secteurs du gaz et de l'électricité. Aux termes de l'article 23 de ce texte, l'autorité de régulation est saisie d'une plainte. La notion de plainte a une connotation particulière en droit de la régulation. Elle se définit comme étant toute requête écrite adressée au régulateur pour faire reconnaître un droit tout en exposant les moyens à l'appui[42]. La demande auprès de l'autorité de régulation peut être appréhendée différemment selon l'autorité en question. Mais en substance les exigences de formes sont similaires. L'intérêt à agir est une exigence procédurale consécutive à la recevabilité de la plainte auprès du régulateur.

Selon les dispositions de l'article 23 de la Loi n°2021-32 por-

-tant création, organisation et attributions de la Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie, l'autorité est compétente de :

- recevoir et instruire les plaintes de toute personne physique ou morale intéressée relative au non-respect de disposition d'une réglementation sectorielle relevant de son champ de compétence ;

- instruire et de prononcer sur les recours exercés par les candidats soumissionnaires ou demandeurs de licence dans le cadre des procédures mises en œuvre en vue de l'obtention d'un titre d'exercice d'une activité réglementée ;

- instruire les différends entre du secteur de l'électricité ainsi que ceux du secteur en aval des hydrocarbures et des segments intermédiaire et aval gaziers.

Cette approche dans la saisine en matière d'interconnexion dans les secteurs de l'électricité et du gaz s'inscrit dans un sens très large. Il peut être la violation des textes législatifs ou réglementaires régissant l'interconnexion ou bien lorsque l'intéressé se sent lésé. L'auteur de la saisine, personne physique ou morale, doit pouvoir établir l'existence de ce litige –donc étayer ses allégations avec des éléments de preuve. L'absence d'éléments de preuves suffisantes entraînera le rejet de la demande de saisine introduite par le titulaire de l'action. C'est pourquoi, l'article 215 du Code des communications électroniques précise que l'ARTP peut être saisie par out opérateur ou fournisseur de services en cas de litige relatif, notamment :

- à toute violation par un opérateur ou fournisseur de services de dispositions législatives ou règlementaires en matière de communications électroniques et de postes ou de clauses conventionnelles ;

- à tout refus d'interconnexion, de location de capacité ou de partage d'infrastructures, non conformes aux conditions prévues par les textes applicables et tout désaccord relatif à l'application ou à l'interprétation des conventions et des catalogues d'interconnexion;

- aux conditions d'octroi ou de refus d'octroi à un opérateur des droits d'occupation sur le domaine des personnes publiques ou de droits de passage sur une propriété privée aux fins de l'établissement et de l'exploitation d'un réseau de communication ;

- aux pratiques anticoncurrentielles.

Les autorités de régulation apprécient souverainement le bien-fondé de la plainte. Elles disposent en outre l'opportunité d'agir pour corriger d'éventuels manquements.

2- L'auto-saisine

Les autorités de régulation apprécient souverainement l'opportunité de s'autosaisir. Cette faculté s'explique par le fait que celles-ci sont les « maîtres » de leurs secteurs et de ce fait elles sont investies de l'opportunité des "poursuites".

Pour reprendre Jacques MOURGEON, « l'opportunité consiste dans la possibilité de librement déterminer les conditions d'une ac-

conditions d'une action : son moment, ses motifs, ses moyens. Ainsi définie, l'opportunité d'agir implique celle de ne pas agir. Il y a donc opportunité lorsqu'il y a alternative entre l'action et l'inaction, ou quand l'action étant décidée, il y a alternative entre ses conditions ».

Dans la conclusion de la convention d'interconnexion, l'autorité de régulation peut se saisir d'office. Dans le secteur de l'énergie, il est institué un Comité de Règlement des Différends (CRD)[43]. C'est l'organe juridictionnel de la Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie (CRSE). Il est compétent de manière exclusive de s'autosaisir pour toute violation par les acteurs qui évoluent dans les secteurs du gaz et de l'électricité. Il convient de relever que l'organe de régulation peut se saisir d'office à différents niveaux dans la convention d'interconnexion. Au moment de conclusion, il peut s'autosaisir pour définir les rubriques qui doivent être couvertes par la convention d'interconnexion[44]. L'autorité de régulation peut s'autosaisir également au besoin sous contraintes financières, à ce que l'interconnexion soit réalisée immédiatement dans l'attente de la conclusion d'une convention d'interconnexion, si elle estime urgent d'agir afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs.

En outre, dans la modification de la convention, l'organe de régulation dispose une faculté d'auto-saisine en matière d'interconnexion. Dans le secteur des télécommunications, cette faculté revient au Collège qui est l'organe décisionnel de l'ARTP[45]. Que cela soit le Collège ou le Comité de Règlement des Différends, l'organe décisionnel peut s'autosaisir aussi bien dans l'établissement et dans l'exécution que dans la modification de la convention d'interconnexion toutes les fois qu'il se rend compte que celle-ci comporte des clauses abusives ou pratiques anticoncurrentielles[46].

L'appréciation des pratiques anticoncurrentielle peut se faire ici selon les prestations contenues dans la convention qu'elles soient techniques et/ou financières. Il importe de préciser également que l'appréciation des pratiques anticoncurrentielle justifiant l'auto-saisine varie selon l'objet de la convention d'interconnexion. Lorsque cette dernière est asymétrique[47], le régulateur fixe des obligations supplémentaires à l'opérateur détenant la position dominante qui est assujéti à déposer un catalogue d'interconnexion. Dans l'approbation de ce document, l'autorité peut s'autosaisir afin de corriger toute irrégularité dans l'exécution de la convention. Dans les conventions d'interconnexion symétriques[48], les parties sont pratiquement dans un marché équilibré où la présence des clauses anticoncurrentielles est plus faible. C'est pourquoi, il importe de s'attarder sur les mécanismes de traitement pratiqués par le régulateur.

B- Les mécanismes de traitement des litiges liés à l'interconnexion

Les autorités de régulation sont investies d'importants pouvoirs leur permettant de solutionner les différends liés à l'interconnexion. Ainsi, elles peuvent utiliser, selon la nature du litige, les mécanismes de règlements alternatifs (1) ou contentieux des différends (2).

1- Le traitement alternatif des différends

– Conciliation. La procédure de conciliation n'a pas de particularité en droit de régulation sénégalais. Elle est bien précisée en droit français. En France, l'article 18 du Règlement Intérieur de l'ARCEP[49] prévoit que lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de conciliation, le Président de l'Autorité désigne un conciliateur choisi par les membres du Collège. Lorsqu'un litige intervient en matière d'interconnexion dans les secteurs du gaz, de l'électricité ou des télécommunications, l'autorité de régulation a la faculté de désigner un conciliateur qui va inviter les intéressés à une audition. Il peut entendre, à cet effet, sous réserve de leur acceptation, toutes les personnes dont l'audition lui paraît utile. À l'issue de la procédure, un procès-verbal de conciliation ou de non-conciliation doit être signé par le conciliateur et les parties. En cas de succès de la conciliation, ce procès-verbal vaut accord entre les parties. Un exemplaire du constat d'accord est remis aux parties.

Selon l'article 143 du Code des communications électroniques, l'Autorité édicte et publie une procédure transparente et non discriminatoire de règlement des différends. La fonction de conciliation n'est pratiquement consacrée que par les textes régissant l'ARTP. Les autres textes n'en font pas une mention particulière. Ainsi la compétence dont est investie le CRD de la Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie lui permet de procéder à une conciliation. Toutefois, l'autorité de régulation est encline à juger selon la demande tout en respectant les principes gouvernant le procès équitable[50].

Dans le cadre de l'interconnexion, le régulateur peut être saisi pour conciliation pour tout litige qui naît dans l'établissement ou dans l'exécution de la convention d'interconnexion[51].

– Arbitrage. Pour le Professeur Abdoulaye SAKHO l'arbitrage est « l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions étatiques pour être résolus par des arbitres investis par la circonstance de la mission de juger »[52]. Le régulateur dispose ainsi de la fonction arbitrale qui lui permet de rendre une sorte de justice détachable de son pouvoir coercitif. L'arbitrage devant le régulateur est alors purement institutionnel. Le premier critère dont il faudra prendre compte si l'on suit le raisonnement du Professeur Abdoulaye SAKHO[53] consiste à dire que le régulateur ne peut se déclarer compétent pour arbitrer un litige que si celui-ci est survenu dans le secteur où il intervient. De même, l'article 29 de l'Acte Additionnel relatif à l'accès et à l'interconnexion des réseaux et services dispose que « les liti-

-ges relatifs aux refus d'interconnexion, aux conventions d'interconnexion et aux conditions d'accès sont portés devant l'Autorité nationale de régulation ».

Il est normal de faire appel à l'arbitrage tel que règlementé par le droit OHADA pour comprendre la méthode d'arbitrage du régulateur. En droit des affaires, l'arbitrage découle d'une convention des parties telles que prévues par les articles 2[54] et 3[55] de l'Acte Uniforme OHADA sur l'arbitrage. Il est naturellement fait la distinction que la fonction arbitrale peut prendre deux formes : l'arbitrage ad hoc[56] et celui institutionnel[57]. Cependant, il faudra ainsi constater que cette organisation d'arbitrage est très différente de celle du régulateur. Ici, l'arbitrage exercé par le régulateur constitue une compétence d'attribution dans un secteur spécifique. À la lecture des textes régissant les régulateurs, il faut constater que ceux-ci sont très imprécis sur l'organisation de la fonction arbitrale du régulateur. Cela vaut dire que rien n'empêche aux parties d'insérer dans la convention d'interconnexion, une clause compromissoire ainsi pour désigner un arbitre de leur choix[58]. Toutefois, le régulateur a de larges pouvoirs coercitifs en matière d'interconnexion.

2- Le traitement contentieux des litiges

– Les mesures de police. L'institution des mesures de police constitue une vraie garantie des droits de la personne récalcitrante. L'autorité de régulation appelle la personne ainsi à corriger des manquements constatés dans une convention d'interconnexion. Ainsi, les mesures de police des autorités de régulation sont purement préventives pour reprendre Guy BRAIBANT[59] pour son commentaire fait à une décision du Conseil d'Etat français. Dans les secteurs du gaz et de l'électricité les mesures de police permettent à l'autorité de faire ses instructions. Pour cette fin, l'article 24 de la Loi n°2021-32 portant création, organisation et attributions de la CRSE lui permet de procéder à des expertises, des auditions, des collectes de données ou toute autre mesure qu'elle juge utile. Cette procédure permet à l'autorité de faire ses injonctions lorsqu'il est établi que la convention d'interconnexion souffre d'irrégularités. C'est ainsi que le Code des communications électroniques permet à l'ARTP de prendre des mesures conservatoires[60]. Toutefois, dans le cas de certaines autorités de régulation, la distinction entre mesures de police et sanctions administratives n'est pas évidente, car il s'agit des mêmes mesures prises pour faire face aux mêmes faits. Le souci est que l'autorité, bénéficiaire d'un pouvoir de police en plus du pouvoir répressif, serait tentée de qualifier son acte de mesure de police pour s'affranchir de certaines procédures applicables aux sanctions, plus particulièrement celles relatives au respect des droits de la défense[61].

L'exercice des mesures de police fait obligation aux opérateurs exerçant une certaine puissance de déposer un catalogue d'interconnexion et d'y intégrer tous les avenants

des conventions d'interconnexion[62]. Ce mécanisme permet à l'ARTP de faire ses instructions pour la régularité des conventions établies ou la bonne foi de l'opérateur.

Il importe de noter que dans tous les secteurs étudiés, les enquêtes ne peuvent être menées que par les agents assermentés des autorités de régulation. Ces agents sont également tenus au respect du secrets des affaires pour toutes les informations qu'ils ont eu accès au cours de l'enquête relevant du secret des affaires. La combinaison des dispositions des articles 24 Loi n°2021-32 portant création, organisation et attributions de CRSE et 87 du Code des communications électroniques permet de comprendre que lorsque la violation dans un cadre de l'interconnexion relève d'une qualification pénale, les agents instructeurs sont tenus d'en informer le procureur de la République pour les besoins de l'action publique.

– Les mesures coercitives. Les sanctions proviennent soit d'une intention de punir des infractions soit d'une réglementation précise. Elles sont fondées sur des griefs, sur des fautes reprochées. Elles revêtent, en principe, « un caractère personnel »[63]. La sanction administrative punit un manquement à une obligation, une faute, une négligence. Toutes les autorités de régulation sont investies de ce pouvoir coercitif qui va d'une simple sanction pécuniaire (amende et astreinte) à une sanction extrapécuniaire plus ou moins lourde (publication de la décision, retrait temporaire ou définitif de la licence ou de l'autorisation).

L'ARTP dispose de tels pouvoirs, à la lecture de l'article 211 du Code des communications électroniques. L'Autorité de régulation dispose d'un pouvoir de sanction qui comprend notamment la faculté :

-d'exiger la modification des clauses abusives des contrats conclus avec les utilisateurs ou des conventions régissant l'interconnexion ou l'accès aux réseaux des opérateurs ;

-d'astreindre financièrement les opérateurs et fournisseurs de services enfreignant la législation et la réglementation à exécuter leurs obligations ;

-de prononcer des sanctions pécuniaires contre les opérateurs et fournisseurs de services défaillants dans le cadre de l'exercice de leur activité ;

-de proposer le retrait ou la suspension de la licence ou de retirer ou suspendre l'autorisation, en cas de défaillance de l'opérateur ou du fournisseur de service à laquelle il n'aurait pas résolu dans un délai raisonnable après une mise en demeure adressée par l'Autorité de régulation.

La CRSE dispose également des pouvoirs comparables à ceux de l'ARTP. Les deux autorités peuvent prononcer des sanctions pécuniaires ne pouvant pas dépasser 3% du chiffre d'affaire du dernier exercice clos, cependant la CRSE peut porter cette sanction jusqu'à 5% en cas de récidive[64]. L'autorité est habilitée également à prendre de mêmes sanctions que l'ARTP tels que la publication de la décision, le

retrait temporaire ou définitif de la licence ou de l'autorisation dans les secteurs relevant de son champ de compétence.

Il faudra noter que ni l'ARTP ni la CRSE ne peuvent prendre des sanctions coercitive sans une mise en demeure au préalable et sans respect du principe du contradictoire. Il s'y ajoute également que les décisions coercitives peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en sursis à exécution devant la Chambre administrative de la Cour suprême du Sénégal.

L'interconnexion dans les secteurs du gaz, de l'électricité et des télécommunications est gouvernée par la liberté ou le volontarisme. La convention d'interconnexion est alors établie selon la convenance des parties. Cependant, l'autorité de régulation a d'importants pouvoirs pour contrôler le contenu et l'exécution de cette convention –qui est in facto libre. Lorsqu'elle juge nécessaire d'agir aussi bien dans l'établissement que dans l'exécution de la convention d'interconnexion, l'autorité de régulation peut se saisir d'office. Elle peut également être saisie par les intéressés pour un règlement alternatif des différends ou pour un traitement contentieux des litiges qui peuvent résulter de la convention d'interconnexion.

[1] Voir sur cette question : Patrice Samuel Aristide BADJI, Droit sénégalais des hydrocarbures (pétrole et gaz), Harmattan, Dakar, 1er juin 2022, p.156.

[2] L'article 3 du Code de l'électricité au Sénégal définit toutes les formes de l'énergie.

[3] Article 3 du Code gazier au Sénégal définit la notion d'hydrocarbures comme étant des composés organiques hydrocarbonés liquides, gazeux ou solides existant à l'état naturel dans le sol et sous-sol, susceptibles d'être exploités par des techniques propres à l'industrie pétrolière et gazière ainsi que tous les produits extraits ou dérivés en association avec ces composantes.

[4] L'article 4 du Code des communications électronique a remplacé la notion de télécommunications par celle de communications électroniques qui est définie comme toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons, de toutes natures par fil, optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques.

[5] Bilan annuel dégagé par la SENELEC en 2019.

[6] Ce bassin fait partie du vaste Bassin Ouest Africain appelé Bassin MSGBC (Mauritanie – Sénégal – Gambie – Bissau – Conakry) ; Voir Jean-Pierre Favennec, Philippe Copinschi, « Les nouveaux enjeux pétroliers en Afrique » Dans Politique africaine 2003/1 (N° 89), pages 127 à 148.

[7] Les découvertes ont démarré en 1917 avec des traces de bitume rencontrées dans les calcaires et les indices de gaz et d'huiles retrouvés dans un forage d'eau en 1932 aux environs de Dakar. Des grands chantiers de recherches ont débuté en 1952 sous l'égide du Bureau de Recherches Pétrolières (BRP). Ainsi, entre 1952 et 1977, 122 puits d'exploration furent forés en onshore par la Société Africaine des Pétroles (SAP) et la Compagnie des Pétroles Total Afrique de

l'Ouest (COPETAO). Après une pause, les recherches ont été reprises en 1966 et 1979 avec 29 puits d'exploration forés par les compagnies COPETAO, ESSO et TOTAL TEXAS GULF, principalement en offshore. En 1979, il y a eu de nouvelle baisse des activités et, pour relancer la recherche au Sénégal, l'État décida de créer la Société des Pétroles du Sénégal, « PETROSEN », en 1981. Depuis, 53 puits d'exploration, d'évaluation et de production ont été forés aussi bien en offshore qu'en onshore (Source PETROSEN, 2019). Les plus récents puits sont localisés dans la zone de Gadiaga/Sadiaratou du gaz naturel a été produit de 1997 à nos jours, ainsi qu'au niveau des blocs de Sangomar offshore profond, Saint-Louis offshore profond et Cayar offshore profond PETROSEN et ses partenaires ont découvert du pétrole et du gaz naturel entre 2014 et 2018.

[8] <https://itie.sn>.

[9] https://www.presidence.sn/actualites/le-numerique-au-senegal-les-chiffres-cles_596 (Voir aussi Stratégie Sénégal Numérique 2016-2025).

[10] MOHAMED AYIB DAFPE « Introduction aux aspects juridiques des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique au Sénégal », article disponible sur le lien suivant : <https://scienceetbiencommun.pressbooks.pub/soleilpourtous/chapter/introduction-aux-aspects-juridiques-des-energies-renouvelables-et-de-lefficacite-energetique-au-senegal/>.

[11] Décret n°98-333 portant organisation et fonctionnement de la Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie.

[12] Loi n°2002-01 abrogeant et remplaçant l'article 19, alinéas 4 et 5, et le chapitre IV de la loi n°98-29 du 14 avril 1998 relative au secteur de l'électricité.

[13] Avec la loi n°2010-21 du 20 Décembre 2010 portant loi d'orientation sur les énergies renouvelables.

[14] Loi n°2021-31 du 09 juillet 2021 portant Code de l'électricité au Sénégal.

[15] Loi n°98-31 du 14 avril 1998 relative aux activités d'importation, de raffinage, de stockage, de transport, de distribution des hydrocarbures au Sénégal.

[16] Il s'agit :

·l'agrégation, la transformation, le stockage, l'importation, l'exportation, la réexportation et la fourniture de gaz naturel sous forme gazeuse ou liquide ;

· le transport et la distribution par gazoducs de gaz naturel ;

·le transport et la distribution de gaz naturel liquéfié ;

·le transport et la distribution de gaz naturel comprimé.

[17] La promulgation en 1996 de la loi n° 96-03 instituant un nouveau Code des télécommunications.

[18] La notion des facilités essentielles a été introduite pour la première fois en 1912 par un arrêt de la Cour Suprême des États-Unis au détriment de la Terminal Railroad Association qui détenait la propriété des chemins de fer de Saint-Louis. Cette notion a été reprise par l'article 82 du traité d'Amsterdam par l'UE en Novembre 1997. Selon Isabelle CROCQ (Régulation et Réglementation dans les Télécommunications, Paris, Economica, P. 109), cette technique est dite une facilité essentielle « si sa duplication est raisonnablement impossible et si sans cette facilité les concurrents ne peuvent pas accéder au marché et concurrencer l'opérateur historique[18] ». Et, pour le Professeur Oumar KANE (KANE Oumar, L'organisation des télécommunications au Sénégal : entre gouvernance et régulation, Dakar, Paris, Éditions KARTHALA, AfriMAP, CREPOS, 2011, p.207), ce sont « des installations indispensables pour assurer la liaison des

opérateurs avec leurs clients et impossibles à reproduire par des moyens raisonnables ».

[19] Voir la Loi n°2020-06 du 7 février 2020 portant Code Gazier au Sénégal.

[20] Voir la Loi n°2021-31 du 09 juillet 2021 portant Code de l'électricité, JORS n°1088 du 05 Août 2021.

[21] Voir la Loi n°2018-28 du 12 Décembre 2018 portant Code des communications électroniques.

[22] La régulation ex ante est un mécanisme de régulation permettant de mettre en place l'environnement concurrentiel qui se cristallise en définissant les conditions d'accès.

[23] La régulation ex post est un outil de régulation a posteriori définissant l'intervention étatique sur marché concurrentiel ainsi que les mécanismes employés.

[24] Cf l'article 98 du Code des communications électroniques.

[25] Cf l'art.11 de la loi n°2021-32 portant création, organisation et attributions de la CRSE.

[26] Loi n°2021-32 du 09 juillet 2021 portant création, organisation et attributions de la CRSE, préc.

[27] Cordis, déc. n° 06-38-09 du 5 novembre 2009, sociétés Ventura, centrale éolienne des Gargouilles et autres c/ ERDF et RTE EDF Transport.

[28] C'est pourquoi l'article 3 de l'acte additionnel sur l'interconnexion prévoit que l'opérateur doit offrir l'interconnexion avec « la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leur propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires ».

[29] MOUTHIEU Monique Aimée et Autres, Le consommateur des technologies de l'information et de la communication en Afrique noire francophone, Harmattan, Paris, 2021, 281-291.

[30] Christophe Krolik, Charles Moumouni, La transparence des industries extractives en Afrique, Les sociétés africaines en mutation, 2021, D5450, ISBN 978-2-7605-5450-4, p.472.

[31] Voir le Rapport UIT, Tendances des réformes dans les télécommunications « aspects transnationaux de la réglementation dans une société en réseau », Genève, édition IUT, 2013 UIT, « Rapport sur l'interconnexion », Commission d'études 1, 3e PÉRIODE D'ÉTUDES (2002-2006), p.121.

[32] Soumise au régime de droit commun tel que prévu par le Code des Obligations Civiles et Commerciales.

[33] L'autorité de régulation peut adopter un modèle de convention.

[34] Art.98 du Code des communications électroniques.

[35] Avis conforme constitue une mesure contraignante que le demandeur est tenu de suivre.

[36] Cf l'Article 18 du code de l'électricité.

[37] Voir le Décret n°98-333 portant organisation et fonctionnement de la Commission de Régulation du Secteur de l'Énergie.

[38] Décret n°98-337 du 21 Avril 1998 fixant la composition et les règles de fonctionnement du Comité National des Hydrocarbures.

[39] La Loi n°2021-32 portant création, organisation et attributions de la CRSE.

[40] Idem.

[41] Cf art.99 du Code des communications électroniques.

[42] Voir Décision n°2005-002/ART/DG/DRC/D.Règ. fixant la procédure de traitement de plaintes des organisation de consommateurs ; Décision n°2015-012 fixant les procédures de traitement des plaintes et réclamations.

[43] Art.23 de la Loi n°2021-32 portant création, organisation et attributions de la CRSE.

[44] Il s'agit par exemple :

- Les conditions d'accès au service de base : trafic commuté et, pour les exploitants de réseaux ouverts au public, les liaisons louées ;

- Les conditions d'accès aux services complémentaires ;

- Les prestations de facturation pour compte des tiers ;

- Les conditions de colocalisation et de partage des installations liées au raccordement physique des réseaux.

[45] Art.233 du Code des communications électroniques.

[46] Voir sur cette question l'Article 82 du Code des communications électroniques.

[47] Une convention d'interconnexion asymétrique correspond à une relation de dépendance verticale où un des opérateurs dépend de l'autre pour la fourniture de ses services. Le second qui détient les facilités pour le premier, bénéficie donc d'un avantage stratégique dont il peut abuser (Voir sur cette question : Thierry PENARD, « Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droits de propriété », Revue d'économie industrielle, n°92, 2 et 3e trimestre, 2000, p.292.).

[48] Une convention d'interconnexion symétrique c'est lorsque les deux opérateurs ont un accès direct à leurs clients d'une part et sont en concurrence d'autre part sans aucune dépendance verticale.

[49] Voir la décision n°2010 -1354 en date du 16 décembre 2004 portant modification du règlement intérieur de l'ARCEP.

[50] Voir sur cette question l'affaire opposant Sonatel à la société NETWYZ portant sur des pratiques anticoncurrentielles dans une convention d'interconnexion, Mars 2001, rapport d'activités ARTP 2001.

[51] Art.202 du Code des communications électroniques.

[52] SAKHO Abdoulaye, « La législation communautaire de la concurrence et les mécanismes alternatifs aux règlements des conflits commerciaux », Ohadata D-05-12.

[53] Idem.

[54] Article 2 de l'Acte Uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage : « Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester le caractère arbitraire d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage. »

[55] Article 3 de l'Acte Uniforme de l'OHADA, « La convention d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant. »

[56] Contrairement au centre arbitral, l'arbitrage ad hoc n'a pas été prévu par le Règlement d'arbitrage de la CCJA, Conakry, 23 Novembre 2017.

[57] La CCJA constitue l'institution d'arbitrage de l'OHADA.

[58] Éric M. Ngango Youmbi « Les modes alternatifs de résolution des litiges administratifs en Afrique noire francophone », Revue internationale de droit économique 2019/4 (t. XXXIII), pages 449 à 476.

[59] Concl. sur CE, sect., 8 janv. 1960, Ministre de l'intérieur c/Rohmer et Faist, Rec. CE 1960, p. 12, RDP 1960, p. 333.

[60] Art.89 du Code des communications électroniques.

[61] Voir TAIBI Achour, Pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique : Témoignage de la consécration d'un ordre répressif administratif, Harmattan,

2018, p. 666.

[62] Coir Décision n°2018-003 du 18 juillet 2018 portant approbation de l'offre de dégroupage de la boucle locale de la SONATEL, rendue par le Collège de l'ARTP.

[63] Concl. sur CE, sect., 8 janv. 1960, *Ministre de l'intérieur c/Rohmer et Faist*, Rec. CE 1960, p. 12, RDP 1960, p. 333.

[64] Article 25 de la Loi n°2021-32 portant création, organisation et attributions de CRSE.



LA FRAGILITÉ DU RÉGIME DE L'ÉTHIQUE DANS LA COMMANDE PUBLIQUE EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Christian Fabrice YINDJO TOUKAM

Docteur en Droit public, Université de Douala (Cameroun)

De manière générale, les études juridiques ne s'embarassent pas des réflexions sur l'éthique. Celles-ci sont laissées au domaine de la philosophie. Cette approche s'est nourrie des travaux de HANS Kelsen qui dans sa théorie du droit prône la distinction de la science du droit de l'éthique[1]. Si elle a pendant longtemps influencé la pensée juridique, elle a aussi participé à déshumaniser la science du droit au profit d'une extrême mécanisation. On a pu assister à l'instrumentalisation du droit au soutien des atrocités humaines comme celles vécues pendant le régime de l'Apartheid[2]. Ces atrocités ont progressivement construit dans la conscience universelle la nécessité d'une affirmation expresse des valeurs dans le contenu juridique. Le même constat s'impose sur la question de l'éthique dans la commande publique.

Ontologiquement, l'éthique renvoie aux valeurs morales. Ces valeurs se traduisent par un ensemble de règles qui dictent la conduite de l'Homme bon. L'éthique est une vertu que l'homme doit rechercher afin d'être un bon citoyen. Tout individu « doit s'efforcer aussi de la posséder et de la mettre en pratique, ou alors tenter par quelque autre moyen, s'il en existe, de devenir des hommes de bien »[3]. Il en découle que l'éthique ou plus globalement la morale n'est pas le produit de l'activité créative de l'homme. Elle est transcendante et s'impose à lui car « la valeur ou la vérité morale est indépendante de nos préférences et de nos pratiques dominantes »[4]. Emportant avec elle un ensemble de valeurs qui devraient fonder les normes juridiques, l'éthique s'oppose à la vision normativiste du droit qui écarte par exemple la justice comme objet d'étude[5]. Sans vouloir ressusciter le débat entre jusnaturalistes et positivistes qui semble relever de l'histoire aujourd'hui, il est impossible de ne pas observer une sorte de renaissance de l'influence naturaliste dans les systèmes juridiques. Cette renaissance se manifeste par la consécration des considérations morales

dans les instruments juridiques. La déclaration universelle des droits de l'homme en fait largement écho[6]. Cette influence s'est répandue dans les législations nationales. La constitution Tchadienne est l'une des plus expressives à ce propos. Elle affirme son attachement à un ensemble de valeurs considérées « comme des valeurs républicaines et éthiques propres à moraliser la vie de la Nation »[7]. A cela, on peut également ajouter la référence aux bonnes mœurs comme contrainte à l'exercice des droits[8].

Il est illogique de persister dans la négation de l'interaction entre droit et morale. Le droit d'aujourd'hui est fortement porteur de valeurs morales. Et, même s'il y a une tendance à la subjectivisation des valeurs, il demeure que « l'analyse des règles s'est progressivement moralisée »[9]. Les règles juridiques sont évaluées dans leur capacité à préserver la moralité, et « bien que de nombreuses immoralités ne soient pas punies par le droit, il n'y en a aucune à laquelle le droit acquiesce »[10]. L'influence des exigences éthiques et morales s'est principalement établie en droit pénal. La matière s'y prêtait bien, elle qui est « le reflet des valeurs de la société »[11]. Le droit public n'est pas resté en hors de cette influence. Les notions de bonnes mœurs et de morale sont particulièrement bien présentes dans le domaine des libertés et droits fondamentaux. De plus, les exigences morales à travers la valorisation du juste irriguent tous les champs de l'action publique. On observe alors que « la question du « juste » se pose au niveau d'une politique étatique du droit »[12]. Sur le continent africain, cette question a une importance particulière. Le continent est encore fortement attaché aux valeurs traditionnelles qui forment sa spécificité. Celles-ci résistent malgré les volontés d'assimilation affichées par la mondialisation. Ainsi, « le modernisme – et avec lui l'universalisme tant proclamé – n'a donc pas, fort heureusement, effacé toutes les traditions africaines, dont la persistance semble plus forte qu'on ne le pensait »[13]. Au-delà de l'affirmation de l'at

-tachment aux valeurs africaines qui est exprimée dans les instruments juridiques nationaux, les textes régionaux ne sont pas en marge de cette proclamation. C'est le cas avec la charte africaine des valeurs et des principes du service public et de l'administration dont l'un des objectifs est de « promouvoir les valeurs morales inhérentes aux activités des agents du service public »[14]. Les activités des agents du service public et plus globalement les services publics ont des valeurs morales qui leurs sont intrinsèques. Elles sont porteuses d'une certaine éthique qui d'après la charte est conforme aux aspirations des peuples africains. La défense de l'éthique est devenue une question de survie pour les États africains. Le fait est qu'il y'a une tendance à la banalisation de la morale sur le continent au regard de ce que « les violations des règles de la morale y sont sans cesse croissantes »[15]. La lutte contre ces violations est devenue un impératif d'ordre public car la survie des États en dépend. Ces violations amplifient le contraste d'une Afrique riche en ressources naturelles mais à la traîne au niveau du développement. La mauvaise gouvernance, la corruption, les détournements de deniers publics sont autant de décrépitudes morales qui affectent l'image de l'Afrique. Elles ont suscité une prise de conscience collective afin de retourner à l'éthique et aux valeurs africaines qui sont les voies sans lesquelles le développement du continent est compromis. On assiste ainsi depuis le début des années 2000 à une expansion des considérations éthiques dans les législations. L'un des domaines dans lequel cette expansion se fait le plus visible est la commande publique. Mais le régime qui s'y dégage est fragile, et la maîtrise des concepts est nécessaire pour le comprendre.

L'éthique est sans doute l'une des notions les plus vulgarisées, mais aussi les plus galvaudées de notre ère. C'est une notion qui porte une charge affective qui est altérée par l'insaisissabilité qui caractérise son contenu. En effet, tout le monde l'utilise et s'en fait le défenseur, mais très peu savent à quoi il renvoie. La cause réside dans la complexité de la notion « en raison de son vaste champ d'intervention et de ses nombreuses déclinaisons »[16]. Les textes juridiques n'offrent pas toujours plus de gage de sérénité. Juridiquement, l'éthique est définie comme un « ensemble des valeurs pratiques et normatives ayant pour but d'indiquer comment les êtres humains doivent se comporter, agir, être, entre eux et envers ce qui les entoure »[17]. Il se dégage de cette définition une certaine indétermination. L'indétermination dans la distinction entre les valeurs qui relèvent du système normatifs et celles de la pratique. Cette distinction est pourtant fort intéressante dans un système où il y'a parfois une opposition entre la norme et la pratique. L'inquiétude réside aussi dans la possibilité offerte pour une contextualisation des valeurs. Le chemin des valeurs relève pourtant de l'immuable et du transcendantal. C'est la raison pour laquelle certaines lois peuvent être qualifiées d'immorales. A ce sujet on peut observer une certaine résis-

tance des législations africaines face au phénomène de banalisation des valeurs qui est propre au contexte libéral dans lequel le monde est plongé. Celui-ci prône « le désengagement de l'État et la neutralité morale de l'espace public »[18]. Malgré cette résistance, il y'a un malaise qui se lit dans la conscience collective africaine et qui se traduit par l'indétermination des dirigeants à prendre clairement position pour les valeurs éthiques. Dans les discours, ces valeurs sont présentées comme le fruit des religions, et la grande diversité de celles-ci justifierait l'adoption d'une position de neutralité de la part de l'État. C'est encore là une posture contestable car l'Afrique n'a pas attendu les religions apportées par l'impérialisme pour avoir une culture des valeurs, pour connaître l'éthique et la morale.

De tout temps l'homme africain connaît le bien et le mal. Il réglemente la vie en société en posant des interdits qui sont fondés sur une éthique. Cette éthique fait la promotion d'un bon et honnête Homme qui ne pose pas de tort à ses semblables, ni même à la nature. Malgré les transformations induites par la colonisation, ces valeurs résistent tant bien que mal. Elles sont quelque peu effritées dans les législations modernes au profit du subjectivisme. A long terme cette subjectivisation conduit à la déconstruction de l'identité de l'africain. La survie de l'Afrique passe par la défense de ses spécificités, de ses valeurs, de son sens de l'éthique. De ce point de vue, l'éthique ne peut donc pas être limitée aux normes de responsabilité[19] c'est-à-dire aux simples règles qui fixent le comportement dans une activité. Ces normes doivent défendre les idéaux de justice, d'équité. L'impératif de valorisation de l'éthique s'impose avec acuité lorsqu'on se situe dans le champ de la commande publique.

La commande publique s'analyse en Afrique par des clichés péjoratifs. Elle est présentée comme le domaine favori pour la corruption, les détournements, bref les actes contraires à l'éthique. Instrument privilégié de politique économique[20], la commande publique qui doit viser la meilleure performance possible en termes de coûts et de services est régulièrement montrée du doigt pour son inefficacité[21]. Elle prête le flanc aux dérives morales en raison des importantes sommes d'argent qu'elle mobilise. La commande publique exprime l'idée d'un besoin de marchandise à satisfaire[22]. Elle est pour cela fortement influencée par les principes des transactions commerciales. A cet effet, son expression et sa satisfaction doivent obéir aux normes qui régissent toute activité économique, car au final tout contrat de la commande publique se présente « comme un acte économique qu'il faut encadrer, comme un marché qu'il faut réguler »[23].

L'expression commande publique est très présente dans la pratique contractuelle, mais très peu de textes disent de quoi il s'agit. Le Burkina Faso fait partie des rares États à avoir adopté toute une loi y relative. Dans les autres États l'option est de procéder à un encadrement de chaque déclinaison de la

matière. En effet, la commande publique renvoie à « toutes les formes d'acquisition de biens, de services ou de prestations au profit des collectivités publiques »[24]. Pour être plus précis, il s'agit de « l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques pour satisfaire leurs besoins »[25]. Ces contrats sont constitués des marchés publics, de la délégation de service public et du partenariat public-privé. La référence aux personnes publiques oriente la détermination de la nature de ces contrats laquelle « permet de connaître les règles applicables »[26]. Il s'agit des contrats administratifs, et comme tels, ils sont soumis à un régime fixé par les pouvoirs publics et conçu comme une autolimitation qu'ils s'imposent[27]. Cette autolimitation n'est plus simplement liée au respect des procédures, elle prend en compte de façon progressive les considérations éthiques. C'est ainsi que plusieurs pays ont adopté des codes d'éthique dans le système de la commande publique[28]. Certains, notamment ceux de l'Afrique centrale ont opté pour l'éparpillement des exigences éthiques dans les réglementations applicables à chaque type de contrat de la commande publique. Malgré cette entreprise louable les résultats semblent ne pas suivre.

