

DECISION DCC 15-096

DU 23 AVRIL 2015

Date : 23 avril 2015

Requérant : Comlan Olivier GAHOU

Contrôle de conformité

Autorité de régulation des marchés publics

Conflit de travail

Contrôle de légalité

Incompétence

Principe d'égalité

Loi fondamentale (Application de l'article 26 de la Constitution)

Pas de discrimination

La Cour constitutionnelle,

Saisie d'une requête du 24 septembre 2014 enregistrée à son secrétariat à la même date sous le numéro 1993/129/REC, par laquelle Monsieur Comlan Olivier GAHOU forme un recours contre l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) pour violation de la Constitution ;

VU la Constitution du 11 décembre 1990 ;

VU la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 ;

VU le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle ;

Ensemble les pièces du dossier ;

Ouï Madame Lamatou NASSIROU en son rapport ;

Après en avoir délibéré,

CONTENU DU RECOURS

Considérant que le requérant expose : « ... La haute juridiction fait partie des hautes institutions de la République. Elle est aux

termes de l'article 114 de la Constitution, " la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics "; c'est pourquoi nous estimons qu'il revient à la haute juridiction de déclarer contraires à la Constitution les dispositions de l'acte incriminé » ;

Considérant qu'il écrit : « I- Le Rappel des faits et de la procédure ; 1-Les faits : ... dans le cadre de la réédition des manuels scolaires et cahiers d'activités, le ministère des Enseignements maternel et primaire a introduit, courant décembre 2013, deux (02) projets de dossiers d'appel d'offres contenant chacun trois (03) lots qui ont reçu le bon à lancer de la direction nationale de contrôle des marchés publics au cours du mois de février 2014 et publiés dans le journal des marchés publics n° 601 du 1^{er} mars 2014 ... C'est alors que certains soumissionnaires ont saisi la personne responsable des marchés publics du ministère des Enseignements maternel et primaire sur des observations qui tiennent des spécifications techniques et autres dont l'étude a abouti à des projets d'addenda qui ont reçu le bon à lancer de la direction nationale de contrôle des marchés publics le 1^{er} avril 2014 ... Ces addenda ont fait reporter par conséquent la date de dépôt et d'ouverture des offres initialement prévue pour les 07 et 08 avril 2014 au 02 mai 2014 ; ... Contre toute attente, d'autres réactions seraient venues de la part d'autres soumissionnaires sur des considérations tendant à empêcher la procédure d'aller à son terme ... C'est dans ce grand désordre qu'à quelques jours du dépôt des offres, la personne responsable des marchés publics nous a écrit, aux fins de nous informer que l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) a demandé la suspension de la procédure alléguant qu'un soumissionnaire l'aurait saisie ... Ainsi, après la suspension et contre toute attente, c'est par le relevé n°10 des décisions prises par le Conseil des ministres en sa séance du mardi 27 avril 2014, que nous assistons à l'attribution des marchés par la procédure de gré à gré, d'un montant de deux milliards neuf cent soixante quatre millions deux cent quatre vingt dix neuf mille neuf cent

huit (2.964.299.908) francs CFA à certains soumissionnaires sur des critères que nous ignorons, de toutes les manières, sans transparence. Aussi, après l'attribution dudit marché, c'est à la prise de la décision n° 2014-20/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ-SA du 03 juillet 2014 ordonnant des mesures correctives des dossiers d'appel d'offres n° 001 et n° 002/PRMP/MEMP/CCMP-SA pour la réédition des manuels et cahiers d'activités du cours primaire au profit du ministère des Enseignements maternel et primaire séparant le contrat de cession des copyrights des commandes annuelles de l'Etat auxquelles nous faisons face ; ... Les points a) et b) de l'article 4 de la décision incriminée énoncent que " La PRMP du MEMP apporte les mesures correctives ci-après aux DAO avant de poursuivre la procédure de passation desdits marchés, conformément à la stratégie nationale de l'éducation et dans l'intérêt supérieur de la Nation : a- passer un contrat de concession de service public pour l'exploitation des copyrights pour une durée de cinq (05) ans avec des éditeurs ; b- modifier le mode de passation du marché ; en lieu et place de l'avis d'appel d'offres international ouvert, faire un appel d'offres national restreint (aux titulaires du contrat de cession des copyrights) pour passer un marché à commandes d'un an renouvelable une fois, conformément aux dispositions de l'article 40 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 " ; ... Cette décision est manifestement discriminatoire en ce qu'elle exclut tous les autres soumissionnaires de la compétition » ;

Considérant qu'il soutient : « En effet, ladite décision incriminée en son article 4 dispose, non seulement, "la signature d'un contrat de concession de service public pour une durée de cinq (05) ans" au point a), mais également qu'il sera question de " faire un appel d'offres national restreint (aux titulaires du contrat de cession des copyrights) pour passer un marché à commandes d'un an renouvelable une fois" au point b). En réalité, il n'y a jamais eu de contrat de concession de copyrights entre l'Etat et les éditeurs en question, car c'est l'USAID qui a commandité les travaux de conception des copyrights et ce, en payant régulièrement les concepteurs des manuels et cahiers d'activités scolaires que sont les enseignants et les inspecteurs. Au retrait de l'USAID, les copyrights ont été rétrocédés au ministère des

