

COUR SUPREME

CHAMBRE ADMINISTRATIVE

DOSSIER: n° 2012-055 REP
du 05 juillet 2012

Rapporteur : M. le Président
KOBO Pierre Claver

AFFAIRE : Société DRAGON de
Côte d'Ivoire dite DRACI
C/
l'Autorité nationale de
Régulation des Marchés
Publics (ANRMP)

Audience du 28 novembre 2012

R A P P O R T

Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Par requête n° 2012-055 REP, enregistrée le 05 juillet 2012 au Secrétariat de la Cour Suprême, la Société DRAGON de Côte d'Ivoire dite DRACI, entreprise individuelle de gardiennage, au capital de 1.000.000 F CFA, dont le siège social est sis à Yopougon, représentée par son gérant, monsieur GOUET ZROH Julien, ayant pour conseil, le Cabinet SARASSORO et Associés, avocats près la Cour d'Appel d'Abidjan, demeurant à Cocody Saint Jean, rue des Jasmins, SICOGL grande ourse escalier L, 1^{er} étage, appartement 501, 08 BP 2167 Abidjan 08, Tél. 22.44.47.46, sollicite de la Chambre Administrative, l'annulation de la décision n° 004/2012/ANMRP/CRS du 22 mars 2012 de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP), ordonnant l'annulation des décisions d'attribution des lots n° 02 et 03 au profit des entreprises GOSSAN Sécurité Services et DRACI, par suite d'un appel d'offres organisé par la Société de Gestion du Patrimoine Immobilier de l'Etat (SOGEPiE).

I - Procédure

La requête a été transmise le 09 Août 2012 à Madame le Procureur Général Près la Cour Suprême et notifiée ce même jour à l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics dont le mémoire en défense est parvenu dès le 07 septembre 2012 au Secrétariat de la Chambre Administrative. A la date du rapport, les conclusions du Ministère public ne nous sont pas encore parvenues.

.../

II – Les faits

Par suite d'un appel d'offres référencé n° P80/2011, organisé par la SOGEPIE, aux fins de gardiennage de bâtiments administratifs, réparti en trois (03) lots, la Société DRAGON de Côte d'Ivoire, dite DRACI a été déclarée attributaire du lot n° 03 alors que le lot n° 02 a été attribué à la Société GOSSAN Sécurité Service, suivant le procès-verbal du 20 décembre 2011.

Mais, mécontent de ces résultats, l'entreprise INTERCOR, déclarée attributaire du lot n° 01, après le rejet de son recours gracieux, exercé le 23 janvier 2012 devant la SOGEPIE, a saisi le 06 février 2012 l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics, pour solliciter l'annulation des résultats de l'appel d'offres relativement aux lots n° 02 et 03. L'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics, par sa décision n° 004/2012 du 22 mars 2012 s'est rendu aux conclusions de l'Entreprise INTERCOR et a annulé les décisions d'attribution des lots n° 02 et 03.

Estimant cette décision, qui lui cause préjudice, illégale, la DRACI, après que l'ANRMP, le 03 mai 2012, lui ait signifié son refus d'examiner son recours préalable, exercé le 22 mars 2012, saisit la Chambre Administrative, le 05 juillet 2012 pour qu'elle annule la décision n° 004/2012 du 22 mars 2012.

III – Les Moyens de la requête

Au soutien de ces conclusions, la requérante met en avant trois moyens :

- La violation de l'article 167 du décret n° 2009-259 du 06 Août 2009 portant code des marchés publics.

Cet article dispose que les soumissionnaires évincés des procédures du code peuvent introduire un recours formel préalable à l'encontre des décisions rendues devant l'autorité qui est à l'origine de la décision contestée.

La DRACI argumente qu'en refusant d'examiner son recours préalable articulé après que la décision n° 004 du 22 mars 2012 ait été prise, l'ANRMP a méconnu l'article 167.

- La violation de l'article 18 du décret n° 2009-260 du 06 Août 2009 relatif à l'Autorité Nationale de Régulation des marchés publics.

