

RCC

REVUE

CONSTITUTION ET CONSOLIDATION

DE L'ÉTAT DE DROIT DE LA DÉMOCRATIE ET
DES LIBERTÉS FONDAMENTALES EN
AFRIQUE

ÉDITORIAL

DOCTRINE

« **La dernière vague du constitutionnalisme en Afrique noire francophone : la désacralisation de la constitution** »

Par NAHM-TCHOUGLI Mipamb Guy, Maître-Assistant
Faculté de Droit - Université de Lomé - TOGO (Page 9)

« **L'obligation de motivation des décisions des juridictions constitutionnelles en Afrique noire** »

Par Serge François SOBZE, Maître-assistant de droit public,
Université de Douala (Cameroun) (Page 63)

« **La question de la double responsabilité de l'administration et de l'agent public devant le juge administratif camerounais** »

Par AWONO ABODOGO Frank Patrick, Docteur en Droit Public à l'Université de Douala
(Cameroun) (Page 113)

« **La République dans la nouvelle Constitution du Centrafrique** »

Par Éric Stéphane MVAEBEME, Ph.D en Droit Public, Assistant à la Faculté de Sciences Juridiques
et Politiques de l'Université de Dschang (Cameroun) (Page 151)

« **Le choix du cocontractant de l'Administration dans les Etats d'Afrique subsaharienne : l'exemple du Cameroun** »

Par Luc Patrick Balla Manga, Docteur/Ph.D en droit public à l'université de Douala
(Cameroun) (Page 191)

« **Le pouvoir de substitution en droit de la décentralisation territoriale camerounaise** »

Maurice Cédric Mvogo, Conseiller Principal d'Orientation, Docteur en Droit public
Chercheur associé au Bureau des Etudes Stratégiques (BESTRAT) (Cameroun) (Page 241)

TRIBUNE LIBRE

« **L'accès des acteurs de la société civile et des individus à la Commission et à la Cour africaine des droits de l'homme** »

Par Dr. Christian Joël AKONO, Docteur en droit, Chargé de cours Université de Douala
(Cameroun) (Page 277)

« **Le retrait des Etats du Statut de Rome : un impact négatif mais relatif sur la répression des crimes internationaux** »

Par Ngang Joseph Magloire, Docteur en droit (Cameroun) (Page 315)

CHRONIQUES

**Chronique de droit des finances publiques et de droit public économique
(1er janvier au 31 décembre 2019)**

Par Errol TONI, Docteur en droit public, Centre d'études et de recherches sur
l'administration et les finances, (Université d'Abomey- Calavi)
Équipe de droit public, (Université Jean Moulin – Lyon 3) (Page 369)

JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

DECISION DCC 20-423 DU 09 AVRIL 2020 (Page 385)

DECISION DCC 20-434 DU 30 AVRIL 2020 (Page 389)

DECISION DCC 20-468 DU 22 MAI 2020 (Page 401)

DECISION DCC 20-510 DU 18 JUIN 2020 (Page 405)

ACTUALITÉ DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES (Page 413)

2020 N° 4 / SEMESTRIEL



COUR CONSTITUTIONNELLE

République du Bénin

Cour Constitutionnelle

REVUE
RCC **CONSTITUTION ET
CONSOLIDATION**
DE L'ÉTAT DE DROIT, DE LA DÉMOCRATIE ET
DES LIBERTÉS FONDAMENTALES EN AFRIQUE



DOCTRINE
CHRONIQUES
JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE
ACTUALITÉ DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

2020 N° 4 / Semestriel

Copyright : Cour Constitutionnelle du Bénin

Mise en page et impression

Imprimerie COPEF

00229 61 61 65 38 / 00229 95 84 34 34

imprimerie_copef2006@yahoo.fr

Cotonou - Bénin

ISSN : 1840-9687

Dépot légal : n° 11573 du 30 décembre 2020

3^{ème} trimestre Bibliothèque Nationale

Distribution : 00229 21 31 14 59

Droits de reproduction, de traduction, d'adaptation réservés pour tout pays.
(Loi n° 2005-30 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins
en République du Bénin)

ÉDITORIAL

La RCC trace, avec l'énergie de sa jeunesse et la patience qu'inspire la sagesse, ses propres sillons et ouvrent les perspectives encore plus enrichissantes à la théorie et à la pratique de la justice constitutionnelle.

Il est en effet heureux de s'interroger sur les rapports entre la justice constitutionnelle et la justice communautaire dont les aspects jusqu'alors méconnus commencent par être l'objet du dialogue nécessaire et attendu des juges au moyen des récentes décisions de la Cour constitutionnelle et de la Cour de justice de l'UEMOA. A la vérité, le saisissement par le droit constitutionnel du droit communautaire et le regard du droit communautaire sur la Constitution ne sont pas nouveaux. Mais la situation de latence méritait d'être dépassée pour saisir les rapports du droit posé.

Il est tout aussi heureux que les questions renouvelées relatives au lien entre le juge constitutionnel et le droit international, notamment le droit international pénal, soient tout aussi débattues. Si, par le droit, l'Etat ne saurait échapper à la responsabilité née de ses engagements internationaux, c'est également par le droit qu'il assure sa pérennité et son rayonnement tout en satisfaisant à son devoir de protection des droits individuels et collectifs.

Les préoccupations d'ordre interne ne sont pourtant pas ignorées par le présent numéro de votre revue. Le régime des actes administratifs a retenu l'attention des auteurs. On sait bien que les actes administratifs unilatéraux sont subordonnés au règne du droit, même dans les rapports entre les différents organismes de

droit public. C'est le cas en matière de substitution notamment des collectivités publiques. Le contrat administratif n'échappe pas au principe. La conclusion des contrats publics obéit à plusieurs règles au nombre desquelles l'égalité d'accès qui met les cocontractants en situation concurrentielle dont la transparence est garantie par des mécanismes prédéfinis. Puisque l'exercice de privilèges dérogatoires du droit commun ne saurait s'accommoder d'irresponsabilité, l'Etat de droit implique la possibilité pour l'Etat et ses agents de pouvoir rendre compte afin de réparer le préjudice causé. Cette manifestation de l'Etat de droit se traduit donc par des mécanismes permettant d'engager la responsabilité de l'administration ou de ses agents.

Enfin, l'Etat de droit trouve sa pleine expression dans la Constitution lorsque celle-ci répond aux critères matériels, la garantie des droits, et formel, la suprématie du droit, comme fondement de la République. Mais au-delà de cette expression, il faut un mécanisme qui permet de s'en assurer. Cela se traduit par le contrôle opéré par le juge constitutionnel. Ces décisions du juge ne sont pas intangibles. Elles peuvent évoluer dans le temps pour s'aligner aux contraintes circonstancielles. Pour ce faire, elles doivent satisfaire l'exigence de motivation. La motivation s'appréhende dès lors comme une source de démocratie. Les décisions de la juridiction constitutionnelle ne dérogent pas à cette exigence de l'Etat de droit, comme le souligne la chronique dédiée au droit des finances publiques et au droit public économique.

Le présent numéro de votre revue est publié au moment où la Constitution du 11 décembre 1990 célèbre ses noces de perles avec la Nation qu'elle protège et l'Etat qu'elle construit. En triomphant de diverses péripéties imposées par le temps, elle

pose avec patience la fondation de l'Etat de droit sur un socle dont la solidité est enviée. Si la révision intervenue le 7 novembre 2019 (Loi n°2019-40 du 7 novembre 2019 portant révision de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin), n'en a modifiée ni la fondation ni la structure, les modifications introduites renforcent la solidité de l'Etat et la stabilité du fonctionnement des institutions.

L'année 2021, que je souhaite heureuses et gracieuse, à chacune et à chacun, à toutes et à tous, maintiendra l'envie de la recherche et la flamme allumée sur l'ensemble de ces sujets.

La Revue remercie les contributeurs dont la fertilité de la pensée est sa source vitale de leur accompagnement constant et de grande qualité.

Bonne lecture pour une bonne année.

Pr. Joseph DJOGBENOU
Président de la Cour constitutionnelle,
Directeur de publication.

DOCTRINE

« Le choix du cocontractant de l'Administration dans les Etats d'Afrique subsaharienne : l'exemple du Cameroun »

Par Luc Patrick Balla Manga
*Docteur/Ph.D en droit public à
l'université de Douala*

INTRODUCTION

« Le droit administratif, droit de privilège ? ». Ainsi s'interrogeait le professeur Jacques CHEVALLIER¹ dans un article paru en 1988, publié à la revue *Pouvoirs* et demeuré célèbre. L'auteur ne croyait pas si bien le dire, puisqu'à sa suite, d'autres encore, davantage radicaux (non sans raison), à l'instar de Jean BOULOIS², postulaient la suppression de ce droit ou à tout le moins, décriaient l'amenuisement des prérogatives de l'administration, qui parfois est moins libre que le particulier dans son action. Une observation fondamentale mérite d'être faite : le droit administratif a évolué³ et par suite de cela, son autonomie a été diluée. Il se dégage de ces considérations doctrinales que le droit administratif n'est plus seulement un droit spécial en raison de la poursuite de l'intérêt général au moyen de l'autoritarisme, puisqu'il fait aujourd'hui

1 CHEVALLIER (Jacques), « Le droit administratif, droit de privilège ? », in *Pouvoirs*, n° 46, 1988, pp. 57-70. Une littérature juridique française notamment abonde sur la question de l'autoritarisme du droit administratif, qui n'est pas toujours profitable à l'administration dans toutes les situations juridiques. Ce d'autant plus que cette dernière trouve souvent son action encadrée pour la meilleure satisfaction de l'intérêt général. Aussi bien convient-il de lire avec profit sur la même approche : RIVERO (Jean), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, pp. 279-296.

2 BOULOIS (Jean), « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, pp. 5-12.

3 CHEVALLIER (Jacques), « L'évolution du droit administratif », *RDP*, n° 5/6, 1998, pp. 1794-1809.

une grande place à d'autres disciplines juridiques, notamment le droit privé et donc civil. Mais encore et surtout, le caractère spécial et donc autoritaire, voire inégalitaire porte en lui-même les germes de sa propre destruction si l'on n'oublie pas que dans tout État libéral, on doit toujours concilier les pouvoirs de l'administration et les droits des administrés. Il n'est pas besoin, d'ailleurs, d'évoquer la décision charnière en la matière⁴ pour saisir cela.

Comme l'a parfaitement montré Jacques CHEVALLIER à la suite de René CHAPUS, ce droit tend à être banalisé, en perdant une part de sa raison d'être⁵, puisqu'il est orienté de plus en plus vers un droit des libertés publiques⁶. De son point de vue en effet, « le droit administratif n'est plus perçu comme un privilège pour l'administration mais comme un dispositif de protection des droits des administrés »⁷ permettant de réaliser un meilleur assujettissement de l'administration au droit, conclut-il.

Ainsi est-on conduit à constater que si le particulier est libre dans le choix de son partenaire ou de son cocontractant, l'administration en revanche, doit se plier à certaines exigences définies par la loi pour agir dans la légalité. On dira de même, que l'égalité bien connue avec laquelle sont traitées les parties à un contrat de droit civil est souvent sans commune mesure avec celle dont fait preuve le droit des contrats administratifs si l'on n'oublie pas

4 Il est bien connu de tous que l'arrêt de principe BLANCO, daté du 08 février 1873, s'entendait dire que le droit administratif, à contrecourant du droit civil, a son esprit qui se construit autour de la conciliation entre les prérogatives de l'administration et les droits individuels, même si pour y parvenir le juge de la légalité administrative doit rechercher les solutions partout y compris en droit privé, notamment civil.

5 CHEVALLIER (Jacques), « L'évolution du droit administratif », *op. cit.*, p. 1804.

6 GUESSELE ISSEME (Lionel Pierre), *L'apport de la Cour Suprême au droit administratif camerounais*, Thèse de Doctorat Ph.D. en droit public, Université de Yaoundé II, FSJP, septembre 2010, 703 p.

7 CHEVALLIER (Jacques), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *op. cit.*, p. 58.

que ce droit est par principe inégalitaire vu le déséquilibre entre l'administration et les administrés, en raison de la satisfaction constante de l'intérêt public recherchée par celle-ci⁸. Les principes de l'autonomie de la volonté et du consensualisme qui semblent gouverner les contrats de droit privé conclus par des personnes privées ne trouvent guère matière à application en droit des contrats administratifs⁹. Si en effet, il est acquis que l'administration fait recours toujours aux actes d'autorité¹⁰, non sans être les seuls, pour l'exécution et son contrôle en matière de marchés publics, *a contrario*, dans la passation et l'attribution de ces derniers, elle n'est plus impérieuse, mais ligotée¹¹. Il va sans dire qu'elle apparaît ainsi, non plus privilégiée, si tant est qu'en une puissance publique sommeille désormais une servitude publique¹² ; mais davantage limitée.