Enseignements maternel et primaire par le biais de l'Institut national pour la formation et la recherche en éducation (INFRE). C'est donc l'Etat à travers le ministère des Enseignements maternel et primaire qui est propriétaire des copyrights. ... Les copyrights auraient été remis aux fournisseurs en son temps afin qu'ils puissent éditer les manuels et cahiers. Aussi, une fois le contrat ... venu à terme, les éditeurs choisis devraient rendre les copyrights aux autorités du ministère des Enseignements maternel et primaire pour sauvegarder les intérêts de l'Etat, ce qui n'a pas été fait. Par ailleurs, dans la décision incriminée, le Conseil de régulation parle de "titulaires de contrat de cession des copyrights", ce qui n'est pas vrai, ce qui n'est pas du tout fondé, cette affirmation est erronée. Il serait opportun que dans l'instruction, la haute juridiction invite ces "titulaires" à dire en quoi ils sont propriétaires des copyrights qui constituent en réalité une propriété exclusive de l'Etat béninois » ;

Considérant qu'il fait observer : « Sur la procédure : En ce qui concerne la procédure, je sollicite de la haute juridiction qu'il soit fait application des articles 31 alinéa 2 et 36 de la loi n° 91-009 du 31 mai 2001 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle d'une part, des articles 38, 40 et 41 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle d'autre part.

Qualité et intérêt à agir : ... Par extrait du registre du commerce et de crédit mobilier, je suis détenteur de l'immatriculation principale au RCCM en date à Cotonou du 1^{er} mars 2012 sous le n°RCCM Cotonou n°RCCM RB/Cot/12B8612 ; que l'activité exercée est : " La commercialisation des matériels, appareils, équipements, accessoires et consommables médicaux, informatiques, électroniques, bureautiques, d'imprimerie et de télécommunication, l'importation et la vente de produits alimentaires et agro-alimentaires, la commercialisation des huiles, la création, l'acquisition, l'installation et l'exploitation de toute entreprise d'imprimerie, toutes activités d'impression par tous procédés d'héliogravure, d'offset, de typographie et de laser, la sérigraphie, l'édition de toute œuvre publicitaire, l'ingénierie publicitaire etc. "... le 13 mars 2014, ma société "Sté LAPEV SARL" était soumissionnaire pour l'achat du DAO,

manuels scolaires CI-CP-CE1 pour un montant de neuf cent mille (900.000) francs CFA ... Le 24 mars 2014, j'étais également soumissionnaire pour l'achat du DAO manuels scolaires CE2-CM1 et CM2 pour un montant de neuf cent mille (900 000) francs CFA également ... tout ceci est mis en exergue pour montrer au juge constitutionnel que non seulement j'ai la qualité et intérêt pour agir, mais surtout que je fais les mêmes activités que l'imprimerie Tundé, la nouvelle presse industrielle et graphique, l'imprimerie minute, en somme, lesdits "éditeurs nationaux" en ce qu'il y a eu manifestement dans la décision incriminée, discrimination, violation du principe de l'égalité, violation de l'article 26 de la Constitution du 11 décembre 1990 » ;

Considérant qu'il poursuit : « II-Discussion des moyens : Sur l'article 4 de la décision incriminée. Le 1^{er} alinéa de l'article 4 dispose : "la PRMP du MEMP apporte les mesures correctives ci-après au DAO avant de poursuivre la procédure de passation desdits marchés, conformément à la stratégie nationale de l'éducation et dans l'intérêt supérieur de la Nation : a- passer un contrat de concession de service public pour l'exploitation des copyrights pour une durée de cinq (05) ans avec des éditeurs nationaux ; b- modifier le mode de passation du marché en lieu et place de l'avis d'appel d'offres international ouvert, faire un appel d'offres national restreint (aux titulaires du contrat de concession des copyrights) pour passer un marché à commandes d'un an renouvelable une fois, conformément aux dispositions de l'article 40 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009" ; ... Dans son analyse, la personne responsable des marchés publics du ministère des Enseignements maternel et primaire à la page 7, 3^{ème} tiret du deuxième paragraphe dit ceci : " le réseau de distribution ne saurait être exigé comme le prétend l' "imprimerie Tundé" " étant donné que ce critère paraît discriminatoire, sélectif et orienté du fait que les entreprises naissantes qui n'avaient jamais participé à un tel appel d'offres se verraient d'office exclues de la concurrence. Ce critère dont l'objectif premier est d'assurer la disponibilité des ouvrages sur l'étendue du territoire national ne saurait être exigé qu'aux attributaires définitifs avant la contractualisation". A ce niveau, la personne

