

LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE DES MANQUEMENTS DANS LES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE AU BURKINA FASO

Diassibo Thomas YONLI, Maître-Assistant
Université NAZI BONI/ Burkina Faso - thomsomly@yahoo.fr

Résumé

Le dispositif législatif et réglementaire en matière de déontologie et d'éthique permet d'administrer des sanctions rapides aux fautes commises par les acteurs publics et privés intervenant dans la passation des contrats de la commande publique. Ces sanctions contribuent à maintenir la discipline dans un domaine considéré comme l'un des plus corrompus. Mais le déclenchement sélectif des procédures disciplinaires engagées par l'Administration ainsi que l'impunité de certaines fautes professionnelles conduisent le juge administratif burkinabè à systématiquement annuler toute sanction disciplinaire inconséquente. Il ne reste qu'à espérer la mise en place d'une administration professionnelle de sanction disciplinaire des agents publics à l'image de l'Organe de règlement des différends (ORD).

Mots clés :

-Sanction
-faute disciplinaire;
-Commande publique;
-Agents publics,
-Acteurs privés.

Abstract

The legal and regulatory framework in terms of deontology and ethics makes it possible to administer rapid sanctions for faults committed by public and private actors involved in the award of public procurement contracts. These sanctions are contributing to maintain discipline in an area considered to be one of the most corrupt. But the selective triggering of disciplinary proceedings initiated by the Administration as well as the impunity of certain professional misconduct lead the Burkinabè administrative judge to systematically cancel any inconsistent disciplinary sanction. We can only hope for the establishment of a professional administration for disciplinary sanctions against public officials, like the Dispute Settlement Body (DSB).

Keywords:

-Sanction
-Disciplinary Fault
-Public Order
-Public Officials
-Private Actors.

SOMMAIRE

I- UNE RÉPRESSION ADMINISTRATIVE FACILITÉE

A- L'extension de éléments de la répression

- 1- L'élasticité de la faute disciplinaire
- 2- L'élasticité de la sanction disciplinaire

B- La simplicité de la procédure de répression

- 1- Une procédure de répression simplifiée des acteurs publics
- 2- Une procédure de répression allégée des acteurs privés

II- UNE RÉPRESSION ADMINISTRATIVE DÉCRIÉE

A- Le déclenchement sélectif des procédures de sanction

- 1- Les pouvoirs discrétionnaires du supérieur hiérarchique
- 2- Les pouvoirs disciplinaires limités de l'ARCOP

B- La censure systématique des sanctions disciplinaires

- 1- Les négligences de l'Administration
- 2- Les exigences du juge administratif

INTRODUCTION

La répression administrative trouverait son fondement à la fois dans la Constitution¹ et dans le statut général de la Fonction publique² relatif au régime disciplinaire applicable aux agents publics³. Elle met en exergue le régime disciplinaire permettant de réprimer les agents publics coupables de manquement à leurs obligations professionnelles⁴. Prononcée par l'administration contre l'agent coupable de fautes professionnelles, la sanction disciplinaire se distingue de la répression pénale. Certes, des similitudes existent⁵ et l'on note d'ailleurs une forte propension à l'instauration de sanctions pénales dans l'action administrative⁶. Mais la sanction disciplinaire apparaît la plus généreuse, puisqu'elle sanctionne tout manquement aux obligations de l'agent dans l'exercice (fautes professionnelles) ou à l'occasion de l'exerce de ses fonctions (fautes extraprofessionnelles).

La sanction disciplinaire se distingue également de la responsabilité pécuniaire des agents pour faute personnelle⁷ qui se concrétise par une obligation de verser une indemnité à la

1 La répression administrative sanctionne en effet le non-respect des obligations contenues dans le préambule de la Constitution telles que l'obligation de probité, d'impartialité, de transparence exigée de tout citoyen ainsi que de l'obligation de rendre compte.

2 Les articles 154 et suivants de la loi n°081-2015/CNT du 24 novembre 2015 portant statut de la Fonction publique d'Etat. C'est un statut de droit commun qui inspire les statuts particuliers notamment celui de la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière. Il convient de préciser que certains agents publics bénéficient d'un régime disciplinaire tout à fait particulier. Il s'agit des magistrats dont le régime disciplinaire fait intervenir le Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM). Le CSM en matière disciplinaire est une juridiction devant offrir toutes les garanties d'impartialité et d'indépendance aux magistrats.