Il se trouve aussi que si en droit des contrats privés, il n'existe pas des critères préalablement établis pour le choix du cocontractant, en droit des contrats publics en revanche, cette action est légalement et juridictionnellement encadrée. L'originalité de la sélection du partenaire au contrat administratif réside dans la soumission de l'administration à un corps de règles, qui a été édicté aussi bien pour la période normale que pour celle

8 Cette considération justifie que les biens de la personne publique globalement et singulièrement ceux du domaine public bénéficient d'une protection beaucoup plus rigoureuse que ceux des particuliers. V. HAURIOU (Maurice), *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 9^{ème} édition, Paris, Sirey, 1919, p.740.

9 NICINSKI (Sophie), « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur* du professeur Michel GUIBAL, t. 1, 2006, pp. 45-61.

10 Sans plus revenir sur la distinction actes d'autorité et actes de gestion que nous croyons ne plus être utile à préciser, voir BIGOT (Grégoire), « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA.*, n° 3, mai-juin 2000, pp. 533 et s ; VEDEL (Georges), *Droit administratif*, t. 1, PUF, Paris, 1973, collection « Thémis », p. 83.

11 Selon la formule devenue célèbre de RIVERO (Jean), « Existe-t-il un critère du droit administratif », *op. cit.*, p. 287.

12 *Ibidem*.

exceptionnelle et dont le juge administratif assure le contrôle. C'est ainsi qu'on peut soutenir de manière fort convaincante que le choix du cocontractant de l'administration dans la législation positive du Cameroun n'est pas toujours libre. Deux raisons tendant à expliquer cela sont savamment avancées par les professeurs DEBBASCH et COLLIN¹³. La première relative au principe concurrentiel, doit faire considérer tout entrepreneur ou fournisseur comme potentiel cocontractant, de façon telle que, la vindicte de l'administration n'en écarte aucun. La seconde, d'un ordre différent, a trait aux finances publiques, et consiste pour l'administration à ne pas dilapider les deniers publics, en raison des sommes considérables que les marchés publics engagent. Par conséquent, l'administration doit tenir compte de l'enveloppe et de la politique budgétaires telle qu'elles ressortent de l'autorisation budgétaire donnée par le parlement à travers la loi de finances, avant d'engager cette dépense par quelque moyen que ce soit. Il se dégage de l'analyse de ces bases de données que le choix du cocontractant tout comme le contrat administratif lui-même sont soumis à des règles spéciales et dérogoires au droit commun.

Instruments privilégiés de l'action administrative et moyens par excellence d'exécution de la dépense publique dans les pays en développement, les contrats administratifs¹⁴ désignent des accords que l'administration passe avec des tiers (personnes publiques ou privées) pour la satisfaction de l'intérêt général moyennant un prix. Le mode de désignation de son partenaire, mieux le

13 DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif*, 7^{ème} édition, Paris, Economica, 2004, p. 483.

14 Aux termes de l'article 5(w) du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics, on entend par Marché Public : un « contrat écrit, passé conformément aux dispositions du présent Code, par lequel un entrepreneur, un fournisseur, ou un prestataire de service s'engage envers l'état, une collectivité territoriale décentralisée ou un établissement public, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix ».

mode d'expression de sa préférence que constitue le choix est le préalable à la dépense publique qu'exprime le marché public. Cette opération n'est rendue possible que si la personne publique charge une autre ou une personne privée (physique ou morale), partie au contrat, de l'exécution des prestations prévues dans le marché¹⁵.

Dans un contexte marqué par la rareté des ressources publiques, mais encore et surtout de poursuite du développement économique et national couplée de la recherche de la performance¹⁶, les États africains globalement et le Cameroun singulièrement, ont opté pour une mise en mouvement d'un Code de bonne gouvernance et de transparence¹⁷ sur lequel devraient s'adosser les législations

15 Cette définition est analogue à celle que l'on retrouve dans le Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics. En témoignent les éléments suivants : le cocontractant de l'administration ou titulaire du marché désigne « toute personne physique ou morale partie au contrat, chargée de l'exécution des prestations prévues dans le marché ».

16 Il est communément admis en droit public financier national, que l'on est passé depuis la réforme de 2007 et plus encore celle de 2018, d'une obligation de moyen par l'instauration du budget de moyen (sous l'empire de l'ordonnance de 1962, qui consiste à allouer des crédits budgétaires aux administrations sur la base des besoins établis au préalable) à une obligation de résultat à travers le budget programme dont l'objectif est la performance des administrations publiques au vu des objectifs à atteindre pour une croissance économique plus forte. On a pu avancer dans ce sens qu'avant la réforme de 2007, on observait une « reconduction quasi-automatique des dépenses d'une année à une autre sans nécessairement identifier les objectifs » ; alors que le nouveau cadre budgétaire au moyen de la gestion axée sur les résultats, montre bien que les administrations travaillent par objectifs dont la réalisation se traduit par des indicateurs précis. Pour une doctrine récente, consulter avec profit ABIABAG (Issa), *Le renouveau budgétaire au Cameroun*, Presses Universitaires Libres, 2013, pp 31-32. S'agissant de l'évolution du cadre budgétaire camerounais, confère respectivement l'ordonnance n°62/OF/2 du 07 février 1962 portant régime financier de l'État, la loi n° 2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'État, et la loi n° 2018/12 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des entités publiques.

17 Loi n°2018/011 du 11 Juillet 2018 portant code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun. Dans le même sens, on assiste à une généralisation des principes de bonne gouvernance dans presque toutes les sous-régions en Afrique comme le témoignent : Directive n°01/2009/CM/UEMOA portant code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA, Directive n°06/11-UEAC-190-CM-22 du 19 Décembre 2011 relative au Code de la transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques.

nationales. Celui-ci devra entre autres permettre une rationalisation de la dépense publique, le respect de la destination des crédits alloués, l'atteinte des objectifs indiqués et par voie de corollaire, faciliter le contrôle parlementaire et dans une large mesure ceux juridictionnel et administratif. Effectif et réel, le choix du cocontractant de l'administration est consacré au Cameroun, et participe d'ailleurs de la performance des administrations publiques. Mais, pour mieux cerner cette pratique, il est opportun de s'interroger sur le point de savoir : comment s'opère le choix du cocontractant de l'administration dans notre droit positif ?

L'étude sur le choix du cocontractant de l'administration en droit camerounais peut paraître singulière, mais permet pourtant de déterminer du moins en théorie, les principes devant guider le choix du partenaire de l'administration et au plan pratique, renseigne sur la juridiction compétente, tout autant que la manière dont les deniers publics sont gérés.

La conclusion des contrats administratifs est une préoccupation à l'ordre du jour dans les États d'Afrique noire francophone globalement et au Cameroun singulièrement, qui n'a pas d'autre souci que celui d'améliorer les conditions de vie de sa population dans des délais relativement courts au regard de ses objectifs d'émergence. À cet égard, le choix de son partenaire pour la réalisation des travaux d'envergure doit s'adosser sur les règles de transparence et de bonne gouvernance cristallisées autour de la performance. Malgré l'intérêt et la grande portée qu'elle revêt, la question du choix du cocontractant de l'administration n'a pas attiré l'attention de la doctrine juridique nationale¹⁸. C'est

¹⁸ Mentionnons au passage que la question n'a pas davantage intéressée la recherche universitaire, pas même une Thèse de doctorat ou un Mémoire de master ne lui ayant été consacré jusqu'ici dans nos Facultés de Droit.

d'ailleurs cette dernière considération qui aura justifié qu'on se penche sur cette question dont les contours restent indéterminés dans notre pratique juridique.

À la lecture attentive du Code camerounais des marchés publics et des autres instruments juridiques traitant de la passation et de l'attribution des marchés publics globalement, une double constatation est possible. D'abord, la sélection du cocontractant de l'administration est faite selon le procédé le plus usité et qualifié par ailleurs de concurrentiel ou d'appel d'offres. En dernier lieu, elle se fait également par des procédés dérogatoires à l'appel d'offres et sans commune mesure avec les règles de transparence et de bonne gouvernance, ou à tout le moins calquées sur le modèle des contrats de droit privé. On parle souvent à leur sujet de procédés non concurrentiels, spéciaux ou d'urgence.

Il en résulte qu'au moyen de la démarche positiviste retenue, la préférence de l'administration s'exprime de façon ambivalente tel un Janus, selon que la procédure est normale ou urgente. Dans ce sens, il convient de dire que l'administration peut d'une part, faire usage des procédés concurrentiels et de ceux non concurrentiels d'autre part, dans la mesure où elle se trouve souvent limitée (I) dans son action, même s'il existe aussi des tempéraments (II) à cet encadrement.

I- LA RESTRICTION DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE PAR LE PROCÉDÉ CONCURRENTIEL

Certains contrats de l'administration comportent une limitation de la liberté de choix du cocontractant dans notre droit positif, notamment par une certaine place qui y est faite à la procédure d'appel d'offres. Principe déterminant et fondamental en droit de la commande publique nationale, la mise en concurrence constitue une procédure réglementaire conditionnant la validité de la passation du marché public en cause¹⁹, sauf dans les cas précis de gré à gré ou spéciaux. En tant que procédure de manifestation de la volonté administrative, il faut le rappeler, l'appel d'offres est totalement dépouillé de la liberté de choix du cocontractant contrairement au contrat privé où, cette liberté se présente comme la règle²⁰. Plus économique dans son usage, plus souple dans ses effets et sans doute plus efficace dans ses résultats, l'appel d'offres assure un choix objectif des candidats ; il permet ainsi d'éviter la corruption et le favoritisme suscités par la méconnaissance de la concurrence. À en croire une doctrine établie et qui fait encore autorité aujourd'hui, « c'est la procédure de droit commun, par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociations, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats »²¹. Par procédé concurrentiel de passation et d'attribution des marchés publics, on entend l'appel à la compétition publique, qui désigne : « la procédure par laquelle l'attribution d'un marché intervient après un appel public à la concurrence »²². S'il est indéniable que

19 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, Paris, EDICEF, Série manuels et travaux de l'Université de Yaoundé, 1985, p. 140.

20 Dans ce sens, RIVERO (Jean), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *op. cit.*, p. 288.

21 DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif, op. cit.*, p. 484.

22 Article 73 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

le droit privé partage les mêmes sources que le droit administratif, et que l'on assiste à l'irruption du premier dans la sphère du second à travers le juge ou l'administration elle-même, l'on ne peut plus logiquement soutenir de nos jours que ce droit est appliqué sans bénéfice d'inventaire en droit administratif. La sélection du partenaire de l'administration dans le cadre des marchés publics en apporte la démonstration.

Dans ce domaine en particulier, une nette démarcation s'est opérée à travers l'application des règles sans commune mesure avec celles qu'on retrouve dans la conclusion des contrats privés. La législation positive a entendu mettre sur pied elle-même les règles devant gouverner le choix du partenaire de l'administration dans un marché d'appel d'offres. Au regard des dispositions contenues dans le Code des marchés publics et ses textes subséquents, l'interprétation faite en rapport avec la limitation de la liberté de choix du cocontractant de l'administration, permet d'affirmer, que l'administration est tenue de se soumettre à certains principes. Les uns ont trait à la démocratie et à la gouvernance contractuelles (A), les autres sont relatifs à la concurrence (B).

A- La soumission aux normes de la démocratie contractuelle

A l'opposé des procédures de gré à gré et spéciales, le choix du cocontractant de l'administration par le procédé d'appel d'offres fait l'objet d'un encadrement pour le moins rigoureux. C'est ce qui ressort du Code camerounais des marchés publics lorsqu'on peut y lire que : « Les marchés publics sont passés par voie d'appel d'offres après mise *en concurrence des cocontractants potentiels de l'Administration* »²³. Cette prescription interdit donc par principe

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

à l'initiateur de la commande publique de limiter la diffusion de l'avis d'appel à compétition²⁴. Procédé majoritairement utilisé pour le choix du partenaire de l'administration dans notre droit positif, le choix par la voie d'appel d'offres signifie alors en droit de la commande publique, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement, la publicité, ainsi que la concurrence des soumissionnaires dans le processus de désignation du partenaire contractuel de l'administration. Cependant, ce principe concurrentiel en raison de l'autoritarisme du droit administratif doit connaître certaines modulations, aux premiers rangs desquelles figurent la transparence et la bonne gouvernance, en même temps que la capacité et la qualité des candidats à contracter. Autant noter d'entrée de jeu que c'est la satisfaction permanente de l'intérêt général et la protection des intérêts financiers²⁵ de la personne publique, qui la conduit à adopter la mise en compétition des candidats comme règle fondamentale de désignation de son partenaire au contrat administratif.

