

AUDIENCE PUBLIQUE  
du 30 juin 2017

Arrêt n°068/2016-2017  
du 30/06/2017

La Chambre du Contentieux du Conseil d'Etat (Burkina Faso) en son audience ordinaire publique du 30 juin 2017, tenue dans la salle des audiences à laquelle siégeaient :

Monsieur Marc ZONGO,  
PRESIDENT ;

RE N°026/2013-2014  
du 20/01/2014

Madame Fatimata KINDO,  
Madame Yolande DEMBEGA ,  
CONSEILLERS ;

Monsieur Ignace YERBANGA,  
COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT ;

Avec l'assistance de Maître Jérôme NIKIEMA,  
GREFFIER ;

A rendu l'arrêt ci-après :

ENTRE

AFFAIRE :

Etat Burkinabé

Etat Burkinabé, représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor (AJT),  
REQUERANT ;

C/

ET

ZOUNGRANA  
Oumarou Directeur des  
Etablissements  
ZOUNGRANA  
Omarou et Frères  
(EZOF)

ZOUNGRANA Oumarou Directeur des Etablissements EZOF,  
ayant pour conseil, Maître Yembi M. SIMPORE, Avocat à la Cour à  
Ouagadougou,  
DEFENDEUR ;

LE CONSEIL,

Vu la requête au Conseil d'Etat du 20 janvier 2014 de l'Etat Burkinabé ;  
Vu la loi n°21/95/ADP du 16 mai 1995 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs ;  
Vu la loi organique n°015-2000/AN du 23 mai 2000 portant composition, organisation, attributions, fonctionnement du Conseil d'Etat et procédure applicable devant lui ;  
Vu les écritures du Conseiller Rapporteur ;  
Vu les conclusions écrites du Commissaire du Gouvernement ;  
Où le rapporteur ;

Où les parties en leurs observations orales ;

Où le Commissaire du Gouvernement en ses conclusions orales ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

### FAITS ET PROCEDURE

Considérant que ZOUNGRANA Oumarou, directeur des établissements ZOUNGRANA Oumarou et frères (EZOF), a été attributaire provisoire de huit lots du marché public du 03 mai 2005 pour la fourniture scolaire aux écoles des vingt provinces les moins scolarisées du Burkina ; que cependant, il a été évincé de ce marché par une décision de la commission de règlement amiable des litiges (CRAL) ; que se sentant lésé par cette décision, il saisissait les juridictions administratives d'un recours en annulation de ladite décision et par jugement n°027 du 31 mai 2007, confirmé par arrêt n°13 du 25 février 2011, la décision De la CRAL a été annulée ; qu'il introduisait alors auprès du tribunal administratif de Ouagadougou, une requête en indemnisation contre l'Etat Burkinabé pour avoir réparation du préjudice qu'il a subi ; que le 19 décembre 2013, la juridiction saisie rendait le jugement contradictoire dont le dispositif est libellé comme suit : « *Statuant publiquement, contradictoirement, en matière administrative et en premier ressort :*

En la forme :

*Déclare la requête introduite par ZOUNGRANA Oumarou, exerçant sous l'enseigne EZOF, recevable ;*

Au fond :

*La déclare fondée ;*

*En conséquence, condamne l'Etat burkinabé à lui payer la somme de cent quatre vingt dix huit millions neuf cent vingt huit mille trois cent cinquante huit (198.928.358) francs CFA au titre des dommages-intérêts au titre des huit (8) lots du marché résultant de l'appel d'offres n° 2005-405/MEBA/SG/DEP du 3 mai 2005 ;*

*Condamne l'Etat aux dépens. ».*

Considérant que contre cette décision, l'Etat Burkinabé, représenté par l'Agent Judiciaire du Trésor (AJT), interjetait appel par requête du 20 janvier 2014 pour entendre le Conseil d'Etat déclarer son appel recevable, voir annuler le jugement attaqué tout en se réservant le droit de développer ultérieurement dans un mémoire ampliatif ses moyens et conclusions dès que l'expédition du jugement sera disponible ; qu'il expose néanmoins, qu'ayant obtenu l'annulation de la décision de la CRAL par les juridictions administratives, ZOUNGRANA Oumarou, sans avoir été attributaire définitif ni bénéficiaire de l'approbation du marché, a pu obtenir la somme globale de 198.928.358 F CFA à titre de dommages et intérêts ; que dans un mémoire ampliatif déposé au greffe du Conseil d'Etat le 02 octobre 2014, l'Etat Burkinabé soutient que les réclamations de ZOUNGRANA Oumarou ne peuvent prospérer ni dans leur principe ni dans leur quantum ;

