

**CONSEIL D'ETAT**  
-----  
**CABINET**  
**DU PREMIER PRESIDENT**

**BURKINA FASO**  
-----  
**Unité – Progrès-Justice**

**ORDONNANCE DE REFERE**  
**N°0048 /2018-2019**

L'an deux mille dix neuf et le vingt cinq avril ;

Par délégation du Premier Président du Conseil d'Etat agissant comme Président de la Cour administrative d'appel ;

Nous, Edilbert SOME, Conseiller au Conseil d'Etat, étant en notre cabinet ;

Avec l'assistance de Maitre Koro Marcel BAMOUNI, Greffier ;

Vu la requête à fin de référé-suspension adressée au Premier Président du Conseil d'Etat le 19 mars 2019 par Monsieur KIEMTORE Salif (PLANETE SERVICES) et quinze (15) autres, ayant pour conseil la SCPA THEMIS B ;

Vu la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;

Vu le décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID 1<sup>er</sup> février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;

Vu le décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID 1<sup>er</sup> février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

Vu la loi n°032-2018/AN du 26 juillet 2018 portant composition, organisation, attributions, fonctionnement du Conseil d'Etat et procédure applicable devant lui ;

Vu les conclusions des parties, ainsi que les pièces produites au dossier ;

**Après avoir délibéré conformément à la loi ;**

**Avons rendu la présente ordonnance dans la cause opposant :**

- **KIEMTORE Salif**, Commerçant de nationalité burkinabè, né le 01 janvier 1977 à Ouagadougou, exerçant sous l'enseigne « **PLANETE SERVICES** », pour laquelle il est immatriculé au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier sous le numéro BF OUA 2007 A 3557, ayant son principal établissement à Ouagadougou, 10 BP 241 Ouagadougou 10, secteur 15, Tél :76 60 26 31/70 31 30 71 ;

- La société « **MEGA TECH** », société à responsabilité limitée de droit Burkinabè, immatriculée au registre du Commerce et du Crédit mobilier sous le numéro BF OUA 2012 B 2869, ayant SON SI7GE 0 Ouagadougou, 01 bp 2352 Ouagadougou 01, Tél : 25 37 57 74/78 03 72 72, Email : [contact@group-megatech.com](mailto:contact@group-megatech.com), représentée par son gérant, Monsieur **Souleymane OUEDRAOGO** ;
- La société « **soleil levant Services (SLS)** », Société A Responsabilité limitée de droit burkinabè, immatriculée au registre du Commerce et du Crédit Mobilier sous le numéro BF OUA 2017 B 7114, ayant son siège à Ouagadougou, secteur 43, 01 BP 5645 Ouagadougou 01, Tél : 77 77 77 38/60 67 77 77, représentée par son gérant, Monsieur **OUEDRAOGO Paligwendé Blaise** ;
- La société « **H 2000 INTERNATIONAL** », Société à Responsabilité Limité de droit Burkinabè, immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier sous le numéro BF OUA 2009 B 1302, ayant son siège à Ouagadougou, secteur 25, 01 BP 5389 Ouagadougou 01, Tél : 25 47 40 47, représentée par son gérant, Monsieur **SORE ahmed-Thierry Narcisse** ;
- La société « **SOCIETE FASO TUUM-NEERE ( so-fa-tu)** », Société à Responsabilité Limité de droit Burkinabè, immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier sous le numéro BF OUA 2018 B 0764, ayant son siège à Ouagadougou, secteur 29, S/C 02 BP 5716 Ouagadougou 02, Tél : 25 46 04 71/70 35 79 07, représentée par son gérant, Monsieur **TIENDREBEOGO Rakiswendé Ghislain** ;
- La société « **ZID SERVICES** », Société à Responsabilité Limité de droit Burkinabè, immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier sous le numéro BF OUA 2012 B 1256, ayant son siège à Ouagadougou, secteur 23, 04 BP 8580 Ouagadougou 04, Tél : 25 50 03 21/70 23 24 43/76 82 61 48/78 51 40 74, représentée par son gérant, Monsieur **ZOUN Idrissa** ;
- La **Société Internationale d'Investissement et de commerce, en abrégé « SIIC** », Société anonyme de droit Burkinabè, immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier sous le numéro BF OUA 2018 B 4830, ayant son siège à Ouagadougou, 01 BP 2352 Ouagadougou 01, Tél : 25 48 09 67/74 37 37 37, représentée par son **Administrateur Général**, Monsieur **Souleymane OUEDRAOGO**.