Sous ce rapport, il sera question de mettre en lumière, la transparence et la bonne gouvernance (1) autant que la capacité et la qualité des candidats à contracter (2).

1- L'obligation de transparence et de bonne gouvernance

Commençons par noter que les normes de démocratie contractuelle constituent une exigence contemporaine dans la passation des marchés publics. Dès lors, la personne publique qui invite les personnes physiques ou morales à soumissionner est tenue

24 MBARGA NYATTE (Daniel), « Les bases du contrat administratif au Cameroun », in ONDOA (Magloire) et ABANE ENGOLO (Patrick Edgard (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*. Actes du colloque, université de Yaoundé II, 3 et 4 novembre 2015, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 267.

25 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tome 1, Paris, LGDJ, 1956, p. 263.

d'observer certains principes dans le cadre de l'appel d'offres principalement et de manière exceptionnelle dans les procédés dérogatoires. Ils reposent globalement à l'interprétation littérale de l'article 2 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics sur la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, l'efficacité et l'intégrité. Sur le premier point, il est à observer que les parties au contrat globalement et singulièrement le candidat au partenariat avec l'administration doit donner son consentement sans le moindre vice, ou à tout le moins sans qu'il n'y ait contrainte, dol ou erreur. C'est tout le sens de l'article 1109 du Code civil, qui est formel et en même temps ne prête à aucune équivoque, en prescrivant qu' : « il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par dol ». Comme il en est des contrats de droit privé, la manifestation du consentement à être lié, conséquence directe de l'autonomie de la volonté du cocontractant de l'administration ne semble devoir souffrir d'une quelconque contestation. Ainsi que le note le professeur Jacques CHEVALLIER, « acte synallagmatique, le contrat repose sur le libre-échange des consentements et l'égalité des parties »²⁶. Par conséquent, cette liberté contractuelle implique en droit privé tout autant qu'en droit administratif, la négociation avec ses partenaires des termes de leur contribution²⁷ en même temps que l'exécution de bonne foi des obligations contractuelles conformément à la règle du *pacta sunt servanda*, en cas de sélection. S'il en est ainsi, c'est parce qu'on reconnaît de manière générale que les droits civils et politiques (droits de la première génération ou droits libertés ou encore droits attribués) dont le droit de soumissionner

26 CHEVALLIER (Jacques), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *op. cit.*, p. 64.

27 *Ibid.*

à une commande publique est une variante, sont l'expression de la liberté. Ils visent donc à assurer la liberté d'accès aux candidats à une commande publique et impliquent nécessairement par conséquent l'abstention de l'Administration, en ce qu'ils lui sont opposables. Le droit en vigueur reconnaît alors aux personnes (physiques ou morales), sans restriction d'aucune sorte, si ce n'est en raison des principes concurrentiels, et sans autorisation préalable, le droit de consentir librement et gratuitement à la soumission de tout contrat de l'administration dès lors qu'elles répondent aux qualifications et conditions requises par les textes et la jurisprudence. Parce que les libertés fondamentales occupent une place de choix au sein de la hiérarchie des libertés publiques, l'inobservation de la liberté d'accès à la commande publique débouchant sur un vice de consentement est susceptible d'entacher la régularité du contrat d'abord, ensuite celle du choix du cocontractant, et enfin, entraîner par ricochet son annulation contentieuse. En même temps, le contentieux auquel son application peut donner lieu ne paraît pas pouvoir être autre qu'administratif.

Néanmoins, toute candidature qui n'est pas faite par une personne ayant la capacité et la qualité, ou dont le consentement est vicié, ou encore faite par un candidat dont le lien de filiation ou matrimonial avec le maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage délégué est établi et contraire aux principes démocratiques et concurrentiels demeure interdite.

Sur le second point, il faut dire que ce principe connaît une consécration constitutionnelle²⁸ et signifie que toute personne physique ou morale de nationalité camerounaise ou étrangère

²⁸ Aux termes du préambule de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972, « tous les hommes sont égaux en droits et en devoirs ».

est en droit de soumissionner à la commande publique sans aucune forme de distinction, étant donné que le principe de libre concurrence instauré par l'appel d'offres est institué pour cette fin. Ce qui revient à dire, en matière de contrat administratif, d'une part, que le principe est synonyme d'absence de préférence juridique d'un candidat à un appel d'offres par rapport à un autre, et d'autre part et corrélativement, l'absence de préférence juridique d'un candidat national par rapport à un autre étranger. En outre, le candidat dont l'offre n'est pas retenue en l'absence de toute motivation dispose d'un droit de saisine du juge, à l'effet de lui permettre de se faire un compte exact sur ce qui lui est reproché par l'administration d'une part, et, d'autre part, de présenter ses moyens en défense ; le cas échéant. Ce faisant, les personnes physiques et morales doivent être traitées de la même manière dès lors qu'elles sont placées dans la même situation juridique. Ce principe résulte directement du principe de l'égalité des citoyens devant la loi et débouche sur la libre concurrence entre les candidats à un marché public ou plus généralement à un contrat de la commande publique. L'affirmation du principe ne signifie pas, bien entendu, qu'aucun aménagement ne puisse lui être porté. Il est donc possible de voir dans ce principe des discriminations ou des distinctions, sous la seule condition que ces dernières soient juridiquement justifiées et conformes au principe d'égalité. Constitue une manifestation patente, en cas de concurrence entre entrepreneur ou fournisseur national et international, le critère de préférence des offres nationales dont l'application est indubitable sous réserve de leur prévision par le dossier d'appel d'offres²⁹. On peut le noter à travers les éléments qui suivent : « Lors de la passation d'un marché dans le cadre d'une consultation internationale, une marge de préférence est

²⁹ Article 106 alinéa 6 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

accordée, à offres équivalentes et dans l'ordre de priorité, aux soumissions présentées par :

- a) *une personne physique de nationalité camerounaise ou une personne morale de droit camerounais;*
- b) *une entreprise dont le capital est intégralement ou majoritairement détenu par des personnes de nationalité camerounaise;*
- c) *une personne physique ou une personne morale justifiant d'une activité économique sur le territoire du Cameroun*
- d) *un groupement d'entreprises associant des entreprises camerounaises* »³⁰. Les alinéas suivants précisent les conditions dans lesquelles, l'on peut conclure à l'équivalence des offres des candidats, notamment lorsqu'elles ont rempli les conditions techniques requises ; pour les marchés de travaux et des services quantifiables, la marge de préférence nationale est de dix pour cent (10 %) pour les entreprises visées à l'alinéa 1 ci-dessus ; pour le marché de fournitures la fourniture subit une transformation au niveau local ou régional d'au moins quinze pour cent (15 %). En revanche, pour une application pour le moins rigoureuse de ce principe, il n'est pas prévu de préférence nationale pour les prestations intellectuelles qui relèvent des marchés de service non quantifiable³¹.

Exigence démocratique et aspect important dans la modernisation de la passation des marchés publics, il est question pour le maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage délégué dans le cadre de la transparence des procédures, de faire connaître à l'avance

30 Article 106 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

31 Article 106 alinéa 5 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

les biens et services, ou les fournitures dont il a besoin par voie de publicité, à l'effet de créer un climat de confiance³², de convivialité et de placidité. À cet égard, certaines informations suffisantes, pertinentes, claires, sincères, fidèles et publiées par la voie autorisée³³ doivent figurer dans le document d'appel d'offres élaboré selon le modèle type conçu par l'organisme chargé de la régulation des marchés publics et mis en vigueur par l'Autorité chargée des Marchés Publics à l'organisme public bénéficiaire. Tout candidat s'estimant lésé dans ses droits du fait de l'inobservation de ce principe par l'administration contractante, peut saisir par le biais du Comité chargé de l'examen des recours résultant des marchés publics, le ministre des marchés publics aux fins d'annulation. L'autorité publique à qui incombe l'initiative doit renseigner de la façon la plus claire possible les candidats à travers l'avis d'appel d'offres pour davantage satisfaire à l'exigence de transparence. Ainsi en est-il notamment de : l'avis d'appel d'offres rédigé en français et en anglais ; le règlement général de l'appel d'offres ; le règlement particulier de l'appel d'offres comprenant notamment les critères, sous-critères ou grilles d'évaluation des offres et les critères minima de qualification des soumissionnaires ; le cahier des clauses administratives particulières ; le cahier des clauses techniques particulières pour les marchés des travaux ; les termes de référence pour les marchés de prestations intellectuelles. Viennent s'ajouter, le cahier des

32 BEGNI (Bagagna), « Le principe de transparence dans les finances publiques des États membres de la Cemac », *Revue africaine de finances publiques*, n° 2, 2017, p. 187. Pour lui en effet, l'objectif premier de la transparence est d'établir une relation de confiance ; elle s'oppose en cela à l'opacité.

33 Si l'on reconnaît en droit que la publication de l'avis d'appel d'offres se fait en règle générale au journal des marchés, ou le cas échéant, dans d'autres publications nationales ou internationales à fort tirage ; la pratique permet de se rendre compte que le quotidien *Cameroon tribune* et les réseaux sociaux sont devenus les lieux par excellence de publication d'avis d'appel d'offres au Cameroun. Encore qu'aucune précision fort utile sur le journal des marchés pas plus que le journal officiel n'est donnée par la réglementation en vigueur.

spécifications techniques pour les marchés de fourniture ; le cadre du bordereau des prix unitaires, le cas échéant ; le cadre du détail estimatif comprenant les quantités à exécuter ou le cadre de devis lorsque, pour certains marchés d'études, les quantités doivent être fournies par le soumissionnaire en fonction de la méthodologie de travail envisagée. Davantage, la clarté doit porter sur le cadre du sous-détail des prix ou de décomposition des prix, le cas échéant ; les formulaires types relatifs notamment à la soumission, aux cautions, et le cas échéant, aux fournitures et leur provenance ; les documents techniques ou tout autre document jugé nécessaire par le Maître d'Ouvrage³⁴. Pour tout dire, on doit admettre que la transparence est fondamentale dans la procédure de passation des marchés publics, en ceci que c'est elle qui conditionne la sélection des candidats, de la phase de présélection, à la phase d'attribution, en passant par les étapes de dialogue et d'adjudication³⁵. Cependant, bien que ce principe soit consacré et formalisé par la législation, la notion de transparence en elle-même continue de poser quelques difficultés dans la pratique du fait de son caractère immatériel.

Pour ce qui est de l'efficacité et de l'intégrité, il faut dire que l'organisme bénéficiaire doit s'assurer de la capacité du candidat à produire un effet positif à travers son offre d'une part, et de l'autre, la possibilité pour le soumissionnaire autant que l'organisme bénéficiaire de ne pas se laisser corrompre. Bien que cette dernière exigence d'intégrité soit déterminante et vectrice de bonne gouvernance par la performance qui s'en dégage, elle est pour le moins difficile à mettre en œuvre dans la pratique, tant il demeure vrai que la corruption gangrène encore

34 Article 85 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

35 Article 9 de la loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat.

l'ensemble des pays d'Afrique noire d'expression francophone globalement, et singulièrement le Cameroun. Particulièrement dans notre contexte, il paraît difficile de tracer la frontière entre le corrompueur et le corrompu, si l'on pense spécifiquement à la passation exceptionnelle de l'appel d'offres par le procédé de gré à gré. Ce d'autant plus que la réglementation elle-même est la première à entourer l'organisme public bénéficiaire d'une certaine liberté, pour ne pas dire d'une liberté certaine dans le choix de son prestataire. Ce qui au regard des divers intérêts et des intentions malveillantes des prestataires de marchés publics pourrait avoir des répercussions, si le candidat est sélectionné sur la base de la corruption, sur la pérennité des ouvrages réalisés. Il faut davantage souligner le fait que l'usage abusif des autres procédés non concurrentiels est révélateur des marchés publics fictifs entraînant le surendettement de l'État d'une part, et d'autre part, l'usage du procédé concurrentiel est lui aussi ponctué par des influences sociopolitiques, culturelles et économiques, qui à tort ou à raison, peuvent peu ou prou influencer la manipulation du dossier d'appel d'offres et par conséquent favoriser la fraude.