L'analyse des contrats de la commande publique abonde d'exemples mettant en cause le respect de l'éthique. L'accent est particulièrement mis sur « l'intégrité, du côté des acheteurs comme des fournisseurs de l'administration »[29]. On présente comme fondement de cela la nécessité de lutter contre la volonté manifeste des acteurs de violer les règles établies. Sans pour autant que cela soit contestable, la récurrence et la généralisation des violations doivent orienter la recherche vers d'autres causes, vers le régime juridique lui-même qui semble s'éloigner de l'éthique et favorise conséquemment la banalisation de l'éthique. L'évocation de l'éthique dans la commande publique prend en compte les valeurs qui transcendent le droit positif, mais aussi les attitudes positives consacrées par les normes juridiques. Il y'a donc une éthique interne et une éthique externe de telle sorte qu'un texte qui fait de manière récurrente l'objet de violations peut avoir pour cause ses limites internes, ou alors être l'expression de son inadéquation avec les réalités de son environnement. Dans un cas comme dans l'autre, on observe une fragilité du régime mis en œuvre et par conséquent celui des valeurs qui s'y dégagent. Tel semble être le cas avec le régime de l'éthique dans la commande publique.

La fragilité est la disposition à être brisé facilement. Elle se traduit par le manque de fermeté, la divagation ou encore l'indétermination dans l'agencement des normes. De ces errements découlent les conséquences bien connues, car dans le domaine juridique précisément toute imprécision est source de déconvenue dans les attitudes attendues des sujets de droit. On peut donc constater par exemple que les marchés publics « constituent un vaste champ de pratique courante de la corruption »[30]. Ce fléau, et bien d'autres encore empêchent

les administrations d'être performantes et ralentissent le développement de l'État. Cet état de fait conduit à une crise de la moralité facilitée par les lacunes et la fragilité de l'encadrement juridique des exigences éthiques et morales. La question est celle de savoir comment se manifeste cette fragilité du régime de l'éthique ? Cette question vaut tout son pesant au regard du retard manifesté par les États africains dans la mise en œuvre des programmes de développement du fait de la prolifération des dérives dans le système de la commande publique. Ce système est partout en Afrique dans une situation de décomposition inquiétante, et invite à des réformes urgentes. Cela requiert une bonne appréhension de la question de l'éthique qui est le point d'ancrage de l'efficacité du système. Les régimes actuels s'éloignent de cette exigence et offrent de constater une malléabilité des obligations d'équité (I), et une inflexion des exigences d'intégrité (II).

I- UNE ORGANISATION MALLÉABLE DES OBLIGATIONS D'ÉQUITÉ DES PROCÉDURES CONTRACTUELLES

L'équité est l'une des valeurs que prône l'éthique. Elle « inspire l'ordre juridique »[31] en étant constituée des principes qui fondent l'élaboration des textes. Elle renvoie à la justice, à la rectitude ou encore à l'impartialité. Ainsi défini, le droit ne saurait être conçu sans référence à l'équité, encore moins le droit de la commande publique qui est extrêmement procédural c'est-à-dire consacrant des modes de fonctionnement. Source de droit au même titre que la loi[32], l'équité face à la récurrence des dérives doit être le socle de l'action des pouvoirs publics[33]. Cela n'est malheureusement pas le cas si l'on s'en tient au fonctionnement de la société. Les obligations de l'équité dans un système marchand comme la commande publique sont approximativement consacrées. On peut observer une malléabilité de la concurrence (A), et une flexibilité de la transparence (B).

A- L'instauration d'une concurrence éloignée de la justice

La concurrence est inséparable de la commande publique. Les deux évoluent dans le même biotope[34], celui constitué par le marché économique. L'application de la concurrence dans le domaine de la commande publique est équitable dans la mesure où elle satisfait au principe d'égalité qui fonde la République. Elle concourt de ce fait à assurer la justice. Cette exigence si importante manque de rigueur dans son encadrement. Elle est compromise dans l'organisation de la passation des contrats (1), et la compression des organes chargés de s'assurer de son respect (2) ne participe pas à améliorer sa considération.

1-La compromission de la compétition dans l'organisation de la passation

La mise en œuvre de la concurrence dans les activités admi-

-nistratives est récente. Par le passé, il est privilégié les procédés qui exprimaient la puissance et la décision unilatérale. L'intrusion du contrat dans la sphère administrative a changé les attitudes, et la formation de la commande publique a imposé l'application de la concurrence. Une analyse minutieuse des réglementations permet par contre de constater un effritement de cette concurrence dans l'organisation de la passation des contrats.

La concurrence se perçoit en filigrane dans la définition de la notion de passation. Cette dernière est définie comme « la procédure aboutissant en principe à la désignation du cocontractant de la personne publique »[35]. Cette procédure comme on le sait met en compétition plusieurs acteurs parmi lesquels l'administration doit opérer un choix. Théoriquement, l'administration doit tirer un grand avantage dans l'application de la concurrence pour la satisfaction de ses besoins. La concurrence correspond à la mise aux enchères, et pour les personnes publiques « l'organisation ex ante d'une enchère pour attribuer le droit de servir la demande ex post peut donc permettre de réduire la rente du producteur tout en bénéficiant de l'avantage des rendements croissants »[36]. Toutes les réglementations organisent le système de la commande publique dans une logique concurrentielle. Mais il semble que cette logique ne se traduit pas par une rigueur des normes établies. Cette organisation fait l'objet de tant d'exceptions et de contradiction qui vident la concurrence de sa substance.

Le premier écueil de l'organisation de la passation est l'absence de consécration explicite de la concurrence comme un principe fondamental. Tout le monde souscrit à « l'existence d'un ensemble homogène formé par les trois principes de la commande publique »[37] que sont la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence des procédures. Ces procédures n'ont pourtant aucune raison d'être en l'absence de la concurrence. Par le passé, il n'était fait aucunement référence à la concurrence dans le processus d'acquisition des biens lorsque l'administration n'utilisait que le procédé unilatéral. La concurrence commence à s'imposer à partir du moment où l'achat est ouvert à tous les soumissionnaires. La concurrence est donc une philosophie qui permet de maintenir les trois principes cités à l'existence[38], c'est le métaprincipe de la commande publique. Il se traduit par la consécration de l'appel d'offre comme procédure de droit commun de la passation des contrats. Malgré la consécration de cette procédure concurrentielle, son régime est particulièrement poreux et insidieusement organisé. Le marché complémentaire récemment intégré dans le système de la commande publique porte les inflexions à la concurrence.

Le marché complémentaire est un marché permettant de commander, de gré à gré, auprès d'un cocontractant, des prestations supplémentaires d'une nature similaire ou com-

-plémentaire à celles réalisées par ce dernier. Il est « passé sans publicité ni mise en concurrence »[39]. L'idée qui justifie la consécration de ce mécanisme est la volonté de palier aux aléas nés des manquements lors de la définition des besoins ou plus globalement lors de la maturation des projets[40]. Mais le mécanisme est formulé de manière à prêter le flanc à la déconstruction de la concurrence. Le propre des acteurs de la commande publique étant de tirer profit de toutes les passivités de la réglementation, il ressort qu'il y a matière à craindre quant à la survivance de l'équité dans le système. La possibilité de passer des contrats de gré à gré pour des prestations qui ne sont en rien différentes de celles du contrat originel fausse le jeu de la concurrence et peut permettre de remettre en cause la sincérité de la passation initiale. La réglementation camerounaise entretient un peu plus le flou sur ce mécanisme. Elle dispose que le marché complémentaire « ne porte que sur des fournitures, services ou travaux qui ne figurent pas dans le marché initial »[41] et installe le trouble en ajoutant que ces prestations « ne peuvent être techniquement ou économiquement séparées du marché principal »[42]. Il se dégage que les prestations du marché complémentaire sont à tout point inséparables de celles du contrat originel. Rien ne peut donc justifier qu'elles fassent l'objet d'une autre procédure de passation sans être ouvert à la concurrence. Les exigences de contraintes imprévues et extérieures aux parties ne peuvent pas empêcher la mauvaise utilisation des mécanismes.

Avec l'existence de l'avenant qui permet de gérer les aléas et qui est lui-même problématique[43], la consécration d'un marché complémentaire qui est un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence[44] dégrade l'exigence d'équité de tout le système. La mise en œuvre de ce marché ne s'effectue pas par une procédure spéciale, elle s'insère dans la procédure de gré à gré qui est dans les législations africaines particulièrement porteuse de l'exorbitance de l'administration. L'absence de fixation d'un plafond[45] comme c'est le cas pour l'avenant[46], laisse libre court aux parties de conclure par entente des marchés complémentaires pour des sommes qui peuvent se rapprocher de celles du contrat originel. Avec la consécration de ce mécanisme, « l'on ne peut que constater la multiplication des cas de recours à la procédure d'entente directe ou de gré à gré »[47]. L'inquiétude demeure sur l'existence d'une volonté réelle de construire un système de la commande publique reposant sur l'éthique et faisant la promotion de concurrence par laquelle l'égalité qui est consubstantielle au droit soit respectée. Ainsi organisé, il est difficile de s'opposer à l'opinion qui pense que la concurrence est un leurre dans les procédures contractuelles, et ce n'est pas le fonctionnement des organes d'encadrement de la passation qui peuvent infléchir cette appréhension.

2-L'altération de la neutralité dans l'évaluation de la passation

Trop d'institutions interviennent dans le processus d'évalua-

d'évaluation de la passation. Cette prolifération est questionnable au regard de l'accélération de la dégradation de l'éthique dans la commande publique. Les regards se portent sur les missions de ces organes qui sont instituées pour assurer l'effectivité de la concurrence. Ils semblent s'en éloigner au profit d'une posture partisane contraire au devoir de neutralité. En effet, toutes les institutions consacrées sont dans un immobilisme qui conforte les pratiques anticoncurrentielles. Le régime juridique est favorable à cet immobilisme et conduit d'ailleurs à un farniente consenti par tous les acteurs.

A la lecture des textes africains sur la commande publique, la passation des contrats ne peut être appréhendée sans les commissions de passation. Il n'y a pas une logique univoque qui fonde la consécration de ces commissions. Au Bénin, il s'agit de toute commission « constituée par une autorité contractante »[48], au Cameroun elles sont créées par l'autorité chargée des marchés publics[49]. De manière générale on peut dire ces commissions sont des organes techniques qui procèdent à l'évaluation des offres des différents soumissionnaires. Elles jouissent de la présomption de neutralité car étant en théorie hors des influences de la personne publique contractante, et même des soumissionnaires. L'intervention de ces commissions est assise sur des justificatifs solides, si l'on se limite à la théorie. La commande publique étant fondamentalement concurrentielle, il n'est pas équitable que la sélection des candidats se fasse par un acteur du futur contrat. De manière triviale on dira qu'il n'est pas normale d'être en même temps joueur et arbitre. C'est pour dire ici que le choix du cocontractant n'est pas un choix libre pour l'administration, même si c'est à elle qu'appartient la décision finale d'attribution. Ce choix « est soumis à des principes qui en font, dans la grande majorité des cas, un processus automatisé et non volontaire »[50]. Ainsi, et contrairement aux partisans de la convergence entre contrat public et contrat privé[51], l'administration est plus liée que tout autre chose dans la passation des contrats car « une action ne peut être et prescrite et libre »[52]. Le choix du cocontractant repose donc sur des critères de sélection, des conditions d'exécution qui ont un effet d'exclusion car tous les candidats ne peuvent être à même de les satisfaire[53]. Ainsi, l'administration ne peut pas être celle qui pose ces critères et celles qui les évaluent en toute impartialité. Ce rôle appartient aux commissions de passation. Mais celles-ci fonctionnent dans un environnement qui n'est pas propice à assurer l'équité.

Comme on a pu le voir, dans certains pays comme le Bénin, la commission de passation est désignée par l'autorité contractante, c'est-à-dire celle-là même qui va attribuer le contrat. Cette nomination dans le fonctionnement global des institutions africaines est un élément d'assujettissement. Il est difficile d'être impartial envers celui dont on tient la nomina-

-tion, et ceci quelle que soit le degré d'indépendance conféré par les textes. Le problème est principalement psychologique et culturel, car l'assujettissement à l'autorité supérieure est perçu partout en Afrique comme normal. Il correspond surtout à l'exorbitance qui caractérise l'administration africaine et qui s'oppose à toute idée de partage de pouvoir. Cette exorbitance très marquée dans l'organisation administrative et se traduit plus par les pouvoirs en plus que par les sujétions exorbitantes[54]. Le pouvoir de nomination détenue par les autorités contractantes ne peut être pris à la légère, car « les nominations apparaissent comme un moyen pour « s'emparer du pouvoir », en « créer », en « distribuer » et « produire de la loyauté politique »[55]. Certaines réglementations ont allégé l'exorbitance en dessaisissant les autorités contractantes du pouvoir de nomination des membres des commissions de passation. Toutefois, cela ne résout pas le problème de manière superficielle.

Au Cameroun, la composition de la commission de passation mêle nomination et désignation. La nomination concerne le poste de président de la commission. Elle relève de la compétence de l'autorité en charge des marchés publics. La désignation concerne les personnes qui vont représenter leurs administrations dans la commission. Chaque administration désigne son représentant. Ce système qui est relativement similaire à celui appliqué au Sénégal[56] est plus favorable à l'impartialité car les membres viennent de divers horizons. Cette impartialité n'est qu'apparente car les maîtres d'ouvrage disposent toujours d'un moyen de contrainte. Ce moyen de contrainte est financier. Dans le système camerounais des marchés publics, les dépenses de fonctionnement des commissions de passation sont supportées par les budgets des maîtres d'ouvrage et maîtres d'ouvrage délégués[57]. Rien de grave pourrait-on penser. Mais cette absence d'autonomie financière peut impacter sur le devoir d'impartialité de la commission. Comme on le dit trivialement, qui a de l'argent dispose du pouvoir d'influencer et de contrôler. Par son pouvoir budgétaire le maître d'ouvrage peut compromettre la commission et l'assujettir à ses orientations. Cette dépendance de la commission se répercute sur ses missions et conforte les postures qui dénie son utilité. L'une des voies de résorption de cette lacune peut être l'autonomisation financière des collectivités. Elle se traduirait alors par la mise à leur disposition d'un budget qu'elles pourraient mobiliser sans influence des maîtres d'ouvrage.

L'organisation des missions des commissions de passation ne reflète par l'image d'une institution déterminante pour la préservation des principes de la commande publique. La commission est consacrée comme un organe technique, mais sa technicité n'est pas valorisée. Les implications naturelles du pouvoir de la technicité sont diluées par la prééminence des maîtres d'ouvrages qui détiennent le dernier mot dans la passation des contrats. Tous les systèmes des marchés sont

organisées sur ce modèle à l'exception de celui ivoirien. Dans ce système, la décision d'attribution du marché est prise par la commission[58]. Cette structuration est conforme au devoir de neutralité du système et à la préservation de la concurrence car en excluant le maître d'ouvrage de cette compétence elle empêche qu'il ne soit « tenté de favoriser un opérateur économique pour des motifs étrangers à l'intérêt général »[59]. Le cas est tellement rare qu'il mérite d'être relevé. Dans les autres systèmes, le maître d'ouvrage est seul à attribuer le contrat. Le rôle de la commission est circonscrit à celui de faire des recommandations[60]. Ces recommandations n'ont parfois aucune contrainte sur la décision d'attribution car elles ne font qu'épurer de la compétition les candidats non conformes[61]. Ces recommandations et avis sont formellement non contraignants même comme il est implicitement possible par interprétation que cela soit le cas[62]. De toute évidence, la faiblesse des décisions rend vil tout le travail d'évaluation effectué par la commission. Il en est de même pour l'action de l'observateur indépendant.

Comme son nom l'indique, l'observateur indépendant est extérieur au processus contractuel. Cela est un gage pour le renforcement du contrôle de l'éthique dans la commande publique, mais il s'agit aussi implicitement d'un aveu de l'impossibilité d'accorder une confiance aveugle à la commission de passation. L'intervention de l'observateur indépendant est principalement orientée vers les marchés publics. Cette intervention est très certainement justifiée par le fait que les marchés publics constituent « l'une des activités des administrations les plus exposées au gaspillage, mais aussi à la fraude et à la corruption en raison de leur complexité, de l'ampleur des flux financiers qu'ils génèrent »[63]. L'observateur intervient pour dénoncer de telles dérives dans le processus contractuel. Il exerce dès lors des fonctions de contrôle du respect de l'éthique dans l'application des principes consacrés. Il le fait en signalant les manquements « aux règles de transparence et aux principes d'équité », de même que « les pratiques contraires à la bonne gouvernance dans le processus de passation »[64]. Son indépendance vis-à-vis des parties traduit une volonté de construire un système de passation reposant sur une saine concurrence. Cette volonté est toutefois biaisée par les faiblesses des décisions de cet organe. L'observateur indépendant n'a pas un pouvoir décisionnaire. Les fruits de son travail ne sont que des rapports[65]. De plus ces rapports n'ont pas un véritable pouvoir de contrainte sur les autorités à qui ils sont adressés. La réglementation béninoise est silencieuse à ce sujet. Celle camerounaise dispose en son article 52 que sur la base des rapports de l'Observateur Indépendant « l'Autorité chargée des marchés publics peut annuler l'attribution d'un marché effectuée en violation de la réglementation ou en marge des règles de transparence et d'équité ». L'annulation est con-

-crée comme une éventualité. Elle confère un pouvoir discrétionnaire à l'autorité des marchés qui au regard des garanties de neutralité qui entourent le fonctionnement de l'observateur aurait pu être une compétence liée. Cette structuration est insidieuse pour la concurrence, et l'équité du processus de passation qui est une exigence fondamentale devient utopique, surtout lorsqu'elle subit les influences de la flexibilité de la transparence.

B- La structuration d'une transparence dénuée de sincérité

S'il est indéniable que la concurrence est le métaprincipe de la commande publique, on peut en dire de même pour la transparence. Le dernier est le pendant de l'autre de telle sorte que les manquements de l'un rejaillissent nécessairement sur l'autre. Le régime de la transparence manque de sincérité. Il n'est pas exempt de dissimulation car il est le support de plusieurs irrégularités aussi bien en phase de passation (1) que dans celle de l'exécution des contrats (2).

1- Une transparence fragilisée lors de la passation

La transparence est une exigence de l'éthique. Elle postule l'honnêteté, l'équité et la justice. En matière juridique, la transparence « est un idéal de pureté et de vérité, la promesse d'une connaissance immédiate de la chose publique, sans filtre ni intermédiaire »[66]. La chose publique renvoyant à la catégorie des biens appartenant à une collectivité dans son ensemble[67], son régime de gestion doit être transparent afin de permettre à tous les citoyens de s'en faire une idée. La transparence est ainsi un mécanisme d'évaluation de l'action publique, et sa consécration découle des lors « de la lutte pour l'approfondissement de la démocratie »[68]. Le besoin de démocratie sans cesse croissant rend cette transparence irrésistible[69]. L'opacité qui a pendant longtemps caractérisé l'action administrative est d'après les discours politiques une histoire ancienne. Le fait est que la transparence est devenue une vertu consubstantielle à l'action publique si bien qu'elle est présente directement ou implicitement dans toutes les réglementations[70]. Elle trouve dans la commande publique qui est fondamentalement concurrentielle un terrain favorable pour son expansion[71].

La transparence est le principe qui donne à la concurrence toute sa raison d'être. Elle offre les moyens d'évaluer la sincérité du processus contractuel. Elle se traduit globalement par les exigences de clarté et de publicité[72]. Celles-ci s'appliquent essentiellement sur les procédures car la transparence sans être définie[73] est consacrée comme un principe lié aux procédures[74]. Dans sa substance, le principe de transparence signifie au niveau de la passation que « les différentes phases de la procédure doivent bannir toute discrimination et donner lieu à une information claire et précise et à une concurrence loyale entre les divers candidats »[75]. C'est sur ces exigences que la fragilité du régime de l'équité peut être observée.

Les rapports des différents organismes qui évaluent les processus de passation des contrats de la commande publique font ressortir de multiples violations de la transparence. Le jeu concurrentiel est présenté comme déloyal avec une implication de l'administration dans des actes de discrimination. Le phénomène est devenu si fréquent que tous les acteurs ne trouvent plus raison à s'opposer au « court-circuitage des normes de transparence »[76]. Le contentieux contractuel déjà très pauvre en termes de jurisprudence, est particulièrement mal loti en ce qui concerne les affaires liées à la passation. La présentation des dérives de la transparence dans la passation découlent en grande partie des rapports des institutions de contrôle et des travaux de la doctrine. Cela n'est pas fondamentalement un écueil car tout le monde sait à peu près ce que la transparence exige dans un environnement concurrentiel. Les textes n'en donnent pas une fière allure. En Afrique de l'ouest, du point de vue formel, la transparence est plus valorisée par l'adoption des codes de transparence en matière de marchés publics, mais ceux-ci sont critiquables dans le contenu. La critique s'impose dès la définition de la transparence. Elle est présentée comme « l'application équitable et rigoureuse de procédures connues et qui constituent exclusivement la base des décisions d'attribution des marchés »[77]. L'application d'une procédure ne saurait être équitable dès lors que les principes qui guident cette procédure ne reposent pas sur l'équité. L'absence de clarté dans les conditions de mise en compétition des candidats peut reposer sur des textes bien valides du point de vue de la procédure légale. Il peut aussi s'agir d'une imprécision textuelle qui confère un pouvoir discrétionnaire mal utilisé par l'administration. C'est le cas lorsque ces textes laissent la latitude aux administrations de compléter la liste des pièces exigées lors de la passation, et que ces autorités utilisent ce pouvoir pour exclure injustement certains candidats[78]. La transparence se manifeste aussi par la publicité. La publicité exige la mise à la disposition du public de toutes les informations concernant le processus contractuel. Elle est bénéfique pour l'intérêt général car elle permet « de susciter une diversité des offres, et donc d'accroître les chances de l'acheteur public d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse »[79]. L'absence de publicité conduit l'administration dans un processus dispendieux et dont la qualité des prestations n'est pas assurée. La réglementation consacre l'obligation de publicité dans l'ensemble du régime de la commande publique mais elle le fait de manière laconique. Le premier écueil est la multiplication des catégories de contrats qui sont en dehors du champ de la transparence et de la publicité. Traditionnellement, il s'agit des marchés qui concernent les besoins de défense et de sécurité « exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité »[80]. Très nombreux en termes de flux financier

dans des pays où la sécurité est la principale priorité, à ces contrats s'ajoutent les accords-cadres. Véritables innovations dans la commande publique en Afrique, le régime des accords-cadres est pour le moins permissif. Face à l'impossibilité de déterminer à l'avance le volume et le rythme des commandes de fournitures ou de services courants nécessaires à ses besoins, le maître d'ouvrage peut recourir à un accord-cadre qui est un marché ayant pour « objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre, ou les dispositions régissant les marchés à commandes subséquents à passer au cours d'une période donnée »[81]. La période qui ne peut excéder trois ans est un boulevard offert aux parties de procéder à des ententes directes en dehors de toute obligation de publicité et par ricochet de mise en concurrence[82]. Ce temps est suffisamment long, et la discrétionnarité exagérément large pour que les parties n'y voient pas l'accord-cadre comme un moyen de contourner les exigences de la concurrence et la transparence. Il en est de même du manque de rigueur dans l'encadrement des procédures dérogatoires. Les procédures dérogatoires se présentent plus comme des hydres contrairement aux objectifs pour lesquels elles sont instituées. En effet, la gestion de l'urgence qui fonde leur existence est de plus en plus un motif secondaire voir incertain. Les procédures de gré à gré sont exagérément mobilisées[83] ceci en contradiction avec le caractère exceptionnel qui doit les guider. Cette procédure qui admet des inflexions au formalisme établi est travestie au profit des actes déviants. Dans la plupart des cas, l'urgence évoquée par les acteurs pour justifier le recours à cette procédure n'est pas naturelle. Elle est provoquée par un laxisme entretenu. Exiger le respect de la transparence dans la mise en œuvre du gré à gré c'est au préalable s'assurer de la transparence de l'évocation de ces cas de recours. Il faut donc traiter le problème en amont pour que les solutions n'aient pas effets superficiels.

2- Une transparence négligée pendant l'exécution

La phase d'exécution des contrats est le domaine négligé des études sur la commande publique. Ce constat est renforcé par les positions doctrinales[84] et certaines réglementations qui limitent la transparence à la phase de passation des contrats[85]. Ainsi, toutes les exigences de la transparence sont examinées sous le prisme de la passation. Cette lacune mérite d'être comblée car un bon processus de passation n'augure pas toujours une bonne exécution. La rigueur de l'analyse doit envahir toutes les phases afin que les exigences de l'éthique soient évaluées dans l'intégralité du système. Il ne manque pas matière à réflexion car la phase d'exécution n'est pas moins riche en violation des exigences de la transparence du fait des lacunes textuelles.

Si la transparence est celle des procédures, l'exécution des contrats y est intéressée au même titre que la passation. Cette phase met en œuvre des obligations qui ne doivent pas s'op-

s'opposer aux principes qui ont guidé la passation. C'est ainsi que pendant l'exécution les parties ne doivent pas adopter des comportements qui faussent la concurrence. Les exigences de la transparence telles que la clarté, la publicité doivent être intégrées dans le comportement des acteurs en phase d'exécution. Le silence de la réglementation incite à une liberté pour la réalisation des actes déviants. Le processus contractuel doit être analysé comme un tout avec une interdépendance entre les différentes phases. La rigueur dans les valeurs à promouvoir doit être exigée dans toutes les phases, plus encore dans la phase d'exécution, car il semble que cette phase est plus exposée aux dérives au regard de ce que l'accent est plus porté sur la réglementation de la passation. Les acteurs finissent par oublier que la primauté de l'intérêt général s'impose dans tout le processus contractuel, et que c'est dans la satisfaction de cet intérêt que le cocontractant trouve également le moyen de satisfaire le sien. Ainsi, il ne faut pas toujours voir un antagonisme entre un intérêt général défendu par l'administration et l'intérêt individuel recherché par le cocontractant, car l'accord exprimé par les parties « est créateur de droits et d'obligations qui se complètent et convergent vers le même objectif à savoir l'intérêt général dans lequel chaque partie trouve son compte »[86]. Ces parties devraient être guidés par des principes qui protègent cet intérêt, et dans la phase d'exécution la transparence en impose plusieurs parmi lesquelles la sincérité et la bonne foi.

La sincérité est un principe bien connu en finances publiques, et jusqu'aujourd'hui elle est analysée principalement dans cette matière. Elle « renvoie à l'idée d'une norme de pureté s'imposant aux acteurs financiers »[87]. Cette pureté est d'autant plus importante que la matière financière en son absence déchaîne les passions les plus abjectes. Elle s'impose naturellement dans la commande publique qui est un instrument de réalisation de la dépense publique. C'est donc une erreur qu'elle ne soit pas formellement exprimée dans cette matière. Même si la sincérité peut « être considérée comme le prolongement sublimé de l'exigence de transparence »[88], et que l'on peut ainsi subodorer que la référence à la transparence dans la commande publique suffit à l'intégrer, il faut encore qu'elle déploie toute sa substance. Le régime de l'exécution des contrats est particulièrement laconique en termes de consécration des exigences de la sincérité. Les parties ne perçoivent pas une véritable contrainte dans l'application de leurs obligations. Les textes sont muets, ils se limitent à fixer les procédures à suivre, avec parfois beaucoup de lacunes. On peut donc constater des manquements qui masquent parfois des ententes anticoncurrentielles qui sont généralement des comportements issues « d'un concours de volonté »[89]. Dans son rapport de 2011, la commission nationale anticorruption du Cameroun a relevé un marché de fourniture

de matériels informatiques dans lequel il y'avait des problèmes de sincérité. Dans ce marché, il y'a eu la passation d'un seul avenant représentant 29,6% du marché de base qui s'apparentait à un gré à gré, car non seulement le prix des ordinateurs dans cet avenant était le double de celui facturé dans le marché de base et ceci avec moins de composante, mais on notait aussi l'introduction de nouvelles fournitures non prévu au marché de base[90]. Ce cas n'est pas isolé. Il expose comment le recours à certaines procédures manquent de sincérité. L'avenant est certainement le mécanisme dont l'utilisation est la plus décriée. Son fondement est pourtant des plus cohérents, « ne pas permettre aux parties de franchir une sorte de limite novatoire qui donnerait lieu à un nouveau contrat qui échapperait aux obligations de formation, de publicité et de mise en concurrence »[91]. Le problème est celui de savoir comment faire pour que la limite de transformation de l'avenant en un nouveau contrat ne soit jamais franchie. Au Benin, la loi interdit des avenants qui procèdent aux modifications substantielles du contrat. Elle considère comme substantielles les modifications qui brisent l'équilibre économique du contrat, qui bouleversent l'économie du contrat[92]. Ces notions par leurs caractères protéiformes[93], diluent la rigueur qui doit guider le comportement des acteurs qui finissent par manquer de bonne foi dans le recours aux avenants.

D'emblée, il faut dire que la principale faiblesse de la bonne foi dans la commande publique est que les textes n'en font pas état[94]. Cela peut laisser subsister diverses interrogations sur la portée exacte de l'obligation de transparence[95] qu'elle est censée mettre en œuvre. La bonne foi permet pourtant la pénétration de la règle morale dans l'exécution contractuelle. En effet, la bonne foi renvoie encore à la loyauté, à la fidélité et à l'honnêteté dans la réalisation d'un devoir. Dans ce sens, elle « préserve l'existence du lien contractuel et garantit la qualité des prestations contractuelles »[96]. Elle traduit l'image du bon citoyen soucieux de bien exécuter ce qui est attendu de lui. Elle est donc nécessaire pour la réalisation de l'intérêt général qui requiert l'engagement total de tous. Cela suppose que les parties doivent transcender leurs propres intérêts afin de rechercher la performance dans l'exécution. Cette obligation morale s'impose au même titre à l'administration qu'au cocontractant. A son encontre, Il n'est pas compatible avec la bonne foi qu'elle « aggrave les charges supportées par son cocontractant et qu'elle dresse des obstacles devant lui, au lieu de l'aider dans l'exécution »[97]. De telles situations sont courantes lorsque l'administration n'est plus en odeur de sainteté avec son cocontractant. Celui-ci est ou doit également être concerné par cette exigence. La bonne foi doit imposer au cocontractant de faire prévaloir l'intérêt général sur ses attentes et prétentions. C'est à ce titre qu'on peut lutter contre les abandons de chantier et autres retard dans l'exécution qui sont fréquents et ceci parfois pour

le moindre retard dans le paiement par exemple. La mise en œuvre de ces différentes exigences ne doit pas relever du volontarisme, elle doit être imposée par des textes clairs et précis ce d'autant plus qu'on se rend compte que sa référence relève de l'évidence[98]. Cela doit être le cas pour les exigences d'intégrité.

II- UNE FIXATION INÉQUITABLE DES EXIGENCES D'INTÉGRITÉ DES ACTEURS CONTRACTUELS

L'intégrité est la qualité d'une personne qui ne se laisse pas corrompre. C'est une exigence fondamentale pour les activités liées à la finance. La tentation aux dérives étant plus accentuée dans ces activités comme cela est le cas pour la commande publique, elle requiert plus de rigueur dans la fixation des obligations. Les textes se caractérisent plutôt par une permissivité en optant pour la discrimination dans l'agencement des règles de probité (A) qui dévalorise la vertu du système répressif (B).

A- La discrimination dans l'agencement des règles de probité

La probité est définie comme l'attachement aux devoirs de la justice et de la morale. La justice et la morale sont parfois négligées dans l'encadrement des pratiques administratives. Dans toute société elles s'imposent comme des croyances fondamentales auxquelles les individus doivent demeurer fidèles « s'ils veulent sauvegarder leur intégrité »[99]. Ces valeurs n'ont de sens que si elles sont prises de manière objective, de telles sortes que toute discrimination fragilise leurs substances. La plupart des textes font une discrimination dans la fixation de ces valeurs en protégeant les maîtres d'ouvrage au détriment des autres acteurs.

1-La neutralisation de la responsabilité des Maîtres d'ouvrage

Les règles de la commande publique consacrent un certain assouplissement des obligations des maîtres d'ouvrage. Cet assouplissement qui est en contradiction avec leur degré de pouvoir assure à leur profit une certaine protection. Il y a une espèce de neutralisation de la responsabilité par laquelle les textes semblent exclure les maîtres d'ouvrage de la catégorie des acteurs soumis aux exigences d'intégrité. Pourtant, les atteintes à l'intégrité peuvent « être le fait tant des acteurs publics que privés »[100]. Ailleurs comme au Canada, l'intégrité est formellement exigée des concurrents dans un contrat public[101]. Cela subodore que celle de l'administration est un acquis parce qu'elle relève normalement des attitudes attendues de toute administration. Tel n'est pas le cas en Afrique où l'ordre des valeurs n'est pas consubstantiel à l'action publique. C'est ainsi que la neutralisation de la responsabilité des maîtres d'ouvrage tire sa substance des fondements des droits africains et de l'idéologie qui les guide.

Les droits africains font une apologie de la figure du chef[102].

Bien que dans l'étude de la commande publique l'on soit en présence des autorités détentrices d'un pouvoir administratif, l'encadrement juridique ne diffère pas de celui appliqué en droit constitutionnel. Les individus qui exercent des fonctions d'autorité, et qui détiennent un pouvoir de décision sont parfois installés dans le confort d'un régime d'irresponsabilité ou de responsabilité limitée. Telle est la situation du chef de l'exécutif qui est « une autorité neutre et préservatrice »[103]. Cette logique se répercute également dans l'organisation intentionnelle de la commande publique. Les maîtres d'ouvrage se retrouvent dans une position de quasi-irresponsabilité. Ils ont certes besoin de liberté pour développer l'ingéniosité dans la réalisation de l'intérêt général, mais, « la liberté n'est pas moins libre d'avoir fait le mauvais choix, et celui-ci engage la responsabilité »[104]. En tant qu'acteur principal du processus contractuel, le maître d'ouvrage doit logiquement supporter un régime de responsabilité des plus rigoureux. Les textes ont curieusement fait le choix de la logique inverse. Pour mieux le comprendre, il faut analyser les dispositifs textuels relatifs aux exigences d'intégrité à la lumière du rôle des maîtres d'ouvrage.

A la lecture des codes d'éthique dans la commande publique qui existent en Afrique, on se rend compte qu'ils ne sont pas forcément novateurs sur les obligations qu'ils consacrent. Ils consolident plutôt les obligations qui s'imposent aux agents publics. Celles-ci sont affirmées et mieux développées[105] par les statuts de la fonction publique et les statuts applicables aux différents corps. Les codes d'éthique s'apparentent à des rappels qui dans le cas d'espèce peuvent avoir une plus-value s'il y a un effort de contextualisation pour répondre à la spécialité de la matière. A côté des règles déontologiques générales[106], on retrouve la consécration des valeurs de référence constituées de l'éthique, de l'intégrité et de la probité. La probité impose à tout agent qui intervient dans le processus contractuel d'adopter des attitudes qui s'inscrivent dans le cadre du dispositif de lutte contre la corruption[107]. La corruption doit ici être comprise au sens large qui intègre toutes les pratiques déviantes. La référence aux agents publics peut laisser croire que même les maîtres d'ouvrage sont concernés. Il est possible de penser autrement.

Le maître d'ouvrage est placé au sommet de la hiérarchie administrative dans le processus contractuel. Il est la représentation physique de la personne publique qui initie la commande. Il est difficile de penser que les règles de probité s'imposent à lui au même titre que les agents publics. Il est certes un agent public, mais c'est un agent public de type spécial. Il intervient dans le contrôle de l'application des règles consacrées. En effet, le maître d'ouvrage a une diversité de rôle. Il représente l'administration bénéficiaire des prestations objet du contrat[108], mais il exerce aussi un contrôle administratif interne. Ce contrôle qui est particulièrement orienté à la phase d'exécution[109] a été a-

-moindri par l'institution d'un ministère en charge des marchés publics au Cameroun. Il se retrouve de manière paradoxale « au cœur du contrôle des marchés publics et des délégations de service public »[110]. Il a un pouvoir qui a toute logique s'impose aux maîtres d'ouvrage, mais avec beaucoup de limites. En tant qu'instrument de réalisation de la dépense publique, la conduite des marchés publics fait partie de la compétence de toutes les autorités jouissant de l'autonomie administrative et financière. L'exercice du pouvoir de contrôle par le ministre des marchés publics qui justifierait le contrôle de l'application des exigences de probité par les maîtres d'ouvrage ne pose pas de difficulté lorsque ces maîtres d'ouvrage sont dans une position d'infériorité administrative par rapport à ce ministre[111]. La situation est différente lorsque le maître d'ouvrage est un autre ministre, le premier ministre ou fait partie des services de la présidence de la république. Il est donc très rare d'avoir des cas dans lesquels la responsabilité des maîtres d'ouvrage – ministres – a été mise en cause. De plus, le ministre des marchés publics est lui-même une autorité contractante. Il est donc juge et partie, rendant impossible la réalisation d'un contrôle interne sur ses propres actes. Cette contradiction fait partie des éléments qui ont ironiquement contribué « à l'épuisement du modèle et au contournement des règles »[112]. Elle est renforcée par les limites du système de responsabilité en matière budgétaire et financière.