### Requérants

Et

L'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP), 01 BP 2080 Ouagadougou 01, Tél : 25 46 26 43, Fax : 25 30 53 01, sise Avenue de l'Union Européenne, représentée par son Secrétaire permanent ;

### Défenderesse

celle-ci doit s'appliquer de façon imminente à tous les requérants qui pour saisir l'ORD, seront tenus au paiement d'une caution dont le montant a été revu à la hausse ;

Qu'ainsi, l'exécution de cette décision préjudicie gravement et immédiatement à la situation des requérants qui devront supporter des conditions financières plus difficiles pour tout recours devant l'ORD, alors qu'ils achètent déjà les dossiers d'appel à concurrence et exposent des frais pour préparer les offres ;

Qu'il y a donc urgence à suspendre l'exécution de la décision contestée, laquelle a en plus comme effet, la limitation du droit à un recours effectif devant l'ORD ;

#### Sur le doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué

Que la deuxième condition est également remplie car il y a doute sérieux quant à la légalité de l'acte ;

Que ce doute sérieux résulte de l'incompétence du Président du Conseil de régulation pour prendre une décision instituant caution de recours devant l'ORD, même sur délibération dudit Conseil ;

Que bien que prévue par l'article 14 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique et par l'article 46 du décret d'application n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID 1<sup>er</sup> février 2017 au titre des ressources de l'ARCOP, ni son montant, ni ses modalités de paiement ne font l'objet d'aucune réglementation par voie législative ou réglementaire ;

Qu'aux termes de l'article 11 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique « l'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique a une compétence exclusive en matière de régulation de la commande publique. A ce titre, elle dispose d'un pouvoir réglementaire et de sanction en la matière.

Elle propose au gouvernement toute mesure réglementaire régissant la commande publique »

Qu'ainsi, l'alinéa 2 de l'article 11 donne compétence au gouvernement pour édicter les mesures régissant la caution ; que le Conseil de régulation et son président ne peuvent prendre de telles mesures puisqu'ils ne sont pas du gouvernement et sont seulement autorisés à proposer au gouvernement toutes mesures réglementaires régissant la commande publique ;

Qu'en aucun cas une décision de l'ARCOP ne peut préciser les modalités d'application d'une loi ni d'un décret ;

Qu'il en résulte qu'en prenant la décision en cause, le Président du Conseil de régulation de l'ARCOP a excédé ses pouvoirs, d'où il existe un doute sérieux quant à la légalité de son acte ;

Qu'en outre, ledit acte viole le droit d'accès des candidats et soumissionnaires à un recours effectif prévu à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 12 de la directive n°005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 relatif aux recours devant l'autorité de recours non juridictionnel qui prescrit aux Etats membres de veiller à ce que les décisions rendues au titre de l'article 11 puissent faire l'objet d'un recours effectif dans un délai de deux jours ouvrables à compter de la notification de la décision faisant grief ;

Qu'avant tout développement sur ces moyens, il convient de relever que la caution de recours contestée n'est pas une innovation des textes en vigueur puisqu'elle existe depuis la décision n°2015-09/ARCOP/CR du 31 décembre 2015 portant institution d'une caution de recours devant l'Organe de règlement non juridictionnel de l'ARCOP et son montant a été fixé à la somme de cinquante (50.000) francs CFA par le Conseil de régulation ;