Plus encore que d'autres branches du droit, le droit des contrats administratifs entend entourer l'administration de certaines garanties légales en lui donnant la possibilité de choisir son partenaire eu égard à ses capacités et qualité.

2- L'exigence de la capacité à contracter

Tout comme le contrat privé³⁶, celui public pour être valide requiert la capacité du cocontractant de l'administration. En raison du principe qui veut que toute personne puisse contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi³⁷, le critère d'appel d'offres donne ouverture à un droit à la possibilité pour plusieurs personnes physiques et morales de candidater à un contrat public. Condition *sine qua non* et élément indispensable à réunir pour tout candidat à un contrat public, la capacité de contracter s'applique tant dans les cas de gré à gré que dans l'appel à la compétition publique. Cela étant précisé, la capacité à contracter en droit public interne, contrairement au droit international public³⁸ où elle est automatique pour tout État, présente bien des curiosités tant du point de vue des personnes morales qu'à l'égard des personnes physiques.

S'agissant de la première catégorie, on doit noter qu'on désigne ainsi toute collectivité humaine titulaire de droit et apte à assumer des obligations. Pour Marcel WALINE que citent les professeurs Charles DEBBASCH et Frédéric COLLIN, il s'agit d'un « centre d'intérêt juridiquement protégé »³⁹. À ce titre, on distingue les personnes morales de droit public des personnes morales de

36 Sans se prononcer sur les critères mesurant l'effectivité de la capacité à contracter, le Code camerounais des marchés publics se borne exclusivement à son admission comme conditionnant la validité du choix du cocontractant. C'est à travers l'article 1108 du Code civil, que le droit positif a pu nous édifier sur ce qu'il convenait d'entendre par capacité à contracter. Ce texte dispose intégralement que quatre conditions sont essentielles pour qu'un contrat soit valide, notamment : « le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ».

37 Article 1123 du Code civil.

38 Il est bien connu de tous que l'article 6 de la Convention de Vienne sur les Traités reconnaît la capacité à tout État de conclure les traités.

39 DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif, op. cit.*, p.30.

droit privé. On doit entendre par les premières, toute collectivité humaine à but non lucratif créé par l'autorité publique (notamment la législation entendue au sens large comme tout acte à caractère général et abstrait émanant soit de l'exécutif, soit du législatif) en vue de satisfaire l'intérêt général. On pense notamment à l'État, aux établissements publics et aux collectivités territoriales décentralisées. Tout autre est la seconde qui se présente comme une collectivité humaine à but lucratif (très souvent) ou non (très rarement) créée par initiative privée dans le but d'accomplir les actes de ladite collectivité. L'on évoque à ce sujet, les syndicats, les partis politiques, les associations, les entreprises privées et publiques, etc. Dans un cas comme dans l'autre, on assiste à l'imputation des actes passés par les agents publics ou privés à la personne morale qu'ils représentent, ou pour le compte de laquelle ils agissent. La preuve de la capacité des personnes morales de droit public ne pose pas souvent grande difficulté dans la pratique en raison de la mission d'intérêt général qui leur est confiée, et l'absence de réalisation des bénéfices, qui en toute hypothèse est compatible avec la dépense publique que constitue le marché public. Toute chose qui les exonère de tout régime d'imposition⁴⁰. Pourtant, le bât blesse lorsqu'il s'agit des personnes morales de droit privé, lesquelles demeurent les partenaires privilégiés des personnes publiques dans le cadre de l'accès à la commande publique. Quelques éléments permettent en effet d'indiquer qu'une personne morale de droit privé désirant candidater à un contrat public a la capacité de contracter. Pour ce qui est des entreprises privées (puisqu'elles sont les plus concernées), l'immatriculation est la condition *sine qua non* de validité ou non

40 Il suffira juste qu'elles jouissent de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, qu'elles soient gérées selon les règles de la comptabilité publique et enfin, qu'elles ne soient pas sous tutelle du maître d'ouvrage ou du maître d'ouvrage délégué concerné, sauf autorisation expresse du MINMAP, établissements publics et CTD.

de leur capacité à contracter. Tout commence par une déclaration de l'activité exercée auprès de l'autorité administrative compétente, à l'effet d'obtenir une autorisation légale. Celle-ci selon les cas peut recevoir un avis favorable ou non de la part de l'autorité administrative. Dans la seconde hypothèse, le refus doit être motivé, faute de quoi l'auteur de l'acte agirait dans l'illégalité. Plus qu'une simple déclaration et une sollicitation de l'autorité compétente, il s'agit d'aménager certains droit et liberté. Lorsque l'autorisation est accordée, elle permet la reconnaissance et l'existence au plan juridique de l'entreprise et la possibilité pour celle-ci d'agir dans la vie juridique, notamment ester en justice et pouvoir naturellement contracter. Cette opération se termine ainsi par une inscription au registre de commerce et des crédits mobiliers dans le but d'être rangé dans un régime juridique imposable⁴¹. Ce n'est que par l'assujettissement à cet ensemble de condition qu'on peut conclure à la capacité à contracter des personnes morales privées⁴².

Pour ce qui concerne la seconde catégorie à savoir les personnes physiques, il convient de relever conformément à l'article 1124 du Code civil, que ne peuvent soumissionner à un marché public que les personnes qui ne sont pas mineures⁴³, qui ne font pas l'objet d'interdiction légale, et de manière générale, toutes celles à qui la loi n'interdit pas certains contrats.

41 Selon les cas, l'entreprise soumissionnaire sera assujettie à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt libératoire.

42 Sont donc ainsi exclus des soumissionnaires privés les candidats en état de faillite ou de liquidation judiciaire ; frappés par l'une des interdictions ou déchéances prévues par les lois et règlements en vigueur, aussi bien au plan national qu'international ; autant que ceux qui ne souscrivent pas aux déclarations prévues par la réglementation en vigueur.

43 L'on désigne ainsi dans notre droit positif, toute personne physique n'ayant pas atteint l'âge légal de vingt et un (21ans), et dont l'autorisation parentale est requise pour tous les actes civils, et dans une moindre part aussi les actes judiciaires.

À ces exigences de capacité vient s'ajouter celle de qualité professionnelle de l'entreprise ou de la personne physique candidate à un contrat public. On doit relever ici, qu'il y a lieu de s'assurer que le candidat a déjà eu à réaliser des travaux ou à se spécialiser dans le domaine concerné. C'est une exigence sans laquelle la capacité à contracter seule ne saurait suffire et satisfaire.

Au total, il convient de dire qu'en dehors du respect des principes de la démocratie contractuelle, l'administration est également tenue de respecter ceux concurrentiels notamment le caractère des offres et leur territorialité.

B- L'application des règles concurrentielles

La concurrence désigne sous la signature du professeur Hubert-Gérald HUBRECHT, « *la confrontation d'une pluralité d'offres et de demandes qui en s'ajustant permettent aux prix de s'établir à leur niveau le plus bas au regard de la qualité des produits et de leur coût de production* »⁴⁴. À cet égard, il est possible de se rendre compte que le droit de la concurrence et le droit de la commande publique entretiennent une confusion⁴⁵. Prédominante pour l'appel d'offres, la concurrence n'est pas non plus totalement négligeable pour les autres procédés dérogatoires de sélection du partenaire de l'administration. Dans le respect des principes de mise en compétition et sur le fondement de l'énormité de la dépense publique qu'est susceptible d'engager le marché public, l'autorité publique est libre de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Cependant, elle reste conditionnée ou tout au

44 HUBRECHT (Hubert-Gérald), *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1997, p. 152.

45 NICINSKI (Sophie), « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur* du professeur Laurent RICHER, Paris, LGDJ, 2013, p. 422.

moins, cela est rendu facile par le principe de la territorialité de l'appel à concurrence et le caractère de ce dernier (1), en même temps que la prise en compte des critères technique et financier (2).

1- La prise en compte de la typologie de l'appel à compétition

Dans le but de bénéficier des meilleurs fournisseurs ou entrepreneurs, la personne publique peut étendre sa demande au-delà des frontières nationales. Si la précaution et la prévision commandent que le partenaire soit pour l'essentiel un national, il peut se produire eu égard à l'extrême technicité de la prestation, que la demande soit portée aussi bien à l'égard des nationaux que des étrangers. C'est pour cette dernière solution que le Code des marchés publics semble avoir opté. D'application directe en droit interne sous réserve de la réciprocité et de la ratification par les autres pays, les textes communautaires, notamment l'article 11 du Règlement n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre États membres dispose que : « les États membres s'engagent (...) à soumettre à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence la passation des marchés publics dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé ». L'article 17 du même règlement précise qu' : « en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés (...) le conseil régional de la concurrence peut être saisi avant la conclusion du contrat ». L'article 18 alinéa 3 du même texte ajoute que « lorsque le maître d'ouvrage passe outre les injonctions du Conseil régional de la concurrence ou lorsque celui-ci est saisi après la conclusion du marché public, le litige doit être renvoyé devant la Cour arbitrale ».

Il ressort de la lecture combinée des textes⁴⁶ et de la jurisprudence qu'il existe deux types d'appel d'offres : national et international ayant en partage sinon les mêmes caractères, du moins les mêmes formes.

Ainsi, l'appel à compétition est dit national, lorsqu'il s'adresse aux personnes physiques ou morales ayant leur domicile ou leur siège social au Cameroun⁴⁷. Tandis qu'il doit être considéré comme international, lorsqu'il s'adresse aux personnes physiques ou morales ayant leur domicile ou leur siège social à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire national⁴⁸. À vrai dire, il faut voir dans cette exigence de territorialité, plus une protection de la fortune publique, qu'une règle de concurrence. En effet, depuis les années 2000, un vaste mouvement de lutte contre la corruption et les prévaricateurs de la fortune publique a été engagé dans notre pays à travers ce que le Président de la République Paul Biya a baptisé « l'opération épervier ». C'est à la faveur de cette initiative présidentielle, que verront le jour bon nombre d'institutions administratives⁴⁹ et judiciaires⁵⁰ pour la cause. En un mot comme en mille, ces institutions ont pour objet de protéger la chose publique et d'engager le cas échéant, la responsabilité de ceux en charge de la fortune publique⁵¹. Par ailleurs et toujours dans le même

46 Article 74 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

47 Article 74 alinéa 1 (a) du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

48 Article 74 alinéa 1 (b) du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

49 L'on note principalement ici un organe interne au ministère chargé du contrôle supérieur de l'État, à savoir le conseil de discipline budgétaire et financière, se substituant au défunt conseil de discipline budgétaire et comptable.

50 Les plus saillantes demeurent le tribunal criminel spécial, et le tribunal de grande instance pour ce qui est des juridictions répressives, d'une part, de l'autre, la juridiction des comptes (les tribunaux régionaux des comptes et la chambre des comptes de la cour suprême).

51 Dans ce sens, et pour une analyse complète sur la question, voir KAMTO (Maurice), « La chose publique », *RASJ*, Vol. 2, n° 1, 2001, pp. 9-18.

sens, il est question à travers la territorialité, voire la nationalité du candidat soumissionnaire de mettre en jeu la responsabilité aussi bien de la personne publique bénéficiaire, considérée ici comme l'ordonnateur, que le cocontractant lui-même, une fois le marché public conclu conformément au droit en vigueur au Cameroun. En effet, c'est incidemment sur ce critère qu'on pourra déceler une faute de gestion, un détournement des deniers publics ou une gestion de fait pour ce qui est de l'ordonnateur. Cependant, la pratique a montré que ce critère est vecteur de la corruption à plus d'un titre du fait de son imprécision. C'est le cas notamment lorsque certains marchés sont conclus et que la responsabilité des parties au contrat est établie alors qu'on oppose au juge camerounais une fin de non-recevoir au motif que l'une des parties serait un étranger et que le droit national ne trouve pas à s'appliquer. Qu'au surplus, elle ne devrait pas faire l'objet de poursuite et de condamnation (si par extraordinaires elles existent) par les juridictions nationales. À charge pour ceux qui s'en réclament de procéder par extradition. L'attitude adoptée par la France à propos de l'affaire Michel Thierry ATANGANA ABEGA en est le meilleur exemple confirmant cette hypothèse.