3 La répression disciplinaire n'est pas propre seulement aux agents publics. Elle est inhérente à toute institution. Dans les ordres professionnels par exemple, il existe un mécanisme de sanction disciplinaire applicable à leurs membres. Leurs décisions sont considérées comme des actes exorbitants de droit commun et comme tels, ils sont soumis à la censure des autorités publiques, soit par le recours excès de pouvoir devant le juge administratif, soit devant les juridictions de l'ordre judiciaire. On la retrouve également dans les institutions strictement privées comme les entreprises et les associations.

4 R. CHAPUS, *Droit administratif*, tome 2, Paris, Montchrestien, 15^{ème}, 2001, pages 330.

5 Les deux sanctions tentent d'assurer la punition d'un comportement répréhensible dans le respect du principe de la non rétroactivité des lois et des règlements administratifs, R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 331.

6 Les actes tels que le délit de favoritisme ou le délit d'octroi d'avantage injustifié, la prise illégale d'intérêt, la corruption active et passive et le trafic d'influence, l'abus de biens tombent sous le coup de sanctions pénales. On parle volontiers, de pénalisation des actes administratifs ou du droit des marchés, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, Le moniteur, 4^{ème} édition, Paris, 2012, C. LAJOYE, *Droit des marchés publics*, Paris, Gualiano, 6^{ème} édition, 2017. On peut également citer l'article 50 de la loi n°039 de 2016 sur la réglementation générale sur les marchés publics qui incrimine de nombreux actes et comportements tels que l'abus de fonction ou d'autorité, la coalition illicite de personnes, la corruption dans la commande publique, l'octroi d'avantage injustifié, le favoritisme, la surfacturation.

7 Il s'agit de la faute personnelle détachable du service public et qui engage la responsabilité personnelle de l'agent, voir D. SY, *Droit administratif*, Dakar, CREDILA, L'Harmattan, 2014, p. 360.

victime selon l'importance du préjudice⁸. Elle se distingue encore des mesures de police administrative en ce qu'elle vise à punir une personne qui a enfreint une réglementation préexistante et non à prévenir des troubles à l'ordre public.

La sanction disciplinaire de l'agent public est la principale manifestation de la sanction administrative. Aujourd'hui, il se développe des sanctions de l'Administration à l'égard des administrés ou des usagers avec les autorités administratives indépendantes⁹ notamment. Au sens large, la sanction administrative renvoie à toute décision émanant d'une autorité administrative visant à réprimer un comportement fautif¹⁰. Selon Franck MODERNE, c'est l'intention punitive qui est la caractéristique majeure de la sanction administrative. Cette caractéristique essentielle permet également de distinguer la sanction administrative d'autres mesures également édictées¹¹ par les autorités administratives¹².

Récemment, sous l'impulsion de la directive n°04/2012 de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)¹³, les Etats ont procédé à l'élaboration et à l'adoption d'un code d'éthique et de déontologie de la commande publique¹⁴. Le Burkina Faso a introduit ce nouveau régime¹⁵ pour sanctionner de nombreux actes et comportements résultant des manquements dans la procédure de passation, d'exécution, de contrôle, de règlement et de régulation de la commande publique¹⁶. Il s'agit d'explorer la voie de la sanction directe des acteurs intervenant dans le processus des contrats de la commande publique¹⁷ pour mieux assurer le respect de la réglementation¹⁸.

Ce nouveau régime disciplinaire paraît plus large, car il entend sanctionner aussi bien les acteurs publics que les acteurs privés intervenant dans la commande publique¹⁹ ; d'où l'expression de répression administrative²⁰. L'utilisation du terme "*répression*" plutôt que celui de "*sanction*" met en exergue la dimension répressive de la faute à l'image de la sanction

8 D. BORDIER, « La faute personnelle, l'agent public et les finances publiques », *AJDA* 2008, p.2319.

9 Il s'agit d'autorités indépendantes intervenant dans le domaine de la régulation telles que l'Autorité de régulation de la commande publique (ARCOP), l'Autorité de régulation des communications électroniques et de la poste (ARCEP), la Commission des libertés et de l'informatique (CIL).