Que l'objectif poursuivi par le Conseil de régulation à travers la décision contestée est de limiter les plaintes abusives et dilatoires mettant à mal les règles de célérité, d'économie et d'efficacité de la commande publique ; qu'à titre illustratif, sur les cinq (05) dernières années, l'ORD a examiné en moyenne neuf cent (900) plaintes dont plus de deux tiers (2/3) ont été déclarées non fondées au regard de leurs motifs peu sérieux ; qu'au titre de l'année 2018 il a été saisi de mille cent quatorze (1114) plaintes ; que cette solution à l'encontre des plaintes fantaisistes et vexatoires a été recommandée par tous les acteurs de la commande publique, y compris les soumissionnaires, à l'occasion d'un atelier d'échanges organisé par l'Autorité de régulation ;

Que c'est fort de cette adhésion des acteurs de la commande publique que le législateur a donné un fondement légal à la caution à travers l'adoption de la loi relative ladite commande ;

Qu'en ce qui concerne le premier moyen, celui portant sur l'incompétence du Conseil de régulation et de son Président pour prendre une mesure réglementaire, les requérants ont une lecture erronée des dispositions de l'article 11 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016, portant réglementation générale de la commande publique en soutenant que le pouvoir réglementaire conféré à l'ARCOP se limite à un pouvoir de « proposer au gouvernement de telles mesures réglementaires » ;

Qu'en effet, le principe de la caution qui est pratiquée depuis 2015 est désormais consacrée par la loi n°039-2016/AN portant réglementation générale de la commande publique et par le décret n°2017-050 portant attribution organisation et fonctionnement de l'ARCOP ;

Que ces deux textes ne remettant pas en cause la compétence du Conseil de régulation à déterminer le montant de la caution, soutenir l'incompétence de cette instance à déterminer le montant de la caution ne repose sur aucun fondement juridique sérieux, ce d'autant plus que ni le législateur, ni l'exécutif n'ont expressément désigné une autorité autre que le Conseil de régulation pour fixer le montant de la caution ;

Que de jurisprudence et doctrine bien établies, le « pouvoir réglementaire au niveau national consiste à édicter des dispositions de caractère général et impersonnel, applicables de façon permanente à l'ensemble des citoyens » ; qu'il est constant que l'exercice de ce pouvoir n'appartient pas uniquement au gouvernement et qu'il peut être reconnu à d'autres entités habilitées à cet effet telles que les autorités administratives indépendantes (AAI) ;

Que c'est ainsi que l'article 11 de la loi n°039-2016/AN consacre expressément le pouvoir réglementaire de l'Autorité de régulation et que le Conseil constitutionnel français a jugé que la loi fondamentale ne fait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité publique quelconque ( et non uniquement au Gouvernement) le pouvoir de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi ; que cependant, cette habilitation législative ne concerne que des « mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » ;

Que le principe de la gratuité du service public ne saurait alors être un motif pertinent pour faire échec à la mise en œuvre de la caution telle que régie par la décision querellée ;

Qu'il y a donc lieu, au regard de tous ces moyens, rejeter la requête tendant à la suspension de la décision querellée comme étant mal fondée en droit ;

## **SUR CE**

### **Sur la compétence**

Considérant qu'aux termes de l'article 87 de la loi organique n°032-2018/AN du 26 juillet 2018 portant composition, organisation, attributions, fonctionnement du Conseil d'Etat et procédure applicable devant lui « Le Premier Président du Conseil d'Etat ou tout juge qu'il délègue, statue en premier et dernier ressort suivant la procédure de référé sur les recours aux fins de suspension des décrets ou des actes administratifs réglementaires dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif. »

Considérant que la décision n°2018-14/ARCOP/CR du 28 décembre 2018 du Président du Conseil de régulation de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique portant institution d'une caution de recours devant l'Organe de règlement des différends est un acte réglementaire dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif, puisqu'il a vocation à s'appliquer sur le territoire national ;