Le système financier consacre la séparation des ordonnateurs et des comptables comme un principe fondamental[113]. Les fonctions de chacune de ses autorités sont clairement distinguées, induisant un régime de responsabilité qui doit correspondre à l'étendue des pouvoirs exercés. Seulement, il faut constater que la responsabilité du comptable est plus précise et contraignante. Celle de l'ordonnateur est en constance construction. L'ordonnateur est celui qui engage, liquide et ordonnance une dépense[114]. La passation d'une commande, la signature d'un marché[115] rentrent dans ces compétences. Ce sont les attributions des ministres, des directeurs d'établissements ou encore des maires[116] qui sont des maîtres d'ouvrage. Dans la zone CEMAC, avant la réforme de 2011, ces ordonnateurs étaient dans une situation de quasi irresponsabilité. Au Cameroun, les ordonnateurs principaux constitués des ministres et présidents des organes constitutionnels n'étaient responsables qu'au plan civil et pénal[117]. Ils étaient donc exclus du régime de responsabilité administrative[118] alors qu'ils pouvaient être coupable des atteintes à la probité telles que les fautes de gestion. La seule possibilité restait alors l'engagement de la responsabilité devant une autorité juridictionnelle qui demeurait exceptionnel « du fait de leur stature au sein de l'appareil étatique »[119]. Le système a considérablement évolué. Il n'a pas évolué vers l'assujettissement des ministres à un contrôle administratif, mais plutôt vers la soumission de ceux-ci au

contrôle juridictionnel exercé par la chambre des comptes[120]. L'on ne saurait donc conclure à un abandon de l'office du CDBF[121], mais plutôt à une consolidation de l'exclusion d'une action de cette institution contre les ministres.

Avec le système consolidé, le contrôle administratif de la commande publique est privé d'une action contre le principal acteur du processus contractuel. Cette exclusion participe à minimiser les vices dont les ministres se rendent coupable. Les conséquences sont directement visibles sur les performances attendues en raison des différentes insuffisances, car « plus on laisse l'acheteur dans le flou, plus sa marge d'appréciation est large et plus le risque d'erreur est grand »[122]. L'une des solutions serait le renforcement des pouvoirs des autorités de régulation. Ces autorités existent dans la plupart des États étudiés, mais elles ont un pouvoir nul contre les ministres qui sont les maîtres d'ouvrage les plus importants. Ces derniers qui ne brillent pas toujours par l'exemplarité agissent dans l'impunité. Les procédures contentieuses à leur rencontre sont engagées dès qu'ils quittent les affaires laissant grandir la considération de ces procès comme des procès politiques.

2-Le renforcement des obligations des autres acteurs

La rigueur des exigences d'intégrité et de probité s'appliquent de manière principale sur les autres acteurs de la commande publique que sont les agents d'exécution et les cocontractants. Chacun est soumis à des obligations en fonction de son rôle, de l'organisme ou de l'autorité pour lequel il agit. L'intensité peut donc être différente, avec des risques d'être diluée par une extrême spécification ou par un manque de précision. Cette logique est particulièrement inéquitable car elle laisse croire que les acteurs visés sont les seuls qui peuvent compromettre l'efficacité et la performance du système par leurs dérives.

Pour ce qui est des agents d'exécution, il s'agit des agents publics auxquels les divers codes d'éthique font référence. Dans l'esprit de la réglementation, il s'agit des fonctionnaires qui sont sous le contrôle des maîtres d'ouvrage. On peut le justifier avec l'utilisation des notions comme le pouvoir hiérarchique[123] qui « s'exerce avec tous ses attributs du seul fait de la situation de supérieur par rapport à son subordonné »[124]. La reproduction tout azimut à tous les acteurs des obligations applicables aux agents publics ne prend pas en compte la diversité de situations juridiques occupées par tous ces acteurs.

En effet, toutes les personnes qui agissent pour le compte des maîtres d'ouvrage ne sont pas des agents publics. La fonction de maître d'ouvrage se met en œuvre par le mandat et la représentation dans son exercice. Elle mobilise des personnes de nature diverse. C'est le cas du maître d'œuvre qui peut être une personne physique[125], une personne morale de droit public ou privé[126]. La même distinction s'applique également au chef de service du marché et à l'ingénieur du

marché qui sont tous accrédités par le maître d'ouvrage[127] et exercent des compétences en son nom et pour son compte. Le traitement de toute ces personnes comme des agents publics est contradictoire eu égard à leurs nature. Et même si les personnes morales agissent toujours par l'entremise des personnes physiques, la question de l'individualisation de la responsabilité se pose car dans le système de fonctionnement de ces personnes morales notamment celles de droit privé la continuité n'est pas toujours évidente. Il faut donc clairement distinguer le régime applicable aux agents publics et celui des autres personnes.

En ce qui concerne les agents publics, le régime de la probité est formellement consacré, mais avec de multiples contradictions. Celles-ci sont si récurrentes qu'elles amènent à soulever la question de la pertinence de la réglementation y afférente. L'objectif du système est affecté car la probité intègre les considérations relatives au bien collectif et à l'équité qui sont mises en avant pour répondre aux attentes citoyennes[128]. Dans un environnement de banalisation des irrégularités, la pertinence de la réglementation doit être l'axe privilégié des réformes, car les valeurs consacrées qui « représentent une barrière privilégiée contre le passage à l'acte »[129] dévient sont dénaturées. A titre d'exemple, il est consacré la prohibition du cumul des activités qui interdit à tout agent public d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative[130]. Cette interdiction qui fait la promotion de la neutralité de l'agent public vise à éviter les conflits d'intérêt dans la commande publique. Elle est portée en dérision par la généralisation des pratiques contraires. Le phénomène des agents publics exerçant des activités privées lucratives n'émeut plus personne. Ils sont à la tête des entreprises par eux-mêmes ou par personnes interposées, et ces entreprises passent et gagnent des marchés publics. Cet exemple qui n'est pas isolé « suggère que le système de gouvernance mis en place en guise d'éthique organisationnelle n'a pas atteint le résultat escompté »[131]. On peut questionner la pertinence de l'interdiction du cumul d'activité non pas pour la supprimer car elle fait la promotion d'une valeur importante, mais voir comment son régime peut être amélioré.

Le devoir d'exemplarité attendu des agents publics peut être fragilisé par l'environnement dans lequel il évolue. Il est important que cet agent soit mis dans des conditions favorables aussi bien financièrement que matériellement. Ces conditions se sont dégradées au début des années 1990 avec les crises économiques qui ont révélées de grandes défaillances dans les modèles de gestion qui reposaient sur les jeux de fraction, les réseaux, la centralisation. Le système de gestion étant éloigné des objectifs de performance, il est normal que « la précarité des situations acquises incite à une accumulation matérielle rapide »[132] au détriment de la qualité du service. Les programmes d'ajustement structurel qui ont

été imposés aux États Africains n'ont pas permis de résoudre le problème. L'impératif de normalisation recherché par ces programmes[133] n'a pas été atteint. La résurgence des crises budgétaire et le recours fréquent aux bailleurs de fonds le témoignent à suffire. En matière d'intégrité des agents publics, le spectacle est désolant. Les décisions prises ont créé un environnement prospère aux dérives. Quoi de plus normal dès lors que « le manque de modernisation politique et économique crée des opportunités pour la corruption »[134]. C'est naturellement la situation qui prévaut en Afrique pendant la période d'ajustement. Les solutions adoptées ont malheureusement tout pour déplaire.

La dégradation de l'intégrité dans le système public tire ses racines des solutions adoptées pendant l'ajustement structurel. Dans l'optique de réduire les déficits budgétaires, plusieurs solutions s'offraient aux acteurs. La limitation de la dépense publique étant l'objectif principal, elle offrait « à l'ajustement structurel l'un de ses chapitres les plus importants »[135]. Le choix a été porté vers la compression du traitement financier des agents publics. Ainsi, sur recommandations des bailleurs de fonds, les États « vont geler ou différer les ajustements dans l'échelle des salaires, réduire les avantages sociaux des fonctionnaires »[136]. Cette mesure aura pour effet d'installer les agents publics dans une précarité dont même les règles les plus rigoureuses en matière de probité n'ont pas pu empêcher les attitudes de prédation envers la chose publique. Consacrer des exigences d'intégrité peut s'avérer inefficace lorsque la moralité est polluée par des circonstances qui se situent en amont de la commande publique. Il est certain que l'intégrité « peut considérablement réduire les risques de corruption »[137], mais il faut qu'elle s'inscrive dans un processus global de transformation des mœurs qui est « un préalable à toute entreprise de moralisation de la vie publique nationale »[138]. Les actions sporadiques et trop spéciales ont des effets limités dans la durée. C'est le cas des règles de la commande publique qui sont toujours plus nombreuses et en permanence dans la réforme. Ce « trop-plein d'encadrement juridique »[139] n'est pas toujours un gage d'efficacité. La fièvre textuelle qui caractérise les textes africains est en déphasage avec la dégénérescence du système de la commande publique. Le contraste est celui des oubliés du système.

Le régime de l'intégrité et de la probité n'implique pas tous les acteurs, du moins formellement. Comme on a pu le voir, les textes font expressément référence aux agents publics et aux cocontractants. Certains acteurs du système ne sont ni des agents publics, ni des cocontractants. Ils n'ont pas un rôle moins déterminant dans le processus contractuel. C'est le cas des experts, de l'observateur indépendant. Ces personnes qui viennent en appui dans le processus contractuel ont une action qui impacte les procédures. Le cas le plus patent est celui de l'observateur qui évalue le respect de la transparence

de l'équité et de la bonne gouvernance dans le système. Cette fonction requiert une probité inébranlable. La nécessité de cette probité et ses exigences ne peuvent être laissés à l'entière appréciation de l'auteur lui-même.

En ce qui concerne le cocontractant, il est celui qui supporte les obligations les plus rigoureuses en matière de probité. La rigueur évoquée ici ne tient pas à la quantité des obligations mais à l'effort de clarté qui se manifeste. Les obligations s'imposent au partenaire de l'administration aussi bien pendant la phase de passation que celle d'exécution. Elles ne se limitent pas à la protection de la concurrence. Elles obligent le cocontractant à être un partenaire vertueux qui respecte les prescriptions en matière sociale et de droits humains[140], mais aussi et surtout celles applicables en matière fiscale qui l'obligent à tenir à jour et à mettre à la disposition de tout corps de contrôle un état des déclarations fiscales et douanières relatifs à la commande publique[141]. Cette dernière exigence est contrôlée avec rigueur car bien que les contrats de la commande publique soient des instruments de réalisation de la dépense publique, ils constituent aussi des « ressources fiscales potentielles au service du financement budgétaire »[142]. L'exemplarité de la répression devrait accompagner la nécessaire moralisation du système de la commande publique.

B- La dilution des vertus du système répressif

Un système répressif vertueux incite à la performance car il s'appuie sur l'amour du bien et la ferme disposition à éviter le mal. Il y'a donc une certaine éthique que vise la répression en étant elle-même une déclinaison de l'éthique. En dehors de cette vertu c'est le règne du laxisme qui s'installe. Le laxisme est le moindre mot que l'on peut utiliser pour caractériser le système répressif de la commande publique. Se traduisant par une tendance à une tolérance excessive, le laxisme dans la répression vide les principes d'éthique de leurs contenus. Il déconstruit l'autorité du droit qui en Afrique s'appuie grandement sur la coercition. Il altère toutes les vertus qui sont attachées à la coercition et promeut au final le libertinage. Ce laxisme est le résultat d'un éparpillement de la substance des infractions (1) qui altère l'exemplarité de la sanction (2).

1- L'effritement de la spécification des infractions

Il y'a exagérément d'infractions dans le système de la commande publique. Cela peut paraître paradoxale de le dire au regard de la constance des dénonciations. L'objectif de l'accroissement quantitatif est certes de sanctionner la moindre irrégularité, mais cela n'a jamais été atteint. L'effet contraire s'est plutôt réalisé. La multiplication des infractions ne s'accompagne pas d'une distinction claire et précise de leurs contenus. Elle peut ainsi prêter le flanc à l'instrumentalisation de la répression, ou encore au laxisme dans sa mise en œuvre.

Tous les textes régissant les contrats publics réservent des

chapitres pour les sanctions contre les irrégularités. À ceux-ci s'ajoutent les multiples sanctions contenues dans des lois qui n'ont pas la commande publique comme objet principal. L'ancien code des marchés publics du Cameroun présentait de manière non exhaustive les textes à référer[143]. Cette structuration du système répressif n'a jamais pu empêcher, ni même limiter la dégradation du régime de la commande publique. Elle présente plutôt une organisation hétéroclite où les contenus des infractions se chevauchent, rendant difficile la mise en œuvre de la répression. L'une des causes de cette défaillance est la transversalité de la matière. La commande publique intègre les considérations administratives, politiques et financières. Les considérations financières impliquent l'application du régime répressif financier, celui qui protège la fortune publique. La commande publique mobilise les deniers publics pour aboutir à la production des biens publics. Ceux-ci sont insusceptibles d'appropriation privée car « préposés à la satisfaction des besoins d'intérêt général »[144]. Leur gestion est répartie dans des textes qui encadrent divers secteurs de leurs déploiements.

Ainsi, il y'a dans le régime répressif de la commande publique beaucoup d'infractions qui visent à protéger les fonds publics. Ceux-ci sont, particulièrement soumise à la répression pénale qui donne la priorité et même le monopole à l'action juridictionnelle. Ce sont les infractions de corruption, de détournement. Les textes de la commande publique reconduisent ces mêmes infractions avec parfois des contenus et des régimes différents. En Côte d'Ivoire, les actes de corruption qui sont des infractions pénales[145] sont considérés par le code des marchés publics comme des infractions passibles de sanctions disciplinaires[146]. Il peut avoir un chevauchement entre les deux types de contentieux que cela fait naître, mais aussi la possibilité d'une double sanction pour le même acte n'est pas à négliger. Au Cameroun, le code des marchés publics a donné un contenu très restrictif de la corruption par rapport au code pénal, et même par rapport à la convention internationale sur la lutte contre la corruption[147] à laquelle le Cameroun est partie. Le code pénal opère une distinction entre la corruption active qui est celle des agents publics et la corruption passive qui est celle des tiers[148]. Le code des marchés publics n'a retenu que la corruption passive. Il en a travesti le contenu. Il range dans la corruption passive les comportements qui s'opposent à une intention manifeste du tiers. « Solliciter » ou « accepter » un quelconque avantage en vue d'influencer l'action d'un agent public[149] ne correspond pas à la même logique qu'« offrir » et « donner » qui sont les attitudes des tiers dans la corruption passive. Ce travestissement ne rend pas service à un secteur si sensible et si exposé « au gaspillage, à la fraude et à la corruption en raison de la complexité et de l'ampleur des flux financiers »[150]. Les diverses autres infractions qui sont consacrées dans le système se retrouvent dans les situa-

-tions similaires

Dans le système répressif de la commande publique, on retrouve les infractions telles que le délit d'initié, le conflit d'intérêt, la collusion, les pratiques obstructives, les pratiques coercitives, les manœuvres frauduleuses. Certaines de ces infractions sont simplement des changements de dénominations par rapport aux actes bien connus en matière pénale. C'est le cas des pratiques coercitives qui correspondent aux atteintes à l'intégrité physique. Dans la commande publique elles sont orientées vers les comportements que l'on peut observer dans les différentes phases contractuelles. Mais elles peuvent aussi soulever la question des institutions compétentes en cas de violation, car la qualification d'une infraction induit la détermination de l'organe compétent pour la sanctionner. De plus certaines infractions ont des contenus si similaires entre elles que la distinction peine à se justifier. C'est le cas des conflits d'intérêt et des délits d'initiés. Dans la zone communautaire ouest africaine, les textes ne font pas cette distinction. Ils ne consacrent que le conflit d'intérêt. La pertinence du conflit d'intérêt repose sur l'interdiction du cumul d'activité qui impose à l'agent public « de se consacrer intégralement à ses missions »[151]. Il y'a des doutes que le dévouement de ce dernier ne soit pas total lorsqu'il exerce des activités qui entrent en concurrence avec les exigences du service public. Son devoir de neutralité est obligatoirement affecté. Il aura naturellement une tendance à privilégier l'activité où il trouve un intérêt personnel. Dans le processus contractuel, ce privilège se traduit par la manipulation des informations dans le but de favoriser la structure où il a son intérêt. C'est dire qu'il y'a un lien entre le conflit d'intérêt et le délit d'initié.

Tel que le conflit d'intérêt et le délit d'initié sont définis, il est difficile de les séparer. Le délit d'initié que l'on peut encore appeler délit de favoritisme est « conçu pour garantir l'équité dans l'achat public »[152]. Il en est de même pour le conflit d'intérêt. Seulement, le délit d'initié s'intègre dans le conflit d'intérêt. Il est une manifestation du conflit d'intérêt. Il est « constitué par le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux textes ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats »[153]. Cela n'est qu'évident dès lors que l'agent public a un intérêt dans la structure du cocontractant. Dans toutes les procédures où il intervient, il est amené à favoriser le cocontractant en lui fournissant des informations devant permettre de mieux préparer son offre en phase de passation, d'anticiper sur les éventuels contrôles pendant la phase d'exécution, et même après la fin du contrat « puisque certains effets se maintiennent après son extinction »[154]. La distinction entre le délit d'initié et le conflit d'intérêt ne tient que sur un fil. Elle peut permettre de renforcer les sanctions, mais elle ne facilite pas le traitement du problème au fond. C'est l'une des raisons pour lesquelles la plupart de ces infrac-

infractions sont difficilement individualisables. La conséquence est l'altération des effets de la sanction.

2-Le dévoiement du devoir d'exemplarité de la sanction

Que valent les sanctions dans le système de la commande publique ? Difficile de le dire. Elles sont consacrées, mises en œuvre, mais le système est en constance dégradation. La seule certitude est que « les scandales répétitifs de cas de corruption mettent en évidence l'insuffisance des mesures en place pour les contrer »[155]. Le problème n'est donc pas au niveau de l'absence des sanctions car celles-ci sont bien présentes. Elles sont d'ailleurs si nombreuses qu'elles finissent par être un problème. On observe une prolifération des sanctions avec un manque de cohérence. Cela finit par aboutir à des situations contraires aux effets escomptés.

Dans tout système, la sanction vise deux objectifs : la prévention et la répression. La prévention est un objectif pédagogique. Elle permet de donner une leçon sur ce qu'il ne faut pas faire au regard des conséquences encourues. Cela nécessite une automaticité dans la mise en œuvre, mais surtout une exemplarité. L'exemplarité d'une sanction agit dans le subconscient des sujets de droit. Elle incite à anéantir la volonté de s'engager dans des actes répréhensibles. Cela « suppose un système efficace de contrôle et de sanction approprié »[156]. Cet objectif semble plus un idéal que toute autre chose. Les modalités, le rythme des sanctions ont plutôt un caractère permissif. Les sanctions sont parfois sans corrélation avec l'intensité de la faute. Que dire encore de ces irrégularités non sanctionnées malgré les dénonciations. L'une des manifestations est la léthargie du contentieux contractuel qui est expliquée par le faible esprit processif des justiciables[157], mais qui peut également avoir comme raison la neutralisation des acteurs par la culpabilité réciproque. Cela n'est pas étrange pour qui suit l'actualité de la commande publique, avec des cas où même les autorités de régulation sont parfois impliquées dans des irrégularités[158]. Le système répressif est lui-même critiqué. Il n'est plus un modèle avec l'absence de rigueur qui le caractérise de plus en plus. Il est passif et flexible au gré du poids politique et économique des acteurs qui se rendent coupable en toute impunité. C'est une analyse qui va au-delà de l'impression, car la grande majorité des sanctions est prononcée contre les « petits ». Il n'y a de ce fait aucun symbole, et aucun effet entraînement sur la régression du niveau des irrégularités.

Par la manière de faire particulièrement laxiste, les pouvoirs publics ont perdu de vue le rapport qu'il y'a entre l'éthique et la performance du système de la commande publique. Cette performance part de ce domaine pour influencer tous les pans de l'action administrative. Les procédures de la commande publique doivent donc être « des aiguillons périodiques pour l'amélioration des processus de l'administration »[159]. Elles ne peuvent l'être qu'à la condition de la promotion de l'éthique, de l'intégrité. L'exemplarité de la sanction en cas de

manquement est un indice d'évaluation du niveau d'adhésion à ses valeurs. La lutte contre les irrégularités doit sortir du discours pour se traduire par des actions fortes. Les effets dévastateurs de la corruption[160] et autres infractions n'est plus une vue de l'esprit. La commande publique qui doit porter les projets de développement ne saurait continuer à être la courroie de transmission du virus de l'impunité. Le devoir d'exemplarité de la sanction permet de juguler l'antagonisme latent qui existe entre les intérêts de l'Etat soucieux de préserver l'intégrité de la commande publique dans un but d'intérêt général, et la volonté du cocontractant de protéger son intérêt personnel. Sans cette rigueur il est impossible à chacun de rentrer dans ses droits, pour autant que ceux-ci soient ceux prévus par la réglementation.

Il est également possible que le laxisme du système répressif soit un moyen pour l'administration d'assujettir ses partenaires. Très souvent l'administration utilise ses prérogatives dans le sens de conforter les partenaires qui sont dans ses grâces. Les autres subissent alors la rigueur de la légalité. Cette variabilité dans l'attitude est contraire au devoir de neutralité, et fait oublier que les « prérogatives conférées à l'administration ne le sont que pour lui permettre de satisfaire l'exécution du service public »[161]. Dans un environnement où les agents publics sont en déphasage avec les règles éthiques et les exigences de la déontologie du service public, l'exemplarité qui est une condition de la performance[162] demeure un objectif lointain voir incertain. Cette manière de faire qui étend ses racines dans toute la société rend ardue toute entreprise de réforme.

La récurrence des réformes a fini par être un caractère propre à la commande publique. Celles-ci ne mettent pas toujours l'accent sur une restructuration du régime répressif. Pourtant, ce régime peut rendre inefficace toute entreprises de réforme. En manquant de fermeté dans la répression des pratiques répréhensibles qui « ne concourent pas à assurer l'intégrité du système »[163], le système répressif rend lassant les différentes réformes. La pertinence d'une réforme se traduit par une rupture avec les habitudes décriées. La sanction qui est la fin de la chaîne de la responsabilité doit être l'espoir lorsque tout le système aura déçu. La zone UEMOA offre un exemple de réforme avec l'adoption très récente d'une directive relative aux partenariats public-privé qui consacre au profit des autorités qui exercent un contrôle a posteriori un pouvoir d'auto-saisine en cas de constatation d'une violation de la réglementation[164]. Ce type de réforme est impérieux car la promotion de l'intégrité nécessite l'application rigoureuse de sanctions en cas de non-conformité[165]. Pour cela il est nécessaire que le pouvoir de mise en œuvre des sanctions soit élargi. La solution n'est donc pas dans la boulimie textuelle et l'afflux de nouvelles normes « qui contribuent à asseoir une situation pathologique peu compatible avec ces règle »[166], mais dans l'adoption des mécanismes de qualité qui astrei-

-gnent à plus de responsabilité.

La dégradation du système de la commande publique n'est pas une situation désespérée. Il est possible de rénover le système en intégrant les paradigmes de performance et d'efficacité. Pour cela, il est nécessaire de bien cerner les causes du problème. Cette réflexion s'est évertuée à analyser l'une d'elle. La dégradation du système constatée et décriée par tous a pour point d'ancrage la fragilité du régime de l'éthique. Le système est si défectueux que le son des valeurs tend à disparaître. Pourtant, il est impossible de rechercher la performance sans mettre en avant l'éthique, cette valeur qui oblige les acteurs à être intègres, justes et équitables. Sans elle, la commande publique continuera à être un instrument d'assouvissement des intérêts individuels au détriment de l'intérêt général.

[1] KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, traduction française par Charles Eisenmann, Paris, DALLOZ, 1962, p. 92.

[2] Le régime de l'apartheid est un régime de ségrégation raciale qui a été appliqué en Afrique du sud et qui par une lecture formaliste du droit était légale car fondé sur des textes juridiques qui créaient des discriminations à l'encontre des noirs.

[3] ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Traduction (1959) J. Tricot (1893-1963) Éditions Les Échos du Maquis, v. : 1,0, janvier 2014, p. 232.

[4] ROUSSIN (J.), « La morale et le droit », in la vie des idées.fr, consulté le 20 aout 2021, p. 6.

[5] MAGNON (X.), « En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? », RTDCIV, 2009, p. 269.

[6] La DUDH consacre en son article 29 la satisfaction des justes exigences de la morale comme une condition d'exercice et de jouissance des droits et libertés. Une exigence similaire est consacrée par l'article II de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

[7] Voir le préambule de la constitution tchadienne du 04 mai 2018.

[8] Article 17 de la constitution du Niger.

[9] ROUVIERE (F.) « La distinction des normes juridiques et des normes morales : un point de vue constructiviste », *Les Cahiers de droit*, Vol 59, n°1, 2018, p. 268.

[10] DEVLIN (P.), « La morale et le droit pénal », *Droit & Philosophie - Volume 6 - 2014*, p. 139.

[11] RENOUT (H.), *Droit pénal général*, Bruxelles, Larcier, 18e édition, 2013, p. 9.

[12] MILLARD (E.), *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, thèse de doctorat en Droit, Université Jean Moulin - Lyon III, 1994, p. 21.

[13] FALL (A.B.), « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », *Pouvoirs* 2009/2 (n° 129), p. 84.

[14] Article 2 de la charte africaine des valeurs et des principes du service public et de l'administration.

[15] NDJAME (F.N.), *Aspects éthiques du droit public. Un aperçu de la réalité camerounaise*, Paris, L'Harmattan, 2019, p. 20.

[16] *Ibid.*, pp. 21-22.

- [17] Article 2 de la Directive n° 04/2012/CM/UEMOA relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine
- [18] LACROIX (A.), « Entre le bon et le juste », *Éthique publique* [En ligne], vol. 6, n° 1 | 2004, mis en ligne le 04 janvier 2016, consulté le 01 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2075> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.2075>
- [19] Article 1 de la charte africaine des valeurs et des principes du service public et de l'administration.
- [20] LESTIENNE (M.), MARLIER (P.), « Les commandes publiques, instruments de la politique économique ? », *Courrier hebdomadaire du CRISP* 1980/11 (n° 876-877), p. 1.
- [21] SAUSSIER (S.), TIROLE (J.), « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Notes du conseil d'analyse économique* 2015/3 (n° 22), p. 1.
- [22] YINDJO TOUKAM (C.F.), « Qualité de la dépense publique et contrats de la commande publique en Afrique noire francophone », *Revue Africaine de Droit des contrats publics*, N° 01 – janvier 2022, p. 112
- [23] 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. 457.
- [24] Article 2 de la loi n°039-2016/AN portant réglementation générale de la commande publique au Burkina Faso.
- [25] BATOUM-BA-NGOUE (S.T.), « La commande publique en droit camerounais », *RAMRES*, n°1 janvier 2020, p. 302.
- [26] HOURSON (S.), YOLKA (Ph.), *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGD, Lextenso, 2e édition, 2020, p. 47.
- [27] RICHER (L.), « Constitution, contrats et commande publique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012/4 N° 37, p. 39.
- [28] Ces pays se retrouvent principalement dans la zone de l'Afrique de l'ouest. Les différents codes d'éthique s'appuient sur une directive communautaire, la Directive n° 04/2012/CM/UEMOA relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.
- [29] TESTARD (Ch.), « L'éthique et le droit des marchés publics au(x) défi(s) du droit souple », *Éthique publique* [En ligne], vol. 23, n° 1 | 2021, mis en ligne le 18 juin 2021, consulté le 01 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/5693> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.5693>
- [30] TITI NWEL (P.) (coord.), *De la corruption au Cameroun*, Etude réalisée par GERDDES Cameroun, Publiée par FRIEDRICH EBERT STIFTUNG, juin 1999, p. 44.
- [31] SION (D.), *De l'apport de l'enrichissement sans cause au droit des contrats administratifs. Contribution au règlement indemnitaire des situations péri-contractuelles*, thèse pour le doctorat de droit public, Aix Marseille Université, 2016, p. 138.
- [32] DOYON (J.), « Droit, Loi et Équité », *Revue générale de droit*, vol 6, n°2, 1995, p. 334.
- [33] BORGETTO (M.), « Égalité, solidarité... équité? », in « Le Préambule de la constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques », Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1996, p. 241.
- [34] GUEZOU (O.), « Contrats publics et politique de la concurrence », RFDA, 2014, p. 632.
- [35] EBANGA (C.A.), *La passation des marchés publics au Cameroun*, thèse de doctorat en droit public, université de Douala, 2020, p. 20
- [36] MOUGEOT (M.), NAEGELEN (F.), « La concurrence pour le marché », *Revue d'économie politique* 2005/6 (Vol. 115), p. 742.
- [37] BONTRON (M-C.), *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, thèse de doctorat en Droit, Université de Montpellier, 2015, p. 24. V. également HOEPPFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016, p. 244.
- [38] BEAUGÉ (T.), *Dictionnaire de la commande publique*, AFNOR, 2007 p. 44.
- [39] Article 4 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin.
- [40] Pour améliorer le système de réalisation des investissements publics, le Cameroun a élaboré un texte qui encadre la maturation des projets en posant les exigences qui doivent permettre de maîtriser tous les paramètres d'un projet parmi lesquels la définition exacte des besoins. Voir le décret n°2018/4992/PM du 21 juin 2018 fixant les règles régissant le processus de maturation des projets d'investissements publics.
- [41] Article 109 d du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des Marchés Publics.
- [42] Ibid.
- [43] Au Cameroun la commission nationale anticorruption dans son rapport de 2011 dénonçait les manipulations de l'avenant en affirmant que les parties conviennent « des prix très bas qui permettent de gagner le marché et de se rattraper plus tard sur des nouveaux prix secrétés par des avenants et autres ordres de service ». CONAC, *Rapport sur l'état de la lutte contre la corruption au Cameroun*, 2011, p. 234.
- [44] LAPRON (F.), « Avenant et marché complémentaire », *Contrats Publics*, n°105, 2010, p. 44.
- [45] Ce plafond est quasi absent dans les textes qui encadrent les marchés publics. Dans les autres types de contrat une limite de 20% est consacrée en matière de contrats de partenariat à Madagascar. (Article 24 de la Loi n°2015-039 sur le Partenariat Public Privé).
- [46] Dans la plupart des réglementations, l'ensemble des avenants à un contrat ne doit pas avoir une incidence financière qui dépasse 30% du montant du contrat initial.
- [47] SAMB (S.), *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, thèse de doctorat en Droit, Université de Bordeaux, 2015, p. 493.
- [48] Article 4 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin.
- [49] Article 10 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics.
- [50] AJJOUB (M.), *La notion de liberté contractuelle en droit administratif français*, Thèse de doctorat en Droit public, Université Panthéon-Assas Paris II, 2016, p. 275.
- [51] SEUBE (J-B.), « Contrats de droit privé – contrats administratifs : points de convergence ? », *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL*, t1, CREAM, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 42
- [52] FLEURY (Th.), « La liberté contractuelle des personnes publiques. Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes », RFDA, 2012, p. 232.

- [53] CHABANOL (D.), « Le choix du contractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ? », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL*, t1, CREAM, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 91.
- [54] Ce sont là les deux variantes de l'appréhension du droit administratif telles que théorisées par Jean RIVERO. Voir RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, p. 294.
- [55] SPONCHIADO (L.), *La compétence de nomination du Président de la Cinquième République*, thèse de doctorat en Droit, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2015, p. 266.
- [56] Article 36 du décret 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant code des marchés publics au Sénégal.
- [57] Article 21 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics du Cameroun.
- [58] Article 75.3 de l'Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019 portant Code des Marchés publics Ivoirien.
- [59] FRIBOULET (A.), « Les contours du principe d'impartialité appliqué au contrôle de la régularité de la procédure de passation d'un contrat public », *Revue juridique de l'économie publique* n° 692, Décembre 2011, comm. 54, p. 5.
- [60] Article 4 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin.
- [61] Article 95 du décret n°0254/PM/MEEDD portant Code des Marchés Publics au Gabon.
- [62] Au Cameroun, la réglementation a posé un régime du contentieux des désaccords dans lequel il se dégage en filigrane une force obligatoire pour les avis de la commission de passation. Le code des marchés publics dispose que lorsque le Maître d'Ouvrage ou le Maître d'Ouvrage Délégué n'approuve pas une proposition de la Commission de Passation des Marchés, il est tenu de lui demander un nouvel examen du dossier en mentionnant ses réserves. Si le désaccord persiste à l'issue de la nouvelle délibération le Maître d'Ouvrage ou le Maître d'Ouvrage Délégué saisit l'Autorité chargée des marchés publics qui tranche en dernier ressort.
- [63] CHONG (E.), STAROPOLI (C.), YVRANDE-BILLON (A.), « Enchères ou négociations dans les marchés publics : une analyse empirique », *Revue d'économie industrielle* [En ligne], 141 | 1er trimestre 2013, mis en ligne le 21 juin 2015, consulté le 03 janvier 2017. URL : <http://rei.revues.org/5512> ; DOI : 10.4000/rei.5512, p. 51.
- [64] Article 42 alinéa 2 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics du Cameroun.
- [65] Article 55 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin.
- [66] PUYDEBOIS (G.), *La transparence de la vie publique en France*, thèse de doctorat en Droit, Université de Bordeaux, 2019, p. 15.
- [67] KAMTO (M.), « La chose publique », *RAS*, vol.2, N°1, 2001, p. 10.
- [68] DIAGNE (H.), « Les nouvelles tendances du droit des contrats administratifs au Sénégal », *Revue EDJA*, n°80- janvier-février-mars 2009, p. 17.
- [69] CARCASSONNE (G.), « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs* - 97, 2001, p.17.
- [70] Au niveau de la CEMAC il existe par exemple un code de transparence. Voir la directive n°06/II-UEAC-190-CM-22 relative au Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques.
- [71] 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. 787.
- [72] Article 6 alinéa 1 de 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.
- [73] KEMDJO TAGNE (H.F.), *La transparence dans le droit des marchés publics au Cameroun*, thèse de doctorat en droit, université de Douala, 2021, p. 24.
- [74] On parle alors de transparence des procédures qui est consacré comme le troisième principe de la commande publique.
- [75] LAJOYE (C.), *Droit des marchés publics*, Paris, Gualino éditeur, Lextenso édition, 6e édition, 2017, p. 168.
- [76] BLUNDO (G.), « Dessus-de-table ». *La corruption quotidienne dans la passation des marchés publics locaux au Sénégal*, *Politique africaine* n° 83 - octobre 2001, p. 79.
- [77] Voir le Décret n° 2005-576 du 22 juin 2005 portant charte de transparence et d'éthique en matière de marchés publics au Sénégal.
- [78] Voir la Circulaire N° 902 /CAB/PM du 31 janvier 2011 relative à l'amélioration de la performance du système des Marchés Publics au Cameroun.
- [79] BRACONNIER (S.), *Précis du droit de la commande publique*, Paris, Editions Le MONITEUR, 5e édition, 2017, p. 313
- [80] Article 9 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin.
- [81] Article 65 alinéa 2 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics du Cameroun.
- [82] Le code des marchés publics de Côte d'Ivoire est plus précis car il distingue bien les cas où un accord cadre peut être passé sans mise en concurrence, notamment lorsque les contrats définissent toutes les conditions d'exécution des travaux, des services ou des fournitures concernés (article 54.7 de l'Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019 portant Code des Marchés publics Ivoirien).
- [83] CONAC, *Rapport sur l'état de la lutte contre la corruption au Cameroun*, 2011, p. 248.
- [84] MAUGÛÉ (Ch.), « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de FRANCK MODERNE*, Paris, DALLOZ, 2004, p. 610.
- [85] Voir l'article 20 du décret n°2016-0888/P-RM du 23 novembre 2016 portant code d'éthique et de déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au Mali. Voir également l'article 8 du décret n°2020-60 du 23 décembre 2020 portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique au Bénin.
- [86] BATOUM-BA-NGOUE (S.T.), « La commande publique en droit camerounais », *op.cit.*, p. 306.
- [87] GUIGUE (A.), « Du besoin à l'obligation de sincérité », *RFFP*, n° 111, 2010, p. 28.
- [88] JOYE (J-F.), « La sincérité, premier principe financier », *RFFP*, n° 111, 2010, p. 17.
- [89] CLAUDEL (E.), *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris X-Nanterre, 1994, p. 18.
- [90] CONAC, *Rapport sur l'état de la lutte contre la corruption au Cameroun*, 2011, p. 245.
- [91] LOMBARD (F.), « La limitation du recours aux avenants dans les contrats administratifs : qu'est-ce qu'une " modification substantielle " d'un contrat de délégation de service public ? », *RT-*

-DCom. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, Dalloz, 2018, p. 623.