Cette disposition pose le principe que « *toutes les procédures de règlement des litiges ou de prononcé de sanctions portées devant la cellule Recours et Sanctions doivent respecter le principe du contradictoire et garantir aux parties un traitement équitable* ». Sur ce fondement, la DRACI fait reproche à l'ANRMP d'avoir rendu la décision querellée sans l'avoir invitée au préalable, à faire valoir ses moyens et contester les prétentions de la Société INTERCOR.

➤ L'insuffisance de motivation de la décision n° 004 du 22 mars 2012 entreprise.

Pour la requérante, les motifs avancés par l'ANRMP au soutien de sa décision attaquée manquent de pertinence et d'exactitude. Elle insiste sur le fait que contrairement, à ce qu'à indiqué l'ANRMP pour obtenir l'attribution de l'ensemble des trois (03) lots proposés, la DRACI a fourni trois (03) véhicules parmi lesquels, un seul portait le nom de son gérant et qu'ainsi elle n'aurait point fraudé. En outre, elle fait grief à l'Autorité de régulation d'avoir sous-évalué sa capacité financière.

IV – Moyens en défense

Dans son mémoire en défense, parvenu le 07 septembre 2012 au Secrétariat de la Chambre Administrative, l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) estime que la requête de DRACI doit être déclarée irrecevable pour être intervenue plus de deux (02) mois après la publication de sa décision, sinon elle doit être rejetée sur le fond, vu que des moyens allégués par la DRACI ne sont pas fondés.

V - Observations

Cette affaire est importante, en ce qu'elle est la première d'une lignée, qu'on subodore, longue, et qui risque de transformer l'office de la Chambre Administrative. En effet, elle ouvre à la Haute Juridiction, un secteur d'activités de l'administration dans lequel elle n'avait eu, jusque là, l'opportunité d'intervenir : *la commande publique au travers des marchés publics qui s'offrent comme les contrats passés par les collectivités publiques en vue de satisfaire leurs besoins en matière de travaux, de fournitures et de services*. Aussi étonnant que cela puisse paraître, la Chambre Administrative n'a pas eu à connaître de litiges relatifs aux marchés publics. Pourtant, ceux-ci cristallisent des enjeux économiques et financiers majeurs et posent de nombreuses questions juridiques délicates concernant non seulement la notion même de marchés publics, le champ d'application du code qui y est relatif, le choix des soumissionnaires, les modalités de passation et d'exécution de ces contrats, qui, sous d'autres cieux, nourrissent une abondante jurisprudence.

Mais à dire vrai, cette vacuité jurisprudentielle au niveau de la Chambre Administrative, s'explique, outre l'existence de modes de règlements non-juridictionnels préférés par les protagonistes de ces contrats pour régler leurs litiges, par le fait que, dans le système judiciaire ivoirien, le contentieux des marchés publics et plus globalement des contrats administratifs, qui est un contentieux de pleine juridiction, ressort de la compétence des tribunaux d'instance. La Chambre Administrative, hormis les actes détachables de ces contrats qui peuvent faire l'objet de recours pour excès de pouvoir, ne peut connaître de ce contentieux qu'en cassation. Or, il est rare que les parties en litige avec l'administration, se pourvoient en cassation contre les arrêts de la Cour d'Appel.

Mais, quelles que soient les raisons qui expliquent l'absence de saisine ou d'arrêts de la Chambre Administrative relatifs aux marchés publics, cette époque est révolue. Désormais, elle est appelée à jouer un rôle en matière économique, en veillant au respect des droits et libertés économiques et à exercer un contrôle direct sur l'action des autorités administratives en charge de la régulation.

L'évolution en cours : l'élargissement du champ d'action de la Chambre Administrative

Le fait générateur de cette mutation est le nouveau système des marchés publics avec le code issu du décret n° 2009-259 du 06 août 2009 et la mise en place d'une autorité de régulation, l'ANRMP, par le décret n° 2009-260 du 06 août 2009 imposé par les directives n°4 et n°5 de 2005 de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) qui a entrepris de donner à la commande publique une nouvelle rationalité.