Considérant que sur le principe même de l'indemnisation, l'appelant explique que ZOUNGRANA Oumarou n'était qu'un attributaire provisoire et que rien n'atteste qu'il serait l'attributaire définitif en ce que les résultats provisoires font toujours l'objet d'un réexamen par une instance supérieure avant la publication des résultats définitifs ; qu'à supposer même qu'il ait été attributaire définitif, il ne peut prétendre à un quelconque droit qu'à compter de l'approbation du marché conformément aux dispositions de l'article 118 du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public qui dispose que : « *le marché entre en vigueur dès son approbation par l'autorité compétente. L'entrée en vigueur du marché marque le début des obligations juridiques d'exécution* » ; qu'il est donc clair qu'à la date de la publication des résultats provisoires, aucune obligation juridique d'exécution n'était née à la charge de l'Etat et que ce n'est qu'à partir de l'approbation du marché que l'attributaire pourrait invoquer un préjudice car en cette qualité, il peut prétendre engager des dépenses en vue de l'exécution du marché ; qu'en outre, ne connaissant pas l'issue d'une procédure judiciaire, il appartenait à ZOUNGRANA Oumarou d'user des voies d'urgence telle le sursis à exécution afin d'empêcher la décision de la CRAL de produire pleinement ses effets en raison du caractère de non suspension de l'acte administratif ; que de tout ce qui précède, il apparaît que le préjudice invoqué par l'intimé est inexistant et ne saurait donner lieu à une quelconque indemnisation ;

Considérant que sur le quantum de la réparation, l'Etat Burkinabé fait valoir que le premier juge a fait entièrement droit à toutes les réclamations de l'intimé en le condamnant à lui payer la somme de 198 928 358 F CFA à titre d'indemnisation alors qu'il est établi que le préjudice est inexistant, voire éventuel ; que par ailleurs, s'il venait à être reconnu, ce préjudice paraît exagéré dans son montant dans la mesure où son évaluation a été faite comme si le requérant avait véritablement exécuté le marché ; que de même, ZOUNGRANA Oumarou a produit un état qui, visiblement ne fait ressortir aucune charge liée à l'exécution du marché et ne comportant pas un état détaillé correspondant au devis estimatif contenu dans son dossier d'appel, se contentant de produire uniquement un état faisant ressortir des coûts d'achat et de vente de fournitures et une marge bénéficiaire qu'il s'est donné du plaisir à élaborer à dessein ; qu'en somme, il n'apporte aucunement la preuve d'un quelconque préjudice par lui subi soit en justifiant une revente de fournitures à perte ou d'un non écoulement de ces produits à la suite du retrait du marché ; qu'il convient en conséquence de revoir le quantum de la condamnation à la baisse au cas où le Conseil d'Etat viendrait à faire droit à la réclamation de ZOUNGRANA Oumarou ;

Considérant que le 27 novembre 2014, ZOUNGRANA Oumarou déposait effectivement un mémoire en réplique dans lequel il conclut à la confirmation pure et simple du jugement attaqué au motif que l'indemnité octroyé par le premier juge est juste et bien fondé dans son principe ainsi que dans son quantum ; que sur le principe de