[92] Article 56 de loi n°2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin.

[93] ARSAC-RIBEYROLLES (A.), Essai sur la notion d'économie du contrat, thèse de doctorat en droit, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2005, p. 18.

[94] VIER (C.-L.), « La bonne foi dans les contrats administratifs », Mélanges en l'honneur du professeur Laurent RICHER. A propos des contrats des personnes publiques, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 484.

[95] NEVEU (B.), « La transparence dans l'exécution des contrats de concession », Contrats Publics - n°164 - avril 2016, p. 54.

[96] MBALLA OWONA (R.), « La densification normative dans le droit de la commande publique des États d'Afrique subsaharienne francophone », RADP, Vol IX, N° 18, janvier - juin 2020, p. 50.

[97] SHWEKAT (A.), Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen. Etude comparative, p. 108

[98] HOURSON (S.), YOLKA (Ph.), Droit des contrats administratifs, op.cit., p. 110.

[99] TREMBLAY (S.), « Thématique américaine en éthique appliquée », Telescope, vol. 9, n° 1, novembre 2002, p. 11.

[100] VALOIS (M.), « La gestion éthique des contrats publics », Éthique publique [En ligne], vol. 18, n° 2 | 2016, mis en ligne le 22 janvier 2017, consulté le 01 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2773> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.2773>

[101] VALOIS (M.), « L'intégrité dans les contrats publics : de nouveaux outils dans la lutte contre la corruption au Québec », RJTUM, 50, 2016, p. 766.

[102] KAMTO (M.), Pouvoir et droit en Afrique noire, Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone, Paris, LGDJ, 1987, p. 291.

[103] DE CONSTANT (B.), De la responsabilité des ministres, Paris, H. NICOLLE, A LA LIBRAIRIE STEREOTYPE, 1815, p. 1

[104] LAMBERT-FAIVRE (Y.), « L'éthique de la responsabilité », Revue trimestrielle de droit civil, 1998, Chroniques, p. 1.

[105] Dans les différents code d'éthique dans la commande publique, les principes tels que l'égalité, la neutralité, le droit de réserve sont énoncés de manière laconique. Cela induit l'application du contenu consacré dans les statuts de la fonction publique qui donnent plus de détails.

[106] Article 5 du décret n°2020-60 du 23 décembre 2020 portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique au Bénin.

[107] Article 12 du décret n°2015-1260/PRES-TRANS/PM/MEF portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique au Burkina Faso.

[108] Article 5 s du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics du Cameroun.

[109] Voir article 29 de la loi n°2016-061 du 30 décembre 2016 relative aux partenariats public-privé au Mali.

[110] SAMB (S.), Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone... op.cit., p. 555.

[111] En Afrique bien que les établissements publics et les collectivités territoriales décentralisées jouissent de la personnalité juridique, ils sont administrativement subordonnés aux ministères qui sont d'ail-

-leurs des tutelles techniques et financières des établissements publics précisément.

[112] PERICHON (L.), Les entreprises françaises et la commande publique en Afrique, thèse doctorat en Droit. Université Paris-Saclay, 2019, p. 85.

[113] DAMAREY (S.), Finances publiques, Paris, Gualino éditeur, 2008, p. 329.

[114] FALL (M.), TOURE (I.), Finances publiques Approche théorique et pratique, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2018, p. 153.

[115] Ibid.

[116] BIDIAS (B.), Les finances publiques camerounaises, Yaoundé, éd. BB, 2e édition, 1982, p. 296.

[117] Article 52 alinéa 1 de la loi n°2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'État. Cette loi fut abrogée par une loi n°2018/012 du 11 juillet 2012 sur le régime financier de l'Etat et des autres entités publiques.

[118] Ce régime est mis en œuvre par le décret n°2008/028 du 17 janvier 2008 Portant Organisation et fonctionnement du conseil de discipline budgétaire et financière qui soumet les ordonnateurs aux actions du CDBF qui est un organe administratif.

[119] NGO MOMASSO (M.), Le contentieux des gestionnaires des deniers publics en droit public financier au Cameroun, thèse de doctorat en droit, université de Yaoundé II-Soa, 2018-2019, p. 53.

[120] Voir le Paragraphe 3 de la Section VI de la Directive n°06/11-UÉAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative au Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques.

[121] DJEYA KAMDOM (Y.G.), La responsabilité des ordonnateurs dans le système financier public contemporain : étude comparée des droits camerounais et français, thèse de doctorat en droit, Université de Lille, Université de Yaoundé II, 2019, p. 11.

[122] PREBISSY-SCHNALL (C.), La pénalisation du droit des marchés publics, Paris, LGDJ, 2002, p. 282.

[123] Article 15 du décret n°2016-0888/P-RM du 23 novembre 2016 portant code d'éthique et de déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au Mali.

[124] DE LAUBADERE (A.), GAUDEMET (Y.), Traité de droit administratif, Paris, LGDJ, 16e éditions, 2001, p. 1118.

[125] Article 4 de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

[126] Article 1 de l'Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019 portant Code des Marchés publics en Côte d'Ivoire.

[127] Article 5 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics du Cameroun.

[128] COQ (V.), « La charte éthique dans les marchés publics », Contrats et Marchés publics n° 4, Avril 2019, étude 4.

[129] PERRIN (B.), « Le rôle de l'éthique dans la prévention de la corruption. Le cas de la Suisse », Sécurité et stratégie, 2010/HS1 3, p. 93.

[130] Article 4 de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin. Voir également en ce qui concerne le Cameroun l'article 37 du Décret n° 94/199 du 07 octobre 1994 portant Statut Général de la Fonction Publique de l'Etat Modifié et complété par le décret n° 2000/287 du 12 octobre 2000.

[131] HEMLE DJOB SOTONG (S.P.), « L'importance du régime d'intégrité en matière de contrats publics », Éthique publique [En ligne], vol. 23, n° 1 | 2021, mis en ligne le 18 juin 2021, consulté le 01 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepu->

- blique/5784 ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.5784>.
- [132] NIANDOU SOULEY (A.), « Ajustement structurel et effondrement des modèles idéologiques : Crise et renouveau de l'État africain », *Études internationales*, vol. 22, n° 2, 1991, p. 256.
- [133] ONDOA (M.), « Ajustement structurel et réforme du fondement théorique des droits africains post-coloniaux : l'exemple camerounais », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol 2, N°1, 2001, p. 80.
- [134] ZAGAINOVA (A.), *La corruption institutionnalisée : un nouveau concept issu de l'analyse du monde émergent*, thèse de doctorat en Economies et finances, Université de Grenoble, 2012, p. 8.
- [135] ONDOA (M.), « Le droit public des États africains sous ajustement structurel : L'exemple du Cameroun », *Les actes du premier colloque Georges W. NGANGO*, Economica, Paris, 2001, p. 21.
- [136] MOMO FOUNTHIM (C.), *Fonction publique et ajustement structurel en Afrique noire: l'exemple du Cameroun*, thèse de doctorat en droit, université Montesquieu-Bordeaux IV, 1999, p. 283.
- [137] OCDE, *Prévention de la corruption dans les marchés publics*, document de travail, 2016, p. 10.
- [138] EMAGNA (M.), « Bonne moralité et corruption en Afriques », *CURRAP*, les bonnes mœurs, Paris, PUF, 1994, p. 382.
- [139] TESTARD (Ch.), « L'éthique et le droit des marchés publics au(x) défi(s) du droit souple », *Éthique publique* [En ligne], vol. 23, n° 1 | 2021, mis en ligne le 18 juin 2021, consulté le 01 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/5693> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.5693>
- [140] Article 42 du décret n°2015-1260/PRES-TRANS/PM/MEF portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique au Burkina Faso.
- [141] Article 51 du décret n°2015-1260/PRES-TRANS/PM/MEF portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique au Burkina Faso.
- [142] NTSENGUE ANANGA (E.P.), *Le régime financier des contrats publics au Cameroun*, thèse de doctorat en droit public, université de Yaoundé II-Soa, 2018-2019, p. 160
- [143] Le décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant Code des Marchés Publics disposait en son article 105 que les auteurs des violations au code des marchés publics sont passibles des sanctions prévues par les lois en vigueur ; notamment la loi n°73/7 du 07 décembre 1973 relative au droit du trésor pour la sauvegarde de la fortune publique et la loi n°74/18 du 5 décembre 1974 relative au contrôle des ordonnateurs, gestionnaires et gérants des crédits publics et des entreprises de l'Etat telle que modifiée par la loi n°76/4 du 8 juillet 1976.
- [144] EYEBE AYISSI (H.), *La protection de la fortune publique au Cameroun*, Yaoundé, édition le Kilimandjaro, 2013, p. 21.
- [145] Article 28 et 29 de l'ordonnance n° 2013-660 du 20 septembre 2013 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption et les infractions assimilées.
- [146] Article 152 de l'Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019 portant Code des Marchés publics Ivoirien.
- [147] Article 15 de la Convention des Nations Unies contre la corruption.
- [148] Article 134 de la loi n°2016/007 du 12 juillet 2016 portant code pénal du Cameroun.
- [149] Article 197 alinéa 1 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics du Cameroun.
- [150] ALT (É.), « La république à l'épreuve de la corruption », *Tumultes*, 2015/2 n° 45, p. 28.
- [151] VILLENEUVE P.), « Loi « Déontologie » : cumul d'activités et prévention des conflits d'intérêts », *AJ Collectivités Territoriales*, 2016, p.297.
- [152] HENON (M.), CONSIGLI (J.), « La commande publique et la menace du délit de favoritisme », *La Gazette* - 5 décembre 2016, p. 66.
- [153] RUELLAN (A.), « Le délit de favoritisme est-il applicable aux marchés des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ? », *AJDA*, 2008, p. 1139.
- [154] ALLIEZ (Q.), *L'après-contrat administratif*, thèse de doctorat en droit, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2020, p. 131.
- [155] ODA CESAR (J.), SMAÏLI (N.), « Écosystème de lutte contre la corruption : une approche intégrative », *Éthique publique* [En ligne], vol. 23, n° 1 | 2021, mis en ligne le 18 juin 2021, consulté le 01 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/5735> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.5735>
- [156] MAJZA (B.), « De la prévention à la répression des fraudes dans les marchés publics », *Contrats Publics* - n°139 - janvier 2014, p. 51.
- [157] ONDOA (M), *Le droit de la responsabilité publique dans les États en développement : contribution à l'étude de l'originalité des droits africains*, thèse de Doctorat d'Etat en droit public, 3 tomes, Université de Yaoundé II-SOA, FSJP, 1997, p. 385.
- [158] Voir CDBF, décision n°00030/D/PR/CONSUPÉ/SG/SP du 11 juin 2012, Sanctions financières de sieur Jean Jacques NDOUDOU MOU, ex-Directeur général de l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP) du Cameroun.
- [159] MARAVAM (Ph.), *Optimiser la commande publique*, Paris, DUNOD, 2015, p. 2.
- [160] Commission économique pour l'Afrique, *Lutte contre la corruption, renforcement de la gouvernance en Afrique*, Programme régional pour l'Afrique en matière de lutte contre la corruption (2011-2016). *Projet de document relatif au Programme régional de lutte contre la corruption en Afrique*, p. 2.
- [161] SALON (G.), « GASTON JEZE et la théorie générale des contrats administratifs », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 1991, p. 78.
- [162] ABANE ENGOLO (P.E.), « Les règles de la déontologie de l'administration », *RADP*, Vol V, n°9, juillet - décembre 2016, p. 18.
- [163] AZONDEKON (S.H.), GANSARE (B.G.), « Analyse Critique du Système des Marchés Publics des Collectivités Décentralisées du Bénin », *Journal Of Global Business Administration (JGBA)* - Vol 5, N°1, June 2013, p. 47.
- [164] Article 46 de la Directive n°01/2022/CM/UEMOA portant cadre juridique et institutionnel des partenariats public-privé dans l'union économique et monétaire ouest africaine.
- [165] BETH (E.), HRUBI (A.), « Renforcer l'intégrité dans les marchés publics : Étude d'apprentissage mutuel au Maroc », document interne, Direction de la Gouvernance publique et du développement territorial, OCDE, Paris, 2008, p. 5.
- [166] SYMCHOWICZ (N.), « Pour un code des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2007, p. 7.



L'ÉGALITÉ DANS LES RÈGLES DE PASSATION DES MARCHÉS RELATIFS AUX PROJETS D'INVESTISSEMENTS FINANÇÉS PAR LA BANQUE MONDIALE

Josué NGONO NOAH

Doctorant en Droit public, Université de Douala (Cameroun)
Chercheur associé au Centre d'Etudes et de Recherches en Droit International et Communautaire (CEDIC), Membre du Cercle de Réflexion sur le Droit en Afrique (CREDA)
Procédurier en Passation des Marchés.

Depuis le 1er juillet 2016, la Banque Mondiale (BM)[1] a adopté un nouveau cadre[2] des règles régissant la passation des marchés relatifs aux Projets d'Investissements qu'elle finance ou qui sont inscrits dans son programme. Le nouveau cadre est fondamentalement adossé sur le « Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements (FPI) »[3]. L'instrument juridique ci-avant a été modifié plus d'une fois depuis son adoption[4]. L'une des innovations introduite par ce Règlement est le « Prject Procurement Strategy for development » entendu par-là « Stratégie de Passation des Marchés du Projet pour Promouvoir le Développement » ci-après PPSD. La PPSD[5] est pour la Banque mondiale un outil de planification à travers lequel l'analyse des risques est faite. Ce document obligatoire qui est rédigé par l'Emprunteur avec l'aide de la Banque mondiale, trouve sa justification dans le fait que chaque expression de besoin doit être placée dans un contexte. L'autre innovation est l'institution du « Systematic Tracking of Exchanges in Procurement » (STEP) entendu « Suivi Systématique des Echanges en Approvisionnement ». Le STEP est également comme la PPSD un outil technique de planification et de suivi des marchés publics.

Il est donc à observer que dans le cadre des Projets d'Investissements qu'elle finance, la Banque Mondiale a greffé ses règles de passation des marchés[6] sur une pluralité de principes. Sur l'échiquier de ceux-ci, figurent l'optimisation des ressources, l'économie, l'intégrité, l'adaptation aux besoins, l'efficacité, la transparence et bien entendu l'égalité à laquelle il faut s'intéresser. Cela dit, la Macro Institution Financière Internationale (MIFI) prend juste des dispositions pour [s]'assurer que les sommes provenant de tout prêt soient consacrées exclusivement aux objets pour lesquels le prêt a été accordé, en tenant dûment compte des considérations d'économie, de rendement et sans laisser in-

-tervenir des influences ou considérations politiques ou extra-économiques[7].

Cela ne peut être autrement du moment où tout porte à croire que les pays sous-développés sont les grands bénéficiaires des financements de la Banque. L'intervention de la Banque mondiale comme législateur pour toute entité bénéficiaire de ses financements a pour finalité de fournir des orientations sur la manière dont le secteur des marchés (publics) devrait être organisé au niveau institutionnel, juridique et technique réduisant ainsi l'autonomie du législateur national[8].

Par la consécration de l'égalité sur laquelle il faut s'appesantir, il est clair que la dignité humaine est au centre des préoccupations de la Banque mondiale. Donc, au-delà du contrôle de la bonne exécution de ses fonds, l'institution financière s'inscrit dans une perspective de promotion des valeurs universellement partagées qui garantissent la protection des droits de l'homme et des personnes[9] dans le cadre de la passation des marchés. Ainsi, l'exigence d'application de l'égalité dans les procédures de passation des marchés que la Banque formule à l'égard des bénéficiaires de ses fonds, laisse facilement croire à la constance de celle-ci dans les règles qu'elle a confectionnées. Là réside l'intérêt d'une recherche sur l'égalité dans les règles de passation des marchés relatifs aux projets d'investissement financés par la Banque mondiale.

La destinée d'une analyse scientifique est d'être comprise. A cet effet, tout juriste doit être hanté par une angoisse existentielle de ne pas être compris. La présente analyse s'inscrit donc dans une démarche méthodique qui place la clarification conceptuelle aux avant-postes. Ainsi, on considère comme termes porteurs de sens de cette étude : l'égalité, les marchés, les Projets d'Investissement.

La saisine spatio-temporelle de la naissance de l'égalité exige une prudence. En France par exemple, c'est depuis 1789 qu'elle

chante[10]. Son premier véritable spectacle fut enregistré dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Si dans ce cadre, on place sa naissance dans l'Ancien Régime, il faut relever que le terme est aussi présent au-delà des frontières françaises. L'écho de ses cordes vocales raisonne dans une diversité d'instruments juridiques. Par suite, nous convenons avec Gérard CORNU que « l'immense majorité des termes de droit possède de multiples sens juridiques »[11]. Il faut donc dire que « la polysémie est une marque essentielle du vocabulaire juridique [...] le nombre des significés est infiniment plus élevé que celui des signifiants »[12]. Ces considérations permettent ainsi de saisir l'égalité telle un « principe juridique fondamentale en vertu duquel tous les citoyens dans la même situation bénéficient des mêmes droits et sont soumis aux mêmes obligations (...) »[13]. Le terme a donc pour objet de traiter de la même manière les situations identiques. Il suppose une grandeur de référence. En fait, « deux êtres sont égaux lorsqu'ils sont de même grandeur ou possèdent la même quantité de quelque chose (...) »[14]. Si on adhère à la logique du type d'égalité que véhicule la Banque mondiale, la chose à retenir est celle-ci : pas de variation de traitement en situations comparables dans le cadre de la passation des marchés qu'elle finance ou inscrit dans son programme.

Les marchés sont des contrats écrits, à titre onéreux, conclus par l'autorité contractante avec une personne physique ou morale de droit public ou privé en vue de la satisfaction de ses besoins en matière de travaux, de fournitures, de services ou de prestations intellectuelles[15]. On dénombre quatre (04) principaux types de marchés : les marchés de travaux[16], les marchés de fournitures[17], les marchés de services[18] et les marchés de prestations intellectuelles[19]. Ces principaux types de marchés peuvent donner lieu à d'autres déclinaisons[20]. La détermination de la nature juridique de contrats passés dans ce cadre n'est guère aisée surtout lorsque l'autorité contractante est une personne publique. Elle est difficile dès l'instant où l'autorité contractante n'est pas l'organe d'élaboration des règles de passation des marchés ; même s'il lui est exigé de préciser le droit applicable et l'instance compétente pour le règlement des litiges contractuels[21]. Du point de vue l'organe d'élaboration des règles de passation des marchés en considérant la Banque mondiale comme une personne publique, on est en face des contrats administratifs internationaux. La qualification connaît une légère modification si l'organe de sécrétion du droit applicable en cas de litiges est l'Etat. Dans ce cas, il s'agit des contrats administratifs nationaux car, le législateur de l'Etat dans lequel le financement de la banque mondiale est exécuté, sort de la parenthèse ou de la mise en veille non plus pour effectuer le rôle de reproducteur du droit, mais pour devenir le producteur. Quant aux Projets d'Investissements, ils sont appréhendés dans la présente analyse comme des pro-

-jets financés par la Banque mondiale et qui visent à promouvoir la réduction de la pauvreté et le développement durable.

Les considérations ci-avant rendent le cadre de la réflexion propice au questionnement suivant : l'égalité sur laquelle la Banque mondiale adosse ses règles de passation des marchés relatifs aux projets d'investissement qu'elle finance est-elle absolue ? Signalons toute de suite que la réponse à cette question est négative. Autrement dit, nous saisissons l'égalité dans sa relativité.

La pertinence de l'analyse de l'égalité dans les règles de passation des marchés relatifs aux projets d'investissement financés par la Banque mondiale est sans appel. Elle est perceptible à plus d'un titre. Ainsi, la question abordée permet non seulement de visiter de façon approfondie mais aussi d'exposer la palette d'instruments juridiques[22] de la Banque mondiale et ses politiques en matière de passation des marchés. En outre, elle permet de se rendre à l'évidence que dans la recherche de « l'efficacité, de l'efficience et de la performance »[23] des projets d'investissement qu'elle finance, la Banque mondiale s'inscrit dans une perspective de promotion des valeurs universellement partagées qui garantissent la protection des droits de l'homme et des personnes.

Il convient de préciser que la présente analyse sera certes basée sur le cadre rénové de passation des marchés. Mais, elle ne sera pas en discontinuité avec le passé ancestral[24] normatif de la Banque Mondiale en la matière. Recourant ainsi à la méthode juridique saisie principalement d'après l'exégèse des textes en vigueur et accessoirement de la jurisprudence, retenons que, si l'égalité est perceptible (I) dans les règles de passation des marchés relatifs aux projets d'investissement financés par la Banque mondiale, elle (l'égalité) reste toute même mesurée (II).

I- L'EGALITE PERCEPTIBLE

L'égalité sera analysée à ce niveau sous une double dimension. Il s'agit de la dimension « sélectionnelle »[25] (A) et de la dimension communicationnelle (B) avec les soumissionnaires.

A- L'égalité dans la sélection des soumissionnaires

D'entrée, le terme « soumissionnaires » renvoie dans la présente analyse aux candidats ou proposant. Ce dernier désigne donc toute entité individuelle ou coentreprise qui soumet une Proposition pour des Fournitures, des Travaux ou des Services Autres que des Services de Consultants en réponse à un appel à propositions[26]. Les entités peuvent donc être du secteur privé comme du secteur public. Dans le même temps, le contractant désignera le Maître d'Ouvrage ou l'organe d'exécution du financement.

La précision a priori des critères de sélection des soumissionnaires (I) auxquels est lié l'organe d'exécution des

fonds de la banque mondiale tout au long de la procédure de passation d'un marché (2) permet d'apprécier l'égalité.

1- La précision à priori des critères de sélection ou d'évaluation par le contractant

Dans sa démarche, l'organe d'exécution du financement de la banque mondiale est tenu toutes les fois de préciser les critères de sélection ou d'évaluation des candidats lors de la passation d'un marché. Il faut donc relever que même s'il dispose d'un pouvoir d'adaptation de ces critères, il a l'obligation de s'incliner face à ceux préfabriqués par la banque.

La Banque ouest africaine de développement qui prend en compte la réglementation de la banque mondiale[27] a procédé exactement comme elle dans ce cadre[28]. Les règles de passation des marchés de la banque mondiale sont la source dans laquelle puisent d'autres institutions financières internationales. Par exemple, elle a greffé sur les critères d'évaluation des Consultants des fourchettes indicatives devant être respectées[29]. Les critères d'évaluation oscillent en fonction de la nature du marché. Si l'organe d'exécution du financement de la banque peut les adapter, il ne les invente pas.

Les critères qui aiguillent l'exécutant des fonds sont parfois dissimulés dans une pluralité de formulaires[30]. Dans le cadre des marchés de travaux et des fournitures, la banque indique explicitement que « les Emprunteurs doivent obligatoirement utiliser les dossiers (...) types publiés par la banque »[31]. Ceci n'est donc pas une option formulée à l'égard de l'Emprunteur mais, une exigence. C'est dans ces dossiers types qu'on retrouve les formulaires qui permettent l'évaluation des offres ou propositions des soumissionnaires.

Dans le cadre des pratiques durables de passation des marchés, la Banque mondiale reconnaît à l'organe d'exécution de son financement le pouvoir d'adapter les critères de qualification des soumissionnaires. Ceux-ci sont des « exigences minimales d'écrite dans le dossier d'appel d'offres [ou] à proposition et qui, lorsqu'elles sont évaluées, permettent généralement soit de retenir soit de rejeter une offre /proposition »[32]. Il peut également le faire avec les critères d'évaluation. Avec son accord, « l'Emprunteur peut inclure des critères supplémentaire (...) dans le processus de passation des marchés »[33]. Cette flexibilité ne va pas sans exigence. La banque précise que ces critères et normes supplémentaires doivent être conformes à ses principes fondamentaux de passation des marchés[34].

Donc, « L'Emprunteur peut inscrire des prescriptions d'ordre économique, environnementale et sociale dans le contrat, à condition qu'elles soient conformes à la politique de la banque »[35]. Le pouvoir d'adaptation normatif de l'organe d'exécution du financement de la Banque est perceptible mais, il est rigoureusement encadré. A notre sens, la banque est le juge sanctionnateur du pouvoir. La conformité des critères et

normes supplémentaires est jugée par elle aux différents stades de la procédure de passation des marchés. L'intervention de la banque peut s'observer à deux moments de la vie d'un marché. Elle prend soit la forme d'une revue a priori[36] soit d'une revue a posteriori[37]. La précision du type de revue ou de visa par le Spécialiste en Passation des Marchés (SPM) dans le Plan de Passation des Marchés (PPM) est fonction des seuils définis par les bailleurs de fonds. A titre illustratif, la sélection et l'emploi des Cabinets de Consultants dont l'estimation du coût s'élève à 200.000 USD \$ exige une revue préalable du bailleur de fonds[38]. Pour les marchés de fournitures et de travaux, le coût estimatif doit être supérieur ou égal à 500.000 USD \$[39].

Si la banque mondiale a défini les critères d'évaluation dans le cadre des prestations intellectuelles, elle permet à l'organe d'exécution de ses financements de les adapter. Ce n'est que logique, le contraire aurait empêché la mise en œuvre d'un autre de ses principes à savoir : l'adaptation aux besoins. A cet effet, l'organe d'exécution dispose d'un pouvoir réel de déclinaison des critères confectionnés par la banque en sous-critères[40]. Par illustration, il peut décider de fragmenter le critère de sélection relatif à « l'adéquation de la méthodologie et du plan de travail proposés aux Termes de référence »[41] en trois sous-critères. D'abord, il s'agit de l'approche technique et méthodologie. Ensuite, du plan de travail. Enfin, de l'organisation et personnel. Par illustration, une fourchette de [20-50] points a été prévue par la banque[42]. En l'espèce, l'organe d'exécution peut opter pour un total de 30 points pour les trois sous-critères. A cet effet, il peut décider d'attribuer au premier sous-critère 12 points ; au deuxième 10 points ; et au troisième 8 points.

Par ailleurs, l'organe d'exécution dispose d'un pouvoir d'allocation des points pour l'évaluation des qualifications et compétences du personnel-clé de la mission. Précisons que l'allocation des points aux différents sous-critères doit être objective et rationnel. Il est donc logique qu'un Chef de mission ait des points supérieurs au reste du personnel de la mission. De manière générale, l'organe d'exécution par l'entremise du SPM doit faire toutes ces indications dans les Données Particulières[43]

L'autorité contractante a le pouvoir de fixer des échelles minimales de capacité financière, économique[44], technique et professionnelle[45] en deçà desquelles il ne peut retenir des candidats[46]. A la suite ces considérations, l'organe d'exécution du financement de la banque mondiale est tenu de sélectionner ou d'évaluer tous les soumissionnaires sur la base des mêmes critères formulés préalablement.

2- La soumission du contractant au respect des critères de sélection préalablement définis

Dans le système de partage des responsabilités, la banque recourt le plus souvent à un vérificateur de probité pour s'assurer du respect des règles de passation des marchés et

des critères de sélection ou d'évaluation préalablement indiqués par l'organe d'exécution du financement. Mais de façon permanente, elle s'appuie sur les différents rapports de la procédure de passation.

La banque mondiale ne s'inscrit pas à contre-courant de « l'exigence de transparence »[47] lors du processus de passation des marchés par la prévision d'un vérificateur ou garant de probité. Notons que l'obligation de transparence permet de vérifier le degré de publicité adéquat ayant conduit à l'ouverture du marché à la concurrence, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures de passation. Disons que le principe est inscrit au cœur de « la modernisation de la gestion publique »[48]. Le vérificateur de probité est une tierce partie indépendante qui fournit des services spécialisés d'assurance de probité pour garantir la bonne qualité du processus de passation des marchés. L'organe d'exécution du financement de la banque « peut faire appel à des garants de probité indépendants à différents stades du processus de passation des marchés (...) »[49]. De cette consécration, plus d'une analyse peut être faite. La première, la banque mondiale emploie le terme « peut », le verbe pouvoir. Dans ce cadre, on pourrait admettre un pouvoir discrétionnaire de l'organe d'exécution du financement. En réalité, le garant de probité ne peut assurer la vérification de la procédure de passation de marchés que s'il est « jugé acceptable par la banque »[50]. En clair, l'organe d'exécution ne peut passer outre la décision de la banque mondiale sur le choix du garant de probité.

Dans la même veine, la banque elle-même peut demander à l'Emprunteur de recourir à un garant de probité. Dans ce cas, ce dernier soumet la sélection et la nomination dudit garant à l'accord de la banque[51]. Notons que certaines méthodes de sélection comme le dialogue compétitif[52] imposent la présence d'un garant de probité. Il convient de noter qu'on fait également appel à ce dernier s'il est prévu de recourir au mécanisme de la Meilleure Offre Finale (MOF) lors de la passation d'un marché. Ensuite, la banque emploie un déterminant pluriel « des garants ». La consécration de l'imprécision quantitative n'est pas un gage de la sécurité juridique. Néanmoins, selon l'avis du Professeur Lionel Pierre GUESSELE ISSEME, la transparence « entraîne l'émasculature des pratiques financières plus enclines à l'opacité et à la dissimulation des informations y afférentes »[53]. La présence du garant de probité est de faire respecter des règles de jeu prédéfinies par le Maître d'Ouvrage.

L'observation du respect des critères préalablement identifiés dans les Demandes de Propositions (DP), dans les Dossiers d'Appels d'Offres (DAO) ou dans les Avis à Manifestations d'Intérêts (AMI) se fait aussi à l'aide des rapports d'évaluation. Il faut comprendre les « conclusions d'une personne ou d'une commission chargée par une autorité d'étudier pour celle-ci un certain point ou une certaine question en vue de lui faire connaître la vérité et de lui proposer une action appropriée »[54]. ils sont

donc dans ce sens, un filtre permettant de constater le respect des règles de transparence et d'égalité[55] ainsi que la bonne gestion des fonds de la banque. En réalité, les rapports d'évaluation des offres, des propositions ou des manifestations d'intérêts n'obéissent pas au principe de publicité. Ils sont exclusivement destinés à usage interne et ne peuvent être communiqués ni aux soumissionnaires ni à aucune partie autre que les services habilités de l'Autorité Contractante et de la Banque[56].

De manière pratique, « le rapport constitue en fait un tableau de bord qui va permettre de suivre l'application de l'objet du marché. Il comporte, au-delà des indicateurs administratifs, des indices permettant de suivre qualitativement l'atteinte des objectifs avancés »[57].

La banque mondiale a élaboré des prototypes de rapports. Ils doivent simplement être complétés avec des informations cohérentes par l'organe d'exécution de ses financements. Cette stratégie ne permet pas à ce dernier de masquer des éléments du processus de passation des différents marchés. En revanche, les soumissionnaires ou proposant n'ont pas la possibilité de juger par eux-mêmes le déroulement de l'opération d'évaluation de leurs offres ou propositions. C'est dans cette continuité qu'il faut saisir l'égalité dans la communication.

B- L'égalité dans la communication avec les soumissionnaires

A ce stade de la réflexion, il conviendra de s'intéresser à deux points. Il est question d'une part, de l'égalité dans les moyens de transmission de l'information aux soumissionnaires (1) et de l'autre, de l'égalité temporelle substantielle de l'information transmise à ceux-ci (2).

1- L'égalité dans les moyens de transmission de l'information

Lors de la procédure de passation d'un marché, l'organe d'exécution du financement de la banque est tenu d'indiquer avec précision les mêmes moyens de communication. Une fois formulés, il est contraint lui-même de ne pas les violer. Dans le modèle de lettre d'invitation de la banque mondiale, on peut lire :

"Veuillez avoir l'obligeance de nous faire savoir, au plus tard le [insérer date], par écrit à l'adresse [insérer adresse], par télécopie [insérer le numéro de télécopie], ou par courriel [insérer l'adresse courriel] (...) que vous avez reçu cette Lettre d'Invitation ; et si vous soumettez une proposition seul ou en association"[58].

Précisions que à chaque fois, l'institution financière indique : « insérer l'adresse », « insérer le numéro de télécopie » et « insérer l'adresse courriel »[59]. Compte tenu de la situation sanitaire due au COVID-19 qui prévaut, le Maître d'Ouvrage peut privilégier les vidéo-conférences ou visioconférences pour les réunions préparatoires et l'ouverture des plis des offres ou proposition. Il est donc tenu de communiquer par mail, le même lien électronique devant permettre aux diffé-

-rents soumissionnaires d'accéder à la plateforme digitale d'échanges.

Même les demandes d'éclaircissement. Le Consultant peut obtenir des éclaircissements sur toute partie de la DP. La demande d'éclaircissement doit être adressée par écrit[60], ou par moyen électronique sécurisé, à l'adresse du Client indiquée dans les données particulières. Le Client répondra par écrit, ou par moyen électronique sécurisé, à la demande d'éclaircissements[61]. La BAOD s'inscrit dans la même logique au regard de ses règles de passation des marchés avec une légère spécificité[62]. Au regard des règles nationales et internationales de passation des marchés, on déduit qu'il existe deux types Les demandes d'éclaircissements sont ascendantes[63] et descendantes[64].

Le double pôle de la demande d'éclaircissement n'exclut pas de s'intéresser à l'aspect temporel de la substance de l'information transmise par le contractant pour appréhender l'égalité.

2- L'égalité temporelle de la substance de l'information transmise par le contractant

Au-delà de l'égalité dans les moyens de communication, la discrimination informationnelle est proscrite par la banque. Ainsi se dresse la question de l'égalité temporelle de la substance de l'information transmise aux soumissionnaires. Dans ce cadre, il convient d'examiner d'une part, l'horizontalité temporelle et de l'autre, l'horizontalité substantielle de l'information transmise.

D'abord l'horizontalité temporelle de l'information transmise. La banque mondiale précise que « tous les éclaircissements (...) doivent être établis par écrit et adressés simultanément (...) à tous les candidats/soumissionnaires/proposants potentiels existants (...) »[65]. A ce niveau d'analyse, l'horizontalité temporelle de l'information transmise à laquelle on fait référence, réside par déduction dans le terme « simultanément » employé par la banque mondiale. En d'autres termes, tout éclaircissement ou tout renseignement, fourni par le Maître d'Ouvrage à un concurrent à la demande de ce dernier, doit être communiqué le même jour et dans les mêmes conditions aux autres concurrents. En fait, il s'agit du même délai pour tous les candidats ou potentiels candidats. La banque mondiale exige à l'organe d'exécution de son financement de préciser aux soumissionnaires, candidats, ou consultants dans les Données particulières la date limite de remise de leurs dossiers, offres ou propositions. Cette horizontalité temporelle concerne aussi la validité des offres. L'horizontalité temporelle est plurielle. C'est une horizontalité temporelle de préparation, de la remise et de la validité des offres ou propositions. Relativement à l'horizontalité temporelle de la préparation des offres ou propositions, est précisée dans les dossiers remis aux candidats et proposant. Ceux-ci doivent également se conformer à l'espace temporelle de remise des offres ou propositions indiqué dans les dossiers sous peine de rejet.

L'espace temporel de la validité des offres est le même pour tous les soumissionnaires, proposant tel que spécifié dans les données particulières ou spécifiques du dossier. L'horizontalité temporelle est constitutive à la fois d'une astreinte et d'un droit. Ainsi, l'organe d'exécution du financement de la banque a l'obligation de spécifier la date de validité des offres ou propositions devant être reçues. A la suite de ce délai de validité, un soumissionnaire est libre d'accepter ou de refuser la prorogation ou le prolongement de la durée de validité de son offre ou de sa proposition. Ce qui constitue un droit. Le chronomètre de la validité des offres ou propositions est mise en marche à compter de leur date de remise. En principe, elle ne doit excéder 120 jours calendaires. Précisions au passage que ce droit est conditionnel ou conditionné dans la mesure où si le soumissionnaire, proposant refuse à la demande de l'organe d'exécution du financement de la banque de proroger son offre ou sa proposition, cette dernière ne sera nullement évaluée. Il convient de préciser que si l'organe d'exécution du financement est contraint de garantir - sous peine d'objection de la banque mondiale ou du déclenchement d'un contentieux - l'égalité pour le temps, c'est-à-dire la définition d'un même l'intervalle de temps pour tous les soumissionnaires afin qu'ils remettent leurs offres, il n'est pas garant de l'égalité dans le temps. Car, chaque soumissionnaire est maître du jour et de l'heure de la remise de son offre dans l'intervalle défini en tout respect des précisions faites dans les Données ou clauses particulières du DAO ou de la DP.