10 La répression administrative se distingue de la répression de police administrative. Cette dernière a une nature préventive alors que la sanction administrative réprime un comportement fautif réalisé.

11 Il en est par exemple des sanctions d'amendes, de retrait d'autorisation.

12 F. MODERNE, « La sanction administrative, (éléments d'analyse comparative) », *RFDA* 2002 p. 488.

13 Il s'agit précisément de la directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public dans les États membres.

14 La déontologie est la science qui étudie les devoirs pris au sens d'obligations sous peine de sanction administrative. L'éthique est la science des obligations morales pouvant également conduire à des sanctions administratives si elles sont de nature à fausser le jeu de la concurrence dans les contrats de la commande publique.

15 Le décret n°2015/1260/PRES-TRANS/PM/MEF du 09 novembre 2015 portant code d'éthique et déontologie de la commande publique.

16 I. D. SALAMI, *Droit administratif*, éditions CeDAT, Cotonou, 2015, p. 151.

17 Les contrats de la commande publics sont constitués de trois types de contrats, les marchés publics, les délégations de service public et les contrats de partenariat, voir à ce sujet S. M. OUEDRAOGO, « La promotion des contrats de partenariat public-privé par le biais des aides publiques dans l'espace UEMOA », *Revue électronique Afrilex*, 2017, p. 1.

18 Les recours juridictionnels tels que le recours pour excès de pouvoir, le référé ou le recours de plein contentieux sont peu satisfaisant pour aboutir au respect de la réglementation, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2010, p. 299.

19 Le rapport de l'ARCOP de 2019 souligne la persistance des mauvaises pratiques dans les marchés publics, Rapport 2019, p. 76.

20 Le conseil constitutionnel a validé le principe de sanctions administratives au profit des autorités administratives indépendantes, Conseil constitutionnel 17 janvier 1989, déc. n° 88-248 DC, Liberté de communication, Recueil p. 18.

pénale. La répression administrative regrouperait ainsi les sanctions disciplinaires stricto sensu prononcées contre les agents publics ainsi que les sanctions prononcées contre les acteurs privés. Certes, les autorités administratives administrent diverses sanctions administratives²¹, mais celles qui font l'objet de notre champ d'analyse sont constituées des décisions prononcées en matière disciplinaire, c'est-à-dire les sanctions infligées à raison d'un manquement à une obligation professionnelle.

Autrement dit, la répression administrative apparaît comme la sanction aux violations des règles de conduite communes aux membres d'une profession et destinée à faire régner le bon ordre, la régularité. Il s'agit plus exactement du régime disciplinaire qui sanctionne notamment les membres de la commission d'appel d'offre, les responsables des services techniques, les chefs d'exécutif locaux, les ordonnateurs mais également les personnes ou les entreprises attributaires ou soumissionnaires des contrats de la commande publique.

La répression administrative connaît une nouvelle jeunesse avec les autorités administratives indépendantes jugées plus impartiales et plus indépendantes. Ce nouveau régime offre plus de possibilités de sanction par rapport à la répression disciplinaire classique ou à la répression pénale, d'où l'intérêt d'étudier ses manifestations. L'étude permettra ainsi de revisiter les grands principes applicables à la répression administrative dans un contexte marqué par son extension aux acteurs privés intervenant dans le processus des contrats de la commande publique.

La problématique essentielle qui irrigue cette contribution est celle de savoir si les manquements dans les contrats de la commande sont réellement réprimés. L'on devrait également savoir entre le régime disciplinaire classique et le nouveau régime de répression exercé par l'Autorité de Régulation de la Commande publique (ARCOP), lequel permet de sanctionner, de réparer et de dissuader les manquements à l'éthique et à la déontologie dans les contrats de la commande publique.

En effet, la notion de faute disciplinaire appréhendée au sens large permet de sanctionner tout manquement²² à la procédure de passation, d'exécution, de contrôle, de règlement et de régulation des contrats de la commande publique. Aussi, le nouveau régime de répression expérimenté par l'ARCOP connaît-il un relatif succès au regard du nombre de sanctions prononcées chaque année²³.