responsable des marchés publics du ministère des Enseignements maternel et primaire a entièrement raison en ce qu'il faut respecter la légalité, ne pas prendre une décision discriminatoire, ne pas prendre une décision qui exclut de la concurrence les autres soumissionnaires potentiels qui du reste achètent les dossiers d'appel d'offres pour prendre part à la compétition des marchés publics conformément aux textes en vigueur ... Au point c- de la page 7, relatif aux moyens des tiers soumissionnaires relevés dans le dossier, l'imprimerie nouvelle presse graphique (NPIG) dit ce qui suit à la page 8, au 3^{ème} paragraphe : " ... les droits d'exploitation des copyrights ont tous expiré, aucun éditeur n'a juridiquement le droit de vendre à qui que ce soit les manuels scolaires et cahiers d'activités. Seul l'Etat béninois, propriétaire exclusif des ouvrages scolaires, peut les vendre et se doit de les mettre sur le marché béninois si la situation perdure" ... Il résulte à ce niveau aussi que les allégations de l'imprimerie Tundé conduisant à la prise de la décision incriminée ne sont pas du tout fondées, qu'il y a eu manipulation tendant à la prise d'une décision contraire à la Constitution ... » ; qu'il ajoute : « Il ressort de l'analyse de l'acte incriminé, au point (c) de la page 9 que les droits dont parle l'imprimerie Tundé sont déjà à terme et n'appartiennent plus à l'USAID, non plus aux premiers éditeurs nationaux, mais de façon exclusive à l'Etat. Il ressort de l'analyse des points a) et b) incriminés que : "passer un contrat de concession de service public pour l'exploitation des copyrights pour une durée de cinq (05) ans avec des éditeurs nationaux" est une manière déguisée d'exclure les autres fournisseurs ; que " faire un appel d'offres national restreint (aux titulaires du contrat de cession des copyrights) ... " n'est pas conforme ni à la Constitution ni au droit positif béninois En ne permettant pas aux autres fournisseurs de participer à l'appel d'offres, en ne faisant pas un appel d'offres ouvert à tous les citoyens, voire toutes les sociétés pouvant prétendre participer à l'appel d'offres et d'aller à la concurrence de façon transparente conformément au droit positif béninois, est discriminatoire ; que dans ce cas, l'autorité de régulation des marchés publics n'a pas respecté le principe d'égalité de traitement affirmé par les articles 26 de la

Constitution et 3 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, alors qu'il existe un principe général selon lequel "toutes les personnes se trouvant dans une situation identique à l'égard du service public doivent être régies par les mêmes règles" ... Il résulte de l'application de ce principe en matière de marché public, notamment dans le cas d'espèce, qu'il ne saurait y avoir : "un contrat de concession de service public pour l'exploitation des copyrights pour une durée de cinq (05) ans avec des éditeurs nationaux" et aussi "faire un appel d'offres national restreint (aux titulaires du contrat de cession des copyrights) pour passer un marché à commandes d'un an renouvelable une fois ... " ; que tous les citoyens, que tous les fournisseurs, que tous les soumissionnaires, que toutes les sociétés, que tous les concurrents pressentis pour entrer en compétition, soient assujettis à la même obligation et soient titulaires des mêmes droits ; ... En l'espèce, la règle de l'égalité des citoyens pouvant concourir de manière transparente, pouvant entrer en compétition pour les marchés publics n'a pas du tout été respectée comme le montre l'acte incriminé, qui est plutôt discriminatoire, contraire non seulement à l'article 26 de la Constitution, mais aussi contraire à l'article 3 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples qui fait partie intégrante de la Constitution. ... L'alinéa 1 de l'article 26 de la Constitution ... dispose que : "L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale" ; ... le point 1 de l'article 3 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples stipule que : "toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi" ; que cette égalité s'analyse comme une règle selon laquelle la loi ou le règlement doit être le même pour tous, aussi bien dans son adoption que dans son application et ne doit contenir aucune discrimination injustifiée ... Dans le cas d'espèce, il y a une inégalité de traitement faite à des fournisseurs de manuels scolaires et présentant la même situation administrative qu'on exclut déjà de la compétition ... il y a eu forcément violation de l'égalité et l'acte incriminé est discriminatoire ... en nous excluant de la participation aux appels d'offres ouverts pour les années à venir au profit des fournisseurs

qui ont été choisis d'office, sans transparence, sans appel d'offres ouvert à tous les concurrents, il y a eu forcément discrimination, donc ... » ;

Considérant qu'il conclut : « En ne permettant pas que tous les fournisseurs nationaux concourent au même titre que tous les autres, sans aucun motif fondé, sans aucune justification avérée, l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) a violé le principe de l'égalité de traitement consacré par l'article 26 alinéa 1 de la Constitution et l'article 3 alinéa 1 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples » ; qu'il demande à la Cour « de déclarer contraires à la Constitution : les points a) et b) de l'article 4 de la décision n° 2014-20/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 03 juillet 2014 ordonnant des mesures correctives des dossiers d'appel d'offres n° 001 et n° 002/PRMP/MEMP/CCMP/SA pour la réédition des manuels et cahiers d'activités du cours primaire au profit du ministère des Enseignements maternel et primaire et séparant le contrat de cession des copyrights des commandes annuelles de l'Etat soumis au contrôle de constitutionnalité » ;

INSTRUCTION DU RECOURS

Considérant qu'en réponse à la mesure d'instruction de la haute juridiction, le secrétaire permanent de l'autorité de régulation des marchés publics, Monsieur Hervé Nicaise AWOLO, écrit : « ... Il sera ci-après démontré au principal, que la juridiction de céans est incompétente pour connaître de ce recours et au subsidiaire, que ledit recours n'est pas fondé. Mais auparavant, pour une compréhension du dossier, il échoit de faire un bref rappel des faits et de la procédure.