l'indemnisation, l'intimé soutient que contrairement aux allégations de l'Etat Burkinabé, le premier juge a fait une bonne application de la loi car l'attributaire provisoire d'un marché public ne peut être évincé que sur des bases légitimes, régulières et légales ; qu'en l'espèce cependant, il a été irrégulièrement évincé par la décision de la CRAL, laquelle décision est elle-même entachée d'excès de pouvoir en ce que, non seulement la CRAL n'a pas daigné vérifier le motif de faux marchés similaires dont on lui reprochait mais elle n'a pas non plus examiné la plainte qu'il a déposée après la décision de retrait des lots dont il était attributaire et ce, sans l'avoir entendu ; que de fait, il aurait été attributaire définitif du marché si la CRAL n'avait pas pris une décision irrégulière dans le cours de la procédure, puisqu'annulée plus tard par les juridictions administratives ; que par ailleurs, au seul vu des motifs et moyens légitimes et sérieux de son recours, il était loisible à l'administration de surseoir d'office à l'approbation et à l'exécution du marché dans l'attente de la décision du juge mais elle ne l'a pas fait ; que ce faisant, elle a opté de poursuivre l'exécution du marché dans l'irrégularité à ses risques et périls et ne saurait lui reprocher aujourd'hui de n'avoir pas initié une procédure de sursis à exécution comme si demander un sursis à exécution est une obligation et non une simple faculté pour un plaideur, de sorte que s'en abstenir constituerait une faute ; que du reste, la loi subordonne l'octroi du sursis à exécution à deux conditions cumulatives dont l'un est le préjudice irréparable alors qu'en l'espèce, son préjudice est réparable selon la jurisprudence ; que c'est donc à bon droit que le premier juge a estimé que par arrêt n°13 rendu le 25 février 2011, le Conseil d'Etat confirmait le jugement du tribunal administratif annulant la décision de la CRAL et les résultats définitifs de réattribution du marché ; qu'il s'en suit que les lots du marché qui avaient été attribués au requérant sont sensés n'avoir jamais été retirés ; que le retrait puis la réattribution qui sont intervenus l'ont été irrégulièrement ; que sur cette base, il peut prétendre à la marge bénéficiaire qu'il aurait dû avoir en exécutant le marché et que dès lors, il y a lieu de dire que son droit à obtenir réparation est fondé ;

Considérant que sur le quantum de l'indemnisation, ZOUNGRANA Oumarou souligne que l'Etat Burkinabé reproche au premier juge d'avoir fait droit à toutes ses réclamations relatives à la marge bénéficiaire liée à l'exécution du marché comme si celui-ci avait été véritablement exécuté sans tenir compte des charges énormes que pourrait engendrer l'exécution effective dudit marché ainsi que les sanctions éventuelles sous forme de pénalités ; que cependant, il y a lieu de prendre en compte les réalités suivantes à savoir d'une part, qu'il est constant que la non exécution du marché par lui relève de la responsabilité exclusive de l'administration ; que d'autre part, les charges évoquées par l'appelant sont pour certaines purement éventuelles telles les garanties financières qui ne deviennent des charges qu'en cas de prêts, les pénalités et la résiliation ; qu'en droit, les dommages et intérêts sont octroyés dans le but de réparer intégralement le préjudice subi ; qu'en l'espèce et pour se faire, il a fait un état exhaustif détaillé de l'évaluation du préjudice qu'il a subi correspondant à la marge bénéficiaire nette qu'il était en droit d'attendre de l'exécution

du marché et qui constitue un gain manqué sans prendre en compte les divers frais exposés dans le cadre de la soumission à l'appel d'offres ainsi que certaines charges dont les taxes telles les droits d'enregistrement et de timbre ; qu'enfin, il n'a nullement pris en compte le préjudice moral dans l'estimation de l'ensemble du préjudice subi alors qu'il est constant que le retrait du marché n'est pas sans conséquence sur sa crédibilité auprès de ses fournisseurs ; qu'en réalité, il est évident que le montant par lui réclamé est tout simplement raisonnable car en deçà du préjudice qu'il a réellement subi et que c'est au regard de tous ces éléments que le premier juge, pour faire droit à sa réclamation a estimé qu'il a versé au dossier un état exhaustif et suffisamment détaillé de l'évaluation de sa marge bénéficiaire qui se chiffre à 198 928 358 F CFA ; qu'un examen minutieux des chiffres donnés permet de dire qu'ils n'ont rien d'excessifs ; que de tout ce qui précède, il convient de débouter l'Etat Burkinabé de toutes ses prétentions, fins et moyens comme étant mal fondés et confirmer le jugement attaqué en toutes ses dispositions.