Le système de la séparation des fonctions de contrôle et de régulation confiées à des organes administratifs distincts et la mise en exergue des principes qui doivent régir les procédures de passation des marchés, à savoir, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures et la libre concurrence ne vont pas sans susciter des différends et des litiges. Ceux-ci, selon l'article 171 du Code, après l'épuisement des voies de recours non juridictionnels, sont soumis aux juridictions compétentes pour connaître du contentieux des contrats administratifs.

Dans le mécanisme contentieux complexe déployé pour le règlement des litiges en matière de marchés publics, les décisions prises par l'autorité de régulation (ANRMP) sont attaquables devant la Chambre Administrative. On précisera que l'ANRMP, elle-même, n'intervient qu'en seconde phase, à la suite du recours exercé devant elle à l'encontre de la décision prise par l'autorité à l'origine de la décision contestée devant laquelle, en première phase, est portée le recours préalable. Quoi qu'on puisse penser de ce mécanisme contentieux alambiqué à plusieurs phases, il n'en reste pas moins, que la dernière phase ou le dernier mot appartient au juge et singulièrement à la Chambre Administrative appelée à dire le droit, à exercer un contrôle sur la légalité des décisions de l'autorité en charge de la régulation.

La présente affaire qui lui est soumise lui en fournit l'occasion. De fait, l'hommage à sa position pionnière et l'entrée en scène de la Chambre Administrative dans le processus de contrôle et de régulation des marchés publics qu'elle marque n'arrivent pas pour autant à occulter les problèmes et les interrogations juridiques qu'elle pose. Le premier est, sans doute, celui du Chef de compétence de la Chambre Administrative pour en connaître.

Recours pour excès de pouvoir (REP) ou Cassation ?

De prime abord, on pourrait hésiter sur la nature du recours en cause : *recours d'excès de pouvoir ou recours en cassation si l'on considère que la décision attaquée est juridictionnelle*. On sait combien, il est parfois difficile de distinguer l'Autorité juridictionnelle et l'Autorité administrative, en raison de l'interpénétration des fonctions juridictionnelles et des fonctions administratives, un même organe remplit souvent des tâches de nature juridictionnelle et de nature administrative. On sait, par ailleurs, qu'à côté des juridictions de droit commun, il existe de multiples juridictions administratives spécialisées. L'ANRMP, ne doit-elle pas être regardée comme une juridiction spécialisée lorsqu'elle est amenée au travers de sa cellule recours et sanctions à « statuer sur les différends ou litiges nés à l'occasion de la passation, de l'exécution, du contrôle et de la régulation des marchés publics... à prononcer, pour atteinte à la réglementation des marchés publics, des sanctions contre les candidats, soumissionnaires, attributaires et titulaires de marchés publics... » comme l'indique l'article 16 de son décret de création ? On peut d'autant plus être enclin à considérer l'ANRMP comme une juridiction, que l'on sait qu'en cas de règlement de litige, la procédure suivie est calquée sur celle d'une juridiction de droit commun, avec le principe du contradictoire, et que ses décisions empruntent la forme d'un jugement avec des visas, des considérants et un dispositif.