I-RAPPEL DES FAITS ET DE L'OBJET DU RECOURS

Le Président directeur général (PDG) de l'imprimerie TUNDE a saisi l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) d'un recours en contestation des incohérences constatées dans la conduite de la procédure de passation des marchés publics et dans les Dossiers d'appel d'offres (DAO), lancés par avis n° 001 et

n° 002/PRMP/MEMP/CCMP/SA du 1^{er} mars 2014, relatifs à la réédition des manuels et cahiers d'activités du cours primaire. L'imprimerie TUNDE a exposé que malgré les addenda apportés au DAO, ladite procédure "ne garantit pas une évaluation objective des soumissionnaires". Elle a relevé les insuffisances ci-après tant dans les DAO que dans leurs addenda : 1- le réseau de distribution n'a pas été pris en compte dans les DAO concernés contrairement à la pratique consacrée depuis l'année 2002. Le requérant soutient n'avoir reçu aucune réponse à cette question et les addenda seraient restés muets sur cette considération substantielle ; 2- l'annulation du droit d'auteur par les addenda, précédemment fixé à 5 pour chaque lot signifierait, non seulement que les soumissions sont exemptes de droits d'auteur, mais aussi impliquerait une incidence directe sur le prix ; 3- l'absence de motivation pour le rétrécissement du délai du marché pluriannuel de cinq (05) à deux (02) ans ; 4- l'incohérence entre la date de dépôt et d'ouverture des plis retenue par les addenda ; 5- le changement de caractéristiques au niveau des cahiers d'activités ayant une incidence financière ; 6- les DAO sont conçus comme s'il s'agissait d'un marché de fournitures de manuels et cahiers d'activités alors qu'il s'agissait d'un marché de cession de copyright.

Au regard de ces insuffisances qu'elle a dénoncées, l'imprimerie TUNDE a sollicité de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP), d'ordonner les mesures correctives aux DAO "pour ne pas porter préjudice à la mise en œuvre du programme national de l'éducation". Au terme de l'instruction du recours de l'imprimerie TUNDE, l'ARMP a rendu la décision n° 2014-20/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 03 juillet 2014 dont la teneur est libellée comme suit : "PAR CES MOTIFS : article 1^{er} : Le recours de l'imprimerie TUNDE est recevable ; article 2 : Le recours de l'imprimerie TUNDE est fondé en ce qui concerne le défaut de réponse de la PRMP du MEMP à ses demandes d'éclaircissement et la durée du contrat de cession des copyrights. Mais, cette cession ne peut se faire par un marché public ; article 3 : La suspension de la procédure des appels d'offres n° 001 et n° 002/PRMP/CCMP/SA du 1^{er} mars 2014 relatifs à la réédition des manuels et cahiers d'activités du cours

primaire est levée sous réserve des mesures correctives précisées à l'article 4 de la présente décision ; article 4 : La PRMP apporte les mesures correctives ci-après aux DAO avant de poursuivre la procédure de passation desdits marchés, conformément à la stratégie nationale de l'éducation et dans l'intérêt supérieur de la Nation ; a)- passer un contrat de concession de service public pour l'exploitation des copyrights pour une durée de cinq (5) ans avec des éditeurs nationaux ; b)- modifier le mode de passation du marché : en lieu et place de l'avis d'appel d'offres international ouvert, faire un appel d'offres national restreint aux titulaires du contrat de cession des copyrights pour passer un marché à commande d'un an renouvelable une fois, conformément aux dispositions de l'article 40 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin ; c)- changer les titres des DAO : au lieu de "DAO pour la réédition de manuels et de cahiers d'activités ... ", parler de "DAO pour la fourniture des manuels et cahiers d'activités ... " ; d)- apporter au centre national de production de manuels scolaires les éclaircissements demandés ; e)- faire ampliation des mesures correctives prises à cet effet à l'ARMP au fur et à mesure de leur adoption.

C'est contre cette décision que la société LAPEV SARL a formé un recours en inconstitutionnalité relativement aux points a et b. » ;

Considérant qu'il affirme : « II. DISCUSSION : Au soutien de son recours, la société LAPEV Sarl, soumissionnaire dans la procédure de passation de marché susmentionné, plaide :

- les points a et b de l'article 4 de la décision déférée à la censure de la Cour de céans ne sont pas conformes à la Constitution ni au droit positif béninois ;
- le principe d'égalité de traitement édicté par les articles 26 de la Constitution et 3 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples a été violé ;
- les points a) et b) de l'article 4 de la décision querellée font que ladite décision "est manifestement discriminatoire en ce qu'elle exclut les autres soumissionnaires de la compétition" ;

- "il n'y a jamais eu de contrat de concession entre l'Etat et les éditeurs en question" ;
- "les copyrights auraient été remis aux fournisseurs en son temps afin qu'ils puissent éditer les manuels et cahiers" et que c'est "l'Etat à travers le ministère des Enseignements maternel et primaire qui est propriétaire des copyrights" ;
- "une fois le contrat arrivé à terme, les éditeurs devraient rendre les copyrights aux autorités du MEMP, pour sauvegarder les intérêts de l'Etat, ce qui n'a pas été fait" ;
- "l'exigence du réseau de distribution est discriminatoire comme l'affirme la PRMP du MEMP" ;
- "les allégations de l'imprimerie TUNDE conduisant à la prise de la décision incriminée ne sont pas du tout fondées, qu'il y a eu manipulation tendant à la prise d'une décision contraire à la Constitution".

La Cour constitutionnelle est-elle compétente pour connaître du recours de la société LAPEV SARL ?