En tout état de cause, l'appel à la concurrence, qu'il soit national ou international, revêt dans notre droit positif, quatre caractères laissés à l'appréciation de l'organisme public bénéficiaire, et que nous croyons utiles de mettre en lumière ici et maintenant. Soulignons davantage, que si la personne publique se trouve toujours dans ces conditions, dans l'impossibilité de choisir librement son cocontractant, il faut toutefois reconnaître la liberté de choix de la forme d'appel d'offres. Tout d'abord, en vertu de la règle qui veut que les marchés publics soient passés conformément aux principes d'égalité et de concurrence des

candidats, l'appel d'offres est ouvert. Sans aucune autre forme de précision, la réglementation en vigueur indique qu'il recouvre toutes les hypothèses dans lesquelles, « l'avis public invite tous les candidats intéressés à remettre, dans un intervalle de temps donné, leurs offres »⁵². C'est alors que « Le dossier d'appel d'offres est, après publication de l'avis, mis à la disposition de chaque candidat qui en fait la demande »⁵³. Sans négociation préalable et avec possibilité pour tout candidat de remettre une offre, l'organisme public bénéficiaire après l'avis de la commission d'appel d'offres choisit l'offre économique la plus avantageuse⁵⁴.

À l'analyse, il est tentant d'avancer que ce qui importe pour le législateur, c'est le libre exercice de la concurrence. C'est pourquoi, il laisse jouer la discrétion de l'autorité administrative pour ce qui est des délais. Or, l'on sait tous que le libre exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration fait généralement place à l'arbitraire. Ce qu'on peut reprocher à cette formule positive, c'est son imprécision qui laisse planer un doute sur la restriction de la liberté de choix du cocontractant de l'administration, si l'on ne perd pas de vue le fait que cette dernière puisse éventuellement s'appuyer sur ce *no man's land*⁵⁵ juridique pour choisir librement, voir frauduleusement son partenaire. Le professeur Joseph OWONA⁵⁶ dans ce sens propose alors d'une part, que l'appel d'offres ouvert soit publié au moins (1) un mois avant la date limite fixée pour la réception des offres, et de l'autre, que cette date soit réduite à dix (10) jours lorsque l'urgence le justifie.

52 Article 75 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

53 Article 75 alinéa 2 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

54 DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif, op. cit.*, p.484.

55 Selon l'expression chère au doyen Georges VEDEL, pour qui, la prétendue lacune dénoncée dans le silence d'un texte de rang supérieur sur un point déterminé, est tout simplement un renvoi à un texte de rang inférieur pour traiter la question en cause. Il le dit dans : « Souveraineté et supra constitutionnalité », in *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 96.

56 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun, op. cit.*, p. 142.

L'appel d'offres restreint est un appel à la compétition publique, qui « ne s'adresse qu'à un nombre limité de candidats choisis par l'administration pour des raisons économiques, techniques ou de spécialisation »⁵⁷. Obligatoire pour tous les marchés de prestation intellectuelle⁵⁸, il s'applique également aux travaux ou équipements spécifiques de grande importance ou complexes ; ainsi qu'à la fourniture de matériel devant être fabriqués sur commande et services spécialisés⁵⁹. Sous peine de nullité absolue pour méconnaissance des règles de la concurrence, la personne publique doit nécessairement procéder par pré-qualification⁶⁰ (même si dans certains cas elle peut en être exemptée)⁶¹ et consulter dans le minimum de ses possibilités trois (3) concurrents⁶². À défaut, obligation est faite au Maître d'Ouvrage ou au Maître d'Ouvrage Délégué de recourir à un appel d'offres ouvert⁶³. De même, « en cas d'allotissement, le nombre minimal de candidats pré-qualifiés par lot est fixé à trois (03). A défaut, le Maître

57 *Ibid.*

58 Article 78 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

59 Article 78 alinéa 2 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

60 Article 76 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics. L'alinéa suivant ajoute que : « La pré-qualification s'effectue pour des prestations de même nature, à la suite d'un appel public à candidatures par insertion dans des publications habilitées, d'un avis relatif à un appel d'offres particulier ou à un ensemble d'appels d'offres au cours d'une période n'excédant pas six (06) mois ».

61 C'est le cas notamment aux termes de l'article 78 alinéa 3 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics : pour des prestations intellectuelles relevant des lettres- commandes ; lorsque la pré qualification a été infructueuse ou a débouché sur moins de trois (03) candidats par lot ; lorsque le chronogramme de passation des marchés élaboré conformément à la réglementation en vigueur montre que les délais de procédures ne permettent pas de respecter les dates prévisionnelles de démarrage ou d'achèvement des prestations ; lorsque l'appel d'offres s'adresse à des prestataires retenus dans le cadre de la catégorisation.

62 Article 76 alinéa 4 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics. Toujours dans le même sens, voir OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun, op. cit.*, p. 142.

63 Article 76 alinéa 4 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

d'Ouvrage ou le Maître d'Ouvrage Délégué est tenu de recourir à un appel d'offres ouvert pour le(s) lot(s) concerné(s) »⁶⁴.

Il est à observer par ailleurs que le processus de préqualification conduit l'administration à retenir le minimum de candidat possible et par conséquent à publier une liste restreinte avant le lancement de la consultation. C'est ainsi que les lettres d'invitation à soumissionner sont adressées aux candidats préqualifiés et les dossiers d'appels d'offres approuvés sont mis à leur disposition dans les mêmes conditions que celles prévues pour les autres formes d'appel d'offres⁶⁵. Contrairement à l'appel d'offres ouvert, celui restreint fait l'objet d'un encadrement pour le moins rigoureux. En période normale, les délais de remise des candidatures, à compter de la date de publication de l'appel à manifestation d'intérêt, sont de quinze (15) jours ouvrables au moins et de vingt un (21) jours au plus, pour les appels d'offres nationaux ; vingt un (21) jours ouvrables au moins et trente (30) jours au plus, pour les appels d'offres internationaux⁶⁶. Ces délais peuvent toutefois être ramenés respectivement à dix (10) et quinze (15) jours ouvrables⁶⁷ en cas d'urgence dans les limites de la libre compétition publique.

À ces formes d'appel d'offres vient s'ajouter l'appel d'offres avec concours. En effet, l'administration peut assortir l'appel d'offre d'un concours lorsque des motifs d'ordre technique, esthétique ou financier justifient des recherches particulières. En règle générale, l'appel d'offres avec concours porte : soit sur la conception d'un projet ; soit à la fois sur la conception d'un

64 Article 76 alinéa 5 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

65 Article 76 alinéa 8 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

66 Article 77 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

67 Article 77 alinéa 2 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

projet et la réalisation de l'étude y afférente ; soit à la fois sur la conception d'un projet et la réalisation de l'étude y afférente et le suivi et le contrôle de sa réalisation ; soit la conception et la réalisation du projet lorsqu'il s'agit d'un marché de conception-réalisation⁶⁸. Les candidats sont ainsi conduits à adresser une demande expresse à l'administration conformément à la procédure d'appel d'offres ouvert sur les prestations concernant exclusivement les projets architecturaux, les œuvres artistiques, les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et les prestations qui font l'objet de marché de conception-réalisation. Les soumissionnaires sont admis à remettre leurs offres au regard de l'agrément d'un jury dont les membres justifient de toutes les compétences artistiques et techniques nécessaires pour évaluer dans les meilleures conditions le projet soumis au concours. Pour ce qui est du programme d'appel d'offres avec concours portant sur la conception d'un projet, il détermine les primes, récompenses ou avantages à allouer pour les projets les mieux classés et jugés satisfaisants. C'est lui également qui indique les conditions dans lesquelles les concepteurs des œuvres artistiques seront, le cas échéant, appelés à coopérer à l'exécution de leur projet primé. Il prévoit en outre, soit que les projets primés deviennent en tout ou partie propriété du Maître d'Ouvrage ; soit que le Maître d'Ouvrage se réserve le droit de faire exécuter tout ou partie des projets primés, moyennant le versement d'une indemnité compensatrice fixée dans le règlement particulier de l'appel d'offres. De ce qui précède, il va de soi que les critères d'évaluation du concours doivent privilégier non pas les références du concepteur, mais tenir davantage compte non seulement du coût estimatif prévisionnel du projet, mais encore et surtout de la qualité de ce dernier.

68 Article 80 alinéa 1 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

Le choix du cocontractant de l'administration conformément aux critères de performance, de contrainte d'exploitation et de coût économique en lieu et place de simples spécifications techniques détaillées ont conduit la législation positive à intégrer une autre forme d'appel d'offres. Considéré comme une nouveauté dans le jargon administratif camerounais⁶⁹, l'appel d'offres en deux étapes attire la curiosité et invite à la réflexion. Il faut d'emblée observer que l'administration peut y recourir contrairement aux autres formes d'appel d'offres, après l'autorisation du ministre chargé des marchés publics, et lorsqu'elle peut justifier ne pas être en mesure : de définir les moyens permettant de satisfaire ses besoins ; d'évaluer les solutions techniques ou financières disponibles. Comme on peut le constater à la lecture du Code des marchés publics, il se fait en deux étapes. La première conditionnant la seconde, permet notamment à l'administration d'inviter les candidats à une compétition publique dans le respect des règles de concurrence et de performance, de négocier (en l'absence de toute indication du prix), de requérir toutes informations utiles relatives à la qualité du soumissionnaire, et de transmettre le procès-verbal à la commission compétente. La seconde, déterminante pour la sélection ou non du candidat, elle donne la possibilité au soumissionnaire qui ne souhaite pas faire une offre définitive de se retirer, mais dans la négative, il est tenu de fixer le prix définitif en considération de ses capacités techniques. Et dans ce dernier cas l'organisme bénéficiaire peut prévoir une rémunération forfaitaire

69 Il convient de souligner en effet que l'appel d'offres en deux étapes ne figure pas dans l'ancien Code camerounais des marchés publics et ne transparait timidement qu'avec la dernière réforme de 2018. L'on comprend dans ces conditions qu'elle n'ait pas reçue les faveurs de la doctrine nationale. Mises à part les brèves et furtives évocations dont elle fait l'objet dans le Code, le constat d'une absence de réflexions y afférentes est évident. Voir globalement la plupart des *Manuels de droit administratif* et même de *Droit des contrats administratifs*, et singulièrement le *Droit administratif Spécial de la République du Cameroun* du professeur Joseph OWONA.

pour les candidats ayant présenté les meilleures propositions selon les modalités définies dans le Dossier d'Appel d'Offres. En définitive sur ce qui précède, il est probablement exact de dire que la sélection du cocontractant de l'administration par le procédé concurrentiel ne laisse guère de liberté à l'administration, si ce n'est dans les bornes et conditions de la forme de concurrence. En plus, le respect exclusif de la concurrence par l'application des diverses formes de mise en compétition publique ne doit pas faire considérer l'action administrative comme légale. Encore faut-il intégrer dans cette pratique concurrentielle les aspects technique et financier.