## SUR QUOI

### I En la forme

Considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi organique n°21-95/ADP du 16 mai 1995, les jugements contradictoires du tribunal administratif sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat dans un délai de deux (02) mois à compter de leur prononcé ; passé ce délai l'appel est irrecevable ; qu'en l'espèce, l'Etat Burkinabé ayant interjeté appel le 20 janvier 2014 contre le jugement n°145/13, rendu le 19 décembre 2013 par le tribunal administratif de Ouagadougou, soit environ un (01) mois à compter du prononcé dudit jugement, son appel mérite, au regard des pièces qui accompagnent la requête, d'être déclaré recevable ;

### II Au fond

Considérant qu'il résulte des motifs de l'appel que l'Etat Burkinabé reproche essentiellement au jugement attaqué de l'avoir condamné à payer à ZOUNGRANA Oumarou la somme globale de 198.928.358 F CFA à titre de dommages et intérêts alors qu'en réalité, ses réclamations ne peuvent prospérer ni dans leur principe ni dans leur quantum, le préjudice évoqué étant inexistant, voire éventuel ;

#### 1°/ Sur le principe même de l'indemnisation :

Considérant qu'il résulte des débats et des pièces du dossier que le fondement de la réparation de ZOUNGRANA Oumarou ne réside pas sur une quelconque obligation juridique résultant de l'approbation du marché mais sur son éviction irrégulière du marché alors qu'il en était attributaire provisoire ; que de fait, il est établi que l'attributaire provisoire d'un marché public ne peut en être évincé que sur des bases légitimes, régulières et légales ; qu'en l'espèce cependant, l'intimé a été irrégulièrement évincé par la décision de la CRAL, laquelle décision est

elle-même entachée d'excès de pouvoir en ce que, non seulement la CRAL n'a pas daigné vérifier le motif de faux marchés similaires dont on reprochait à l'intimé mais elle n'a pas non plus examiné la plainte que celui-ci avait déposée après la décision de retrait des lots dont il en était attributaire et ce, sans l'avoir invité à se défendre ; que suite au jugement n°027 du 31 mai 2007, confirmé par arrêt n°13 du 25 février 2011, annulant la décision de la CRAL, les lots du marché qui avaient été attribués à ZOUNGRANA Oumarou sont sensés n'avoir jamais été retirés ; que dès lors, son droit à obtenir réparation est fondé ;

2°/ Sur le quantum de l'indemnisation :

Considérant qu'il est de principe que l'allocation de dommages et intérêts vise à réparer intégralement le préjudice subi ; qu'en l'espèce, il ressort de l'état exhaustif et détaillé versé au dossier par ZOUNGRANA Oumarou que la marge bénéficiaire qu'il était en droit d'attendre de l'exécution du marché s'élève à la somme de 198 928 358 F CFA ; qu'il est constant que du fait de la décision de la CRAL, il perd totalement cette marge bénéficiaire qui constitue pour lui un manque à gagner ; qu'en réalité, le préjudice par lui subi est incontestable et se révèle être de l'ordre financier et moral en ce qu'il perd inéluctablement une partie de sa crédibilité auprès de ses fournisseurs ; que par ailleurs, les charges énormes évoquées par l'administration en vue de voir le Conseil d'Etat reconsidérer le quantum de la condamnation à la baisse sont purement éventuelles et ne peuvent prospérer en ce que la non exécution du marché par l'intimé relève de la responsabilité exclusive de l'administration ; que n'ayant pas pris en compte le préjudice moral dans l'estimation de l'ensemble du préjudice subi, il est évident que le montant réclamé est raisonnable et il convient d'y faire droit ; que de tout ce qui précède, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions.

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, contradictoirement, en matière administrative et en dernier ressort ;

En la forme

Déclare l'appel interjeté le 20 janvier 2014 par l'Etat Burkinabé recevable comme ayant été introduit dans les formes et délais légaux ;

Au fond

Confirme le jugement attaqué en toutes ses dispositions ;

Met les dépens à la charge du Trésor Public.

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique ordinaire du 30 juin deux mille dix sept du Conseil d'Etat.

Et ont signé, le Président et le Greffier.