A-AU PRINCIPAL : SUR L'INCOMPETENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Le recours formé par la société LAPEV SARL a trait indubitablement à la légalité de la décision querellée et non à sa conformité à la Constitution. En effet, le requérant conteste la régularité de la décision de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) au regard des textes législatifs et réglementaires qui régissent les marchés publics en République du Bénin. Les dispositions de l'alinéa 1 de l'article 26 de la Constitution du 11 décembre 1990 qu'excipe le requérant, ne sont pas en cause en l'espèce. La décision querellée n'a point fait une discrimination entre les parties selon leurs origine, race, sexe, religion, opinion publique ou position sociale. Ladite décision n'a davantage pas rompu l'égalité des parties devant la loi. Les principes qui ont été prétendument violés par l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) sont ceux spécifiques au secteur des marchés publics, édictés par la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin. Pour autant que ces principes aient jamais

été violés, une telle prétendue violation ne peut s'apprécier qu'au regard des dispositions légales qui régissent le secteur des marchés publics. Il ne s'agit donc pas en l'espèce d'une quelconque violation des dispositions constitutionnelles. Le contentieux déferé à la Cour de céans est à l'évidence, un contentieux de la légalité de la décision querellée. Il s'ensuit que la juridiction de céans est incompétente pour connaître du recours formé par le requérant. L'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) sollicite en conséquence qu'il plaise à la Cour constitutionnelle de se déclarer incompétente.

B- AU SUBSIDIAIRE : SUR LE MAL FONDE DES MOYENS PLAIDES PAR LA SOCIETE LAPEV SARL

L'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) démontrera le mal fondé des moyens plaidés par le requérant en se basant sur les quatre (04) principaux points ci-après :

- l'inexistence de la discrimination dans sa décision;
- la nécessité de la protection des intérêts de l'Etat ;
- la non implication de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) dans la passation de ce marché de gré à gré en Conseil des ministres ;
- l'exigence du réseau de distribution n'est pas discriminatoire, mais il y a plutôt inadéquation du mode de passation retenu pour cette commande par l'autorité contractante. » ; qu'il allègue :

« 1. L'INEXISTENCE D'UNE DISCRIMINATION DANS LA DECISION QUERELLEE :

Le fait de "passer un contrat de concession de service public pour l'exploitation des copyrights pour une durée de cinq (05) ans avec les éditeurs nationaux" n'est nullement une manière déguisée d'exclure les autres fournisseurs : aux termes de l'article 3 alinéa 19 de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin, la délégation de service public est un "contrat par lequel une personne morale de droit public ou de droit privé confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service : elle comprend les régies intéressées, les affermages ainsi

que les concessions de service public, qu'elle inclut ou non l'exécution d'un ouvrage". La mise en œuvre de toute délégation de service public est régie par ladite loi, notamment les dispositions des articles 94 à 105, de telle sorte qu'aucune discrimination ne soit possible. En effet, l'article 98 alinéa 2 de ladite loi dispose: "La passation de la convention de délégation de service public doit être précédée d'une publicité de nature à permettre une large information sur le projet considéré, selon les règles définies aux articles 58 et suivants de la présente loi. Le délai de réception des soumissions est de quarante-cinq (45) jours au moins à compter de la date de publication de l'avis". Mieux, pour respecter les principes fondamentaux de la commande publique et éviter toute discrimination, cette même loi, en ce qui concerne toute forme de délégation de service public, dispose en son article 100 : "La sélection des offres doit être effectuée, suivant une procédure d'appel d'offres ouvert qui peut être en une ou deux étapes. L'autorité délégante procède par voie d'appel d'offres ouvert en une seule étape, lorsqu'elle dispose de spécifications techniques détaillées et de critères de performances ou d'indicateurs de résultats précis. La sélection du délégataire peut également se faire en deux étapes lorsqu'il y a exigence de préqualification ... ". Il est donc loisible au requérant et à toutes les imprimeries exerçant sur le territoire national et qui ont des aptitudes requises conformément au dossier d'appel d'offres, de postuler à cette concession dès son lancement.

Par ailleurs, la recommandation selon laquelle il faut séparer le contrat de cession des copyrights des commandes annuelles de l'Etat tire son fondement de la différence entre la nature des modes d'acquisition propres à chaque type de besoin (besoin de cession des copyrights en vue de leur exploitation et besoin des fournitures issues de cette exploitation: cahiers d'activités et manuels de lecture). En effet, si pour un marché public de fournitures, il revient à l'autorité contractante de verser directement un prix, sans pour autant exposer son cocontractant à un risque d'exploitation et d'autres exigences, tel n'est pas le cas d'une délégation de service public et plus précisément d'une concession de service public. En l'espèce, il s'agit de la cession

des copyrights dont l'Etat est propriétaire en vue de leur exploitation pour satisfaire à la fois les besoins périodiques de l'Etat et des usagers de l'école primaire. Cette cession de copyrights est caractérisée par les exigences ci-après :

- l'exploitation d'un bien immatériel (copyrights) appartenant à l'Etat pour satisfaire ses besoins périodiques ainsi que ceux des usagers de l'école primaire publique et privée (écoliers et leurs parents) ;

- la nécessité légitime de la mise en place d'un réseau de distribution sur toute l'étendue du territoire national pour rendre disponibles les manuels et cahiers d'activités à tout moment et au même prix afin d'assurer l'égal accès des citoyens aux manuels et cahiers d'activités et la continuité du service public ;

- le reversement à l'Etat d'un taux fixé dans le contrat et représentant les droits d'auteur ; -l'investissement nécessaire à l'exploitation des copyrights qui n'est pas amortissable du coup ;

- les risques d'exploitation à la charge du cocontractant ;

- la rémunération du cocontractant substantiellement liée aux résultats de l'exploitation à travers la vente des manuels de lecture et cahiers d'activités à l'Etat et aux usagers de l'école.