2- La prise en compte des critères techniques et financiers

Au-delà du fait que le choix du cocontractant de l'administration n'est pas libre en raison de la satisfaction de l'intérêt général à laquelle la prestation doit pourvoir, deux raisons fondamentales paraissent justifier la prise en compte des critères technique et financier dans le choix du partenaire contractuel de la personne publique. Premièrement et pour des raisons financières, l'administration est toujours guidée par la protection des deniers publics. Parce que les fonds destinés à la réalisation de ces marchés proviennent essentiellement⁷⁰ des contributions obligatoires dans le but d'assurer les charges publiques, et qu'ils peuvent faire l'objet de vérification après usage, l'administration doit s'en servir rationnellement. Elle n'hésite donc par conséquent pas à souscrire à la logique selon laquelle, l'offre la moins disante pour les marchés

⁷⁰ En dehors des dépenses effectuées par les personnes publiques sur leur budget, elles recourent souvent à des prêts sous forme de partenariat. C'est notamment le cas de la plupart des pays en développement dont la sollicitude constante des bailleurs de fonds internationaux n'est plus à démontrer. La plupart des pays d'Afrique noire francophone ont d'ailleurs été des terrains d'expérimentation de telles pratiques issues du vent démocratique et libéral des années 1990, consécutif au choc pétrolier des années 80 et à la chute du mur de Berlin, qui ont drainé avec eux la crise économique et la mise sous ajustement structurel de ces pays.

de travaux et de fournitures, et l'offre la mieux-disante pour les marchés de prestations intellectuelles doivent être privilégiées. En cela, l'administration recherche la procédure la plus favorable à ses intérêts financiers, à l'effet de réaliser les travaux ou de passer la commande à un coût relativement bas. Davantage, la stricte application du principe de l'universalité budgétaire, qui voudrait d'une part, qu'on n'affecte, ni ne compense une recette et une dépense, et de l'autre, par extension, que les dépenses soient regroupées en investissement et en fonctionnement, il faut que l'administration évite la gabegie par le moyen du critère financier, dans la mesure où elle pourrait affecter le surplus à des dépenses injustifiées lorsque les ressources sont supérieures aux besoins. La prise en compte du critère financier facilite et encourage ainsi le respect de la solidarité de l'impôt, mais aussi et surtout l'unité nationale à travers la contribution obligatoire. Secondement et s'agissant du critère technique, l'administration à travers la prise en compte de ce procédé est soucieuse d'un côté du bien-être de ses administrés, et du développement durable au regard de la pérennité de l'ouvrage public, de l'autre. Les ouvrages généralement réalisés par la voie contractuelle sont des ouvrages publics et intègrent le vaste ensemble des biens publics⁷¹. Les usagers dès lors s'en servent directement ou indirectement via le truchement du service public affectataire. Il faut bien que les administrés utilisent les biens dans de bonnes conditions conformément à leur destination. L'administration ne peut s'y opposer lorsque la loi les autorise à profiter indistinctement de tels biens, elle se rend également comptable des accidents, qui peuvent survenir à l'occasion dudit usage, lorsqu'ils ne sont pas

⁷¹ Constitués des biens meubles ou immeubles des personnes publique, affectés ou non à l'utilité publique, et soumis en raison de leur finalité aux règles de droit public et aux règles de droit commun de la propriété, ainsi qu'à la compétence du juge administratif ou judiciaire selon le cas, les uns forment le domaine public et les autres constituent le domaine privé.

le fait de la victime ou qu'ils ne résultent pas d'un cas de force majeure. Pour toutes ces raisons, l'administration doit penser suffisamment son choix, au risque d'engager sa responsabilité aussi bien pénale, qu'administrative. Une boîte de pandore est cependant ouverte à l'administration pour une éventuelle liberté de choix de son partenaire contractuel lorsqu'il y a urgence, cas de force majeure ou encore dans l'hypothèse des marchés spéciaux. Cet état des choses se vérifie encore avec suffisamment de force dans la mesure où, les choses sont appelées à changer avec la mise en mouvement d'une procédure non concurrentiel, à l'effet de permettre à l'administration d'exprimer librement sa préférence pour un fournisseur ou entrepreneur. Ainsi que le fait observer De LAUBADERE, « pour un assez grand nombre de contrats l'administration choisit librement son cocontractant comme le ferait un particulier »⁷².

II- LA LIBERALISATION CONTRACTUELLE PAR LES PROCEDES NON CONCURRENTIELS

À la lecture de notre loi fondamentale, une observation mérite d'être faite : la constitutionnalisation de l'urgence et de l'exception⁷³. Par ailleurs, il convient de souligner que les autres branches du droit, notamment administratif, et dont il n'est plus contestable de nos jours que la Constitution nourrit les têtes de chapitre ne fournit guère une exception à cette vérité. En effet, l'attitude de la législation positive à propos des marchés de gré à gré et spéciaux justifie cette observation. Institutionnalisée⁷⁴, la légalité

72 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 258.

73 Voir notamment l'article 9 alinéas 1 et 2 de la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972.

74 En référence à l'étude restée célèbre du professeur Joseph OWONA, sur « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », *RCD.*, n° 6, juillet-décembre 1974, pp. 104-123.

d'exception trouve à s'appliquer dans la sélection du cocontractant de l'administration dans certains marchés publics en raison de l'urgence signalée, de la nécessité du secret, et des nécessités techniques ou des investissements⁷⁵. Dans ces conditions, il est probablement exact de penser qu'il existe une libéralisation du choix du partenaire contractuel de l'administration en application des procédés non concurrentiels. Ici en réalité, l'exception ou la dérogation tire son fondement de la réglementation positive elle-même, qui voudrait que la plupart du temps, la sélection d'un candidat au marché public s'opère au moyen de la mise en concurrence, mais aussi que dans certains cas limitativement listés, il le soit en l'absence de toute concurrence véritable.

S'il est bien situé au principe même du droit des contrats administratifs et au cœur du processus de sélection du cocontractant de l'administration, le procédé d'appel d'offres n'est pas, loin s'en faut, le seul mode de sélection de l'administration : celle-ci a toujours fait usage d'autres procédés, de nature plus libérale, fondés sur la liberté totale ou partielle de choix et non plus sur l'obligation d'observer les règles concurrentielles. Le droit positif camerounais met en place un régime libéral en faveur des marchés passés par des procédés non concurrentiels. En fait, il s'agit de reconnaître par cette ouverture que les personnes publiques ont la liberté totale ou partielle dans le choix de leur cocontractant lorsqu'elles mettent en mouvement les procédés non concurrentiels. Elles retrouvent alors une plus grande latitude dans le choix de leur entrepreneur. Cependant, cette liberté doit ou est à tout le moins précisée par la réglementation. Loin d'être irréprochable, cette procédure présente néanmoins le mérite de la

75 LAUBADERE (André de), VENEZIA (Jean Claude) et GAUDEMET (Yves), *Manuel de droit administratif*, op.cit., p. 233 ; DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José), *Droit administratif*, op. cit., p. 358.

simplicité et de la célérité. Par souci de respect du droit positif, l'analyse d'une certaine liberté de choix dans le procédé de gré à gré (A) précèdera l'étude de la liberté certaine de choix dans les marchés publics dits spéciaux (B).

A- La liberté de choix partielle du cocontractant au moyen du gré à gré

Si l'on convient qu'en vue de protéger les intérêts financiers de l'administration, les collectivités publiques ne bénéficient pas toujours de la liberté de choisir leurs cocontractants⁷⁶, il sied également de souligner que certains modes de conclusion du contrat admettent néanmoins cette liberté. Tel semble notamment être le cas du contrat de gré à gré. On pense alors à l'instar de De LAUBADERE que « dans tous les marchés de gré à gré, quel que soit le caractère plus ou moins étroit de la réglementation de certains d'entre eux, l'administration reste finalement libre de choisir son cocontractant, ce choix ne lui étant jamais imposé par un mécanisme automatique (...) »⁷⁷. Cependant, il faut se garder de croire que l'administration est libre de se déterminer pour des raisons étrangères à l'intérêt général⁷⁸. Cela peut se comprendre aisément si l'on songe à ce que « du choix du cocontractant dépend en définitive la bonne exécution de l'opération, c'est-à-dire la gestion satisfaisante des deniers dans le respect de l'intérêt général »⁷⁹. Plus exactement, il est question pour la collectivité publique en application de ce procédé, de « concilier l'intérêt

76 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 257.

77 *Ibid.*, p. 308.

78 VEDEL (Georges), *Droit administratif*, t. 1, op. cit., p. 247.

79 DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José), *Droit administratif*, 3^{ème} éd., Paris, Armand-Colin, 1991, p. 357.

financier (tendant à économiser les deniers publics) et l'intérêt collectif (c'est-à-dire la meilleure satisfaction des besoins) »⁸⁰.

En matière de gestion du domaine privé de l'État et des autres personnes morales de droit public, le gré à gré se définit par le choix discrétionnaire de l'acheteur de l'immeuble mis en vente par l'administration après mise en concurrence préalable de plusieurs demandeurs⁸¹. En droit administratif camerounais par contre, le marché de gré à gré est celui dans lequel le maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage délégué après autorisation préalable de l'autorité en charge des marchés publics, dispose d'une certaine liberté dans le choix de son cocontractant, en méconnaissance des principes concurrentiels de l'appel d'offres.

Pour les professeurs DEBBASCH et COLIN, le gré à gré ou encore marché négocié est « une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux »⁸². Toujours et dans le même sens le professeur Joseph OWONA, opine qu'il désigne un marché « par entente directe entre l'administration et son cocontractant »⁸³. Pour davantage mieux préciser sa pensée, l'éminent juriste ajoute alors et fait valoir que la procédure de gré à gré restreint la mise en compétition des candidats en même temps qu'elle octroie la pleine liberté à l'administration de contracter avec l'entrepreneur de son choix⁸⁴.

Prévue par l'article 108 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics et aux termes duquel : « Un

80 *Ibid.*

81 NYAMA (Jean-Marie), *Régime foncier et domanialité publique au Cameroun*, PUCAC, 2005, p. 81.

82 DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif*, *op. cit.*, p.485.

83 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, *op. cit.*, p. 148.

84 *Ibid.*

marché est dit de gré à gré lorsqu'il est passé sans appel d'offres, après autorisation préalable de l'Autorité chargée des marchés publics et selon la procédure décrite aux articles 110 et 111 [dudit] Code », la procédure de gré à gré semble être le premier procédé dérogatoire à l'appel d'offres public. La lecture tatillonne de cette disposition appelle plusieurs observations dont certaines méritent d'être rapportées. En prélude, il convient de remarquer qu'une telle procédure exclut d'office les règles de mise en concurrence ou de consultation, pourtant vivement recommandées pour une éventuelle performance. En second lieu, cette procédure est l'objet d'un encadrement strict des délais justifiant ainsi la célérité de la procédure. En dernier lieu, la procédure de gré à gré ne peut être employée par l'administration que dans des cas limitativement énumérés.

Pendant longtemps et aujourd'hui encore, le marché de gré à gré contrairement au marché d'appel d'offres, qui est un contrat d'adhésion, se trouve être plutôt un marché de négociation⁸⁵. On peut d'autant le penser si l'on ne perd pas de vue le fait que les délais sont étriqués et la consultation ou mise en concurrence limitée, voire oblitérée. C'est à examiner d'une part, l'exclusion des règles concurrentielles (1) et de l'autre l'urgence de la procédure, ainsi que sa circonscription à certains cas (2) qu'il faut s'intéresser à présent.

1- L'exclusion des règles de l'appel d'offres

Comme pourrait le laisser penser la réglementation en vigueur, l'administration n'est pas tenue de mettre en compétition les entrepreneurs ou fournisseurs susceptibles de réaliser la prestation

85 LAUBADERE (André de), VENEZIA (Jean Claude) et GAUDEMET (Yves), *Manuel de droit administratif*, 12^{ème} éd., Paris, *L.G.D.J.*, 1982, p. 233. Voir également DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif*, *op. cit.*, p.485.

qui doit faire l'objet du marché de gré à gré⁸⁶. Il en résulte que les principes de la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité, la transparence ainsi que la concurrence des soumissionnaires dans le processus de désignation du partenaire contractuel de l'administration ne sont plus d'application stricte ou à tout le moins se voient appliquer seulement de leur point de vue dérogatoire. De même, la prise en compte des critères technique et financier, autant que les formes d'appel d'offres ne paraissent relever ici que d'une simple option administrative et non plus d'une sujétion. Seule reste saine et sauve la règle de la capacité à contracter, qui en toute hypothèse conditionne la validité de tout contrat. À l'évidence, l'administration revêt ses vêtements nobles de l'autoritarisme à travers le pouvoir largement discrétionnaire⁸⁷ qui lui échoit. Sur cette base, il n'est plus naturellement possible de tracer la ligne de séparation entre le contrat civil et celui administratif. On peut d'autant le penser parce que c'est la réglementation elle-même, qui « laisse la part belle ici à l'appréciation discrétionnaire de l'administration »⁸⁸. C'est à proprement parler d'une négociation et d'une conclusion libres comme le seraient les marchés entre particuliers⁸⁹. Tout ce qu'on peut retenir à ce stade, c'est, comme le note à juste titre le professeur Joseph OWONA, « le recours résiduel à la concurrence »⁹⁰, dans la mesure où, l'administration peut procéder en cas d'accord de l'autorité chargée des marchés publics, par suite de la demande motivée par elle adresser, à « la

86 Voir notamment les articles 108, 109, 110 et 111 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics. Pour une opinion contraire, bien vouloir consulter avec profit, OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op. cit., p. 148.

87 Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire n'exclut pas le contrôle juridictionnel exercé sur la compétence, les formes et même le détournement de pouvoir. Dans ce sens, LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 309.

88 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op. cit., p. 149.

89 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 312.