Que son contentieux relatif à la suspension de son exécution relève donc de la compétence du Premier Président du Conseil d'Etat ;

### **Sur la recevabilité du recours**

Considérant que l'alinéa 2 de l'article 87 de la loi régissant le Conseil d'Etat dispose que « Le recours aux fins de suspension n'est recevable que s'il est justifié l'existence d'une requête préalable tendant à l'annulation ou à la reformation de l'acte dont la suspension est demandée » ;

Considérant qu'il est en l'espèce constant que les requérants ont saisi le Conseil d'Etat d'un recours en annulation de la décision n°2018-14/ARCOP/CR du 28 décembre 2018 du Président du Conseil de régulation de l'ARCOP dont ils demandent la suspension de l'exécution dans la présente procédure ;

Qu'il est donc justifié l'existence d'une requête préalable tendant à l'annulation ou à la reformation de l'acte dont la suspension est demandée ;

Que la requête est par conséquent recevable en la forme ;

### **Sur la demande de suspension**

Considérant que l'article 88 de la loi n°032-2018/AN du 26 juillet 2018 portant composition, organisation, attributions, fonctionnement du Conseil d'Etat et procédure applicable devant lui prescrit que « La suspension ne peut être ordonnée qu'à la double condition qu'il soit justifié d'une urgence et de moyens propres à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision administrative » ;

Qu'à l'examen desdites dispositions, il résulte que le législateur reconnaît à l'ARCOP non seulement le pouvoir de proposer au gouvernement toute mesure réglementaire régissant la commande publique, mais également un pouvoir réglementaire propre et un pouvoir disciplinaire en la même matière ;

Que les requérants se contentent malheureusement de l'alinéa 2 qui se rapporte au pouvoir de faire des propositions et passent sous silence l'alinéa 1<sup>er</sup> qui précise de manière non équivoque que l'ARCOP « a une compétence exclusive en matière de régulation de la commande publique. A ce titre, elle dispose d'un pouvoir réglementaire et de sanction » ;

Qu'une telle compétence, parce qu'explicite et d'origine législative, ne peut souffrir d'interprétation et ne peut être remise en cause que par la loi ;

Qu'il en résulte que l'ARCOP que l'acte contesté relève bel et bien de la compétence de l'ARCOP telle que reconnue par le législateur ;

Qu'il convient alors de rejeter le moyen des requérants tendant à démontrer l'existence d'un doute sérieux sur la légalité de l'acte tiré de l'incompétence l'ARCOP ou du Président du Conseil de régulation ;

Qu'en somme, l'examen des moyens des requérants ne permet pas d'établir qu'il y a urgence et doute sérieux sur la légalité de la décision n°2018-14/ARCOP/CR du 28 décembre 2018 dont la suspension de l'exécution est demandée ;

Qu'il y a donc lieu rejeter cette demande comme étant mal fondée en droit ;

#### **Sur les dépens ;**

Considérant qu'aux termes de l'article 77 de la loi régissant le Conseil d'Etat, « Les dépens sont mis à la charge de la partie perdante sauf si les circonstances particulières de l'affaire justifient qu'ils soient mis à la charge d'une autre partie ou partagés entre les parties » ;

Qu'en l'espèce la demande de suspension de l'exécution de la décision instituant une caution de recours devant l'organe de règlement non juridictionnel de l'ARCOP n'étant pas fondée, il s'en suit que cette décision produira ses effets et la perception de la caution, objet de cette décision, améliorera sensiblement les recettes de l'ARCOP ;

Qu'il est donc équitable de mettre les frais à la charge de l'ARCOP ;

#### **PAR CES MOTIFS**

Statuant contradictoirement, en matière de référé administratif et en dernier ressort,

En la forme, déclarons la requête de KIEMTORE Salif et quinze autres à fin de référé-suspension recevable ;

Au fond, la disons mal justifiée ;

En conséquence la rejetons ;