Ensuite l'horizontalité substantielle de l'information transmise. Elle peut être appréciée à partir de plusieurs éléments à l'instar des éclaircissements et des plaintes sur les dossiers de passations des marchés. Pour la banque mondiale, le Maître d'ouvrage adressera une copie de sa réponse (indiquant la question posée mais sans mention de l'auteur) à tous les candidats éventuels qui auront obtenu la DP ou le DAO. Relativement aux demandes d'éclaircissements, le législateur gabonais partage la même logique que la banque mondiale. Il précise aussi que la réponse donnée à une demande d'éclaircissement « est transmise à tous les candidats (...) sans indication de l'origine de la demande »[66]. Relevons qu'une demande d'éclaircissement formulée par un candidat peut impacter matériellement et temporellement le reste de la procédure de passation du marché. Sur le plan matériel, elle peut aboutir à la modification de la DP ou DAO. Dans cette hypothèse et dans le cadre de la pré-qualification, tout additif publié sera considéré comme faisant partie intégrante du Dossier de pré-qualification et sera communiqué par écrit à tous ceux qui ont obtenu le Dossier de pré-qualification du Maître de l'Ouvrage. Ce n'est que par un avenant[67] que l'Emprunteur peut procéder la modification des documents intervenant dans la procédure.

Il convient de noter que les modifications pouvant être appor-

-tées au dossier par l'organe d'exécution du financement de la banque, ne peuvent en aucun moment porter sur l'objet du marché. Sur un plan temporel, elles ont un impact. Elles participent de la prorogation de la date de remise des offres préalablement définie. Le but est d'accorder aux éventuels candidats un délai raisonnable pour prendre en compte l'additif dans la préparation de leurs candidatures. En clair, le Maître d'Ouvrage peut, à sa discrétion, reporter la date limite de remise des candidatures. Cette philosophie de la banque mondiale par rapport aux effets modificateurs des demandes d'éclaircissements contraste avec celle du législateur camerounais. Contrairement à l'institution financière qui a centré les demandes d'éclaircissements sur les dossiers de passations des marchés avec effets modificateurs de ces derniers, le législateur camerounais les a plutôt orientées sur les offres ou les propositions. Pour lui, les demandes d'éclaircissements n'ont pas d'effets modificateurs. Sur ce point, les offres sont intangibles. Pour être précis, il indique que « les éclaircissements demandés et fournis par écrit ne peuvent, en aucune façon, avoir pour effet de modifier les éléments de l'offre en vue de la rendre plus compétitive »[i]. Le principe d'adaptation aux besoins semble être réfuté par le législateur camerounais.

Concernant les plaintes, la banque exige du Maître d'Ouvrage de donner suite celles-ci « équitablement »[68]. Tout comme les demandes d'éclaircissement, les plaintes peuvent avoir une implication à la fois matérielle et temporelle sur le processus de passation du marché. Dans ce cas d'espèce, précisions qu'il s'agit exclusivement des plaintes contestant les conditions du dossier de Pré-qualification, Sélection Initiale, l'Appel à Propositions, l'Appel d'Offres ou de tout autre document de l'emprunteur appelant à faire une offre, une proposition ou à poser sa candidature. Notons également que si le Maître d'Ouvrage, à la suite d'une plainte contestant une exclusion du processus en amont de l'attribution d'un marché, modifie les résultats de l'étape ou de la phase précédente du processus du marché, il transmet dans les plus brefs délais un avis révisé des résultats d'évaluation à toutes les parties concernées pour les informer des étapes suivantes[69]. C'est également de cette façon qu'il transmet à tous les proposants, soumissionnaires ou consultants précédemment avisés de l'attribution du marché l'intention révisée d'attribution si une plainte faisant suite à la transmission de la notification de l'intention d'attribution du marché a été formulée.

À la suite des considérations ci-avant, il convient de réaliser que si l'égalité est perceptible au regard d'un certain nombre d'éléments, elle reste tout de même mesurée.

II- L'EGALITE MESURÉE

Pour mémoire, la formulation de l'exigence d'égalité dans les règles de passation des marchés de la banque mondiale n'est pas constante.

Le principe est donc affecté d'une part par la recherche de l'équité et le mécanisme de préférence nationale (A) et, d'autre part, par certains modes de sélections et la politique d'éligibilité de la banque (B).

A- Une égalité épaulée par la recherche de l'équité et affectée par l'institution des préférences nationales

La correction des erreurs arithmétiques (1) et l'institution du régime de préférence nationale pluriel (2) permettent aussi d'appréhender l'inconstance de l'égalité dans les règles de passation des marchés de la banque mondiale.

1- La recherche de l'équité par la correction des erreurs arithmétiques

Même si on peut admettre que dans certains cas, la plus grande injustice est de traiter de manière égale les mérites inégaux, l'équité est « un moyen d'atténuer l'application du droit »[71]. En effet, elle permet comme l'a mentionné la Cour Internationale de Justice ci-après CIJ, d'écarter tout ce qui, sous couvert d'application automatique, aboutirait à des résultats anormaux ou déraisonnables[72]. Relevons que la « fonction modératrice »[73] de l'équité dégagée par la Cour Internationale de Justice est aussi perceptible dans les règles de passation des marchés relatifs aux projets d'investissement financés par la Banque mondiale. L'équité est perceptible car, la recherche de l'efficacité, de la performance ne se fait pas dans une froide, stricte et machinale application des textes de l'institution financière.

Redoutant[74] le normativisme extrémiste de Hans KELSEN et ses disciples, le Professeur Alain PELLET qui se réclame de l'école de la normativité relative affirme qu'il n'existe pas « un seuil de juridicité tranché à partir duquel on peut dire : oui ceci est du droit ; non, ceci n'en est pas »[75]. Cette affirmation est loin d'être infondée. Le Professeur prend en considération le fait que le droit « ne se borne pas à interdire ou à obliger, qu'il peut aussi permettre, recommander, tolérer... »[76]. Du moment où elle a inscrit la tolérance voire le pardon dans ses règles de passation des marchés, il est évident que la Banque mondiale partage cette logique des choses.

A plus d'un titre, la banque mondiale fait état de ce que, si une offre est conforme pour l'essentiel à la Demande de Proposition (DP) ou au Dossier d'Appel d'Offres (DAO), le maître d'ouvrage peut « tolérer » toute non-conformité ou omission[77]. C'est dans ce cadre qu'on fixe la correction des erreurs arithmétiques des offres déposées. Or, dans un premier temps, elle indique dans le cadre des fournitures qu'« aucune modification de prix, ni aucun changement substantiel de l'offre (y compris un changement dans le Montant de son Offre fait à l'initiative du Soumissionnaire) ne seront demandés, offerts ou autorisés ». Conscient du risque de la rigidité du droit, elle mentionne par la suite que cela ne sera possible que « si ce n'est pour confirmer la correction des erreurs arithmétiques découvertes par l'Acheteur lors de l'évaluation des offres (...)»[78]

Ceci dit, pour qu'une offre déposée bénéficie du « cachet de la tendresse paternelle »[79] de la « grâce » de correction des erreurs arithmétiques, elle doit être conforme pour l'essentiel. Dans cette logique, « l'acheteur écartera toute offre qui n'est pas conforme pour l'essentiel au Dossier d'appel d'offres et le Soumissionnaire ne pourra pas par la suite la rendre conforme en apportant des corrections à la divergence, réserve ou omission importante constatée »[80]. Dans le cadre de la correction des erreurs arithmétiques, d'autres Partenaires Techniques et Financiers comme la BOAD emboîtent le pas à la banque mondiale[81]. Les hypothèses de correction des erreurs arithmétiques ont été identifiées par la banque mondiale. Dans ce sens, on note par illustration que l'acheteur rectifiera les erreurs arithmétiques : "S'il y a contradiction entre le prix unitaire et le prix total obtenu en multipliant le prix unitaire par les quantités, le prix unitaire fera foi et le prix total sera corrigé, à moins que, de l'avis de l'acheteur, la virgule des décimales du prix unitaire soit manifestement mal placée, auquel cas le prix total indiqué prévaudra et le prix unitaire sera corrigé"[82].

Par ailleurs, remarquons que « si le total obtenu par addition ou soustraction des sous totaux n'est pas exact, les sous totaux feront foi et le total sera corrigé (...)»[83]. La douceur normative de la banque mondiale ne s'épuise pas dans ces deux cas[84]. Il est important de relever que l'action de correction des erreurs arithmétiques est participative et démocratique dans la mesure où l'organe d'exécution des fonds de la banque mondiale recourt au consentement, à la volonté du soumissionnaire. La banque a donc établi qu'« il sera demandé au Soumissionnaire d'accepter la correction des erreurs arithmétiques. Si le Soumissionnaire n'accepte pas les corrections apportées (...) son offre sera écartée »[85]. Le régime de correction des erreurs arithmétiques en matière de fourniture est identique à celui des marchés[86]. Ce régime est relativement différent dans le cadre des prestations intellectuelles car, " Toute erreur de calcul sera corrigée, et les prix seront ajustés s'ils ne permettent pas de refléter les intrants inclus dans chacune des propositions techniques. Pour les marchés à rémunération forfaitaire, le consultant est supposé avoir inclus tous les prix dans sa proposition financière, de telle manière qu'aucune correction arithmétique ni aucun ajustement de prix ne sera effectué et que le prix total, net d'impôts tel que définis au paragraphe 2.25 ci-dessous, compris dans la proposition financière, sera considéré comme le prix offert "[87].

Dans la suite de ces considérations, notons que la correction des erreurs arithmétiques ne permet pas à elle seule d'apprécier l'inconstance de l'égalité. L'institution des préférences nationales permet également de formuler une analyse dans comparable.

2- L'institution des préférences nationales

Le cadre réglementaire de passation des marchés de la Banque mondiale consacre un schéma de préférence pour faciliter

l'accès des produits et producteurs locaux. En effet, « leur usage peut servir à atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou économiques adjacents »[88]. Ce régime ne s'applique nullement aux installations selon la Banque mondiale contrairement à la Banque Africaine de Développement (BAD)[89]. Il constitue une exception au principe de l'égalité de traitement dans le cas des marchés de fournitures et de travaux.

À notre sens, le régime de préférence nationale peut pervertir les objectifs au mieux les principes de performance, d'efficacité, d'économie et d'optimisation des ressources prônés par la Banque mondiale. Les Nations unies voient cela d'un mauvais œil. Pour elles, : " Imposer des barrières aux entreprises étrangères (...) pourrait avoir pour effet de diminuer le nombre d'entreprises qualifiées participant à l'appel d'offres. De plus, les entreprises locales pourraient être tentées de profiter des barrières imposées aux entreprises étrangères pour fournir des produits et des services de qualité médiocre "[90].

Elle précise même que : "Ces conséquences ne seraient bénéfiques ni pour le secteur public, ni pour les citoyens, ni pour les entreprises locales. Réduire la concurrence entre les soumissionnaires en imposant des barrières artificielles n'inciterait vraisemblablement pas les entreprises locales à innover et à devenir compétitives et réduirait leurs chances d'entrer plus tard sur des marchés internationaux " [91].

Le régime de préférence nationale dans le cadre des marchés publics est aussi visible au Cameroun. Dans le décret de 2018 portant Code des marchés publics, le pouvoir exécutif par la plume du Président de la République plafonne la marge à quinze pour cent (15%) pour les marchés de fournitures et dix pour cent (10%) pour les travaux[92]. Rappelons que cette consécration textuelle n'est qu'une reprise en substance du décret de 2004 abrogé[93]. Le législateur gabonais emboîte le pas à son homologue camerounais[94]. Pour la banque mondiale, le régime de préférence nationale est de quinze pour cent (15%) en matière de fournitures et de sept et demi pour cent (7,5%) pour les travaux[95]. On ne peut donc recourir à la préférence nationale qu'avec l'assentiment de la banque mondiale. Ceci n'est possible que dans le cadre d'un processus concurrentiel international ouvert. Pour bénéficier de ce régime, il faut être du pays de l'organe d'exécution des fonds de la banque mondiale appelé aussi Maître d'Ouvrage[96].

La fragmentation du régime de préférence nationale et son absence d'homologation en matière de fournitures et de travaux nous amène à nous appesantir sur d'autres éléments matérialisant l'inconstance de l'égalité. Il s'agit de certains modes de sélection et de la politique d'éligibilité de la banque mondiale.

B- Une égalité compromise par certains modes de sélections et la politique d'éligibilité

Il convient tour à tour d'analyser les modes de sélection (1) et la politique d'éligibilité (2) comme éléments pouvant compromettre l'égalité.

1- Les modes de sélection compromettants

Plusieurs modes de sélection compromettent l'exigence d'égalité au regard des règles de passation des marchés de la banque mondiale. On range dans cette dimension la sélection par entente directe et l'Appel d'Offres Restreint.

La Sélection par entente directe est une procédure de passation de marchés sans appel à la concurrence. En fait, elle ne permet pas de bénéficier des avantages de la concurrence en termes de qualité et de coût. Le recours à ce mode de sélection est risqué dans la mesure où non seulement il installe le doute sur la transparence, il peut permettre de légitimer les pratiques inacceptables[97]. Ceci explique pourquoi, elle ne doit être utilisée qu'après l'Avis de Non Objection (ANO) de la Banque mondiale. Le choix de la SED par l'organe d'exécution du financement de la banque mondiale est accompagné d'une justification claire et détaillée. Il revient donc à l'institution financière de procéder à un examen minutieux dans le but de s'assurer qu'il n'est pas possible de recourir à une autre méthode de sélection. En retour, il est exigé de l'organe d'exécution du financement de prouver que la méthode sélection adoptée présente un avantage par rapport à la sélection avec une mise en concurrence.

La SED se caractérise par l'absence de publicité. Or nous convenons avec Diane DEOM et Pierre NIHOUL que la publicité est un vecteur de la concurrence qui débouche nécessairement sur une mise en compétition du marché concerné et donc sur une remise en cause des « chasses-gardées »[98]. Son efficacité constitue selon Patricia GRELIER WYCKOFF une composante essentielle de la régularité du marché[99].

Même si les hypothèses de recours à cette méthode de sélection ont été prévues par la banque mondiale, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle ne garantit pas l'égalité avec le manque de concurrence. Des personnes remplissant des conditions requises pour être soumissionnaires ou proposant sont exclues arbitrairement, donc sans procès. A propos, il n'existe aucune voie de recours. Or la concurrence constitue « l'idée directrice autour de laquelle s'organise une discipline de rationalisation de l'action contractuelle des personnes publiques »[100]. Elle permet de « garantir la bonne exécution du contrat dans l'intérêt général, en favorisant la stabilité contractuelle et la sécurité juridique pour les parties au contrat »[101]. Dans la pratique, la SED comporte trois moments : le contact, la négociation du contrat et sa signature avec une seule entreprise. Elle est aussi employée pour les services de consultants[102] que pour les marchés de

fournitures, travaux et les services autres que les services de consultants[103].

Une discrimination sans procès est une infraction comme l'a laissé entendre la Cour de Justice de l'UEMOA en 2003. La cour considère que « le seul fait de restreindre la concurrence à l'intérieur de l'Union et quel que soit le marché mis en cause et ses limites (...) constitue une infraction communautaire au droit de la concurrence »[104]. L'appel d'offres restreint (AOR) quant à lui correspond pour l'essentiel à un Appel d'offres ouvert. Mais les candidats sont directement invités à présenter une Offre sans qu'il y ait publication d'un avis d'appel d'offres[105]. En fait, il y a exclusion de toute publicité, donc toute concurrence véritable. Or, la publicité favorise la transparence et la compétition. Le processus d'AOR peut être à enveloppe unique ou à double enveloppe. Dans les deux cas, il n'est nullement nécessaire[106] de le précéder d'une procédure de Pré-qualification (PQ)[107].

L'AOR constitue en quelque sorte une « réservation de marché ». Dans ce cadre, ce dernier consiste à ne permettre l'accès à la commande publique qu'à un public cible d'entreprises[108]. Selon la Banque mondiale, l'organe d'exécution du financement doit y recourir lorsqu'il est à même de préciser en détail les exigences auxquelles les Soumissionnaires doivent satisfaire dans leurs Offres, du fait de la nature des Fournitures, des Travaux ou des Services autres que des Services de Consultants à fournir. Le recours à cette procédure peut se justifier par le montant estimatif du marché. Donc, « la banque (...) fixe des seuils en fonction des risques présentés par les opérations de passation des marchés du projet »[109]. En réalité, ces derniers oscillent d'un Etat à un autre selon la nature et le degré du risque. A Madagascar en 2020 pour le « Projet d'Appui à la Gouvernance Digitale et aux Réformes de l'Etat Civil et de l'Identification » ci-après PRODIGY, le seuil avait été fixé à 2.000.000 USD \$ pour l'acquisition des biens[110]. En 2015-2016, le même seuil a été fixé dans l'Océan Indien pour le « First South West Indian Ocean Fisheries Governance and Shared Growth Project »[111] ci-après SWIOFish1. Notons que le niveau de risque de ces projets susmentionnés a été qualifié de « Substantiel ».

Il convient de préciser que le recours à l'AOR ne dépend pas de la volonté de l'organe d'exécution du financement de la banque mondiale. Le seuil fixé par la banque mondiale pour recourir à l'Appel d'Offres International Restreint (AOIR) diffère de celui de BOAD[112]. La question du seuil exigeant de recourir l'AOR semble être une question de moindre importance sur un plan national. Elle n'a pas été résolue dans le code des marchés publics du Cameroun[113] ou du Gabon[114]. A notre sens, l'Appel d'Offres Restreint qu'il soit national ou international, est une méthode de sélection tronquée ou artificielle du fait de l'infime minorité d'entreprises qui y participent.

2- La politique d'éligibilité de la Banque mondiale : le système d'embargo des Nations unies

L'embargo est un acte d'autorité de l'organisation des nations unies dont le but est de faire pression sur un Etat[115] pour le rétablissement de la paix internationale. Le Conseil de sécurité de l'ONU peut prendre les mesures nécessaires ou le rétablissement de la paix internationale. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques[116].

On peut dire que la Banque mondiale fait partie des « peuples des Nations unies, résolu à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances »[117]. Restant dans la même logique, l'institution financière précise que « les entreprises ou personnes physiques d'un Etat, ou les fournitures fabriquées dans un pays membre, peuvent être exclues (...) en application d'une décision du Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII (...) de la Charte des nations unies »[118]. En fait, il s'agit de l'exclusion des entrepreneurs, des fournisseurs et des cabinets de consultants enregistrés dans les pays mis sous embargo. Il est donc clair que les entrepreneurs, les fournisseurs et les cabinets de Consultants qui ne sont pas enregistrés dans ces pays, peuvent avoir comme personnel clé, les ressortissants de ceux-ci. Il faut inclure dans ce registre d'exclusion la sous-traitance[119] et la co-traitance[120]. A notre sens, l'élément fondamental de l'exclusion est le pays d'enregistrement d'une entreprise et non la nationalité ; même si l'entreprise obtient la nationalité du pays dans lequel elle a été immatriculée.

La difficulté dans le cas des consultants individuels des pays mis sous embargo apparaît car, l'élément d'identification est leur nationalité. De manière précise, une entreprise enregistrée dans un pays non sanctionné en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations-Unies peut avoir un personnel-clé ayant la nationalité d'un pays sanctionné en vertu du même Chapitre. A notre sens et pour ôter l'ambiguïté, il faut distinguer la nationalité de l'entreprise de la nationalité du citoyen d'un pays exclu ou non en vertu du Chapitre susmentionné. Seul la nationalité (des entreprises) qui découle du registre de commerce est considérée.

La banque mondiale n'est pas l'unique institution qui par le biais des marchés publics aide l'ONU à poursuivre son idéal de paix internationale. L'Agence française de développement (AFD)[121] et la Banque africaine de développement (BAD)[122] abondent dans le même sens.

L'univers juridique est défini des principes et des exceptions. Relevons que ces deux facettes coexistent telles les deux faces d'une pièce de monnaie. Il est donc difficile d'avoir l'une sans pressentir la menace de l'autre. Pourtant, les mots à eux seuls ne décrivent pas suffisamment cette ambivalence ; mieux vaut en faire l'expérience comme cela a été le cas avec l'égalité au regard de l'analyse ci-avant. Dire donc que l'égalité dans les règles de passation des marchés relatifs aux projets d'investissement financés par la Banque mondiale est absolue, « ce serait opposer un pieux mensonge à un mensonge impie »[123].

La particularité de l'égalité dans le cas d'espèce est que son articulation et ses limites dans les règles de passation des marchés de la Banque mondiale poursuivent une finalité commune : l'efficacité, l'efficience et la performance des projets d'investissement des bénéficiaires des financements. Par ailleurs, la Banque ne dissocie pas cette finalité de la promotion des valeurs universellement partagées qui garantissent la protection des droits de l'homme et des personnes. Dans une telle entreprise, l'inscription de l'égalité dans les règles de passation des marchés financés par la banque mondiale est une sorte d'humanisation des dites règles et de rationalisation de la dépense publique. L'humanisation découle de l'application de l'équité qui porte secours à l'égalité dans son articulation. Pour la banque mondiale, les proposants doivent être reconnus à leur juste valeur. Les règles confectionnées par l'institution financière sont donc des règles justes. On peut également adosser l'humanisation sur la finalité des projets d'investissement pour lesquels les règles ont été confectionnées : la réduction de la pauvreté. Le centre d'intérêt implicite c'est l'Homme et son épanouissement. A notre sens, c'est ce qui se trouve en arrière-plan de la rationalisation de la dépense publique dont le visage apparent est principalement économique.

De-là, on peut philosophiquement dégager une sorte de « droit international des droits de l'homme des marchés publics et projets d'investissement ». Au cœur de cette idée se trouve celle de la justice saisie selon deux paramètres : la justice distributive et la justice réhabilitative. Si les candidats sont sélectionnés sur la base de leurs compétences, cela signifie que la banque mondiale prône la méritocratie. Celle-ci n'est qu'une articulation de la justice distributive : les candidats sont évalués et retenus en fonction de leurs compétences certes, mais partir des mêmes critères ou des mêmes outils. La justice réhabilitative quant à elle, est traduite par le recours à l'équité appréhendée sous forme de correction des erreurs arithmétiques.

L'idée de justice (distributive, proportionnelle, réhabilitative) est indissociable de celle des droits de l'Homme. Elle peut être prolongée jusqu'à intégrer les populations des localités concernées par les projets d'investissements. C'est dans ce cadre que l'analyse des normes environnementales et sociales

trouve sa justification. Par ailleurs, c'est toujours dans cette même logique qu'on peut parler d'un « droit des droits de l'Homme des marchés publics et projets d'investissements ». Ledit droit devient international du fait de sa sécrétion par un organe externe aux Etats auxquels il s'applique. Ce droit est un droit harmonisé car, à la base, les Etats auxquels il s'applique présentent chacun ses spécificités économiques, politiques, sociaux et même environnementaux.

[1] La Banque Mondiale est issue de la Conférence de Bretton Woods de 1944. En réalité, ce qu'on appelle Banque mondiale est un terme générique regroupant en son sein une pluralité d'institutions juridiquement et financièrement séparées. Au rang des institutions formant cette appellation, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), l'Association internationale pour le développement (IDA), la Société financière internationale (SFI), l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA), et la Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chacune de ces institutions a sa mission. La BIRD accorde des prêts aux gouvernements des pays à revenu intermédiaire et des Etats pauvres solvables. L'IDA fournit des prêts à intérêts zéro appelés crédits aux gouvernements des pays les plus pauvres. La SFI octroie des prêts au secteur privé des pays en développement. La MIGA offre des garanties contre des pertes occasionnées par des risques non commerciaux à ceux qui investissent dans les pays en développement. Le CIRDI fournit les infrastructures internationales nécessaires à la conciliation et à l'arbitrage des conflits dans ce domaine

[2] Il convient de préciser que le cadre rénovation ne s'applique qu'aux projets dont la note conceptuelle est post 1er juillet 2016. Autrement dit, les projets dont la note conceptuelle est ante 1er juillet 2016 sont régis par l'ancienne réglementation de la Banque mondiale

[3] Voir Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements (FPI), The World Bank. IBRD, IDA, juillet 2016, 157 p

[4] Le Règlement est à sa quatrième édition. La première est celle du 1er juillet 2016 ; la deuxième édition est celle de novembre 2017 ; la troisième a été adoptée en juillet 2018 ; la quatrième dont l'édition actuelle est effective depuis novembre 2020.

[5] La PPSD est appréhendée comme le Document de stratégie élaboré au niveau du projet par l'Emprunteur, qui décrit comment la passation des marchés dans le cadre des opérations de FPI soutient les objectifs de développement du projet et optimise l'emploi des ressources.

[6] Il s'agit aussi bien des Marchés de Travaux, de Fournitures et de prestations intellectuelles appelées autrement les Services de Consultant

[7] Voir Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements (FPI), The World Bank. IBRD, IDA, 4e éd., Novembre 2020, p.1.

[8] SWENSSON LUANA (F-J), Harmonisation des règles et pratiques de passation de marchés publics pour la mise en œuvre des initiatives d'alimentation scolaire liées à la production locale : le cas du Sénégal, Rapport dans le cadre du projet « Soutien stratégique à l'approvisionnement alimentaire mené par les gouvernements pour

les initiatives d'alimentation scolaire à base de produits locaux », Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, 2020, p.11.

[9] Le principe d'égalité a été universellement consacré par une pluralité d'instruments juridiques. On le retrouve dans les instruments juridiques nationaux (la constitution, le code pénal par exemple), communautaires (par exemple), Continentales (Protocole au Traité instituant la Communauté Economique Africaine (CEA) relatif à la libre circulation des personnes, au droit de résidence et au droit d'établissement adopté par la 30ème Session ordinaire de la Conférence, à Addis-Abeba, Ethiopie, le 29 janvier 2018) et internationales (la Déclaration des Droits de l'Homme et des citoyens de 1789, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965, etc.).

[10] Voir l'Article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

[11] CORNU (G.), « Linguistique juridique », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (Dir.) Dictionnaire de la culture juridique, Paris, LAMY-PUF, 2003, p.954.

[12] Ibidem

[13] COMTE-SPONVILLE (A.), Dictionnaire philosophique, 4e éd., PUF, 2013, p.774

[14] Ibidem, p.1075

[15] Voir l'Article 2 du Décret n°00027/PR/MEPPDD du 17 janvier 2018 portant Code des Marchés Publics de la République gabonaise ; voir également le Dossier Type d'Appel d'Offres pour l'acquisition des fournitures, Banque Ouest Africaine de Développement (BOAD), Août 2013, p.20

[16] Les marchés de travaux sont des contrats conclus pour la réalisation de tous les ouvrages liés à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la préparation ou à la rénovation d'un bâtiment, d'une structure ou d'une usine, ainsi que les prestations accessoires et similaires

[17] Les marchés de fournitures sont des contrats conclus avec des fournisseurs et qui ont pour objet l'achat le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels y compris les travaux de pose, d'installation, de mise en route et formation de l'utilisateur y relatifs.

[18] Les marchés de services sont des contrats conclus pour la réalisation des prestations autres que celles relatives aux fournitures, travaux et prestations intellectuelles.

[19] Les marchés de prestations intellectuelles sont des contrats qui ont pour objet la réalisation de prestations dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable

[20] Il peut s'agir des Marchés de conception-réalisation, des marchés de programme, des marchés à prix unitaire, des marchés clé-en-main, des marchés à prix forfaitaire, des marchés à lots, des marchés à prix provisoires, des marchés à prix mixte

[21] Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements, op. cit. p.97

[22] PEKASSA NDAM (G.), NGANGUE NEMALEU (P.), « Les finances publiques camerounaises à l'épreuve de la crise sanitaire à coronavirus », Le NEMRO, octobre-décembre, 2020, p.49

[23] Il va sans oublier que dans la gouvernance financière universelle ces termes sont devenus les points centraux des préoccupations des politiques et des gestionnaires.

[24] NTSAMA(E), «Nouvelles orientations de la programmation bud-

-gétaire », in colloque sur « le budget et politique économique en Afrique » TSAFACK NANFOSSO (sous la Dir), Yaoundé, 2007, p.66.

[25] Dans la présente analyse, nous forgeons cet adjectif pour faire référence à l'égalité dans la sélection des soumissionnaires dans les procédures de passation des marchés. A cet effet, il engage notre seule responsabilité

[26] Voir le Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements (FPI), The World Bank. IBRD, IDA, 4e éd., op, cit., 139 P

[27] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres pour l'acquisition des fournitures, Banque Ouest Africaine de Développement (BOAD), Août 2013, p.iii.

[28] Voir Directives relatives à la passation des marchés de services de consultants financés par un prêt ou une avance de fonds de la Banque Ouest Africaine de Développement (BOAD), Mars 2013, p.30

[29] Il faut préciser qu'au risque d'obtenir des Avis d'Objection de la banque mondiale, L'organe d'exécution de son financement est donc tenu de respecter les différentes marges indiquées

[30] En matière de travaux par exemple, on peut citer les formulaires suivants : Expérience générale de construction de l'entreprise ; Expérience spécifique de construction de l'entreprise ; Expérience spécifique de construction dans les activités clés

[31] Voir Guide d'évaluation des offres, passation des marchés de fournitures ou t de travaux, Banque mondiale, Avril 1996, p.1

[32] Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements, op., cit, p.100

[33] Ibidem, p.18

[34] Ibidem

[35] Ibidem, p.89

[36] On peut également appeler cela un visa préalable de la banque

[37] On l'appelle aussi visa à posteriori de la banque. C'est une forme d'Audit réalisé par le Bailleur de fonds. En principe, elle s'effectue après l'exécution du Marché. Toutefois, elle peut se faire aussi pendant l'exécution du marché. C'est une sorte de « revue concomitante » qui n'est pas précisée par le SPM dans le PPM

[38] Voir le Manuel des Procédures Simplifiées de Gestion des Projets de l'Etat du Cameroun, Caisse Autonome d'Amortissement (CAA), World Bank Group, du 11 octobre 2014, p.173

[39] Notons que la revue préalable de banque mondiale pour tous les marchés devant être passés par la méthode par entente directe est obligatoire

[40] Il convient de préciser que dans la pratique, le Maître d'Ouvrage par le biais du Spécialiste en Passation des Marchés (SPM), n'est pas obligé de préciser les sous-critères dans la Demande de Proposition (DP). L'éclatement des critères indiqués dans la Demande de Proposition peut être fait par la Commission ou la Sous-Commission au moment de l'évaluation des propositions

[41] Voir le Dossier Type de passation des marchés, Sélection de Consultants. Demande de propositions type, Banque mondiale, BIRD-IDA, Avril 2015, Révisions janvier 2017, p.30

[42] Voir les Directives Sélection et Emploi de Consultants par les Emprunteurs de la Banque mondiale dans le cadre des Prêts de la BIRD et des Crédits et dons de l'AID, janvier 2011 révisé en juillet 2014, p.19

[43] Voir le Dossier Type de passation des marchés, Sélection de Consultants. Demande de propositions type, Banque mondiale, BIRD-IDA, op, cit., p.18 : « Le comité d'évaluation désigné par le Client évaluera les Propositions techniques sur la base de leur con-

-formité aux Termes de Référence et à la DP, au moyen des critères, sous-critères et du système de points spécifiés dans les Données particulières. Chaque proposition conforme recevra une note technique. Les propositions qui ne répondent pas à des aspects importants de la DP ou qui reçoivent une note inférieure à la note technique minimum de qualification spécifiée dans les Données particulières seront rejetées »

[44] Le Maître d'Ouvrage ou l'organe d'exécution du financement de la Banque mondiale peut exiger des candidats plusieurs références formelles de justification de la capacité financière et économique. On relève entre autre une déclaration appropriée de la banque du soumissionnaire ; une déclaration sur le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les services auxquels se réfère le marché, réalisés au cours d'une période pouvant porter sur les trois derniers exercices au plus ; éventuellement, la présentation des bilans ou d'extraits des bilans des deux derniers exercices clos.

[45] Le Maître d'Ouvrage ou l'organe d'exécution du financement de la Banque mondiale peut exiger des candidats plusieurs références formelles de justification de la capacité financière et économique. Il s'agit entre autre de la capacité technique et professionnelle des opérateurs économiques. Elles sont évaluées sur la base de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité. Elles peuvent être justifiées, selon la nature, la quantité ou l'importance et l'utilisation des services à fournir, sur la base des documents suivants : les titres d'études et professionnels du prestataire ou des cadres de l'entreprise/entité et, en particulier, du ou des responsables de la prestation ; une liste des principaux services effectués au cours d'une période prédéterminée, indiquant leur montant, leur date et leur destinataire, public ou privé ; une description de l'équipement technique ; l'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter

[46] L'étendue des informations demandées par l'Autorité Contractante pour preuve de la capacité financière, économique, technique et professionnelle du candidat, ne peut aller au-delà de l'objet du marché

[47] GUESSELE ISSEME (L-P.), « L'exigence de transparence dans les finances publiques des Etats de la CEMAC », in Les finances publiques entre globalisation et dynamiques locales, Mélanges en l'honneur de ELOI (D.) et SALIFOU (Y.), Sénégal, l'Harmattan, 2021, pp.57-84

[48] MORDACQ (F.), « Modernisation et réforme de l'État, au service des finances publiques », RFFP n°10- Novembre 2007, p.305

[49] Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements, op., cit, p.5

[50] Ibidem, p.25

[51] Ibidem, p.5

[52] Le dialogue compétitif est un mode de sélection interactif à plusieurs étapes permettant une collaboration dynamique avec les proposants. On a généralement recours à cette méthode de sélection uniquement dans les cas des marchés d'une grande complexité ou nécessitant des innovations. Cette méthode s'adosse sur la stratégie de passation des marchés du projet pour promouvoir le développement (PPSD) instituée par la banque mondiale.

[53] GUESSELE ISSEME (L-P.), « L'exigence de transparence dans les finances publiques des Etats de la CEMAC », in Les finances publiques entre globalisation et dynamiques locales, Mélanges en l'honneur de ELOI (D.) et SALIFOU (Y.), Sénégal, l'Harmattan, 2021,

p.58

[54] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 12e éd., Paris, PUF « Quadrige » 2018, p.1795

[55] NABIH (M.), *Droit des marchés publics : aspects juridiques, financiers et contentieux*, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Bureau du Maroc, 2014, p.352

[56] Guide se procédures de passation de marchés et règles d'attribution des contrats financés par la BOAD, Septembre 2020, p.59

[57] NABIH (M.), *Droit des marchés publics : aspects juridiques, financiers et contentieux*, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Bureau du Maroc, 2014, p.352

[58] Voir Dossier Type de passation des marchés, Sélection de Consultants. Demande de propositions type, Banque mondiale, BIRD-IDA, Avril 2015, Révisions janvier 2017, p.3

[59] Ibidem

[60] Voir le Manuel des Procédures Simplifiées de Gestion des Projets de l'Etat du Cameroun, Caisse Autonome d'Amortissement (CAA), World Bank Group, du 11 octobre 2014, p.178

[61] Voir Dossier Type de passation des marchés, Sélection de Consultants. Demande de propositions type, Banque mondiale, BIRD-IDA, Avril 2015, Révisions janvier 2017, p.13

[62] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres pour l'acquisition de travaux, Août 2013, p. 41. La spécificité résulte dans le fait que la BAOD indique qu'« il est conseillé au Candidat de visiter et d'inspecter le site des travaux et ses environs et d'obtenir par lui-même, et sous sa propre responsabilité, tous les renseignements qui peuvent être nécessaires pour la préparation de l'offre et la signature d'un marché pour l'exécution des Travaux. Les coûts liés à la visite du site sont à la seule charge du Candidat »

[63] Il s'agit des demandes de clarification formulées par les soumissionnaires à l'égard du Maître d'Ouvrage

[64] Il s'agit des demandes de clarification formulées par le Maître d'Ouvrage à l'égard des soumissionnaires

[65] Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements (FPI), op., cit, p.22

[66] Voir l'article 103 Décret n°00027/PR/MEPPDD du 17 janvier 2018 portant Code des Marchés Publics

[67] En principe, l'avenant est acte (contractuel) modifiant certaines clauses du marché de base pour l'adapter à des événements survenus (après sa signature) ; voir l'article 5 du Décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics ou l'article 5 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics (Cameroun)

[68] Voir l'article 95 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics

[69] Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements, op., cit, p.11

[70] Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements, op., cit, p.69

[71] RUZIE (D.), TEBOUL (G.), *Droit international public*, 22e éd., Dalloz, Paris, 2013, p.82

[72] Voir CIJ, *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, 20 février 1969.

[73] RUZIE (D.), TEBOUL (G.), *Droit international public*, op., cit, p.82

[74] Selon le Professeur PELLET (A.), le normativisme de Kelsen

(H.) et ses disciples enferme le droit dans des explications abstraites. Pour le Professeur, ils se coupent de la réalité et font du droit un jeu de l'esprit dont ils occultent les finalités.