90 *Ibid.*, p. 148.

consultation directe, sans obligation de publicité, d'au moins trois (03) sociétés »⁹¹, exception faite des cas dans lesquels le gré à gré est indispensable.

En conséquence, il est reconnu à l'administration publique au même titre que la personne privée, la pleine liberté de choix de son cocontractant dans les marchés de gré à gré. Découlant de la définition même que donne le Code des marchés publics, le principe de libre choix du cocontractant de l'administration dans les marchés de gré à gré suppose donc la négociation directe, l'absence de publicité et par voie de corollaire le caractère secret de la procédure, et enfin le caractère restreint de la procédure. Au total, il faut admettre sur la base des textes en vigueur, confortés par la doctrine dominante⁹² ou si l'on préfère en référence au discours-objet (prescription) et au métadiscours (proposition), que la procédure de gré à gré est un vecteur d'arbitraire, de favoritisme et de façon globale, de rupture de toutes les règles cardinales de l'appel public à la concurrence⁹³. Cette pratique joue défavorablement sur la passation des marchés publics où le clientélisme et le monnayage sont souvent la règle dans le cadre de la sélection du partenaire au contrat public. C'est certainement par souci de trouver un palliatif de ces manquements qui suscitent encore des questionnements aujourd'hui, que la réglementation en vigueur a limitativement énuméré les cas dans lesquels cette procédure trouve matière à application.

91 Article 110 alinéa 3 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics.

92 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 258. Pour lui en effet, « c'est dans le domaine des modes de passation des marchés publics que la théorie des modes de conclusion apparaît surtout originale ».

93 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op. cit., p. 149. Toujours et dans le même sens VEDEL (Georges), *Droit administratif*, t. 1, op. cit., p. 245.

2- L'urgence de la procédure et l'énumération réglementaire des cas de gré à gré

S'il est totalement admis par la doctrine confortée par les textes et la jurisprudence que l'administration bénéficie d'une marge de liberté considérable dans la sélection de son cocontractant par le procédé des marchés de gré à gré, il faut tout aussi admettre que cette liberté n'est pas totale pour au moins deux raisons. D'abord, la réglementation des marchés publics semble indiquer que le procédé concurrentiel est le procédé de droit commun ou de principe de sélection des soumissionnaires. En d'autres termes, ce n'est qu'en cas d'impossibilité de concurrence, d'échec d'appel d'offres, d'urgence et de force majeure, que la procédure non concurrentielle et donc de gré à gré peut être mise en mouvement, étant précisé qu'elle constitue l'exception à la règle⁹⁴. Par ailleurs et enfin, la réglementation a entendu elle-même spécifier les cas dans lesquels, cette procédure peut être appliquée en toute légalité. C'est ainsi que l'article 109 du Décret n° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics énumère limitativement quatre cas de sélection du cocontractant par le procédé de gré à gré dont il convient de rapporter la teneur :

- Pour les besoins ne pouvant être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'un procédé, d'un savoir-faire, d'une licence ou des droits exclusifs détenus être par un seul entrepreneur, un seul prestataire ou un seul fournisseur ;
- Pour le remplacement, en cas d'urgence, d'entrepreneurs ou de fournisseurs défaillants ;

94 Dans ce sens, lire VEDEL (Georges), *Droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 247.

- Pour les travaux, fournitures ou services et prestations intellectuelles qui, dans le cas d'urgence impérieuse motivée par un cas de force majeure, ne peuvent subir les délais d'une procédure d'appel d'offres ;
- Pour des fournitures, services ou travaux qui complètent ceux ayant fait l'objet d'un premier marché exécuté par le même titulaire, à la condition que le marché initial ait été passé selon la procédure d'appel d'offres et que le marché complémentaire qui en découle ne porte que sur des fournitures, services ou travaux qui ne figurent pas dans le marché initial conclu mais qui sont rendus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue et extérieure aux parties, et que ces fournitures, services ou travaux ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal.

Toute énumération étant par principe limitative en droit, on peut logiquement penser que si l'administration est libre dans le choix de son cocontractant par le procédé de gré à gré, il reste qu'elle ne peut recourir à ce procédé que lorsqu'elle est confrontée aux cas de figure ci-dessus prescrits. Ce qui naturellement laisse penser que la désignation du partenaire est « plus ou moins orientée par des procédures de concurrence ou de sélection »⁹⁵. Davantage, l'urgence doit constituer la motivation première du recours à cette procédure. En conséquence, une telle procédure se rend coupable d'illégalité en période normale, ce faisant, le juge n'hésiterait pas à annuler une telle démarche, une fois saisi. Mais seulement, dans la pratique camerounaise, l'on peut se rendre compte, et quelques solutions le prouvent nettement, que c'est la procédure de sélection de gré à gré qui est la règle et la procédure d'appel d'offres,

95 LAUBADERE (André de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., p. 309.

constitue l'exception. La justification globalement avancée tient à ce que l'administration se sentant plus libre dans ses choix par les marchés de gré à gré, consent à biaiser généralement même la procédure normale d'appel d'offres, pour qu'à terme et en raison de l'urgence de la prestation, elle puisse négocier dans les délais étriqués et choisir librement son fournisseur ou entrepreneur en violation du principe contractuel de la concurrence. Cette situation n'est pas sans conséquence sur les deniers publics, tant il demeure vrai qu'elle accentue la corruption et féconde les détournements de fonds. C'est le lieu où les prix des fournitures ou des prestations connaissent une flambée, mais le résultat de celles-ci demeure mitigé, étant observé qu'il faut faire vite compte tenu des délais qui tiennent très souvent l'administration. Elle procède ainsi directement à la sélection du candidat ou transmet le dossier de consultation, l'offre de l'attributaire comprenant son dossier administratif à la Commission Centrale de Contrôle des Marchés compétente, pour avis (laquelle dispose d'un délai de sept (07) jours ouvrables pour le faire) selon le cas, dès lors qu'il est établi que l'autorisation de l'autorité en charge des marchés publics a été accordée.

Au demeurant, en dehors de ces hypothèses courantes, le droit positif et la pratique permettent de constater un autre procédé dans lequel l'administration, cette fois est totalement libre de choisir son entrepreneur ou fournisseur.

B- La liberté de choix totale du partenaire de l'administration par les procédés spéciaux

Nulle part la réglementation camerounaise ne définit clairement la notion de marché spécial, même si elle ressort, expressément ou implicitement, de différentes dispositions. Elle se borne

simplement à définir négativement et limitativement les marchés spéciaux comme des marchés qui ne répondent pas, pour tout ou partie aux dispositions relatives aux marchés sur appels d'offres ou au marché de gré à gré en raison de leur spécificité liée pour l'essentiel à la sécurité. De ce fait, les marchés spéciaux dont celui de la défense constitue une catégorie, « sont sujets à des dispositions dérogatoires du droit commun des marchés publics »⁹⁶. Les marchés spéciaux peuvent ainsi concerner des domaines aussi variés que ceux de la prestation intellectuelle, les accords-cadres, les demandes de cotation, etc. En tous les cas, il importe que la sélection du candidat porte sur l'un de ces domaines et dans le secret pour qu'elle soit déclarée comme procédure spéciale. La reconnaissance du principe est donc assortie d'une condition indispensable : la nécessité de la sécurité, qui limite les abus éventuels. On a pu dire à cet effet de cette procédure de passation des marchés publics, qu'elle intéresse la défense nationale et la sécurité de l'État⁹⁷. Dans l'hypothèse de la sélection du cocontractant de l'administration par les procédés spéciaux, la liberté totale du choix résulte dans un premier temps de la prescription réglementaire, qui proscriit toute négociation et mise en concurrence des soumissionnaires. Dans un second temps, le Code des marchés publics ne prévoit aucune disposition relative aux principes concurrentiels et à ceux de la bonne gouvernance contractuelle. Cette imprécision se trouve renforcée par le report quasi automatique de la procédure de gré à gré au regard de leur caractère spécial. Comme le souligne le professeur Joseph OWONA, « en raison de leur nature, les marchés dits spéciaux dérogent aux règles d'appel public à la concurrence et

96 KIRAT (Thierry), « Réflexions sur les marchés publics de la défense », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur* du professeur Michel GUIBAL, t. 1, 2006, p. 145.

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

même l'égalité des soumissionnaires des marchés publics »⁹⁸. La sélection du fournisseur ou entrepreneur de l'administration dans les marchés spéciaux permet donc de se rendre compte que la procédure est secrète, tant il demeure vrai que l'administration passe toujours outre les principes concurrentiels. Et encore, faut-il connaître ce que la réglementation en vigueur a voulu signifier par la notion de marché spécial dont plus personne ne sait en quoi elle consiste, si ce n'est juste qu'elle déroge totalement ou partiellement à l'appel d'offres et au gré à gré. Sans doute, cette procédure a pour effet de permettre à l'administration de bénéficier d'un régime de faveur et d'échapper à tout contrôle juridictionnel. Le choix du cocontractant de la puissance publique perd ainsi sa signification première et n'est plus incompatible avec les règles applicables au contrat privé. Envisagé dans son principe, la liberté totale de choix du candidat à un marché public ne peut être contesté à l'autorité publique. Il en est ainsi parce que l'administration jouit de la marge de manœuvre qui lui a fait longtemps défaut ; et l'inobservation de la concurrence en même temps que le secret de la procédure, qui s'en dégagent met celle-ci à l'abri de tout contrôle.

La liberté totale se rencontre dans les marchés spéciaux dont l'accord-cadre, la demande de cotation et la prestation intellectuelle apparaissent comme l'expression la plus achevée. Dans ce sens, il convient de scruter l'exclusion des règles concurrentielles (1), et le caractère secret de la procédure (2).

1- L'exclusion de la négociation et de la mise en compétition

Le contournement de la procédure concurrentielle a pris plus récemment des formes nouvelles, avec l'apparition de la libre

⁹⁸ *Ibid.*

sélection d'un candidat à un marché public, qui prennent le relais des procédés traditionnels de sélection du cocontractant de l'autorité publique. L'administration a un pouvoir absolu quand l'observation des règles concurrentielles lui paraît compromettre la sécurité de la prestation. Ce droit trouve son fondement dans la satisfaction de l'intérêt général que poursuit régulièrement l'administration. De ce point de vue, cette dernière choisit librement l'entrepreneur ou le fournisseur qui lui paraît mériter la préférence. La reconnaissance par le droit positif d'un droit pour l'administration d'effectuer sans négociation ni mise en concurrence la sélection de son cocontractant dans les marchés spéciaux revient à dire simplement et purement qu'il y a une reconduction tacite de la procédure de gré à gré. Or, il est incontestable de nos jours que « la négociation offre la souplesse et la réactivité nécessaires pour définir celle qui convient le mieux, à un instant précis, pour des acteurs donnés et une transaction déterminée »⁹⁹. Manifestement, bien que les marchés spéciaux ne soient par nature pas des marchés de gré à gré, encore moins des appels d'offres, loin s'en faut au regard de leur caractère, si la législation positive a cru devoir interdire ou à tout le moins déroger aux règles de l'appel d'offres, c'est qu'il y a pour cela des raisons¹⁰⁰. Au premier rang desquelles figure l'adhésion totale ou partielle à la procédure de gré à gré. À cet égard, l'administration jouit de la plénitude de liberté dans la négociation et l'attribution du marché. Pour ce qui concerne les accords-cadres qui donnent lieu à des marchés à commandes subséquents passés avec trois

99 COLSON (Aurélien), « Contrat et négociation », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, t. 1, 2006, p. 14.

100 L'une des explications tient sans doute au fait que la négociation doit avoir pour ultime but d'adapter les offres à la demande. Or le caractère secret et l'urgence de la prestation sont souvent tels qu'on ne peut étendre la demande à plusieurs soumissionnaires. Voir FORT (François-Xavier), « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, t. 1, 2006, p. 38.

(03) prestataires au moins par lot, pré-qualifiés à la suite d'un appel à candidatures, les seules exigences requises se rapportent exclusivement à leurs références dans le domaine concerné. De même, s'agissant des consultants individuels, ils sont désignés sur la base de leurs qualifications. Ce faisant, l'évaluation de leurs capacités contenues dans les *curriculum vitae*, se fait sur la base de leurs diplômes, de leur expérience antérieure et, s'il y a lieu, de leur connaissance du contexte local. De tels critères, pour des raisons pratiques, ne sauraient satisfaire et perdurer, si l'on n'oublie pas que les informations figurant généralement sur le *curriculum vitae* se révèlent parfois inexactes relativement aux compétences, lorsqu'il faut les mettre en œuvre.