Toutes les caractéristiques ci-dessus citées ne sont pas celles d'un marché public. Passer un marché public pour satisfaire un tel besoin, c'est inapproprié. Il est donc indéniable que le mode le plus approprié pour des commandes de cette nature pour protéger les intérêts de l'Etat, est une concession de service public, d'où la nécessité de séparer le contrat de cession des copyrights des commandes annuelles de l'Etat. De plus, étant donné que la concession de service public pour l'exploitation de ces copyrights doit se faire suivant les dispositions de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 susvisée qui prescrit en son article 4 alinéa premier "la liberté d'accès à la commande publique, la transparence des procédures et l'égalité de traitement des candidats", il est impossible d'exclure de la concurrence toute entreprise éligible. Au regard de ce qui précède, les allégations du requérant selon lesquelles est discriminatoire : " un contrat de concession de service public pour l'exploitation des copyrights

pour une durée de cinq (05) ans avec des éditeurs nationaux" ne sont pas fondées. » ;

Considérant qu'il poursuit : « Par ailleurs, le fait également de "faire un appel d'offres national restreint (aux titulaires du contrat de cession des copyrights) ..." n'est pas une violation de la Constitution (en son article 26) ni du droit positif béninois : l'article 26 de la loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin dispose : "L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale. L'homme et la femme sont égaux en droit. L'Etat protège la famille et particulièrement la mère et l'enfant. Il veille sur les handicapés et les personnes âgées". En ce qui concerne le droit positif béninois, la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 citée supra, en son article 35, dispose : "L'appel d'offres est restreint lorsque seuls les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter peuvent remettre des offres. Il est ensuite procédé comme en matière d'appel d'offres ouvert. Il ne peut être recouru à la procédure d'appel d'offres restreint que lorsque les biens, les travaux ou les services, de par leur nature spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs, d'entrepreneurs ou de prestataires de services. Dans ce cas, tous les candidats qui ont les compétences et qualifications requises doivent être invités. Tout entrepreneur, fournisseur, prestataire de services qui dispose des compétences techniques pour exécuter le marché et qui n'a pas été consulté, peut solliciter une autorisation expresse de la direction nationale de contrôle des marchés publics compétente pour participer à l'appel d'offres restreint. La décision de la direction nationale de contrôle des marchés publics doit intervenir dans un délai de cinq (5) jours. Si au terme de ce délai, aucune suite n'est donnée, l'autorisation de participer à l'appel d'offres restreint est réputée acquise. Tout refus doit être motivé et faire l'objet d'un recours devant l'autorité de régulation. Le recours à la procédure d'appel d'offres restreint doit être motivé et soumis à l'autorisation préalable de la direction nationale de contrôle des marchés publics compétente". Les dispositions de l'article 35 ci-dessus citées précisent clairement les conditions de recours à un appel d'offres restreint

et garantissent la liberté d'accès à tout candidat qui se sent capable. La recommandation faite par l'ARMP au point b) de l'article 4 de sa décision est intimement liée à celle du point a) du même article. Etant donné qu'à travers la concession des copyrights à certains éditeurs nationaux, lesdits copyrights ne seront disponibles qu'auprès des concessionnaires qui seront retenus, l'autorité contractante ne peut recourir qu'à un appel d'offres restreint pour les commandes annuelles des manuels de lecture et cahiers d'activités du cours primaire. Pour garantir la transparence des procédures et la liberté d'accès à la commande publique dans le cadre d'un appel d'offres restreint, le législateur a prescrit que : -tous les candidats détenant des compétences et qualifications dans le domaine soient invités à déposer leurs offres ; -tout candidat qui se sent qualifié pour présenter une offre et qui n'aurait pas été invité, puisse solliciter l'autorisation de la DNCMP pour postuler.

Il est donc évident, qu'il s'agit de tout un processus et aucune discrimination n'est faite à ce niveau comme l'affirme le requérant. Ni la Constitution du Bénin ni le droit positif béninois, ne sont violés par l'organe de régulation. Il y a plutôt une mauvaise lecture de ladite décision par le requérant et sa non maîtrise de certaines notions essentielles d'une délégation de service public. » ;

Considérant qu'il soutient : « 2. LA NECESSITE DE LA PROTECTION DES INTERETS DE L'ETAT

Le requérant soutient que :

- "il n'y a jamais eu de contrat de concession entre l'Etat et les éditeurs en question" ;

- "les copyrights auraient été remis aux fournisseurs en son temps afin qu'ils puissent éditer les manuels et cahiers" et que c'est "l'Etat à travers le ministère des Enseignements maternel et primaire qui est propriétaire des copyrights" ;

- "une fois le contrat arrivé à terme, les éditeurs devraient rendre les copyrights aux autorités du MEMP pour sauvegarder les intérêts de l'Etat, ce qui n'a pas été fait".