Voir PELLET (A.), *Le droit international à l'aube du XXIème siècle : la société internationale contemporaine, permanences et tendances nouvelles*, Cours donné lors de la session inaugurale des « Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international », Castellon, Espagne, septembre 1997, p.34 COURS INEDIT

[75] PELLET (A.), *Le droit international à l'aube du XXIème siècle : la société internationale contemporaine, permanences et tendances nouvelles*, Cours donné lors de la session inaugurale des « Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international », Castellon, Espagne, septembre 1997, p.34

[76] Ibidem

[77] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de travaux, Droit civil, Banque mondiale, August 2012, p.23 ; Voir aussi le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, précité, p.24

[78] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, Banque mondiale, 2013, p.23

[79] BENTHAM (J.), *Traité de la législation civile et pénale*, t 3, Paris, Dumont, 1820, p. 397. MBALLA OWONA (R.), « La problématique de l'exercice du droit de grâce en Afrique noire francophone », RBSJA, n° 34, 2015, p. 25.

[80] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, précité, p.24

[81] Guide de procédures de passation de marchés et règles d'attribution des contrats financés par la BOAD, Septembre 2020 : « Il n'est pas permis de modifier, de quelque manière que ce soit, la proposition technique et économique de l'attributaire. Il est par contre permis de corriger les erreurs non substantielles contenues dans la proposition, telles que par exemple des erreurs arithmétiques » (p.49) ; « Le comité d'évaluation vérifie que les propositions financières des soumissionnaires retenus ne comportent pas d'erreurs arithmétiques. Les erreurs arithmétiques éventuelles, sont corrigées » (p.57) ; « Avant l'expiration de la période de validité des offres, et sur la base du rapport d'évaluation tel qu'approuvé, l'Autorité contractante informe l'attributaire, par écrit, que son offre a été retenue en lui signalant, le cas échéant, les erreurs arithmétiques qui ont été corrigées lors de la procédure d'évaluation » (p.59)

[82] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, Banque mondiale, 2013, p.24

[83] Ibidem.

[84] La correction des erreurs arithmétique est aussi possible « S'il y a contradiction entre le prix indiqué en lettres et en chiffres, le montant en lettres fera foi, à moins que ce montant soit lié à une erreur arithmétique, auquel cas le montant en chiffres prévaudra sous réserve des alinéas (a) et (b) ci-dessus ». Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, Banque mondiale, précité, p.24.

[85] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, précité, p.25.

[86] Voir e Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de travaux, Droit civil, précité, p.22, 24

[87] Voir la Directives, Sélection et emploi de consultants par les emprunteurs de la banque mondiale dans le cadre des prêts de la BIRD et des crédits et dons de l'AID, Banque internationale pour la

reconstruction et le développement / BANQUE MONDIALE, janvier 2011, Version révisée juillet 2014, p.21.

[88] SWENSSON LUANA (F.-J.), harmonisation des règles et des pratiques de Passation des marchés publics pour la mise en Œuvre des initiatives d'alimentation scolaire liées à la production locale: Le cas du Sénégal, op, cit., 2020, p.39

[89] Voir Banque Africaine de Développement (BAD), Manuel des Opérations de Passation des Marchés de la Banque africaine de développement (OPM), Partie A, Volume 3 : Annexes, novembre 2018, p.79

[90] Les Nations unies, Les marchés publics : un moyen de promouvoir le développement du secteur local des technologies de l'information, Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, 2013, p.15

[91] Ibidem

[92] Voir l'article 106(3) du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics

[93] Voir l'article 32(4) du décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics

[94] Voir l'article 119 Décret n°00027/PR/MEPPDD précité : « (...) la marge de préférence nationale est au plan financier de dix pour cent pour les marchés de travaux et de quinze pour cent pour les marchés de fournitures »

[95] Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements, op., cit, p.26

[96] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Dossier de Pré-Qualification pour la passation des marchés de travaux, Banque mondiale, janvier 2017, p.13 : « Aux fins d'application de la marge de préférence, une entreprise est considérée comme étant du pays du Maître de l'Ouvrage à la condition qu'elle soit enregistrée dans le pays du Maître de l'Ouvrage, qu'elle appartienne en majorité à des ressortissants de ce pays, et qu'elle ne soustraie pas à des entreprises étrangères plus de 10 pourcent du Montant du Marché (à l'exclusion des Sommes à valoir). Les groupements d'entreprises sont considérés comme étant du pays du Maître de l'Ouvrage et bénéficient de la préférence en faveur du Pays du Maître de l'Ouvrage à la condition que chacun de leurs membres soit enregistré dans le pays du Maître de l'Ouvrage, appartienne en majorité à des ressortissants de ce pays, et que le groupement soit enregistré dans le pays du Maître de l'Ouvrage. Le Groupement bénéficiant de la préférence ne doit pas sous-traiter pas plus de 10 pourcent du Montant du Marché (à l'exclusion des Sommes à valoir) à des entreprises étrangères. Les groupements entre entreprises du pays du Maître de l'Ouvrage et entreprises étrangères ne peuvent bénéficier de la préférence.

[97] Voir Guide de pratique de passation des marchés du Fonds International de Développement Agricole (FIDA), p.59

[98] DEOM (D.) et NIHOUL (P.), « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », Revue générale de droit, Vol 36, n°4, 2006, p.813

[99] GRELIER WYCKOFF (P.), Le mémento des marchés publics de travaux, 3e éd., Paris Eyrolles, 2007, p.100

[100] RICHER (L.), Droit des contrats administratifs, 9e éd., Paris, LGDJ, 2014, p.369

[101] HOEPPFNER (H.), La modification du contrat administratif, LGDJ, Coll. Bibliothèque droit public, 2009, Tome 1, p.260

[102] Voir Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements, op., cit, p.51

(H.) et ses disciples enferme le droit dans des explications abstraites. Pour le Professeur, ils se coupent de la réalité et font du droit un jeu de l'esprit dont ils occultent les finalités.

Voir PELLET (A.), Le droit international à l'aube du XXIème siècle : la société internationale contemporaine, permanences et tendances nouvelles, Cours donné lors de la session inaugurale des « Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international », Castellon, Espagne, septembre 1997, p.34 COURS INEDIT

[75] PELLET (A.), Le droit international à l'aube du XXIème siècle : la société internationale contemporaine, permanences et tendances nouvelles, Cours donné lors de la session inaugurale des « Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international », Castellon, Espagne, septembre 1997, p.34

[76] Ibidem

[77] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de travaux, Droit civil, Banque mondiale, August 2012, p.23 ; Voir aussi le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, précité, p.24

[78] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, Banque mondiale, 2013, p.23

[79] BENTHAM (J.), Traité de la législation civile et pénale, t 3, Paris, Dumont, 1820, p. 397. MBALLA OWONA (R.), « La problématique de l'exercice du droit de grâce en Afrique noire francophone », RBSJA, n° 34, 2015, p. 25.

[80] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, précité, p.24

[81] Guide de procédures de passation de marchés et règles d'attribution des contrats financés par la BOAD, Septembre 2020 : « Il n'est pas permis de modifier, de quelque manière que ce soit, la proposition technique et économique de l'attributaire. Il est par contre permis de corriger les erreurs non substantielles contenues dans la proposition, telles que par exemple des erreurs arithmétiques » (p.49) ; « Le comité d'évaluation vérifie que les propositions financières des soumissionnaires retenus ne comportent pas d'erreurs arithmétiques. Les erreurs arithmétiques éventuelles, sont corrigées » (p.57) ; « Avant l'expiration de la période de validité des offres, et sur la base du rapport d'évaluation tel qu'approuvé, l'Autorité contractante informe l'attributaire, par écrit, que son offre a été retenue en lui signalant, le cas échéant, les erreurs arithmétiques qui ont été corrigées lors de la procédure d'évaluation » (p.59)

[82] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, Banque mondiale, 2013, p.24

[83] Ibidem.

[84] La correction des erreurs arithmétique est aussi possible « S'il y a contradiction entre le prix indiqué en lettres et en chiffres, le montant en lettres fera foi, à moins que ce montant soit lié à une erreur arithmétique, auquel cas le montant en chiffres prévaudra sous réserve des alinéas (a) et (b) ci-dessus ». Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, Banque mondiale, précité, p.24.

[85] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de fournitures, précité, p.25.

[86] Voir e Dossier Type d'Appel d'Offres, Passation des marchés de travaux, Droit civil, précité, p.22, 24

[87] Voir la Directives, Sélection et emploi de consultants par les emprunteurs de la banque mondiale dans le cadre des prêts de la BIRD et des crédits et dons de l'AID, Banque internationale pour la

reconstruction et le développement / BANQUE MONDIALE, janvier 2011, Version révisée juillet 2014, p.21.

[88] SWENSSON LUANA (F-J), harmonisation des règles et des pratiques de Passation des marchés publics pour la mise en Œuvre des initiatives d'alimentation scolaire liées à la production locale: Le cas du Sénégal, op, cit., 2020, p.39

[89] Voir Banque Africaine de Développement (BAD), Manuel des Opérations de Passation des Marchés de la Banque africaine de développement (OPM), Partie A, Volume 3 : Annexes, novembre 2018, p.79

[90] Les Nations unies, Les marchés publics : un moyen de promouvoir le développement du secteur local des technologies de l'information, Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, 2013, p.15

[91] Ibidem

[92] Voir l'article 106(3) du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics

[93] Voir l'article 32(4) du décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics

[94] Voir l'article 119 Décret n°00027/PR/MEPPDD précité : « (...) la marge de préférence nationale est au plan financier de dix pour cent pour les marchés de travaux et de quinze pour cent pour les marchés de fournitures »

[95] Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements, op., cit, p.26

[96] Voir le Dossier Type d'Appel d'Offres, Dossier de Pré-Qualification pour la passation des marchés de travaux, Banque mondiale, janvier 2017, p.13 : « Aux fins d'application de la marge de préférence, une entreprise est considérée comme étant du pays du Maître de l'Ouvrage à la condition qu'elle soit enregistrée dans le pays du Maître de l'Ouvrage, qu'elle appartienne en majorité à des ressortissants de ce pays, et qu'elle ne soustraie pas à des entreprises étrangères plus de 10 pourcent du Montant du Marché (à l'exclusion des Sommes à valoir). Les groupements d'entreprises sont considérés comme étant du pays du Maître de l'Ouvrage et bénéficient de la préférence en faveur du Pays du Maître de l'Ouvrage à la condition que chacun de leurs membres soit enregistré dans le pays du Maître de l'Ouvrage, appartienne en majorité à des ressortissants de ce pays, et que le groupement soit enregistré dans le pays du Maître de l'Ouvrage. Le Groupement bénéficiant de la préférence ne doit pas sous-traiter pas plus de 10 pourcent du Montant du Marché (à l'exclusion des Sommes à valoir) à des entreprises étrangères. Les groupements entre entreprises du pays du Maître de l'Ouvrage et entreprises étrangères ne peuvent bénéficier de la préférence.

[97] Voir Guide de pratique de passation des marchés du Fonds International de Développement Agricole (FIDA), p.59

[98] DEOM (D.) et NIHOUL (P.), « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », Revue générale de droit, Vol 36, n°4, 2006, p.813

[99] GRELIER WYCKOFF (P.), Le mémento des marchés publics de travaux, 3e éd., Paris Eyrolles, 2007, p.100

[100] RICHER (L.), Droit des contrats administratifs, 9e éd., Paris, LGDJ, 2014, p.369

[101] HOEPPFNER (H.), La modification du contrat administratif, LGDJ, Coll. Bibliothèque droit public, 2009, Tome 1, p.260

[102] Voir Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements, op., cit, p.51

[103] Ibidem, p.36.

[104] Cour de Justice UEMOA, Avis n°003/2000/CJ/UEMOA relatif à l'interprétation des articles 88, 89, 90 du traité sur les règles de la concurrence à l'intérieur de l'Union, Recueil de la jurisprudence de la Cour, I-2004, p.126

[105] Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique, Manuel de procédure de passation des marchés, Université d'Abomey-Calavi, Benin, p.13

[106] Il convient de noter que selon la Banque mondiale, la Pré-qualification est normalement utilisée pour les Appels d'Offres et est facultative selon la nature et la complexité des marchés de Fournitures, de Travaux ou de Services Autres que des Services de Consultants.

[107] La Pré-qualification est phase de sélection à l'issue de laquelle sont retenues les personnes pouvant soumissionner à un appel d'offres sur la base de critères objectifs préétablis

[108] DEOM (D.) et NIHOUL (P.), « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », Revue générale de droit, op., cit, p.828

[109] Voir Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements (FPI), The World Bank. IBRD, IDA, 4e éd., Novembre 2020, op, cit., p.61

[110] Voir le Plan de Passation des Marchés (PPM) du « Projet d'Appui à la Gouvernance Digitale et aux Réformes de l'Etat Civil et de l'Identification » de la République de Madagascar, Numéro du Crédit : PPA N°V2950. Disponible sur www.worldbank.org/procurement (Consulté le 18 octobre 2022 à 09h13)

[111] Voir le Plan de Passation des Marchés (PPM) du « First South West Indian Ocean Fisheries Governance and Shared Growth Project » de l'Océan Indien, Emprunteur : Commission de l'Océan Indien ; Identifiant du projet : P132123 ; Agence d'exécution du Projet : Commission de l'Océan Indien, 2015-2016. Disponible sur www.worldbank.org/procurement (Consulté le 18 octobre 2022 à 09h19).

[112] Guide de procédures de passation de marchés et règles d'attribution des contrats financés par la BOAD, Septembre 2020, p.49 : « Tous les marchés de services d'une valeur égale ou supérieure à 50.000.000 FCFA font l'objet d'un appel d'offres restreint international après publication d'un avis de sollicitations de manifestations d'intérêt sur le site internet de l'Autorité Contractante »

[113] Voir la Sous-section II intitulée « De Appel d'Offre Restreint » du Décret n°00027/PR/MEPPDD du 17 janvier 2018 portant Code des Marchés Publics

[114] Voir la Sous-section II intitulée « Des types d'Appels d'Offres »

[115] CORNU (G.), Vocabulaire juridique, op., cit, p.853

[116] Voir l'article 41 de la Charte des Nations Unies de 1945

[117] Voir le préambule de la Charte des nations unies de 1945

[118] Voir Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le Financement de projets d'investissements, op., cit, p.10

[119] La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur appelé entrepreneur principal confie par un acte conventionnel nommé sous-traité ou contrat de sous-traitance et sous sa responsabilité, à une autre personne nommée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie d'un marché public conclu avec le Maître d'ouvrage

[120] Il y a co-traitance lorsque les prestations, objet d'un marché,

sont réalisées par des entreprises distinctes dans le cadre d'un groupement.

[121] Cf. Directives pour la passation des marchés financés par l'AFD dans les pays étrangers, Agence française de développement, Février 2017, 34 p

[122] Banque Africaine de Développement, Règles et procédures pour l'utilisation des Consultants, Département des Acquisitions des services fiduciaires, ORPF, Edition de mai 2008, Révisée en juillet 2012, p.4

[123] COMTE-SPONVILLE (A.), Dictionnaire philosophique, op. cit, p.1079.

LES CLAUSES ENVIRONNEMENTALES DANS LES CONTRATS DE PARTAGE DE PRODUCTION D'HYDROCARBURES AU SÉNÉGAL



Mamadou Sall SECK

Master 2 en Droit de l'Environnement, Santé et Biosécurité
Université Cheikh Anta Diop de Dakar
Laboratoire d'Etudes et de Recherches en Politiques, Droit de
l'Environnement et de la Santé (LERPDES)

Le mouvement de réforme du droit des hydrocarbures en Afrique a décidément consacré une place de choix aux préoccupations environnementales. « Le droit sénégalais en constitue l'archétype et en administre l'illustration la plus récente. », d'après certains auteurs[1]. En effet, la loi n°2019-03 du 01 février 2019 abrogeant et remplaçant la loi n°98-05 du 8 janvier 1998 portant Code pétrolier du Sénégal est l'une des plus récentes législations relatives aux hydrocarbures, sinon la plus récente en Afrique Subsaharienne. Il apporte des innovations majeures[2], notamment la consolidation des dispositions sur la protection de l'environnement. Cette révision des questions environnementales dans la législation pétrolière sénégalaise s'inscrit dans une dynamique régionale axée sur « Les nouveaux aspects de la protection de l'environnement dans les codes des hydrocarbures des pays d'Afrique subsaharienne »[3]. Cette dynamique vertueuse devrait favoriser une exploitation rationnelle et équilibrée des hydrocarbures dans un contexte où cette exploitation est gangrenée de problèmes environnementaux sur le continent africain. L'exemple le plus cité reste celui du Delta du Niger au Nigeria où les problèmes relatifs à la dégradation de l'environnement dus aux opérations pétrolières se présentent en termes de déforestations, de déversements, de pollutions atmosphériques, de troubles du climat, de pollutions du sol et du sous-sol, etc[4]. L'impact de l'industrie pétro-gazière sur le réchauffement climatique constitue désormais un problème environnemental et économique majeur affectant les perspectives du développement durable et la volonté internationale de lutter contre l'effet de serre qui s'est traduite en 1997 par la signature du Protocole de Kyoto modifiant la Convention Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques[5] et en 2015 par l'adoption de l'Accord de Paris sur le climat.

« Quand on parle du secteur des hydrocarbures, on fait référé-

rence le plus souvent à l'aspect financier, notamment à la fiscalité et à la rente, mais rarement à l'aspect environnemental. »[6]. Cette prééminence des questions économiques et financières dans la gestion des hydrocarbures est compréhensible « dans un domaine marqué par le primat économique »[7]. Mais, aujourd'hui le triomphe du concept de développement durable, comme nouveau paradigme de développement des États modernes, implique un équilibre entre le développement socio-économique et la protection de l'environnement. Ainsi, les questions environnementales doivent suffisamment être prises en compte dans la gestion et l'exploitation des hydrocarbures. C'est la raison pour laquelle, les contrats relatifs aux hydrocarbures intègrent de plus en plus des clauses destinées à la préservation de l'environnement.

Ces clauses dites environnementales procèdent de ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui la contractualisation du droit de l'environnement[8]. Le droit de l'environnement étant un miroir des mutations qui traversent les sociétés civiles contemporaines, le contexte actuel est donc favorable à cette dialectique entre contrat et environnement[9], ce qu'illustrent les clauses environnementales. Ces mutations viennent expliquer et justifier la part plus importante du contrat. Même s'il paraît contradictoire à prime abord qu'un outil tel que le contrat, utilisé le plus souvent pour régir les intérêts particuliers, puisse être profitable à l'intérêt général que représente la protection de l'environnement[10], la tendance contemporaine à la contractualisation du droit, traversant de nombreuses branches, a fini par toucher le droit de l'environnement qui y trouve désormais les ressources de son déploiement. La prise en compte de l'irrésistible montée en puissance du droit de l'environnement, passé en peu d'années « du presque rien au presque tout »[11] a fait croître les instruments de mise en œuvre de ce droit jeune, et le contrat en constitue de plus en plus un instrument privilégié. Pour Ma-

-thilde Boutonnet, la recherche concernant les relations contrat/environnement conduit à confirmer et à affiner deux tendances : d'un côté, la contractualisation environnementale comme instrumentalisation du contrat aux fins de protection de l'environnement mais aussi de gestion du risque environnemental ; d'un autre côté, l'écologisation contractuelle entendue comme le phénomène tendant à faire entrer la donnée environnementale dans le champ du contrat et, par conséquent, à donner naissance à deux nouvelles catégories juridiques : les contrats environnementaux et les obligations environnementales[12] [c'est-à-dire les clauses environnementales].

En droit sénégalais, le contrat pétrolier principal prend obligatoirement la forme d'un contrat de partage de production (CPP) ou d'un contrat de services[13]. Mais le CPP est aujourd'hui le modèle le plus prisé en Afrique. En effet, ce type de contrat, qui a pris naissance en Indonésie, a été progressivement repris par les pays africains soucieux de tirer un meilleur profit dans leurs contrats, après que les contrats de concession d'hydrocarbures[14] se sont révélés très peu profitables aux États. Le CPP est défini à l'article 2 du Code pétrolier sénégalais comme un

accord de volonté conclu entre l'État et le contractant par lequel le contractant s'engage à réaliser, au nom et pour le compte de l'État, des activités sur une zone donnée, à ses risques et frais financiers et techniques exclusifs. Il lui est délivré des titres miniers nécessaires aux opérations pétrolières. Il reçoit en rémunération une partie de la production issue de tout gisement commercial d'hydrocarbures situé à l'intérieur de chaque zone d'exploitation et pour lequel une autorisation d'exploitation lui a été délivrée (...)

Les aspects environnementaux des CPP d'hydrocarbures sénégalais méritent une attention toute particulière, car les activités d'exploration-production des hydrocarbures qui constituent l'amont pétrolier, sont menées sur toute l'étendue du bassin sédimentaire sénégalais qui fait partie du vaste Bassin Ouest Africain appelé Bassin MSGBC (Mauritanie – Sénégal – Gambie – Bissau – Conakry). Avec ses 700 kilomètres de côtes, le Sénégal fait partie également de l'écorégion marine et côtière de l'Afrique de l'Ouest. Cette écorégion couvre plus de 3500 Kilomètres de côtes. Parmi les caractéristiques remarquables de cette zone, nous pouvons citer les zones humides côtières, et le puissant upwelling[15] qui en font l'une des zones de pêche les plus variées en termes de biodiversité et économiquement la plus importante au niveau mondial[16]. Le Sénégal, qui s'apprête à entrer en 2023 dans la phase d'exploitation de ses plus importantes réserves d'hydrocarbures, a conclu plusieurs CPP à cet effet. Il serait donc intéressant de voir comment l'outil contractuel est mis en œuvre en droit sénégalais pour répondre aux préoccupations relatives aux impacts environnementaux des

I- L'IDENTIFICATION DES CLAUSES ENVIRONNEMENTALES DANS LES CPP D'HYDROCARBURES SÉNÉGALAIS

L'identification des clauses environnementales dans les CPP d'hydrocarbures n'est pas toujours chose aisée. Elles sont parfois regroupées tout simplement sous la rubrique environnement ou sous la rubrique environnement-santé-sécurité. Mais, elles peuvent se retrouver parfois, de façon éparse ou diffuse, dans les autres rubriques du CPP, ce qui rend leur identification difficile, voire laborieuse. C'est le cas des CPP sénégalais. En examinant ces derniers, on remarque que certaines clauses environnementales s'y retrouvent habituellement (A) tandis que d'autres y sont inhabituelles (B).

A- Les clauses habituelles

Les clauses environnementales que l'on retrouve habituellement dans les CPP d'hydrocarbures sénégalais sont : les clauses d'évaluation environnementale (1), les clauses relatives à l'abandon et à la remise en état (2), celles relatives à la protection de l'eau et des autres ressources naturelles (3) et enfin les clauses relatives au dommage écologique (4).

1- Les clauses d'évaluation environnementale

Le recours aux évaluations environnementales a été systématisé en 2001 par le législateur sénégalais pour tous politiques, plans, programmes, études régionales et sectorielles[17]. L'évaluation environnementale est définie par l'article L-48 du Code de l'environnement comme :

un processus systématique qui consiste à évaluer les possibilités, les capacités et les fonctions des ressources, des systèmes naturels et des systèmes humains afin de faciliter la planification du développement durable et la prise de décision en général, ainsi que de prévoir et de gérer les impacts négatifs et les conséquences des propositions d'aménagement en particulier ; elle comprend les études d'impact sur l'environnement, l'évaluation environnementale stratégique et les audits sur l'environnement .

En 2016, le principe de l'évaluation environnementale a fait l'objet du plus haut degré de sacralisation d'une norme juridique, à savoir la constitutionnalisation, grâce au projet de révision constitutionnelle initié en 2015 et entériné par la loi constitutionnelle n°2016-10 du 05 avril 2016 portant révision de la Constitution sénégalaise. Le nouvel article 25-2 de la Constitution sénégalaise dispose que : « Chacun a droit à un environnement sain [...] Les pouvoirs publics ont l'obligation [...] d'exiger l'évaluation environnementale pour les plans, projets ou programmes [...] ».

Aujourd'hui, les études d'impact environnemental et les plans de gestion correspondants sont devenus une exigence basique des projets d'investissement dans de nombreux secteurs. Les sous-secteurs pétrolier et gazier ne sont pas en reste. En effet, les CPP d'hydrocarbures stipulent très souvent l'exigence de réaliser les études d'impact environnemental nécessaires aux

projets pétroliers ou gaziers. La clause d'étude d'impact environnemental est ainsi devenue le type de clause environnementale le plus répandu dans les CPP d'hydrocarbures. Le Code pétrolier sénégalais prévoit en ce sens que le contrat de partage de production (CPP) doit définir, entre autres, l'obligation de réaliser une étude d'impact environnemental et social[18].

Le CPP type sénégalais de 2019, contrairement à celui de 1998[19], ne stipule pas expressément une clause d'étude d'impact environnemental mais prévoit l'obligation de soumission d'un plan de développement et de mise en exploitation, selon le modèle annexé au décret d'application de la loi n° 2019-03 du 1er février 2019 portant Code pétrolier[20]. En réalité, c'est ce plan de développement qui prévoit expressément l'obligation d'évaluation environnementale et non le CPP proprement dit[21].

2- Les clauses relatives à l'abandon et à la remise en état

Lorsque des opérations pétrolières touchent à leur fin, différentes activités coûteuses doivent être entreprises. Les contrats abordent plus ou moins la question de la remise en état en fonction de la relation contractuelle entre les parties et de la durée de vie attendue du projet pétrolier ou gazier. Mais, il convient de noter que :

"l'abandon" est un terme inapproprié, puisque la compagnie pétrolière a pour obligation de démanteler les installations et les infrastructures construites pour les besoins de la production et le transport du pétrole ou du gaz et, dans la mesure du possible, de remettre l'environnement naturel dans l'état initial où il se trouvait avant le début de l'exploitation pétrolière [22].

C'est pourquoi les spécialistes du droit de l'environnement préfèrent utiliser les expressions « remise en état » ou « réhabilitation » en lieu et place du terme « abandon ». Pour Michel Prieur, la remise en état est une règle de police prescrite par un acte administratif, qui constitue le plus souvent une mesure de compensation à l'atteinte prévisible à l'environnement[23]. En effet, les « mesures envisagées » dans l'étude d'impact environnemental par le titulaire d'un contrat d'hydrocarbure pour supprimer, réduire et si possible compenser les conséquences dommageables du projet sur l'environnement ne sont rien d'autres que les mesures de remise en état du site pétrolier. Les mesures de remise en état constituent une sorte de réparation des dommages écologiques stricto sensu, c'est-à-dire le dommage causé à l'environnement lui-même, indépendamment de ses répercussions sur les personnes juridiques et sur leur patrimoine[24]. C'est pourquoi, la remise en état est définie en droit international comme « toute mesure raisonnable visant à réhabiliter ou à restaurer les composantes endommagées ou détruites de l'environnement, ou à introduire, si c'est raisonnable, l'équivalent de ces composantes de l'environnement. »[25]. Le Code pétrolier,

quant à lui, définit l'abandon comme des activités de bouchage et de scellement des puits, de démantèlement des installations, de nettoyage des substances dangereuses, ainsi que de réhabilitation et de dépollution, de décontamination des sites, conformément à la législation nationale et aux normes et pratiques internationales de l'industrie pétrolière[26]. Le CPP type de 2019 stipule en son article 20.1 que : le Contractant doit soumettre à l'approbation du Ministre un plan préliminaire des travaux d'abandon ou de restauration des sites en fin d'Exploitation (le « Plan d'Abandon ») avec le Plan de Développement de tout Gisement Commercial ; le Plan d'Abandon de chaque zone concernée est en outre accompagné d'une estimation des coûts d'Abandon, qui doit être conforme aux règles de l'art en usage dans l'industrie pétrolière internationale (les « Estimations des Coûts d'Abandon »).

3- Les clauses de protection de l'eau et des autres ressources naturelles

Les activités pétrolières ont besoin de matériaux naturels pour la construction et d'importantes quantités d'eau et d'électricité pour les opérations. Si de nombreux sites sont auto-suffisants en termes d'énergie, ils doivent parfois s'approvisionner en autres ressources naturelles à l'intérieur ou en dehors de la zone couverte par le CPP. Les clauses d'accès à l'eau et aux autres ressources naturelles permettent justement de déterminer les conditions dans lesquelles les titulaires de contrats doivent utiliser ces autres ressources dans le cadre de leurs activités d'exploration et d'exploitation. Les ressources naturelles, autres que le pétrole, constituent souvent les moyens de subsistance des communautés locales et présentent, de ce fait, un intérêt aussi important, voire supérieur que les hydrocarbures, au regard des populations autochtones. Les CPP d'hydrocarbures de plusieurs pays passent complètement sous silence la question de l'accès aux autres ressources naturelles par les compagnies pétro-gazières. Mais, les CPP d'hydrocarbures sénégalais stipulent des clauses tendant à la protection des autres ressources naturelles dans le cadre des opérations pétro-gazières. À cet effet, il est y prévu, relativement aux droits des contractants dans la conduite des opérations pétrolières, que le contractant aura droit :

d'utiliser l'eau nécessaire aux opérations pétrolières, sous réserve de ne pas porter préjudice à l'approvisionnement en eau des habitants et des points d'eau pour le bétail ; d'utiliser les pierres, le sable, l'argile, le gypse, la chaux et autres substances similaires nécessaires à la conduite des opérations pétrolières[27].

4- Les clauses relatives au dommage écologique

La notion de dommage écologique est définie par le Code sénégalais de l'environnement comme « Tout dommage subi par le milieu naturel, les personnes et les biens, et affectant l'équilibre écologique. »[28]. Le droit de l'environnement dis-

-tingue entre le dommage écologique au sens large et le dommage écologique au sens strict, encore dénommé « dommage écologique pur ». Le premier n'est qu'une forme particulière de préjudice classique, c'est-à-dire que le dommage n'est perçu qu'à travers la lésion des intérêts d'une personne juridique : sa propriété, ses intérêts patrimoniaux, sa santé, entre autres sont atteints et mis en péril par une pollution[29]. Le second, quant à lui, désigne le dommage causé à l'environnement lui-même, indépendamment de ses répercussions sur les personnes juridiques et sur leur patrimoine.

Dans les CPP d'hydrocarbures sénégalais, les clauses relatives au dommage écologique y sont prévues, en application du principe du pollueur-payeur, et se retrouvent souvent dans les rubriques concernant la responsabilité et les assurances. Les CPP type du Sénégal stipulent en ce sens que : Le Contractant devra souscrire, et faire souscrire par ses sous-traitants, toutes les assurances en usage dans l'industrie pétrolière internationale relatives aux obligations et responsabilités qui lui incombent, et notamment les assurances de responsabilité civile à l'égard des tiers, les assurances de dommage à la propriété et à l'environnement et les assurances qui seraient requises par les règlements en vigueur en République du Sénégal[...][30].

B- Les clauses inhabituelles

Certaines clauses environnementales sont relativement rares dans les CPP d'hydrocarbures Sénégalais. Pour certaines d'entre elles, aucune stipulation n'y fait référence actuellement. C'est le cas des clauses relatives aux accidents et urgences (3). Tandis que pour d'autres, les stipulations ne visent pas une interdiction de principe, conformément aux meilleurs standards environnementaux. Il s'agit des clauses d'interdiction du brûlage du gaz naturel associé (2) et des clauses d'interdiction des opérations d'hydrocarbures dans les zones protégées (1). Pour d'autres clauses environnementales encore, les contrats conclus selon le modèle de CRPP de 1998 n'en font aucune référence[31]. C'est le cas des clauses relatives à la gestion des déchets d'hydrocarbures (4).

1- Les clauses interdisant les opérations dans les zones protégées

Les opérations pétrolières sont particulièrement contentieuses lorsqu'elles sont situées, même partiellement, dans des réserves et parcs naturels, ou encore dans des zones présentant un intérêt culturel ou biologique important. La protection de ces zones procède du souci de protection globale de la biodiversité par la communauté internationale, entériné en 1992 par l'adoption de la Convention des Nations unies sur la diversité biologique (CDB)[32]. Les ONG ont longtemps plaidé pour que ces zones soient interdites aux industries extractives, mais la majorité des gouvernements n'est pas encore disposée à renoncer aux opportunités économiques que ces zones offrent. La vive polémique susci-

-tée actuellement par la vente aux enchères d'une trentaine de blocs d'hydrocarbures dans la forêt du bassin du Congo est bien illustratif de la « logique productiviste »[33] qui conditionne les choix gouvernementaux par rapport à la gestion des hydrocarbures[34]. C'est la raison pour laquelle, ces types de clauses sont rares dans les CPP d'hydrocarbures. Les CPP d'hydrocarbures sénégalais ne prévoient pas de clauses relatives à l'accès et à la protection des zones dites protégées, à ce jour. Ils semblent plutôt permissifs et donnent carte blanche à la compagnie pétro-gazière pour accéder et effectuer des opérations au-delà même de la zone contractuelle. En effet, ils y sont stipulés que le contractant aura le droit « d'accéder à tout endroit situé à l'intérieur de la zone contractuelle afin d'y mener les opérations pétrolières »[35]. Le contractant aura le droit également, sous réserve de l'autorisation du ministre, de construire à ses frais toutes les installations nécessaires aux opérations pétrolières telles que les routes, pipelines, installations de stockage, installations portuaires, etc ; tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la zone contractuelle[36].

2- Les clauses interdisant le brûlage de gaz

« Disposition apparue au début des années 1990, l'interdiction du torchage de gaz a davantage été mise en perspective et appréciée, de manière adéquate, à la faveur de l'initiative internationale pour la lutte contre les changements climatiques, "Zero Routine Flaring". »[37]. Il convient de noter que le gaz évoqué, dans les contrats pétroliers, est le gaz naturel associé, c'est-à-dire « le Gaz Naturel existant dans un réservoir en solution avec le Pétrole Brut, ou sous forme de gas-cap en contact avec le Pétrole Brut, et qui est produit ou pouvant être produit en association avec le Pétrole Brut. »[38].

La Banque mondiale estime qu'en 2021, 144 milliards de mètres cubes de gaz associé ont été inutilement brûlés à la torche dans le monde[39], soit l'équivalent de la quantité annuelle de gaz naturelle consommée par la France et l'Allemagne réunies. Bien que le torchage[40] à court terme pendant les phases de test et en cas d'urgence soit accepté comme une pratique standard de l'industrie pétro-gazière, le torchage de quantités plus importantes de gaz n'est pratiqué que dans les pays pauvres disposant de peu d'infrastructures et de faibles institutions réglementaires[41]. En plus de représenter un gaspillage important, le torchage a un impact significatif sur la qualité de l'air ambiant local et contribue fortement au changement climatique. Dans les CPP d'hydrocarbures sénégalais, le contractant peut procéder au brûlage du gaz naturel associé sur approbation préalable du ministre chargé des hydrocarbures, lorsque « Toute quantité de Gaz Naturel Associé qui, selon l'appréciation du Contractant ne pourrait être économiquement réinjectée, ni utilisée dans les Opérations Pétrolières, ni traitée pour la vente [...] »[42].

3- Les clauses relatives aux situations d'urgence et aux accidents

Dans de nombreux CPP d'hydrocarbures, les parties reconnaissent que les fuites et autres accidents et urgences sont susceptibles de se produire et doivent être prévus.

Aussi, un plan d'urgence est souvent requis de la compagnie pétrolière, soit comme partie intégrante ou séparée de l'étude d'impact. En droit sénégalais, les mesures relatives à la gestion des situations d'urgence et des accidents, notamment les plans d'urgence, font partie intégrante de l'étude d'impact[43]. C'est sans doute la raison pour laquelle le CRPP type de 1998 et le CPP type de 2019 du Sénégal ne contiennent pas de clauses spécifiques relatives aux urgences et aux accidents. Ce qui n'est pas le cas pour des pays africains comme le Tchad. En effet, le CPP type du Tchad prévoit que le contractant prend un certain nombre de mesure en vue de préserver l'environnement dans le cadre de l'exécution des opérations pétrolières, notamment la « mise en place d'un système de prévention des accidents, et de plans d'urgence à mettre en œuvre en cas de sinistre ou de menace de sinistre présentant un danger pour l'Environnement, le personnel ou la sécurité des populations et des biens »[44].

Les exigences relatives à la réaction en cas d'accident ou d'urgence sont souvent vagues dans les CPP des pays africains (par ex. « prendre des mesures prudentes ») ou ne font qu'une simple référence aux bonnes pratiques en vigueur dans l'industrie pétro-gazières. Certains CPP d'hydrocarbures considèrent également trois autres éléments pour les situations d'urgence : la notification, la réaction et les conséquences d'une absence de réaction. Dans les CPP d'hydrocarbures de plusieurs pays, la notification consiste pour l'entrepreneur à avertir le gouvernement de la situation, mais pas la collectivité territoriale ou le public en général. Toutefois, certains contrats stipulent, en outre, qu'au cas où l'entrepreneur ne réagirait pas promptement à une urgence ou un accident, l'État a le droit d'organiser sa propre réaction aux frais du titulaire du contrat.