En plus de la liberté de choix du cocontractant, il convient de souligner que l'administration est également dispensée de la publicité telle qu'elle est indiquée pour la procédure d'appel d'offres. Par conséquent, son choix est généralement porté sur un candidat, et lors même que celui-ci est défaillant, il se fait remplacer par le prochain sur la liste, sous réserve de la pluralité de soumissionnaires. Seuls dans ce cas restent obligatoires le respect de la préqualification et l'échange de consentement au regard de l'urgence de la prestation et des exigences de sécurité.

Pour des raisons évidentes tenant à la sécurité et à la continuité de l'État, il est tout à fait normal que les marchés spéciaux connaissent une certaine célérité et promptitude, de façon telle qu'ils dérogent toujours aux autres procédés de passation des marchés publics globalement, et singulièrement à l'appel d'offres¹⁰¹. Tous ces paramètres concourent à affirmer que la procédure de sélection du

101 OWONA (Joseph), *Droit administratif spécial de la République du Cameroun*, op. cit., p. 151 ; KIRAT (Thierry), « Réflexions sur les marchés publics de la défense », op. cit., p. 145.

cocontractant de l'administration au moyen des marchés spéciaux est secrète.

2- Le caractère secret de la procédure de désignation

En droit positif camerounais, la dispense de la publicité et de la concurrence doublée de l'exigence de sécurité pour la sélection des partenaires de l'administration aux contrats spéciaux, laisse clairement penser que la procédure est secrète. Ici, plus probablement que dans les autres procédés de sélection, la règle de l'*intuitu personae* est essentielle¹⁰², puisque le « cocontractant est choisi à la suite de l'appréciation de ses qualités personnelles »¹⁰³ à l'exclusion des autres qualifications propres à tout marché public. En effet, contrairement aux autres procédés concurrentiels et de gré à gré, la procédure des marchés spéciaux se révèle entièrement secrète pour des raisons de sécurité. Cette situation est due à deux principales raisons. En premier lieu, le principe est juridiquement établi que le caractère secret de la procédure résulte nécessairement de l'absence de publicité de l'avis d'appel d'offres. Fondamentale dans la théorie classique des contrats administratifs, la publicité prend une valeur plus accentuée dans les procédés concurrentiels de passation des marchés publics. Ici, plus probablement qu'ailleurs, il est essentiel que tous les candidats soumis à la compétition publique prennent la pleine mesure de la prestation voulue, au moyen de l'avis d'appel d'offres. Or, sur ce point, le Code des marchés publics n'a pas cru devoir soumettre les marchés spéciaux à cette exigence en permettant à l'administration de passer outre une telle procédure pour des raisons de sécurité. Toutes choses qui portent à croire

102 VEDEL (Georges), *Droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 245 ; DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José), *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 358.

103 DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José), *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 358.

que l'un des principes de la commande publique à savoir la transparence¹⁰⁴ est totalement méconnu.

En second lieu, cette situation est confortée par la reconduction tacite de la procédure de passation des marchés de gré à gré¹⁰⁵ et le caractère urgent de la prestation¹⁰⁶, et s'y explique au moins sur le plan théorique, par le souci d'éviter l'insécurité des prestations tout autant que l'inertie dans la réalisation des marchés de travaux ou de fournitures, et qui ne manqueraient pas d'entraver le bon fonctionnement et la continuité de l'État. Des raisons analogues justifieraient également sans doute l'attitude des autres personnes morales de droit public singulièrement, et généralement, celle des législations des États d'Afrique noire d'expression française. On comprend ainsi qu'un auteur ait pu dire que « le créateur des normes juridiques *se doit d'adapter à tout moment Droit et circonstances de façon qu'à un état de faits déterminé corresponde une légalité déterminée* »¹⁰⁷.

À l'aune de ce qui précède, peut-on parler de désignation du partenaire de l'administration au contrat selon les règles de droit civil ou celle de droit public ? La réponse, on s'en doute doit être conciliante : pour une part, le choix du fournisseur ou entrepreneur de la personne publique tient compte des règles connues du droit civil des contrats, pour le reste, il est construit autour des règles exorbitantes de droit commun et que l'on ne retrouve guère dans la sphère du droit civil des contrats.

104 RICHER (Laurent), « La transparence et l'obstacle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur* du professeur Michel GUIBAL, t. 1, 2006, p. 176.

105 KIRAT (Thierry), « Réflexions sur les marchés publics de la défense », *op. cit.*, pp. 141-158.

106 LAUBADERE (André de), VENEZIA (Jean Claude) et GAUDEMET (Yves), *Manuel de droit administratif, op.cit.*, p. 233 ; DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José), *Droit administratif, op. cit.*, p. 358.

107 OWONA (Joseph), « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », *op.cit.*, p. 105.

Peut-on pour autant voir dans la libéralisation du choix du cocontractant de la collectivité publique par les procédés non concurrentiels, l'acte de décès du droit administratif et sa vision fondamentalement autoritaire et inégalitaire des rapports entre l'administration et les particuliers ? La réponse semble probablement négative : la désignation du partenaire de la puissance publique par ce procédé est bâtie autour de l'urgence et de la sécurité, qui ne permettent pas à l'administration de disposer du temps et parfois des moyens nécessaires pour l'application rigoureuse des principes concurrentiels. Et l'on sait en effet que, même ce mode dérogatoire de désignation du cocontractant est souvent empreint d'un minimum de concurrence, ou à tout le moins d'autoritarisme et d'absence de réciprocité. Tout ce que l'on peut reprocher à la réglementation en l'état actuel des choses, c'est d'avoir mis à la disposition de l'administration, une pluralité de procédés de sélection dont seule elle reste maîtresse du choix. Ce qui ne permet pas finalement au Code de transparence et de bonne gouvernance de trouver sa pleine expression.

Autant dire tout de suite pour parodier certains auteurs, que le choix du cocontractant de l'administration est enraciné dans ses principes concurrentiels traditionnels mais que, au fil du temps, tel un bateau larguant ses amarres, il s'en va naviguant vers d'autres cieux et d'autres lieux, traçant dans son sillage de nouvelles règles sans pour autant rompre totalement avec son port d'attache¹⁰⁸. Toutes choses qui pourraient laisser penser que le droit administratif, en plus de la perte de son autonomie, a considérablement évolué au point de rechercher les solutions partout en droit y compris en droit civil pour la nécessaire

108 BERRAMDANE (Abdelkhaleq) et ROSSETTO (Jean), *Cours de droit de l'union européenne. Institutions et ordre juridique*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 67.

conciliation entre les prérogatives de puissance publique et les droits des administrés.

Conclusion

L'analyse du choix du cocontractant de l'administration en droit positif camerounais impose quelques observations majeures : que la liberté de sélection soit restreinte par les procédés concurrentiels, ou encore qu'elle soit laissée à l'appréciation totale de l'administration par les procédés non concurrentiels, ne semble devoir souffrir de rien, la réglementation en vigueur l'a consacré. En outre, si l'administration n'est pas totalement libre selon les cas dans le choix de son partenaire au contrat, elle demeure cependant entièrement libre dans le choix du procédé de sélection ; ce d'autant plus que le législateur met à sa disposition une pluralité de procédés de sélection dont seule elle reste maître du choix. On en vient donc à se demander si le choix du cocontractant est un pouvoir discrétionnaire ou lié ?¹⁰⁹ Le droit des contrats administratifs camerounais est encore très souffrant, et ce ne sont pas les spécialistes qui, après s'être rendus à son chevet pour le diagnostiquer, qui nous démentiront. Le premier mal désormais bien connu de tous dont souffre notre droit des contrats administratifs est la préférence de la procédure dérogatoire à la procédure de droit commun. Viennent s'ajouter le silence, sinon l'imprécision des textes pour ce qui est des marchés spéciaux, le formalisme accru de la procédure concurrentielle, ainsi que la qualité de la prestation, qui en toute hypothèse, a des répercussions sur la performance. Quelques pistes de solutions sont à explorer, étant précisé qu'elles apparaissent comme l'ordonnance prescrite pour remédier aux maux d'attribution

¹⁰⁹ CHABANOL (Daniel), « Le choix du contractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ? », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur* du professeur Michel GUIBAL, t. 1, 2006, pp. 83-94.

et de passation des marchés publics qui ont cours jusqu'ici. La première a trait à une collaboration nécessaire dans la pratique entre les organismes bénéficiaires de la prestation et l'agence de régulation des marchés publics, ainsi qu'au renforcement des règles de concurrence et de bonne gouvernance, à l'effet d'éradiquer le favoritisme et la prolifération des marchés publics fictifs. Aussi faut-il reconsidérer les deux critères financiers d'attribution du marché : l'offre la moins disante pour les marchés de travaux et de fournitures, et l'offre la mieux-disante pour les marchés de prestations intellectuelles, qui ne manquent pas pour le premier de permettre à l'organisme public de retenir par devers lui, le reste des fonds après entente, et pour le second, de procéder à une surenchère du prix de la prestation avec la complicité de l'organisme bénéficiaire, dans l'espoir de se partager le butin après service fait. La rationalisation de la procédure de passation s'avère tout aussi nécessaire, pour réduire le formalisme accru qui est devenu monnaie courante dans notre droit des marchés publics.

DIRECTION DE LA PUBLICATION

Directeur : **Joseph DJOGBENOU** / Secrétaire : **Gilles BADET** (Assisté par **Josué CHABI KPANDE**)

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Président d'honneur	Maurice AHANHANZO GLELE Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Ancien membre de la Cour constitutionnelle du Bénin, Ancien Président de la Haute Cour de justice du Bénin (BENIN)
Président	Théodore HOLO Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Ancien Président de la Cour constitutionnelle du Bénin, Ancien Président de la Haute Cour de justice du Bénin (BENIN)
Vice-Président	Koffi AHADZI-NONOU Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques Membre de la Cour constitutionnelle du Togo (TOGO)
Membres	Robert DOSSOU Ancien bâtonnier de l'ordre des avocats du Bénin, Doyen honoraire de la Faculté des sciences juridiques économiques et politiques de l'Université nationale du Bénin, Ancien ministre, Ancien Président de la Cour constitutionnelle du Bénin (BENIN) Martin BLEOU Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Ancien ministre (COTE D'IVOIRE) Babacar KANTE Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université Gaston Berger de Saint Louis, Ancien Vice-Président du Conseil constitutionnel (SÉNÉGAL) Babacar GUEYE Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SÉNÉGAL) Dorothé C. SOSSA Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit privé, Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Sciences politiques, Université d'Abomey-Calavi, Secrétaire permanent honoraire de l'OHADA (BÉNIN) Noël A. GBAGUIDI Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit privé, Ancien Titulaire de la Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie, Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN) Fabrice HOURQUEBIE Professeur de Droit public, Université Montesquieu Bordeaux IV, Directeur de l'IDESUF, Directeur adjoint du CERCCL (FRANCE) Dodzi KOKOROKO Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Président de l'Université de Lomé (TOGO) Adama KPODAR Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques ancien Vice-Président de l'Université de KARA (TOGO), Directeur de l'École Nationale d'Administration (TOGO) Ibrahim SALAMI Agrégé des facultés de Droit, Professeur de Droit public, Ancien Vice-doyen de la faculté de Droit et de Sciences politiques, Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN) Dandi GNAMOU Agrégée des facultés de Droit, Professeure de Droit public, Université d'Abomey-Calavi, Conseillère à la Cour suprême du Bénin (BÉNIN) Mahaman TIDJANI ALOU Agrégé en Sciences politiques, Professeur à l'Université Abdou MOUMOUNI de Niamey (NIGER) Brusil Miranda METOU Agrégée des facultés de Droit, ancienne Vice-Recteur chargé de la recherche, de la coopération et des relations avec le monde des entreprises Université de DSCHANG (CAMEROUN) Victor P. TOPANOU Maître de Conférences en Sciences politiques, Ancien Directeur de l'École doctorale "Sciences juridiques, politiques et administratives", Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN) Hygin KAKAI Agrégé en Sciences politiques. Vjce Doyen de la Faculté de droit et de sciences politiques Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN)

COMITÉ DE LECTURE

Président : M. Razaki AMOUDA-ISSIFOU, Vice-Président de la Cour constitutionnelle
Membres : Pr. Joël ADELOUL, Pr. Igor GUEDEGBE, Pr. Hygin KAKAI, Dr. Gilles BADET,
Dr. Dario DEGBOE, Dr. Aboudou Latif SIDI