Mais, en dépit de toutes ces apparences, on ne saurait regarder l'ANRMP comme une juridiction et qualifier ses décisions de juridictionnelles. Trancher des litiges nés de l'opposition de deux prétentions, s'il est caractéristique du contentieux, ne fait pas de l'organe habilité à le faire une juridiction. S'il est vrai, ainsi qu'en témoigne l'arrêt Santucci contre Université d'Abidjan du 28 avril 1976 de la Chambre Administrative que des organismes administratifs peuvent exercer des fonctions juridictionnelles, autrement dit, se métamorphoser en juridictions notamment en matière de répression disciplinaire, il n'en va ainsi que si les décisions prises par l'organisme collégial ont l'autorité de la chose jugée. L'emprunt des procédures juridictionnelles ne suffit pas à faire d'un organisme administratif, même composé de magistrats, une juridiction comme l'a rappelé l'arrêt n° 25 du 26 juillet 2006 ZUNON Seri c/ Assemblée Générale de la Cour d'Appel. Il résulte de la jurisprudence, qu'en dehors d'une volonté du législateur, c'est au critère d'ordre matériel que l'on doit se référer. Un organisme est de nature juridictionnelle quant, il a le pouvoir de régler définitivement un litige avec force de chose jugée (voir C.E 12 décembre 1953. De BAYO. Rec 544). Ainsi, la jurisprudence considère comme dépourvu de caractère juridictionnel, les organismes ayant pour mission de statuer, non sur des poursuites disciplinaires, mais sur des recours exercés en vue du règlement de litiges provoqués par des décisions administratives (voir C.E 3 mars 1957 Société les maisons des blessés du poumon, Rec 282, CE 20 décembre 1957 Baray et autres, Rec 701).

A ces considérations jurisprudentielles qui conduisent à dénier tout caractère juridictionnel à la décision attaquée, s'ajoute la nature de l'ANRMP et des arguments de texte. En effet, l'ANRMP, même si son décret de création, le qualifie, de façon insolite, d'organe spécial indépendant (OSI), est, au plan de l'orthodoxie juridique, une Autorité Administrative Indépendante (AAI) qui comme telle ne prend que des décisions administratives, lesquelles comme toute décision administrative est susceptible de recours d'excès de pouvoir afin d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité, comme l'indique le vénérable arrêt du C.E. du 17 février 1950 Dame Lamotte (GAJA). Au surplus, l'arrêté n° 661 du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la cellule recours et sanctions de l'ANRMP, précise en son article 2 que la cellule est un organe non juridictionnel dont les décisions peuvent faire l'objet de recours devant la Chambre Administrative (art. 13).

Le contenu du code des marchés publics étant quasiment identique, dans les différents pays de l'UEMOA, le droit comparé, avec la jurisprudence de la Chambre Administrative de la Cour Suprême du Sénégal, qui analyse les recours portés contre les décisions de l'Autorité de régulation, comme des recours d'excès de pouvoir (voir arrêt n° 12 du 05 mai 2009 Etat du Sénégal contre Autorité de Régulation des Marchés Publics et Agence Autonome des Travaux Routiers (AATR), arrêt n° 24 du 12 avril 2012 Association Sénégalaise des Hémodialysés et Insuffisants rénaux (ASHIR) contre Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) et Pharmacie nationale d'approvisionnement (PNA)) achève de convaincre sur la nature de la décision en cause et partant, de celle du recours qui ne peut qu'être un recours d'excès de pouvoir.

Une fois levés les équivoques et les doutes sur la nature de la saisine, on doit s'interroger sur la recevabilité de la requête de la société DRAGON comme soulevée par la défenderesse.

De la recevabilité de la requête...

L'ANRMP soutient que, non seulement « qu'étant un organe de recours non juridictionnel contre les décisions des autorités administratives en matière de marchés publics, ses décisions ne peuvent faire l'objet d'un recours préalable, ce qui serait, si tel était le cas, superfétatoire et contraire à l'esprit de la réglementation », que la décision n° 004/2012/ANRMP/CRS du 22 mars 2012 attaquée, ayant été publiée le 04 avril 2012 sur son site, le recours juridictionnel de la requérante, intervenue seulement le 04 juin 2012 est tardif, eu égard à l'article 60 de la loi n° 94-440 du 16 août 1994 relative à la cour Suprême. Cet article prévoit que les recours devant la Chambre Administrative doivent être introduits dans le délai de deux (02) mois à compter de la réponse au recours administratif préalable.