4- Les clauses de gestion des déchets

La question relative à la gestion des déchets d'hydrocarbure revêt une très grande importance dans l'encadrement des opérations pétro-gazières. Dans l'affaire Erika, certains ont essayé d'obtenir une condamnation (en nature) de l'affréteur du navire à savoir Total international Ltd en tant que vendeur et producteur de déchets, après avoir fait juger que les produits échappés du pétrolier étaient devenus des déchets. La Cour de justice de la Communauté Européenne l'avait admis[45] et la Cour de cassation française en a tiré les conséquences[46]condamnant Total, en tant que détenteur et/ou producteur de déchets, à prendre en charge les coûts liés à l'élimination des déchets, dès l'instant qu'il avait contribué au risque de survenance de la pollution. Malgré l'importance de la question des déchets d'hydrocarbures, les

contrats conclus, selon le modèle du CRPP sénégalais de 1998, ne contiennent aucune clause relative à la prévention et à la gestion des déchets générés par les opérations pétro-gazières. Pourtant certains déchets produits lors de ces opérations relèvent de la catégorie des déchets dangereux, et donc méritent une attention particulière du fait de leur dangerosité, notamment des risques majeurs qu'ils présentent pour la santé humaine, la biodiversité et l'environnement en général. L'autorité réglementaire semble prendre conscience de l'importance que revêt la question des déchets d'hydrocarbures, car dans le CPP type sénégalais de 2019, il y est prévu que le contractant prend toutes les mesures nécessaires pour « traiter ses déchets de la manière la plus responsable, en privilégiant tant que faire se peut leur récupération, leur revalorisation et leur recyclage. »[47]. Dans d'autres pays africains, ce type de clause est très détaillé dans leurs CPP d'hydrocarbures. C'est le cas du CPP type tchadien précité. Il y est stipulé notamment que : « Le contractant soumet à l'État au plus tard le 31 octobre de chaque année un plan de gestion des déchets pour l'Année Civile à venir conforme à la réglementation environnementale en vigueur. Ce plan doit comporter notamment la mise en place d'un système intégré de collecte, transport, stockage, tri, traitement des déchets et doit permettre d'une part, la récupération des éléments et matériaux réutilisables ou de l'énergie ; d'autre part, le dépôt ou le rejet dans le milieu naturel de tous autres produits dans des conditions propres à éviter les nuisances au sol, à la flore, à la faune, à l'ensemble de l'écosystème ou aux populations, y compris les nuisances sonores et olfactives. Les modalités de rejet des déchets dans le milieu naturel doivent notamment être conformes aux normes de rejet des déchets naturels fixés par la réglementation en vigueur »[48].

Ledit contrat énumère également les déchets couverts par le plan de gestion des déchets, notamment les déblais de forage, les boues de forage à base d'huile, d'eau et de tout autre fluide, les eaux usées et les sédiments issus des opérations pétrolières, les produits chimiques, les déchets sanitaires et de drain, les fumées et autres émissions de gaz de toutes natures, les déchets classés dangereux selon la législation et la réglementation en vigueur, les déchets ménagers produits pendant la réalisation des opérations pétrolières et les huiles usagées[49].

II-LA MISE EN ŒUVRE DES CLAUSES ENVIRONNEMENTALES DANS LES CPP D'HYDROCARBURES SÉNÉGALAIS

En droit sénégalais, la mise en œuvre des clauses environnementales dans les CPP d'hydrocarbures obéit à un certain nombre de règles qui en constituent le régime juridique. Sans être exhaustif, nous mettrons l'emphase sur la mise en œuvre de certaines clauses habituelles (A) avant d'examiner également celle des clauses inhabituelles (B).

A- La mise en œuvre des clauses habituelles

Il s'agira de mettre l'accent sur deux types de clauses environnementales dans les CPP d'hydrocarbures. D'abord, les clauses d'évaluation environnementale (1) qui sont des clauses ex ante, c'est-à-dire que leur mise en œuvre doit se faire avant le début des opérations pétro-gazières. Ensuite, les clauses relatives à l'abandon et à la remise en état (2) qui sont des clauses post ante, c'est-à-dire que leur mise en œuvre intervient en principe à la fin de l'exploitation d'un gisement d'hydrocarbure.

1-Les clauses d'évaluation environnementale

Nous verrons ici la mise en œuvre de la clause d'étude d'impact environnemental (EIE) qui est sans doute la plus importante des clauses environnementales dans les CPP d'hydrocarbures, au vu de ses implications non seulement sur le plan administratif, mais également sur le plan sociétal[50]. Sa mise en œuvre exige une procédure bien déterminée (a), un contenu précis (b) impliquant plusieurs effets juridiques (c).

a- La procédure d'étude d'impact

En droit sénégalais, la procédure de l'EIE peut être résumée en huit (8) étapes, allant de la notification du projet par son promoteur à la Direction de l'Environnement et des Établissements Classés (DEEC)[51] à la validation du rapport d'étude d'impact par le comité technique de validation des évaluations environnementales de la DEEC[52]. Elle fait intervenir une multiplicité d'acteurs qui peuvent être regroupés en quatre catégories : le pétitionnaire (le titulaire du CPP en l'espèce), l'administration publique (l'Etat, ses démembrements, ses représentants et ses services instructeurs), les experts (bureaux d'études d'impact, experts spécialisés ou généralistes, publics ou privés) et le public (populations riveraines, associations de la société civile...). L'une des étapes les plus importantes de cette procédure est l'audience publique qui permet au public d'avoir accès à l'information technique, d'exprimer son opinion et de mettre en lumière les valeurs collectives devant être considérées dans la prise de décision[53]. En effet, la participation du public est un élément constitutif de l'étude d'impact[54] et procède de la démocratie environnementale. Elle est organisée en conjonction avec le promoteur, le comité technique de validation des évaluations environnementales et la collectivité territoriale sur le territoire de laquelle le projet pétrolier ou gazier sera réalisé.

b- Le contenu de l'étude d'impact environnemental

Aux termes de l'article R39 du Code de l'environnement, l'EIE évalue les effets escomptés sur la santé des populations, sur l'environnement naturel et sur la propriété ; elle peut également couvrir les effets sur le plan social, notamment en ce qui concerne les besoins spécifiques des hommes et des femmes, et des groupes particuliers, la réinstallation des personnes déplacées et les conséquences pour les populations

locales. Par ailleurs, le Code de l'environnement fixe le contenu minimum de l'EIE en disposant que : « L'étude d'impact sur l'environnement comporte au minimum une analyse de l'état initial du site et de son environnement, une description du projet, l'étude des modifications que le projet est susceptible d'engendrer, et les mesures envisagées pour supprimer, réduire ou compenser les impacts négatifs de l'activité ainsi que le coût de celles-ci avant, pendant et après la réalisation du projet » [55].

Le non-respect de ce contenu minimum rend l'étude d'impact insuffisante et cette insuffisance est un moyen de recours pour excès de pouvoir. En effet, l'EIE est une formalité substantielle. Ainsi, tout manquement de l'EIE constitue un vice susceptible d'entacher la légalité de l'acte administratif autorisant l'exécution du projet pétrolier ou gazier en question. Mais, il convient de noter qu'en cas d'insuffisance de l'étude d'impact, l'annulation de l'acte administratif assujéti à l'étude n'est pas systématique. Le juge utilise des critères pour aboutir à l'annulation ou non de la décision administrative. Pour le juge, « les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude impact ne sont susceptibles de vicier la procédure, et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude, que si elles ont pu avoir pour effet de nuire l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative »[56].

c- Les effets de l'étude d'impact environnemental

L'étude d'impact constitue un des éléments du dossier porté à l'appréciation de l'autorité compétente pour délivrer ou refuser l'autorisation administrative, notamment l'autorisation d'exploitation en ce qui concerne les projets pétro-gazières. Elle est donc, avant tout, un élément d'aide à la décision. Pour le cas des projets soumis au régime des installations de première classe[57], notamment les projets pétroliers et gaziers, le Code de l'environnement prévoit que le Ministère chargé de l'environnement donne son avis sur l'étude d'impact dans un délai de deux semaines maximum, à compter de la date de réception de celle-ci[58]. Le Ministre chargé de l'environnement peut demander au requérant de compléter l'EIE, en cas de besoin. À cet effet, sa décision intervient, au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de l'étude complémentaire[59]. Le Président du Conseil départemental ou le Maire concerné peut donner un avis sur l'EIE de l'installation de première classe en question dans un délai d'un mois à compter de la date de communication de ses résultats[60]. La décision sur l'EIE des installations classées fait l'objet d'arrêté ministériel qui est publié au Journal Officiel[61]. L'arrêté d'autorisation prévu fixe les conditions jugées indispensables pour la protection des intérêts mentionnés à l'article L-9 du Code de l'environnement[62]. De même, les conditions d'aménagement et d'exploitation doivent satisfaire aux prescriptions fixées par l'arrêté d'autorisation et, le cas échéant, par les arrêtés com-

-plémentaires[63]. Enfin, l'arrêté d'autorisation cesse de produire effet lorsque l'installation classée n'a pas été exploitée durant deux années consécutives, sauf cas de force majeure. Dans le cas contraire, l'exploitant doit faire une nouvelle demande[64].

Par ailleurs, les autorisations d'exploitation délivrées par le ministre chargé des hydrocarbures ouvrent droit à toute personne, ayant intérêt à agir, à recourir au juge. En droit sénégalais, le contentieux de l'étude d'impact est pour le moment très peu développé. Mais malgré la sécheresse jurisprudentielle en la matière, on a pu constater que le juge de l'excès de pouvoir sanctionne tout de même l'absence d'étude d'impact environnemental, lorsque celle-ci s'imposait à la décision administrative[65].

2- Les clauses relatives à l'abandon et à la remise en état

La mise en œuvre des clauses d'abandon et de remise en état génère des droits et des obligations non moins pour le titulaire du contrat que pour l'État. Examinons d'abord les obligations du titulaire du contrat (a) avant de se pencher sur les droits et obligations de l'État (b).

a- Les obligations du titulaire du contrat

L'obligation de remise en état des sites pétroliers ou gaziers pèse sur le titulaire du CPP[66]. À cet effet, le plan d'abandon préliminaire précité permettra au titulaire du CPP d'ajuster les estimations des coûts d'abandon pendant toute la durée du contrat. Dans le CPP type de 2019, il est prévu que le contractant doit ajuster tous les deux (2) ans les estimations des coûts d'abandon pendant toute la durée du contrat et, sur approbation du ministre, préciser les montants à prévoir en plus ou en moins dans le rapport annuel prévu à l'article 18.2. (d) du contrat pétrolier ou dans tout autre document en accord entre les Parties. En outre, il y est stipulé que l'approbation du plan d'abandon obéit aux règles prévues pour le plan de développement, lesquelles s'appliquent mutatis mutandis[67]. Dès l'obtention de cette approbation et au cours de la durée de vie du contrat, le contractant verse, dans un compte séquestre enregistré dans les livres de l'organe dûment habilité à recevoir les dépôts et consignations, les montants nécessaires pour faire face aux estimations des coûts d'abandon. Ces versements annuels sont étalés sur la durée de vie estimée de chaque gisement commercial, conformément aux principes établis en matière de constitution de provisions déductibles fiscalement, et consignés auprès de l'institution[68]. Il y est par ailleurs prévu que dans l'hypothèse où les montants nécessaires sont insuffisants pour couvrir le coût réel de l'intégralité des travaux d'abandon, le solde sera à la charge exclusive du contractant[69]. Cette stipulation est strictement conforme au principe du pollueur-payeur. La remise en état d'un champ pétrolier est en réalité très coûteuse[70]. C'est pourquoi, il est essentiel d'instituer des mécanismes permettant de s'assurer que le titulaire du CPP sera en mesure de s'en ac-

-quitter. D'autant plus que ce processus intervient souvent à un stade où la compagnie ne fait plus de bénéfice significatif, c'est-à-dire lorsque le projet n'est plus rentable. C'est la raison pour laquelle, le fonds destiné à prendre en charge les coûts relatifs à la remise en état du site pétrolier doit être créé dès l'entame de l'exploitation et alimenté durant la période de rentabilité du projet pétrolier et/ou gazier afin de permettre au titulaire du CPP d'économiser pour couvrir les coûts afférents à la réhabilitation des sites d'exploitation. Dans le CRPP « Ultra Deep Offshore » (UDO), conclu entre TOTAL et l'État du Sénégal, il est stipulé que le contractant ouvrira, après obtention de l'autorisation requise, à son nom un compte bancaire destiné à recevoir, en dollars ou toute autre devise convertible de son choix, les montants nécessaires pour faire face aux estimations des coûts d'abandon. Ce compte sera ouvert auprès d'un établissement bancaire international ayant une notation minimale AA- par Standard & Poor ou Aa3 par Moody's, soit via une filiale ou succursale sénégalaise, soit via toute autre option proposée par le contractant et acceptable par l'État. Le compte bancaire sera alimenté par des versements annuels étalés sur la durée estimée de chaque gisement commercial, conformément aux principes établis en matière de constitution de la provision déductible fiscalement. Il est aussi prévu que ce compte bancaire pourra générer des intérêts qui seront capitalisés pour contribuer aux montants nécessaires. Au cas où des montants nécessaires s'avèreraient supérieurs aux estimations des coûts d'abandon, les montants ainsi en excès seront crédités au compte de coûts pétroliers et/ou ajoutés en profits exceptionnels[71].

b- Les droits et obligations de l'État

L'État peut exercer son droit de reprise sur les installations et équipements relatifs aux opérations pétrolières sur la superficie abandonnée[72]. Les CPP types stipulent, en ce sens, qu'à l'expiration ou à la résiliation du contrat, ou en cas de rendus de surface, les biens appartenant au contractant et nécessaires aux opérations pétrolières dans la zone rendue deviendront la propriété de l'État à titre gratuit, sauf s'ils doivent être utilisés par le contractant pour l'exploitation d'autres gisements commerciaux situés au Sénégal. Le transfert de propriété devra avoir pour effet d'entraîner, le cas échéant, l'annulation automatique de toute sûreté ou garantie portant sur ces biens, ou que ces biens constituent[73]. Dans certains contrats, il y est stipulé que le repreneur peut être un tiers[74]. Mais, la question essentielle qui se pose est de savoir à qui incombe l'obligation de remise en état en cas de reprise ? L'examen des CPP d'hydrocarbures sénégalais révèle que les clauses relatives à la remise en état prévoient que le compte bancaire sera transféré au nom du tiers repreneur. Dans ce cas, les parties conviennent expressément qu'il sera conclu entre le tiers repreneur et le contractant, un accord de transfert précisant notamment la date de transfert et l'identification des installations y compris les puits, de tous

les biens meubles et immeubles et autres installations dès lors qu'elles sont nécessaires à la poursuite de l'exploitation et dont la responsabilité est transférée au tiers repreneur. La signature d'un tel accord libère le contractant de son obligation de procéder aux travaux d'abandon et de restauration des sites tels que prévus au plan d'abandon et entraîne la renonciation par l'État à tous recours à l'encontre du contractant et de ses sociétés affiliées[75]. Par ailleurs, en cas de défaillance du titulaire du contrat pétrolier par rapport à l'exécution de l'obligation de remise en état, le ministre chargé des hydrocarbures prend les mesures nécessaires pour la remise en état du site pétrolier. Le Code pétrolier dispose en ce sens qu'« à défaut d'exécution, le ministre chargé des hydrocarbures ordonne les diligences nécessaires aux frais du titulaire sur les fonds consignés. »[76].

B- La mise en œuvre des clauses inhabituelles

L'inexistence ou la rareté de certaines clauses environnementales dans les CPP d'hydrocarbures sénégalais ne fait pas obstacle à l'analyse de leur mise en œuvre dans le cadre des opérations pétro-gazières pour deux raisons. D'abord, les régimes juridiques de certaines d'entre elles existent indépendamment des contrats et sont applicables même en l'absence de stipulations contractuelles. Le Code pétrolier dispose à cet effet que : « Les opérations pétrolières sont conduites conformément au Code de l'Environnement, ainsi qu'aux autres textes nationaux et internationaux relatifs à l'hygiène, la santé, la sécurité des travailleurs et du public ainsi qu'à la protection de l'environnement »[77]. Ensuite, les CPP d'hydrocarbures sénégalais pourraient éventuellement inclure ces types de clauses environnementales prochainement. Eu égard à cette perspective, il nous sera donc loisible d'analyser la mise en œuvre des clauses interdisant l'accès aux zones protégées (1), celles des clauses relatives au brûlage de gaz (2) et des clauses relatives aux urgences et accidents (3).

1- Les clauses interdisant l'accès aux zones protégées

Les clauses relatives à l'accès aux zones protégées dans les CPP d'hydrocarbures sénégalais sont trop permissives et ne permettent pas auxdits contrats de répondre aux objectifs de développement durable, en termes de conservation et d'utilisation durable de la biodiversité. En réalité, la notion de zone protégée ou interdite n'est pas prévue dans ces contrats. Ce qui constitue un risque majeur pour la biodiversité, car le Sénégal abrite plusieurs sites à haute valeur écologique et culturel. Certains de ces sites sont classés comme patrimoine mondial de l'UNESCO[78], alors que d'autres bénéficient du statut de « zones humides d'importance internationale » protégées par la Convention de Ramsar[79]. Au Sénégal, « une distinction fondamentale est à faire entre les zones humides classées et les zones humides non classées. Les premières correspondent aux aires protégées sélectionnées par l'État sénégalais (parcs et réserves spéciales) et les autres, les plus

nombreuses, correspondent aux plaines d'inondation sahéliennes et aux autres secteurs non classés. »[80].

Toutefois, il y a lieu de noter que même si les CPP d'hydrocarbures ne prévoient pas de clauses restreignant ou interdisant les opérations d'hydrocarbures dans les zones protégées, le Code pétrolier donne, tout au moins, au ministre en charge des hydrocarbures la prérogative, sous réserve des droits acquis par les titulaires de titres miniers d'hydrocarbure, de déclarer par arrêté, certaines zones du territoire de la République du Sénégal interdites aux opérations pétrolières[81]. Le législateur sénégalais prévoit également que : « Pour des raisons d'intérêt général, notamment d'ordre public, de sécurité nationale et de santé publique, certaines zones peuvent être fermées aux opérations pétrolières par décret. »[82].

De même, le législateur exige de tout titulaire de contrat pétrolier à solliciter l'autorisation préalable de l'autorité compétente pour occuper ou procéder à des opérations pétrolières sur les terrains situés à proximité des établissements humains, des équipements sociaux ou d'autres infrastructures, ou encore des terrains déclarés comme domaine forestier classé (réserve naturelle, parc national et zone d'intérêt cynégétique)[83].

Toutefois, cette autorisation n'est pas nécessaire lorsque les travaux envisagés ont été déclarés d'utilité publique dans les conditions prévues par la réglementation sur l'expropriation pour cause d'utilité publique[84].

Aujourd'hui des pays tels que le Canada, la Nouvelle Zélande et l'Argentine utilisent des systèmes cartographiques pour illustrer la vulnérabilité écologique et la valeur économique de différentes régions de leur zone côtière afin d'aider à la prise de décision. Les zones à haute valeur écologique, culturelle ou touristique ou les zones essentielles pour la pêche, telles que les zones de reproduction sont déclarées zones interdites à l'industrie pétrolière[85]. C'est également le cas de la République Démocratique du Congo où la loi prévoit que : « L'exercice des activités d'hydrocarbures en amont est interdit dans les aires protégées et les zones interdites. »[86]. Il s'agit, selon certains spécialistes, « d'une protection d'intérêt public qui repose sur la nécessité de préserver certaines espèces de faune ou de flore, dont l'extinction pourrait être causée par l'activité industrielle. »[87].

2- Les clauses relatives au brûlage de gaz

Dans le cas d'une intention de brûlage de gaz naturel associé, le contractant devra, sauf en cas d'urgence, le notifier au Ministre au moins deux (2) mois à l'avance en fournissant les justifications nécessaires montrant notamment que tout ou partie de ce gaz ne peut être utilement et économiquement utilisé pour améliorer le taux économique maximal de récupération du pétrole brut par réinjection suivant les stipulations du contrat pétrolier et, conformément à la réglementation applicable aux opérations pétrolières, ou pour

tout autre usage qui pourrait être normalement envisagé[88]. Bien que cette clause donne la priorité à l'utilisation de la ressource, elle n'impose pas la réinjection du gaz dans le sol s'il n'est pas utilisé par la compagnie pétrolière et les préoccupations économiques prennent clairement le dessus sur les questions environnementales. Pourtant : « Les faits conduisent, depuis le dernier mouvement de réforme des codes pétroliers en Afrique, à intégrer la portée véritable de l'interdiction du torchage de gaz associé à l'extraction du pétrole, comme un élément de l'utilisation optimale et rationnelle des ressources »[89].

Le législateur sénégalais est resté muet sur cette question. Le nouveau Code pétrolier ne contient pas de dispositions relatives au brûlage du gaz naturel associé au pétrole. Par contre, son décret d'application prévoit tout au moins que : « Le programme d'exploitation doit être préparé conformément aux normes et pratiques internationales de l'industrie pétrolière avec une minimisation des émissions de gaz à effet de serre. »[90].

Les législations des pays africains disposant de ressources en hydrocarbures commencent de plus en plus à intégrer des dispositions afférentes au brûlage de gaz. C'est le cas de la Guinée Équatoriale qui a prévu dans son Code des hydrocarbures que : « Il est strictement interdit à l'entrepreneur et/ou à ses associés de brûler une quantité quelconque de gaz naturels dans le cadre des opérations pétrolières. »[91].

En République démocratique du Congo comme au Tchad, le législateur ne se borne pas à interdire le torchage. Il précise la finalité du gaz naturel provenant des opérations d'exploitation des hydrocarbures. Celui-ci doit être conservé en vue d'une réutilisation, notamment pour la commercialisation, la réinjection ou pour d'autres emplois commerciaux ou industriels[92].

Le législateur nigérian, lui, a adopté depuis 2009 le « Act to Prohibit flaring of natural gas » afin d'éliminer le torchage du gaz[93]. Il serait intéressant de préciser que quelques années plus tôt, la Cour fédérale nigériane avait déclaré la pratique de torchage de gaz illégale et inconstitutionnelle à l'occasion d'un litige opposant la communauté Iwherekan de l'État du Delta à Shell Petroleum Development Company Nigeria (SPDC) et la société nationale nigériane du pétrole (NNPC). En l'espèce, le Sieur Jonah Gbemre, représentant de la communauté, avait allégué dans sa plainte, que le torchage effectué par ces compagnies était une atteinte aux droits à la vie, à la dignité humaine, à la santé et à un environnement sain garantis par la Constitution nigériane et la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. La Cour fédérale avait reconnu que le torchage violait l'ensemble de ces droits fondamentaux de la communauté Iwherekan et ordonna à ces sociétés d'arrêter ces pratiques dans ces localités[94].

3- Les clauses relatives aux urgences et accidents

En droit sénégalais les règles régissant les mesures d'intervention en cas d'urgence ou d'accident concernent essentiellement le milieu marin. Cela résulte de deux facteurs : la localisation de l'essentiel des blocs d'hydrocarbures sénégalais en offshore[95] et la ratification par le Sénégal de nombreuses conventions internationales relatives à la pollution marine par les hydrocarbures et à la protection de l'environnement marin[96]. D'ailleurs, le CPP type sénégalais stipule, dans ce cadre, que :

Le Contractant prend, notamment à l'occasion des Opérations Pétrolières, toutes les mesures nécessaires à la protection de l'environnement conformément aux dispositions des conventions internationales relatives à la pollution des eaux de la mer par les Hydrocarbures et des textes pris pour leur application[97].

Ainsi, pour coordonner les interventions en cas d'urgence ou d'accident en milieu marin, le Sénégal dispose d'un Plan National d'Interventions d'Urgence en Mer (PNIUM)[98]. Ce PNIUM intègre au sein d'un mécanisme unique un certain nombre de plans qui s'inspirent du dispositif international. Il s'agit des plans relatifs à la recherche et au sauvetage en Mer (Plan SAR maritime), à la sûreté maritime (Plan SURMAR) et à la protection de l'environnement marin (Plan POLMAR). « Le Plan POLMAR est le cadre de référence qui permet de gérer les pollutions marines par hydrocarbures et par produits chimiques dans les eaux sous juridiction nationale »[99]. Il « a pour but d'édicter une stratégie nationale coordonnée visant à assurer par la prévention, la préservation des équilibres écosystémiques marins et par une réaction rapide et efficace en cas de pollution marine, la maîtrise de cette pollution et la limitation de son impact sur l'environnement marin et le littoral »[100]. « Le Secrétaire Général, délégué du gouvernement en matière de coordination de l'Action de l'État en mer, est responsable de la gestion et de la mise en œuvre du Plan POLMAR. »[101]. La veille et la coordination des opérations POLMAR sont assurées par le Centre national de coordination de la lutte, en l'occurrence le MRCC (Maritime Rescue Coordination Center) implanté à Dakar[102]. En cas d'urgence, le déclenchement et la levée du Plan POLMAR font l'objet d'un arrêté du Premier Ministre. En appui au Plan POLMAR, le Plan ORSEC, ou tout autre plan national d'urgence dont le concours est nécessaire, est mis en œuvre, suite à une requête du Délégué au niveau de la zone maritime ou du Coordonnateur national. Lorsqu'un incident en mer nécessite la mise en œuvre du Plan POLMAR et implique des opérations navales, terrestres et aériennes simultanées, la coordination est assurée par la Haute Autorité chargée de la Coordination pour la sécurité maritime, la sûreté maritime et la protection de l'Environnement marin (HASSMAR)[103], et ce, jusqu'à ce que cette compétence soit éventuellement transférée à une structure[104]. Le Plan POLMAR crée un sys-

-tème national de sécurité maritime en mettant en place un réseau d'information et d'alerte précoce. Ce système permet notamment aux MRCC et RSC (Rescue Sub-Center) de recevoir les alertes émanant des navires, d'assurer la collecte, le traitement et le partage des informations relatives à la pollution marine, notamment par les hydrocarbures et de faciliter le commandement et le contrôle lors des opérations POLMAR[105].

Le plan POLMAR est aussi renforcé par les plans sectoriels de prévention et de lutte contre les pollutions marines. Il s'agit des plans portuaires, des plans des collectivités territoriales situées sur le littoral, des plans de l'industrie et des organismes à vocation maritime, des plans des navires battant pavillon sénégalais et des plans des aires marines protégées, des réserves et des parcs marins[106]. Ces plans sectoriels sont soumis à l'approbation du Coordonnateur national du plan POLMAR et annexés à celui-ci, à l'exception des plans des navires[107].

Mise à part le dispositif national, inspiré très largement des conventions internationales relatives à la pollution marine par les hydrocarbures, il existe d'autres instruments supranationaux qui peuvent s'avérer d'une grande utilité. Nous pouvons mentionner à cet effet et à juste titre d'ailleurs, le Protocole additionnel à la Convention d'Abidjan relatif aux normes et standards environnementaux applicables en matière d'exploration et d'exploitation pétrolière et gazière offshore[108]. Ce protocole, qui constitue le premier en Afrique établissant des normes environnementales pour les activités pétro-gazières au niveau régional, définit en son annexe VII les normes et standards auxquels les États parties doivent tenir compte pour une bonne gestion des urgences en cas d'accident ou de sinistre.

En procédant à l'autopsie des CPP d'hydrocarbures sénégalais, force est de constater que les clauses environnementales qui y sont stipulées constituent un important baromètre permettant d'apprécier la durabilité de l'exploitation des hydrocarbures. Mais, l'existence des clauses environnementales dans les CPP d'hydrocarbures n'est pas une fin en soi. Il faut un cadre juridico-institutionnel adapté et une volonté politique soutenue pour les rendre effectives et efficaces. Une étude sur la gouvernance environnementale dans les pays producteurs de pétrole réalisée à la demande de la Banque mondiale concluait en 2010 que « le processus de l'étude d'impact environnemental visait surtout à faciliter l'approbation des projets pétroliers et gaziers, plutôt qu'à minimiser l'impact environnemental et social, dans le cadre d'une approche du cycle de vie »[109].

Les clauses environnementales ont ainsi permis d'avoir des CPP plus « verts » en Afrique, particulièrement au Sénégal. Cependant, elles restent « les parents pauvres dans les CPP

»[110]. En réalité, même si certaines d'entre elles paraissent pertinentes, elles sont affaiblies par les références générales aux « meilleures pratiques ». Les CPP d'hydrocarbures ne renseignent pas souvent sur ces « meilleures pratiques » à mettre en œuvre mais se bornent uniquement à stipuler la vague référence à ces « meilleures pratiques » sans en préciser la consistance. Ces pratiques sont souvent intégrées dans les plans de gestion environnementale et sociale (PGES) des compagnies pétrolières qui ne font pas partie des CPP. D'ailleurs, ces PGES ne sont pas rendus publics, car ils relèvent de l'organisation et du fonctionnement interne des entreprises pétro-gazières.

Au demeurant, l'exploitation des hydrocarbures doit répondre à beaucoup de défis pour contribuer au développement durable. La mise en œuvre effective et efficace des clauses environnementales devrait permettre au Sénégal, qui ambitionne de devenir un hub minier et pétro-gazier, de parer au revers destructeur du « boom minier ».

[1] BOUMAKANI (B.) et NZAOU (A.), « Les nouveaux aspects de la protection de l'environnement dans les codes des hydrocarbures des pays d'Afrique Subsaharienne », in *Strada Lex Europe*, Éditions Larcier, 14/04/2020, p.569.

[2] Il s'agit notamment de la prise en compte des exigences de transparence dans la gestion des ressources extractives, conformément à la norme de ITIE ; du renforcement de la réglementation relative au transport des sites de production aux zones de grande consommation, au stockage et à la commercialisation en gros de produits pétroliers et gaziers prétraités ou liquéfiés ; de la définition d'une nouvelle réglementation des opérations pétrolières ; de la prise en compte de loi sur la répartition des revenus issus de l'exploitation des hydrocarbures ; et de l'élargissement des dispositions relatives au contenu local donnant la possibilité pour les investisseurs nationaux disposant de capacités techniques et financières de pouvoir participer aux risques et opérations pétrolières.

[3] Voir BOUMAKANI (B.) et NZAOU (A.), « Les nouveaux aspects de la protection de l'environnement dans les codes des hydrocarbures des pays d'Afrique Subsaharienne », art. cité.

[4] KLOFF (S.) et CLIVES WICKS (C.), « Gestion environnementale de l'exploitation de pétrole offshore et du transport maritime pétrolier », *PRCM*, p.72, consulté le 10 janvier 2021 sur www.uicn.org.

[5] La Convention cadre sur le changement climatique a été adoptée lors de la conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement (CNUED) réunie à Rio de Janeiro en 1992. Son objectif est d'atteindre une stabilisation de la concentration des gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui évite toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique.

[6] KA (K.S.), *La prise en compte de la protection de l'environnement dans les contrats pétroliers en Afrique, analyse à partir des contrats de partage de production, étude comparée de la Guinée, la Mauritanie et du Sénégal*, UCAD/ Université de Bourgogne Franche-Comté, Thèse de doctorat, 2019, p.13.

[7] BOUMAKANI (B.) et NZAOU (A.), art. cit. p.572.

[8] MONTELLET (V.), *La contractualisation du droit de l'environnement*, Thèse de doctorat en Droit privé et Sciences crimi-

-nelles, Université de Montpellier, 2015, 732 pp.

[9] MEKKI (M.), « Post-face contrat et environnement », in *Le contrat et l'environnement, Etude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2015, p.534.

[10] Voir art. 1 de la loi N° 2001-01 du 15 janvier 2001 portant Code de l'environnement du Sénégal, JO du 10 mars 2001, p.115.

[11] « La justice vue par Jacqueline Morand-DEVILLER », in *Lettre de la Justice Administrative*, Numéro 19 - Novembre 2008 - p.1, consulté le 12 juillet 2020 sur www.conseil-etat.fr.

[12] BOUTONNET (M.), « Le contrat et l'environnement » synthèse, p.11, consulté le 03 mai 2020 sur www.gip-recherche-justice.fr.

[13] Art. 2 de la loi n°2019-03 du 01 février 2019 abrogeant et remplaçant la loi n°98-05 du 8 janvier 1998 portant Code pétrolier du Sénégal. Disponible sur <https://itie.sn>, consulté 20 janvier 2022.

[14] La concession pétrolière est un contrat par lequel la compagnie pétrolière internationale est l'unique propriétaire des ressources pétrolières extraites. Dans ce type de contrat, l'État transfère à titre exclusif au concessionnaire la propriété des ressources contenues dans le sous-sol et le droit de les exploiter. En contrepartie, l'État perçoit une redevance (royalty) et un impôt sur les bénéfices déclarés par le concessionnaire.

[15] Un upwelling est un phénomène océanographique qui se produit lorsque les forts vents marins poussent l'eau de surface des océans, laissant ainsi un vide où peuvent remonter les eaux de fond et avec elles une quantité importante de nutriments.

[16] KLOFF (S) et WICKS (C.), *op.cit.* p.6.

[17] Voir art. 48 de la loi n° 2001-01 du 15 janvier 2001 précitée.

[18] Art.20 Al.2 (k) de la loi n°2019-03 du 1er février 2019 précitée.

[19] Il est important de retenir que la presque totalité des CPP d'hydrocarbures en vigueur au Sénégal a été conclue sur le modèle de CRPP de 1998.

[20] Art.9 Al.5 du CPP type 2019 du Sénégal.

[21] Voir art.11.1 du modèle de plan de développement des découvertes d'hydrocarbures annexé au décret n° 2020-2061 du 27 octobre 2020 portant application de loi n° 2019-03 du 1er février 2019 portant Code pétrolier du Sénégal.

[22] EIGEN (P.) et autres, *Les contrats pétroliers à la portée de tous*, Open Oil, novembre 2012, p.203, consulté le 13 juin 2021 sur OpenOil.net.

[23] PRIEUR (M), *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5e ed., Paris, 2001, p.946.

[24] BEALL (J.) et FERETTI (A.), « De la gestion préventive des risques environnementaux : la sécurité des plateformes pétrolières en mer », *Les avis du Conseil économique, social et environnemental*, N° 41112-0008 mars 2012, p.52, consulté le 20 mars 2021 sur www.lecese.fr.

[25] Art. 2, Convention de Lugano du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement. Disponible sur <https://rm.coe.int>, consulté le 20 novembre 2021.

[26] Art. 2 de la loi n° 2019-03 du 1er 2019 précitée.

[27] Art. 3 al.1 (d) du CRPP type de 1998 et du CPP de 2019 type du Sénégal.

[28] Art.2.10 de la loi n° 2001-01 du 15 janvier 2001 portant Code de l'environnement du Sénégal, JO du 10 mars 2001, p. 115.

[29] CHAPPUIS (B.) et autres, *Les entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux, opportunités*, Paris, CECIDAC, 2009, p.4.

[30] Art. 4.6 du CRPP type 1998 et art.4.7 du CPP type de 2019.

[31] Il faut encore rappeler que l'essentiel des contrats en cours ont été conclus sur la base du Code pétrolier de 1998 et son modèle de CRPP.

[32] Les objectifs de la CDB portent sur la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques.

[33] LA VEILLE (J.M.), DELZANGLES (H) , LE BRIS (C.), *Droit international de l'environnement*, 4ème édition, Ellipses, p.73.

[34] Cette décision du gouvernement de la RDC intervient juste quelques mois après la signature en novembre 2021 d'un accord de 500 millions de dollars lors de la COP26 pour protéger les forêts de la RDC avec l'initiative pour les forêts d'Afrique centrale (CAFI). Pourtant, la forêt du bassin du Congo constitue le deuxième poumon vert de la planète après celle de l'Amazonie. Grâce à ses tourbières, elle stocke environ 30 milliards de tonnes métriques de carbone, contribuant ainsi, de façon considérable, à la prévention et à l'atténuation des effets du changement climatique.

[35] Art. 3 al.1(b) du CRPP type sénégalais de 1998 et du CPP de 2019.

[36] Art. 3 al.2 *ibid.*

[37] BOUMAKANI (B.) et NZAOU (A.), *art. cité*, p.583.

[38] Art.1 CPP type sénégalais de 2019.

[39] <https://www.worldbank.org>, consulté le 16 septembre 2022.

[40] Le torchage ou brûlage est une technique consistant à brûler, par des torchères, les rejets de gaz naturel à différentes étapes de l'exploitation du pétrole. C'est une façon de se débarrasser du gaz naturel associé à la production pétrolière.