A travers ces affirmations du requérant, il est aisé de déduire que l'exploitation de ces copyrights n'a pas été bien organisée par l'Etat jusqu'ici à travers les marchés qu'il passe à cet effet, d'où la nécessité de corriger la situation pour éviter le bradage de ce bien public par certains éditeurs. En passant un marché public pour exploiter ces copyrights, les modalités de reversement des droits d'auteur ne sont pas précisées; il ne prend pas en compte la totalité du chiffre d'affaires des éditeurs relative à l'exploitation de ces copyrights. Aucun mécanisme de contrôle des exploitants n'est prévu. Ce sont donc des ressources qui échappent au trésor public. En séparant les deux contrats et en recourant à une concession de service public pour l'exploitation des copyrights, les intérêts de l'Etat seraient mieux sécurisés. » ;

Considérant qu'il fait observer : « 3. LA NON IMPLICATION DE L'ARMP DANS LA PASSATION DE CE MARCHE PAR PROCEDURE EN CONSEIL DES MINISTRES :

Pour le requérant, l'ARMP a rendu la décision n° 2014-20/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 03 juillet 2014 après l'attribution de ce marché par procédure de gré à gré à certains soumissionnaires pour un montant de 2.964.299.908 F CFA. Pour faire la preuve de cette allégation, elle a joint l'extrait du relevé n° 10 des décisions prises par le Conseil des ministres en sa séance du 27 avril 2014. A ce sujet, il est évident que c'est une fausse querelle qui est faite à l'ARMP. En effet, l'ARMP a été saisie le 28 avril 2014 par la lettre n° L086/14/AHFP/PDG/IT du 28 avril 2014 enregistrée au secrétariat administratif de l'ARMP à la même date sous le numéro 30. Il est donc logique que la décision de l'ARMP n'ait été rendue qu'après le 28 avril 2014. En outre, tout au long de l'instruction du dossier, aucune des parties n'a porté à la connaissance de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) que le Conseil des ministres a pris quelque décision en sa séance du 27 avril 2014. Au demeurant, plusieurs correspondances ont été échangées entre l'ARMP et la personne responsable des marchés publics du ministère des Enseignements maternel et primaire sans que cette dernière n'ait cru devoir informer l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) qu'une communication a été introduite en Conseil des

ministres pour demander l'autorisation de passer ce marché par procédure de gré à gré.

Par ailleurs, ni l'imprimerie TUNDE qui a saisi l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) de ce recours ni l'imprimerie nouvelle presse graphique qui a adressé des courriers à l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) en tant que tiers soumissionnaire dans le cadre de l'instruction de ce recours et à qui ce marché a été attribué n'ont cru devoir verser au dossier ou évoquer le fait qu'elles ont été titulaires de ce marché par procédure de gré à gré. Cela étant, il importe pour l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) de relever à l'attention de la Cour de céans, qu'aucune disposition de la loi n°2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin ni de ses décrets d'application, ne donnent compétence au Conseil des ministres pour autoriser la passation d'un marché par procédure de gré à gré. En la matière, c'est la direction nationale de contrôle des marchés publics qui est compétente conformément à l'article 51 de la même loi. De plus, les conditions de recours au marché de gré à gré sont limitativement citées par cette loi en son article 48. L'intervention du Conseil des ministres dans le processus d'attribution des marchés publics et des délégations de service public n'est pas expressément prévue par la loi. Le Conseil des ministres l'a reconnu volontiers à travers, notamment sa décision en date du 12 avril 2013 (cf. Relevé des décisions administratives du Conseil des ministres du 12 avril 2013). En effet, dans ledit relevé (à la page 6), il est demandé à tous les ministres et autorités contractantes : - "de mettre rigoureusement en application les dispositions de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin et de ses décrets d'application relatives aux marchés de gré à gré, notamment de solliciter auprès de la Direction nationale de contrôle des marchés publics (DNCMP) habilitée, l'autorisation spéciale de recourir à ce mode exceptionnel de passation de marchés ; -d'accompagner au cas où ils doivent s'en référer au Conseil des ministres, leurs demandes d'approbation des marchés de gré à gré, de cette autorisation spéciale délivrée par la Direction nationale de contrôle des

marchés publics (DNCMP) ; -de faire assumer par l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) et la Direction nationale de contrôle des marchés publics (DNCMP) leurs responsabilités pour faire appliquer par tous les acteurs, les dispositions légales et réglementaires relatives aux marchés publics et délégations de service public".

Le ministre des Enseignements maternel et primaire et la personne responsable des marchés publics de ce département ministériel ont connaissance de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 et de ses décrets d'application ainsi que de cette décision du Conseil des ministres.

De ce qui précède, il s'ensuit que la décision prise par le Conseil des ministres est, en elle-même, illégale. L'invoquer aussi est tout aussi illégal. » ;

Considérant qu'il conclut : « L'EXIGENCE DU RESEAU DE DISTRIBUTION N'EST PAS DISCRIMINATOIRE, MAIS IL Y A PLUTÔT INADEQUATION DU MODE DE PASSATION RETENU POUR CETTE COMMANDE PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE :

Dans un contrat de marché public, on ne saurait exiger la mise en place d'un réseau de distribution au cocontractant, mais dans une délégation de service public, cela est possible. Dans le cas d'espèce, cette exigence doit être portée à la connaissance des candidats avant la mise en concurrence pour leur permettre de proposer leurs offres en toute connaissance de cause. En vertu du principe de transparence, tous les critères de sélection et les obligations du cocontractant doivent être préalablement portés à la connaissance des candidats à travers le dossier d'appel d'offres. Il serait arbitraire et contraire aux dispositions de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 susvisée, dans le cadre d'une commande publique de quelque forme que ce soit, que l'autorité contractante introduise de nouvelles obligations lors de la signature du contrat comme l'affirme la PRMP du MEMP et le requérant. Tout soumissionnaire bien averti, contesterait avec raison une telle démarche. Si dans le cadre d'un marché public par appel d'offres ouvert, cette exigence peut paraître discriminatoire, elle est néanmoins normale dans le cadre d'une

concession. Elle est même nécessaire. » ; qu'il demande à la Cour de :