Chacun devine l'importance de ce point qui, assurément fera jurisprudence. Le problème s'énonce ainsi : **la saisine de la Chambre Administrative en recours d'excès de pouvoir contre une décision de l'Autorité de Régulation doit-elle être précédée ou non, d'un recours administratif préalable, qui, dans le cas d'espèce, ne peut qu'être un recours gracieux ? en d'autres termes : le recours juridictionnel contre les actes de l'ANRMP est-il soumis au régime du droit commun tel qu'il figure dans la loi sur la Cour Suprême ou bénéficie-t-il d'un régime spécifique, compte tenu à la fois de l'exigence de célérité et du fait que l'ANRMP est elle-même, un organe de recours contre les décisions des autorités administratives ?**

Pour qui connaît les enjeux financiers et sociaux des marchés publics, la considération d'une décision juridictionnelle rapide et efficace pèse d'un poids qu'on ne saurait négliger ; et il est clair que, de ce point de vue, le souci de se passer de Recours Administratifs Préalable (RAP) peut se recommander de forts arguments. Mais si l'autorité de régulation peut invoquer le bon sens en sa faveur, n'a-t-elle pas contre elle, les dispositions textuelles ?

Même si l'exigence du recours administratif préalable, comme condition de recevabilité apparaît, à bien d'égards, comme une absurdité en ce qu'elle retarde inutilement l'intervention du juge, lorsqu'elle ne l'empêche pas (voir l'étude du Prof. KOBO : le recours administratif préalable (R.A.P) une condition de recevabilité absurde du recours d'excès de pouvoir ? In revue ivoirienne de droit (R.I.D) N° 38-2007, P.60 et suivants) peut-on en faire l'économie sans le secours d'un texte législatif ? L'article 57 de la loi sur la Cour Suprême, ne prévoit-il pas que « les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les décisions des autorités administratives ne sont recevables que s'ils sont précédés d'un recours administratif préalable ? » Une abondante jurisprudence de la Chambre Administrative ne consacre-t-elle pas le caractère substantiel et obligatoire de cette formalité dont l'absence entraîne l'irrecevabilité de la requête ? Pour faire l'économie de cette formalité substantielle, la loi portant régime de la communication audiovisuelle (loi n°2004-644 du 14 décembre 2004) n'a-t-elle pas pris soin d'indiquer dans une de ses dispositions « le recours contre les décisions du conseil de la communication sont directement portées devant la juridiction compétente sans qu'il soit nécessaire d'observer un recours administratif préalable » ?

Mais, ne faut-il pas adapter l'office du juge aux spécificités des litiges de régulation économique ? Ne faut-il pas pour cela, une intervention du législateur ?

Quoi qu'il en soit, c'est seulement si la requête franchit cette voie escarpée de la recevabilité qu'elle pourra faire l'objet d'un examen au fond.

... A l'examen au fond

A ce niveau, les moyens allégués par la requérante, la société DRAGON sont d'inégales valeurs.

Si le premier moyen tenant à la violation de l'article 167 du Code des marchés publics et le troisième moyen relatif à l'insuffisance de motivation de la décision du 22 mars 2012, qui appellent un examen pointilleux des textes et leur interprétation ne paraissent pas, à priori, de nature à troubler la quiétude et la sérénité des hauts magistrats de la Tour BICICI, le moyen relatif à la violation du principe du contradictoire paraît plus délicat.

Le principe du contradictoire qui permet à chacun de discuter les moyens développés et pièces produites par l'adversaire, est-t-il applicable à la requérante ? La Chambre Administrative est invitée à dire, si la Société DRAGON, bénéficiaire de la décision prise par l'autorité contractante, la SOGEPIE, et contestée par la société INTERCOR, devant l'ANRMP doit être considérée comme "partie" au litige, et au nom du principe du contradictoire, être appelée devant l'autorité de régulation, pour faire valoir ses moyens et éventuellement, contester les prétentions de la société INTERCOR, avant qu'intervienne la décision de l'autorité de régulation.

On le voit, premier à intervenir sur le vaste chantier des marchés publics, l'arrêt à intervenir, prendra aussi date pour les questions délicates qu'il aura à trancher.

Autant de considérations qui appellent une analyse attentive de cette affaire.

Fait à Abidjan, le 23 novembre 2012