[41] TIENHAARA (K.), « Contrats d'investissement étranger dans le secteur pétrolier et gazier : Revue des clauses pertinentes relatives à la protection de l'environnement », *Investment Treaty News*, n°1 volume 2, Octobre 2011, p.13 consulté le 25 novembre 2021 sur <http://www.iisd.org/itn/>.

[42] Art.12.2 du CPP type sénégalais de 2019.

[43] Voir art. 1 de l'arrêté ministériel N° 9472 MJEHP- DECC du 28 novembre 2001 portant contenu du rapport de l'étude d'impact environnemental et social, JO du 12 janvier 2002, p. 797.

[44] Art. 34d du CPP type de 2010 du Tchad, consulté le 18 août 2021 sur <https://www.lawinsider.com>.

[45] CJCE, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer vs Total France S.A et Total international Ltd*, affaire C-188/07 : Dans cette affaire, la Cour, saisie d'une demande de décision préjudicielle portant sur une interprétation des articles 1er et 15 de la directive n°75/442/CEE du 15 juillet 1975 relative aux déchets dans le cadre d'un litige opposant la commune de Mesquer à la compagnie Total, a considéré que le fioul lourd doit être qualifié de déchet au sens de cette directive lorsqu'il s'écoule d'un pétrolier accidenté et se mélange à l'eau et à des sédiments. Par conséquent, le producteur de fioul lourd et/ou le vendeur et affréteur peuvent se voir imposer les coûts de l'élimination de déchets d'hydrocarbures après l'accident d'un bateau conformément à l'article 15 de la directive n°75/442 précitée ; consulté le 18 janvier 2022 sur <https://curia.europa.eu>.

[46] Civ. 3e, 17 décembre 2008, *Bull. Civ. III*, n°206, D.2009. 701, note Boutonnet.

[47] Art 4.2 (f) du CPP type sénégalais de 2019.

[48] Art. 35.1.1 du CPP type tchadien de 2010 précité.

[49] Voir art. 35.1.2, *ibid.*

[50] Il est important de noter que, selon les meilleures normes et standards environnementaux, les études d'impacts environnementaux des projets pétroliers doivent intervenir après l'élaboration d'une évaluation environnementale et sociale stratégique (EESS). Cette dernière, par une approche multisectorielle et holistique, permettra de mettre sur pied un Plan cadre de gestion environnementale et sociale (PCGES) et au mieux un Plan de développement durable et un Schéma Directeur de développement pétro-gazières sur la base desquelles les études d'impacts environnementaux devraient être conduites.

[51] La Direction de l'Environnement et des Établissements Classés (DEEC) assure le secrétariat du Comité technique, qui est actuellement l'unité d'administration et de gestion des études d'impact au sein du Ministère de l'environnement.

[52] Art. 44 du décret N°2001-282 du 12 avril 2001 portant application du Code de l'environnement et art. 8 de l'arrêté n°9468, JO n° 5985, p. 313.

[53] Art. 3 de l'arrêté ministériel n°9468 du 28 novembre 2001 portant réglementation de la participation du public à l'étude d'impact. JO du 12 janvier 2002, p. 794.

[54] Art. 1, *ibid.*

[55] Art. 51 de la loi n° 2001-01 du 15 janvier 2001 portant Code de l'environnement du Sénégal.

[56] CE, 14 octobre 2011, Société OCREAL, N°323257, consulté le 01 février 2021 sur www.legifrance.gouv.fr.

[57] Aux termes de l'article L2 du Code de l'environnement, la notion d'installation classée renvoie à « Toute source fixe ou mobile susceptible d'être génératrice d'atteinte à l'environnement, quel que soit son propriétaire ou son affectation. ». Ces installations classées sont divisées en deux classes. Suivant le danger ou la gravité des inconvénients que peut présenter leur exploitation, elles sont soumises soit à autorisation, soit à déclaration. (Voir art.L10 du Code de l'environnement).

[58] Art.II al.1 du décret n° 2001-282 du 12 avril 2001 précité.

[59] Art.II, al.2, *ibid.*

[60] Art.II, al.3, *ibid.*

[61] Art.II, al.4, *ibid.*

[62] Art.12, *ibid.*

[63] Art.13, *ibid.*

[64] Art.15, *ibid.*

[65] Voir Cour suprême (CA), Arrêt n°9 du 28 mars 2019, Mame Diarra Diop et autres c/ Commune de Dya, consulté le 01 août 2020 sur www.juricaf.org.

[66] Art. 64 de la loi n° 2019-03 du 1er février précitée.

[67] NB : Le plan de développement est soumis, pour approbation au Ministre, dans un délai de six (6) mois après l'achèvement des travaux d'évaluation d'un gisement commercial. Le Plan de Développement est approuvé par arrêté du ministre. Il est réputé adopté si, à l'expiration de la période de trois (03) mois à compter de sa date de réception, aucune suite n'est réservée à sa soumission. (Voir art. 9.5 du CPP type de 2019).

[68] Art.20.1 du CPP type sénégalais de 2019.

[69] Art.20.2, *ibid.*

[70] On estime ainsi qu'en mer du nord, le coût du démantèlement s'élève à environ 1 milliard de dollars US par an de 2010 à 2040 : <http://www.bbc.com/news/uk-scotland-11472352>.

[71] Art. 20.1 du CRPP d'hydrocarbure Ultra Deep Offshore (UDO), <https://itic.sn>, consulté le 24 juin 2020.

[72] Art. 64 al.1 de la loi n° 2019-03 du 1er février précitée.

[73] Art. 20.2 du CRPP type de 1998 et du CPP type de 2019 du Sénégal.

[74] Voir Art.20.1 du CRPP « Ultra Deep Offshore » (UDO) précité.

[75] *Ibid.*

[76] Art. 64 al.4 de la loi n°2019-03 du 1er février précitée.

[77] Art.53 al.1, *ibid.*

[78] Nous pouvons citer sous ce registre : l'île de Gorée, l'île de Saint-Louis, le Delta du Saloum, etc.

[79] Il s'agit de la Convention relative aux zones humides d'importance internationale, signée à Ramsar le 02 février 1971 et ratifiée le 11 novembre 1977 par le Sénégal.

[80] BONNIN (M.), LY (I.) et autres, Droit de l'environnement marin et côtier au Sénégal, IRD, PRCM, Dakar, 2016, p.109.

[81] Art.II al.4 de la loi n°2019-03 du 1er février précitée.

[82] Art. 11 al.3, *ibid.*

[83] Art. 66, *ibid.*

[84] Voir en ce sens la loi n° 76-67 du 02 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique, JO du 28 juillet 1976.

[85] KLOFF (S.) et WICKS (C.), *op. cit.* pp.14-15.

[86] Art. 155 de la loi n° 15/012 du 1er août 2015 portant régime général des hydrocarbures de la RDC. Consulté le 05 novembre 2021 sur www.ecolex.org.

[87] BOUMAKANI (B.) et NZAOU (A.), art. cité, p.583.

[88] Art.12.2 du CPP type sénégalais de 2019.

[89] Benjamin BOUMAKANI (B.) et NZAOU (A.), art. cité p.583.

[90] Art.30 al.3 du décret n°2020-2061 du 27 octobre 2020 précité.

[91] Art.76 du Code des hydrocarbures de la Guinée équatoriale.

[92] BOUMAKANI (B.) et NZAOU (A.), art. cité, p.583

[93] Cette loi fût une énième tentative, depuis 1979, du législateur nigérian de mettre fin au torchage de gaz sur son territoire après que plusieurs lois adoptées en ce sens se sont révélées inefficaces.

[94] Cour Fédérale du Nigéria, 14 novembre 2005, «Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. and others », consulté le 10 avril 2022 sur <http://climatecasechart.com/non-us-case/gbemre-v-shell-petroleum-development-company-of-nigeria-ltd-et-al/>.

[95] Sur les vingt-neuf (29) blocs cartographiés, les vingt-deux (22) sont situés en offshore.

[96] Nous pouvons citer à ce titre : La Convention internationale de Londres du 2 novembre 1973 modifiée relative à la pollution par les hydrocarbures dite convention MARPOL 73/78 ; La Convention internationale de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution marine par les hydrocarbures ; La Convention internationale de Londres du 30 novembre 1990 sur la préparation, la lutte et la

coopération en matière de pollution des hydrocarbures dite Convention OPRC ; La Convention relative à la coopération en matière de protection, de gestion et de mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la Région de l'Afrique de l'Ouest, du Centre et du Sud adoptée le 23 mars 1981 et entrée en vigueur le 05 mai 1984 dite Convention d'Abidjan ; etc.

[97] Art.4.4 du CPP type de 2019.

[98] Décret n° 2006-323 du 7 avril 2006 portant création du Plan National d'Interventions d'Urgence en Mer (PNIUM), J.O. N° 6296 du samedi 9 septembre 2006.

[99] Voir art.4 al.3 de l'arrêté primatorial n°7022 du 16 juillet 2009 portant organisation et fonctionnement du plan national de lutte contre la pollution marine (PLAN POLMAR), consulté le 02 août 2020 sur www.hassmar.gouv.sn.

[100] Art.5, *ibid.*

[101] Art.4 al.2, *ibid.*

[102] Art.22, *ibid.*

[103] La HASSMAR est créée par le décret n°2006-322 du 7 avril 2006 (JO n° 6296 du samedi 9 septembre 2006) et placée sous la tutelle technique du Ministère des Forces armées.

[104] Art.8 al.1, 2 et 3 de l'arrêté primatorial n°7022 du 16 juillet 2009 précité.

[105] Art.20, *ibid.*

[106] Voir les articles 11, 12, 13, 14 & 15 de l'arrêté primatorial n°7022 du 16 juillet 2009 précité.

[107] Art.16, *ibid.*

[108] Le Protocole additionnel à la Convention d'Abidjan relatif aux normes et standards environnementaux applicables en matière d'exploration et d'exploitation pétrolière et gazière offshore a été adopté lors de la douzième Conférence des parties (CdP12) contractantes à la Convention d'Abidjan qui s'est tenue à Abidjan du 27 au 31 mars 2017. Il a pour objet de prévenir, réduire voire éliminer toute pollution ou dommage à la zone côtière et à l'environnement marin résultant de l'exploration ou de l'exploitation pétrolière ou gazière offshore (art.2 du Protocole). Disponible sur <https://Abidjanconvention.org>.

[109] « Environmental Governance in Oil-Producing Developing Countries 1 », consulté le 10 juin 2021 sur http://siteresources.worldbank.org/EXTOGMC/Resources/336929-1266963339030/eifd17_environmental_governance.pdf.

[110] KA (K.S.), *op. cit.* p.121.

BRÈVE SUR LE DROIT DES CONTRATS PUBLICS



L'ESPRIT ET LA LETTRE DU DÉCRET N°2018/366
DU 20 JUIN 2018 PORTANT CODE DES MARCHÉS
PUBLICS

Thomas Calmaire EPOH OKANDJO

Master marchés publics et commande publique
Cadre à la Commission Centrale de Contrôle des Marchés Publics
(CCCM-AI/MINMAP)

Faut-il le rappeler ? l'auteur du texte sus évoqué est le Président de la République, Chef de l'Etat. Elu de la nation tout entière, il incarne l'unité nationale et il définit les politiques de la nation[1]. Et le gouvernement qu'il met en place est chargé de les implémenter. Ces politiques sont traduites dans le code des marchés publics, instrument moderne de développement économique, de protection de l'environnement et de progrès social. Mais la compréhension du code des marchés publics semble n'avoir pas été la même pour tous les acteurs du système des marchés avec l'ancien système sous-tendu par le décret 2004/271 du 08 mars 2004 au regard des résultats peu reluisants. En conséquence, l'Etat du Cameroun n'a pas pu atteindre les objectifs fixés, projetés dans le Document de Stratégie pour la Croissance et l'Emploi (DSCE) sur la décennie 2010-2020.

À l'effet de redonner à l'action gouvernementale toute son efficacité et sa légitimité dans la conscience citoyenne, le chef de l'Etat, au regard des engagements internationaux[2] pris par l'Etat du Cameroun au sein des organisations internationales comme l'OIT, organisation séculaire[3] qui promeut la justice sociale, en rappelant au gouvernement le devoir de solidarité gouvernementale[4] l'auteur du texte veut que les politiques publiques prédéfinies soient exécutées de manière cohérente, de manière sereine et progressive par les différents acteurs au bénéfice de l'ensemble de la population devant qui il a pris des engagements. Ces acteurs sont appelés, dans le cadre des marchés publics les Maîtres d'ouvrage et les Maîtres d'ouvrage délégués.

En rappelant dans sa déclaration faite le 22 septembre 2016 lors de l'Assemblée Générale des Nations Unies que « ce n'est plus une affaire de promesses. C'est le temps de l'engagement. C'est le temps de l'action », le chef de l'Etat attirait l'attention des Etats membres de l'ONU sur la nécessité et l'urgence de mettre en œuvre les Objectifs du Développement Durable (O-

-DD), neuf mois après leur entrée en vigueur, dans les politiques publiques étatiques afin de parvenir à la transformation du monde. A l'occasion, il rappelait aussi que les ODD sont le premier programme mondial à prendre en considération la problématique du développement dans toutes ses dimensions : sécuritaire, économique, sociale, humaine et environnementale[5].

Mais il a fallu attendre l'avènement du décret 2018/366 du 20 juin 2018 pour voir la transposition de ces orientations (issues de l'Assemblée General de l'ONU) dans le droit national, le droit des marchés publics notamment. Il est donc temps de rechercher l'esprit du texte de 2018 par sa lettre et au-delà même de sa lettre afin de se l'approprier et d'implémenter sa philosophie dans la pratique des marchés publics.

Mais cette nouveauté ne semble pas encore faire l'unanimité entre les utilisateurs dudit code. Certaines dispositions du code n'attirent pas l'attention de certains utilisateurs en raison du vocabulaire hermétique qui y est employé : la lettre du texte. Ainsi, elles passent sous silence comme si elles ne voulaient rien dire. D'autres encore omettent d'en faire cas, craignant de se heurter aux difficultés de leur explication. Or ces dispositions sciemment ignorées sont d'un apport capital pour la compréhension de la nouvelle donne mondiale : les objectifs du développement durable : une dynamique universelle pour transformer notre monde[6]. Aussi, traduisent-elles l'engagement que l'auteur du texte a pris devant la tribune des Nations Unies pour participer à « la transformation du monde d'aujourd'hui en un monde de paix et de prospérité partagée »[7].

L'inadéquation entre ce qui est prôné par le chef de l'Etat et ce qui se fait sur le terrain subodore l'ignorance de la philosophie qui sous-tend le code des marchés publics : en effet, « la plupart des responsables du MINMAP n'ont pas toujours sinon une appropriation suffisante, du moins une lecture partagée de

ces textes »[8], le souligne avec justesse M. PALDOU Christophe. Cette méconnaissance des textes va au-delà même des Responsables du MINMAP. Les autres acteurs du système dont les Maîtres d'ouvrage n'en sont pas si éloignés. Ainsi, outre les innovations apportées sur la passation[9], sur l'exécution et sur le contrôle des marchés publics[10] pour ne citer que celles-là, le nouveau système des marchés publics innove avec l'intégration du développement durable dans les marchés publics[11] et la décentralisation du système par le mécanisme de la réservation de certains marchés à une catégorie d'acteurs dont les artisans, les organisations de la société civile (OSC), les organisations communautaires à la base (OCB) et les PME. Ce mécanisme est renforcé par l'allotissement[12].

Ces nouveautés complexifient la compréhension du nouveau code chez les acteurs du système. En effet, habitués à la logique de l'ancien système axé sur le volet économique uniquement et très rarement tourné vers le social et l'environnement, les acteurs du système camerounais n'ont pas pris en compte la nouvelle orientation environnemental et social du décret 2018/366 du 20 juin 2018. Il convenait de le relever pour le déplorer.

Pour cette raison, et afin de ne pas manquer l'opportunité que se donne l'Etat d'investir à la fois sur l'économie, le social et l'environnement par le biais des marchés publics, nous nous attarderons sur cette orientation nouvelle pour interroger à la fois l'esprit de son auteur sur les dispositions du texte et la lettre dudit texte mais davantage pour porter haut la pertinence de ce choix politique.

Mais avant de répondre à ces questionnements une clarification des concepts s'impose. Les vocables « l'esprit (1) » et « la lettre(2) » doivent être bien compris.

1- l'esprit : le dictionnaire électronique « 36 dictionnaires et recueil de correspondances » définit esprit comme l'intention, comme la signification. Gérard cornu[13] quant à lui va plus loin en précisant que l'expression « esprit » signifie une idée qui anime une règle et qui a vocation à guider son interprétation ; inspiration fondamentale voisine de l'intention du législateur mais plus objective et non nécessairement figée.

Lorsque « esprit » est accolé à l'article défini élitidé « l' », il forme l'esprit. L'esprit supposé connu des tous les acteurs. Ainsi il traduit l'intention du législateur qui est contenue dans un texte.

2- la lettre : le dictionnaire électronique « 36 dictionnaires et recueil de correspondances » définit lettre comme chaque caractère de l'alphabet. Ainsi, on peut dire « prendre un texte à la lettre » pour donner son sens littéral. Il s'agit de chaque mot d'un texte. D'ailleurs, chaque mot n'a de sens que dans un contexte.

Ainsi, les mots utilisés par l'auteur dans le corps du texte (code des marchés publics) ont certainement été bien choisis

par son auteur afin de traduire ses idées, ses ambitions, sa politique pour la nation, puisqu'il saisit d'un texte signé par le Chef de l'Etat.

Il était judicieux de clarifier ces expressions pour permettre la compréhension de ce sujet et en révéler la pertinence dans la perspective de la recherche de l'amélioration de la performance du nouveau système. Pour se l'approprier, il faut rechercher au préalable l'esprit du code des marchés publics, ce qu'il a voulu traduire comme directives à suivre. À cet effet, il faut rechercher l'esprit de l'auteur de ce texte (I) et le rôle qu'il veut assigner au nouveau code des marchés publics (II). Afin de conclure si l'esprit de l'auteur du code est contenu dans la lettre de ce texte (III).

I : QUEL EST L'ESPRIT DE L'AUTEUR DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS DE 2018 ?

L'élaboration du code marchés publics de 2018 se fait dans un contexte marqué par l'existence d'une pléthore de textes qui encadrent l'activité des marchés publics qui se sont révélés inefficaces dans la recherche de l'amélioration des conditions de vie de la population et l'atteinte de la justice sociale. Le caractère politique[14] que revêtent les marchés publics a occulté sa nature juridique assortie de sanctions en cas de non-respect. Ainsi, GOSSELIN B a pu affirmer que : « les marchés publics sont au confluent du juridique, de l'économie et du politique »[15]. À cet effet, M MAGLOIRE ONDOA rappelle que « si le champ des marchés publics camerounais alerte la cupidité, attise l'appétit du gain rapide et facile à cause d'importantes sommes d'argent qui y sont mobilisées, il ouvre grandement les portes du déshonneur »[16].

Cela dit, des mesures visant à gérer toutes ces dérives ont été prises dans le code des marchés afin de permettre aux marchés publics de jouer le rôle de levier de développement au Cameroun.

L'auteur du code veut instrumentaliser les marchés publics[17] pour permettre à l'Etat d'atteindre les objectifs du développement durable. En posant le principe des études préalables lors de la détermination des besoins, il veut s'assurer que les projets à réaliser par le biais des marchés publics vont tenir compte de l'approche handicap pour les projets d'infrastructures. En effet, par une lettre-circulaire[18], quatre chefs de département ministériel (MINMAP, MINTP, MINDHU et MINAS) rappellent, après avoir constaté que les personnes handicapées éprouvent beaucoup de difficultés à accéder aux infrastructures et édifices publics ou ceux ouverts au public, qu'au plan techniques, les projets de construction des bâtiments, des édifices publics, et des routes « intègrent l'approche handicap pour tenir compte des préoccupations spécifiques liées à l'accessibilité des personnes handicapées ». Notamment les rampes d'accès aux édifices, l'accessibilité aux portes, ascenseurs et sanitaires, la largeur des couloirs, les revêtements des sols, les toilettes, les trottoirs et autres voies

de circulation piétonne, les plaques signalétiques ou sonores, les parkings et les places assises dans les transports en commun[19]. L'auteur du code des marchés publics fait la promotion de l'emploi à travers la valorisation des ressources locales..., du respect des normes sécuritaires, en particulier celles relatives aux édifices recevant du public, du respect des normes environnementales, du dimensionnement ou allotissement....

D'avantage, cet auteur rappelle par les dispositions de l'article 57 dudit code que les conditions d'exécution des marchés publics doivent intégrer les considérations sociales, économique et environnementales, susceptibles de promouvoir la main d'œuvre locale, le travail décent et le cas échéant d'atteindre, les objectifs du développement durable.... Cette disposition suppose que dorénavant les instances de contrôle de l'exécution des marchés publics devront vérifier que l'exécution s'est faite en tenant compte des aspects sociaux, environnementaux et économiques. C'est dire que, en amont, à la préparation des projets notamment, ces aspects ont été pensés et qu'à la phase de la passation des marchés publics les entreprises attributaires ont été sélectionnées sur la base de leurs performances déjà réalisées surtout en matière sociale et environnementale ou pour chacun des deux aspects uniquement. Ainsi, les critères sociaux et environnementaux doivent s'ajouter aux critères techniques de sélection sur lesquels les entreprises étaient jugées autrefois avec l'ancien système.

Par cette disposition, l'auteur du texte règle les défauts de l'ancien système des marchés publics qui, bien que pourvu en textes applicables aux marchés publics, a connu une rareté de textes en dispositions sociales[20]. De plus, l'ensemble de ces textes à caractère social étaient épars et difficiles à trouver car émis par plusieurs autorités toutes compétentes en matière de marchés publics au Cameroun, notamment le Président de la république, le Premier ministre, l'ARMP et le MINMAP, ce qui rendait leur application libre par les acteurs. Par ailleurs, il fallait interpréter d'autres textes dits périphériques pour y déceler les dispositions sociales applicables aux marchés publics.

Le nouveau code des marchés publics vient rassembler les dispositions sociales éparses relatives aux marchés publics de l'ancien système dans un seul document appelé le code des marchés publics.

Toutefois, même si malgré l'avènement dudit code des marchés publics de 2018, des textes relatifs aux marchés publics continuent de paraître en dehors de ce cadre réglementaire[21], le ministre en charge des marchés publics, en sa qualité d'Autorité des marchés[22] a la responsabilité de veiller au bon fonctionnement du système. À cet effet, il peut prendre des textes pour permettre au système des marchés publics du Cameroun d'être performant quant à la réalisation des objectifs du développement durable. La doctrine le rappe-

-lait déjà ainsi avec emphase « la clarification de la position du Ministre en charge des marchés publics comme Autorité des marchés publics, laisse à ladite autorité le soin de terminer par une codification les instructions qu'il donnait déjà en 2013 aux délégués régionaux et départementaux respectifs, aux chefs de centre sociaux du MINAS aux différents Maîtres d'Ouvrages et aux Autorités contractantes »[23].

Conscient des limites de l'ancien système au vue de ses résultats peu reluisants, le chef de l'Etat a voulu par le décret 2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics, impulser la dynamique du développement durable. Ce faisant, il veut par la réalisation des mêmes projets impulser la croissance économique, la protection de l'environnement et le progrès social au travers des marchés publics. C'est en n'en point douter pour cette raison qu'il a intégré le développement durable dans le nouveau système des marchés publics.

Même s'il pose que les considérations sociales, économiques et environnementales doivent être intégrées dans les conditions d'exécution des marchés publics, dans les phases de passation et d'exécution des marchés publics, il ne faut pas perdre de vue que c'est la phase de préparation des projets, notamment lors des études préalables que les aspects sociaux, économiques et environnementales sont envisagés. Il faut donc lire ensemble les dispositions des articles 54, 55 et 57 du code pour comprendre l'esprit de l'auteur du code quant aux défis du développement assignés aux marchés publics en tant qu'instrument politique de développement.

Ainsi, en introduisant les aspects sociaux et environnementaux dans le code des marchés publics, le Président de la république accepte d'instrumentaliser les marchés publics pour atteindre le développement durable. Les marchés publics représentent en effet le vecteur idéal pour promouvoir des politiques de soutien aux publics en difficulté[24], à la mise en œuvre de la politique de protection de l'environnement et à la croissance économique.

II : LES DÉFIS À RELEVER PAR LE NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

En énonçant que le présent code des marchés publics fixe les règles applicables à la préparation, à la passation, à l'exécution, au contrôle et à la régulation, l'auteur du texte fixe l'objet du code des marchés publics.

Elaboré dans un contexte social, environnemental et économique particulièrement préoccupant tant sur le plan national qu'international, le code des marchés publics du Cameroun veut répondre aux préoccupations suivantes :

- La croissance économique ;
- La création d'emplois décents ;
- L'amélioration des conditions de vie de la population (infrastructures, santé, habitats etc.) ;
- La protection de l'environnement, etc.

Le chef de l'Etat met l'accent sur l'atteinte des objectifs du développement durable par le biais des marchés publics. Il prescrit à dessein que les clauses sociales et environnementales doivent être intégrés dans le processus des marchés publics[25] : dès la phase de la préparation du projet jusqu'à la phase de contrôle en passant par la passation et l'exécution.

Le rapport de Brundtland de 1987 définit le développement durable comme le développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre à leurs propres besoins. En intégrant dans le code des marchés publics la prise en compte des objectifs du développement durable en ses trois piliers (social, économie et environnement), le chef de l'état du Cameroun emboite le pas à son homologue français qui avait déjà été sensible à la nouvelle donne lorsqu'il faisait mentionner dans « l'agenda 21 »[26] les marchés publics comme « un des moyens d'orienter la consommation »[27]. En réalité, « l'agenda 21 » est « une déclaration qui fixe un programme d'action pour le 21^{ème} siècle dans des domaines très diversifiés afin de s'orienter vers le développement durable de la planète »[28].

Cette prise de conscience du potentiel des marchés publics par le Cameroun justifie bien les propos du conseil régional de la Lorraine, en France lorsqu'il affirmait, pour prôner la prise de compte des clauses sociales dans les marchés publics, « que les clauses sociales sont à l'origine d'une dynamique vertueuse : les marchés publics génèrent une activité économique qui crée des emplois qui bénéficient à des personnes en difficultés ».

Il s'agit de faire du nouveau code des marchés publics du Cameroun un instrument de développement exceptionnel remis entre les mains des Maîtres d'Ouvrages pour espérer conduire le Cameroun vers l'émergence 2035.

Ainsi, en considérant l'objet, les principes fondamentaux et le champ d'application[29] du nouveau code des marchés publics, l'on est tenté de croire que l'esprit du texte a été compris par tous. Que non !

III : LA LETTRE DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS PERMET-ELLE D'EN COMPRENDRE L'ESPRIT ?

Certaines zones d'ombres subsistent encore pour la compréhension du vocabulaire nouveau utilisé dans le décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics.

En effet, les expressions telles que « développement durable », « clauses sociales et environnementales », n'ont pas reçu d'explication ou mieux de définitions dans le code des marchés public visant à mieux l'appliquer. Ceci au risque, pour les acteurs du système de donner à ces expressions un contenu qui ne leur sied pas et qui est contraire à la philosophie qui sous-tend ledit code.

En nous appuyant sur les méthodes psychologique et téléolo-

-gique d'interprétation de la loi[30], nous recherchons non seulement le but poursuivi par l'auteur du texte lors de son adoption afin de rester fidèle à son esprit, mais aussi l'applicabilité de la loi.

Ainsi, l'auteur du code des marchés publics du Cameroun, en concentrant désormais l'essentiel des règles qui encadrent le système des marchés publics dans un seul document appelé « code des marchés publics », considéré comme le droit commun des marchés publics, il règle la situation qui prévalait avant le décret de 2018, avec l'ancien système. Ce faisant, il crée un cadre juridique opérationnel légitime et légitimant les actes des Maîtres d'Ouvrages qui auraient pris en compte les dimensions sociales et environnementales dans leurs projets.

Il précise la nécessité d'intégrer dans les conditions d'exécution des marchés publics les considérations sociales, économiques et environnementales afin de promouvoir la main d'œuvre locale, le travail décent[31] afin d'atteindre le développement durable.

Il est donc impératif de donner à ces expressions un contenu propre à la vision du nouveau code des marchés publics mais surtout à l'esprit de son auteur.

1.Développement durable ;

La définition de cette expression est issue du rapport de Brundtland. Le développement durable, en anglais se dit sustainable development. C'est une conception du bien commun développée depuis la fin du XX^e siècle. Considérée à l'échelle de la planète, cette notion vise à prendre en compte, outre l'économie, les aspects environnementaux et sociaux qui sont liés à des enjeux de long terme. Selon la définition donnée dans le rapport Brundtland en 1987, le développement durable est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre à leurs propres besoins.

2.Clauses sociales ;

Les clauses sociales sont des dispositions, des articles qui visent à imposer aux cocontractants de l'administration de prendre en compte les aspects sociaux parmi les suivants: possibilités d'emploi, travail décent, respect des droits sociaux et du travail, égalités des chances, intégration des personnes handicapées dans le monde du travail, l'accessibilité des handicapés dans les édifices publics, interdiction de toutes formes de discriminations, d'exclusion et égalité professionnelle hommes/femmes tant à la phase d'attribution que d'exécution des marchés publics[32][33].

3.Clauses environnementales

Les clauses environnementales sont des préoccupations, des exigences en matière environnementale que les Maîtres d'Ouvrages insèrent dans les marchés publics afin d'obliger leurs cocontractants à réaliser leurs prestations dans le respect de l'environnement. L'une des clauses environnementales peut être la réalisation obligatoire des études d'impacts environnementales et sociales avant tout

projet d'infrastructures. Une autre pourrait être l'usage des écolabels entendues comme des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique, qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits[34]. Cette dernière clause est indiquée pour les marchés de travaux, de fournitures et de prestations de service.

C'est à ce titre que l'auteur du code indique que les conditions d'exécution des marchés publics doivent intégrer les normes de protection environnementales en vigueur au Cameroun. Ainsi, il faut rechercher le savoir-faire des soumissionnaires en matière de protection de l'environnement lors de leur sélection.

Les définitions ci-dessus données permettent d'entrevoir le contexte d'élaboration du code des marchés publics, notamment les engagements pris par le chef de l'Etat du Cameroun à la tribune des Nations Unies le 22 septembre 2016 et la philosophie qui sous-tend la lettre du texte (code des marchés publics).

Si ces définitions sont bien comprises, elles permettront aux acteurs du nouveau système camerounais des marchés publics de prendre au sérieux la volonté de l'auteur dudit code pour en faire un instrument de réalisation de ses politiques afin d'atteindre au travers des marchés publics à la fois la croissance économique, la protection de l'environnement et le progrès social. Ainsi, l'esprit et la lettre de l'auteur du texte pourraient se rencontrer dans le code des marchés publics porté par le décret N°2018/366 du 20 juin 2018.

1 Article 5 al.2 de la loi N°96-06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972

2 Le Cameroun est engagé avec l'OIT depuis 1960 et a ratifié en moyenne 44 conventions dont l'une des plus importantes dans le cadre des marchés publics est la convention C94 sur les clauses de travail (contrat public) le 03 septembre 1962.

[3] L'OIT a fêté ses cent (100) ans d'existence (1919-2019) au Cameroun le 26 février 2019

[4] Circulaire N0002 /CAB/PR du 27 avril 2001 relative au devoir de solidarité gouvernementale

[5] Déclaration de S.E.M Paul Biya, Président de la République du Cameroun, New-York le 22 septembre 2016, p.1

[6] Thème de la 71eme Assemblée Générale des Nations Unies du 13 septembre au 23 décembre 2016

[7] Déclaration de S.E.M Paul Biya, op cit , p.3

[8] Exposé N°1 présenté par le DGMI sur le thème « comprendre le nouvel environnement des marchés publics au Cameroun » lors de la conférence annuelle, Edition 2019 op cit, p.17

[9] Exposé N°2 présenté par le DGMAS sur le thème : « les innovations dans la passation des marchés publics au Cameroun » lors des Travaux de la conférence annuelle des responsables des services centraux et déconcentrés du ministère des marchés publics, Edition 2019, p. 25.

[10] Exposé N°3 présenté par Chef de brigade centrale des contrôles

des marchés des infrastructures lors de la conférence annuelle, Edition 2019 op cit, p. 37.

[11] EPOH OKANDJO (T.C) « l'intégration du développement durable dans les marchés publics au Cameroun », mars 2019, inédit.

[12] Lire EPOH OKANDJO (T.C) « le rôle social de l'allotissement dans le nouveau système des marchés publics : mécanisme de réservation de certains marchés à certaines entreprises », février 2019, inédit.

[13] CORNU (G), Vocabulaire juridique, 11ème édition mise à jour janvier 2016, Puf, p.416

[14] Les Maîtres d'Ouvrages ou les responsables des différentes administrations sont aussi les autorités politiques car « ce sont des acteurs qui se dédoublent des décideurs ».

[15]GOSSELIN (B), Les marchés publics, LGDJ, 1998, p.1 In PILON (A), p.6 In EPOH OKANDJO (T.C), L'insertion des dispositions sociales dans les marchés au Cameroun, Mémoire de master 2 professionnel, droit publics, Université de Yaoundé II-SOA, année académique 2014-2015, p.8

[16] Lire la préface du professeur ONDOA (M) dans La gouvernance des marchés publics au Cameroun, MESSENGUE AVOM Bernard

[17]Jean marc Peyrical, Faut-il instaurer une limite à l'instrumentalisation de la commande publique pour faire avancer des sujets d'ordre économique et social ? Marchés publics, instrument politique ? Publié sur internet le 29 avril 2015, les ECHOS ;

[18] Lettre circulaire conjointe N°002/LCC/MINMAP/MINTP/MINDHU/MINAS du 16 juillet 2013 relative à la facilitation de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite dans l'environnement Bâti.

[19] Décret 2010 /002du 13 avril2010 portant promotion et protection des Personnes handicapées.

[20] Dans l'ancien système, les dispositions sociales étaient présentes dans les textes et documents ci-après :

-Le code des marchés publics, décret 2004/275 du 24 septembre 2004 en ses articles 32, 63, 80, 100 ;

-Les CCAG (travaux, fournitures et services et prestations intellectuelles respectivement en leurs articles 14,12 et 12) ;

-Circulaire N°003/CAB/PM du 18 avril 2008 relative au respect des règles régissant la passation, l'exécution et le contrôle des marchés publics (approche handicap dans les projets d'infrastructure : accessibilité des personnes handicapées aux édifices publics et ouverts au public) ; Circulaire N°002/CAB/PM du 31 janvier 2011 relative à l'amélioration de la performance du système des marchés publics (point V : de la promotion des PME/TPME) ;

-Décret N°2014/0611/PM du 24 mars 2014 fixant les conditions de recours et d'application des approches à haute intensité de mains d'œuvre ;

[21] - arrêté N°127/MINEFOP du 21 avril 2021 fixant les modalités de délivrance de l'attestation de carence de la main d'œuvre nationale dans les projets d'investissements publics et privés.

- décret n°2022/5074/pm du 04 juillet 2022 portant contrôle de la conformité sociale des projets

[22] Article 50 du code des marchés publics

[23]EPOH OKANDJO(TC) « LE RÔLE SOCIAL DE L'ALLOTISSEMENT DANS LE NOUVEAU SYSTÈME DES MARCHÉS PUBLICS: MÉCANISME DE RÉSERVATION DE CERTAINS MARCHÉS À CERTAINES ENTREPRISES », 2018, inédit

[24]Lettre circulaire N°004/LC/MINMAP/CAB du 25 janvier 2017

op cit.

[25] Lire EPOH OKANDJO (T.C), « L'intégration du développement durable dans les marchés publics au Cameroun », mars 2019, pp.2-3 inédit

[26] Chapitre 4.22 de l'agenda 21 in NOCHOLAS FERNANDEZ, L'intégration du développement durable dans les marchés publics, Mémoire master 2, droit, économie et management des collectivités, année 2007-2008, université de NIMES, pp.9 et 10

[27] NOCHOLAS FERNANDEZ, op cit p.9

[28] idem

[29] Chapitre I, CMP

[30] Lucie Lauzière, L'interprétation des lois, Août 2012

[31] Art 57 al. 1 CMP

[32] EPOH OKANDJO (TC), L'insertion des dispositions sociales dans les textes régissant les marchés publics au Cameroun, mémoire de Master professionnel, droit public, Université de Yaoundé-II SOA, année académique

[33] -2015, p.13

[34] Chapitre IV, 16.1 du CMP français de 2016

COMMENT FAIRE PUBLIER DANS NOS ANNALES ?



RADCP
Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

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 : radcpceracle@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.



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

Numéro 2 – juillet-décembre 2022



RADCP

Revue Africaine de Droit des Contrats Publics

N° 2 - Juil-déc. 2022

ISSN 2827 - 4776



ISSN 2827 - 4776

© RADCP 2022

Tous droits réservés