« - AU PRINCIPAL : dire et juger qu'il s'agit d'un contentieux de la légalité et se déclarer incompétente ;

- AU SUBSIDIAIRE : débouter la société LAPEV SARL de tous ses moyens et demandes ... » ;

ANALYSE DU RECOURS

Considérant que Monsieur Comlan Olivier GAHOU demande à la Cour de dire et juger qu'il y a discrimination ; que le secrétaire permanent de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP), Monsieur Hervé Nicaise AWOLO, plaide au principal l'incompétence de la Cour ;

1- Sur la compétence de la Cour

Considérant que les articles 3 alinéa 3 et 117 alinéa premier de la Constitution disposent respectivement :

« Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et nonavenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels » ; « La Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur... la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et en général, sur la violation des droits de la personne humaine... » ; qu'il découle de la lecture croisée et combinée de ces deux dispositions que la Cour constitutionnelle est compétente toutes les fois qu'il est évoqué contre une loi, un texte ou un acte réglementaire la violation d'un droit fondamental ou d'une liberté publique ; que dans le cas d'espèce, le requérant demande à la Cour de dire et juger que l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) a violé le principe de l'égalité de traitement qui est un des droits fondamentaux ; que dès lors, l'examen de cette demande relève de la compétence de la Cour ; qu'il échet pour elle de se déclarer compétente ;

2- Sur la discrimination

Considérant qu'aux termes de l'article 26 de la Constitution : « *L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale* » ; que selon l'article 3.1 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples : « *Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi* » ; que l'égalité, selon la jurisprudence constante de la Cour, s'analyse comme une règle selon laquelle les personnes se trouvant dans une même situation doivent être soumises au même traitement sans discrimination ;

Considérant qu'il ressort des éléments du dossier que dans le cadre de la réédition des manuels scolaires et cahiers d'activités, le ministère des Enseignements maternel et primaire a mis sur le marché courant décembre 2013, deux (02) dossiers d'appel d'offres ; que c'est alors que certains candidats auxdits appels d'offres ont exercé des recours, lesquels ont donné lieu à la décision n° 2014-20/ARMP/PR-CR/CRD/SP/DRAJ/SA du 03 juillet 2014 aux termes de laquelle l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) a ordonné la suspension de la procédure des appels d'offres dont s'agit et a demandé, dans l'intérêt supérieur de la Nation, au PRMP du MEMP de passer un contrat de concession de service public pour l'exploitation des copyrights pour une durée de cinq (5) ans avec des éditeurs nationaux et de modifier le mode de passation du marché en remplaçant l'avis d'appel d'offres international ouvert par un appel d'offres national restreint aux titulaires du contrat de cession des copyrights pour passer un marché à commandes d'un an renouvelable une fois ; que la Personne responsable des marchés publics (PRMP) du ministère des Enseignements maternel et primaire (MEMP) a décidé de mettre en application cette décision ; que c'est pendant cette mise en œuvre que le requérant a saisi la haute juridiction estimant que la Personne responsable des marchés publics (PRMP) du ministère des Enseignements maternel et primaire (MEMP) n'a pas soumis tous les soumissionnaires au DAO international à un même traitement ;

Considérant que dans le cas d'espèce, le principe d'égalité doit s'apprécier par rapport aux nouvelles conditions retenues pour la passation du marché telles que décidées par l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) et mises en œuvre par la Personne responsable des marchés publics (PRMP) du ministère des Enseignements maternel et primaire (MEMP) ; que le requérant, tout en querellant la rétrocession des copyrights par les premiers éditeurs à l'Etat qui en est propriétaire, ne rapporte pas la preuve d'une part, de ce qu'il est titulaire du contrat de cession des copyrights et de ce qu'il a, d'autre part, soumissionné à cette concession de copyrights et n'a pas été soumis à un même traitement que les autres soumissionnaires ; qu'il ne se trouve donc pas dans la même situation que ceux ayant soumissionné pour l'appel d'offres national restreint ; qu'en conséquence, il échet pour la Cour de dire et juger qu'il n'y a pas discrimination ;

D E C I D E :

Article 1^{er}.- La Cour est compétente.

Article 2.- Il n'y a pas discrimination.

Article 3.- La présente décision sera notifiée à Monsieur Comlan Olivier GAHOU, à Monsieur le Secrétaire permanent de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP), Monsieur Hervé Nicaise AWOLO, et publiée au Journal officiel.

Ont siégé à Cotonou, le vingt-trois avril deux mille quinze,

Messieurs	Théodore	HOLO	Président
	Zimé Yérima	KORA-YAROU	Vice-Président
	Simplice C.	DATO	Membre
	Bernard D.	DEGBOE	Membre
Madame	Marcelline-C	GBEHA AFOUDA	Membre
Monsieur	Akibou	IBRAHIM G.	Membre
Madame	Lamatou	NASSIROU	Membre

Le Rapporteur,

Le Président,

Lamatou NASSIROU.-

Professeur Théodore HOLO.-