Toutefois, le déclenchement sélectif des procédures disciplinaires semble discréditer le mécanisme et accroît la méfiance du juge administratif à l'égard de la répression administrative. Ainsi, si la répression administrative est facilitée (I), force est de reconnaître qu'elle est le plus souvent décriée (II).

21 En plus des sanctions disciplinaires, les autorités administratives indépendantes telles que l'ARCOP, l'ARCEP, la CIL sanctionnent les opérateurs d'amendes pour non-respect de la réglementation générale.

22 Les sanctions disciplinaires devraient conduire à réduire les mauvaises pratiques qui portent atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique et à la bonne gestion des ressources publiques.

23 En matière de discipline, l'ORD a rendu cinquante-et-un (51) actes contre cinquante-quatre (54) en 2018. Les décisions d'exclusion temporaires sont au nombre de dix-sept (17), les exclusions à titre conservatoire, au nombre de cinq (5), tandis que les sanctions pécuniaires ont concerné dix-huit (18) entreprises. L'exclusion à titre conservatoire est un moyen de pression pour amener les entreprises récalcitrantes à comparaître, voir les rapports de l'ARCOP depuis 2016 disponibles sur le site : www.arcop.bf

I- UNE RÉPRESSION ADMINISTRATIVE FACILITÉE

La répression administrative de la faute disciplinaire est facilitée par l'extension des éléments de la répression **(A)** ainsi que par la simplicité de la procédure de répression **(B)**.

A- L'EXTENSION DES ÉLÉMENTS DE LA RÉPRESSION

L'extension des éléments de la répression est caractérisée aussi bien par l'élasticité de la faute disciplinaire **(1)** que par l'élasticité de la sanction disciplinaire **(2)**.

1/ L'élasticité de la faute disciplinaire

L'élasticité de la faute disciplinaire tient à l'absence de définition légale générale de la faute disciplinaire ainsi qu'à l'absence d'une énumération exhaustive des situations de fautes disciplinaires²⁴. Il n'y a donc pas de principe de légalité²⁵ des infractions en matière disciplinaire à l'image du droit pénal. Tout au plus, on peut dire que la faute disciplinaire est un acte ou une omission constituant des manquements aux obligations dans l'exercice des fonctions de l'agent public. Dans la fonction publique générale²⁶, toute faute commise par l'agent public dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire²⁷. La faute disciplinaire se caractérise, pour ainsi dire, par sa généralité résultant de la violation d'une obligation professionnelle²⁸, ce qui permet à « l'employeur public d'avoir la maîtrise de la définition des actes qu'il juge contraire à l'intérêt général »²⁹.

Ainsi, la faute est définie comme le manquement à une obligation préexistante³⁰, c'est-à-dire à une obligation professionnelle statutaire. Le statut général de la fonction publique d'Etat prévoit les obligations des agents publics sous peine de sanction disciplinaire³¹. Il distingue

24 L'absence de définition exhaustive de la faute résulterait de la volonté du législateur de laisser au titulaire du pouvoir disciplinaire la maîtrise des actes qu'il juge contraires à l'intérêt général. Mais il ne faut pas perdre de vue que la jurisprudence y a introduit des critères objectifs de détermination en consacrant le principe selon lequel la faute doit être prouvée et jamais présumée, CE, 5 septembre 1945, Horrie, Lebon, 187. Par ailleurs, le statut énumère des obligations professionnelles susceptibles de constituer des fautes en cas de manquement, voir à ce sujet S. YONABA, *Droit et pratique du contentieux administratif burkinabé : de l'indépendance à nos jours*, Presses universitaires de Ouagadougou, février 2015, 3^{ème} édition, p. 268. Du reste la tendance à l'énumération des sanctions. C'est l'exemple des articles 156, 157 et 158 de la loi 081-CNT relative au statut général de la Fonction publique d'Etat énumère les fautes professionnelles et les sanctions correspondantes.

25 Tout manquement est de nature à constituer une faute disciplinaire. L'appréciation peut tenir compte de l'ensemble du comportement de l'agent ; il suffit de s'assurer de la matérialité des faits reprochés à l'agent.

26 L'on observe un rapprochement entre le droit disciplinaire applicable aux agents de l'Etat, des collectivités territoriales, des Hôpitaux et des statuts autonomes si bien qu'Antony TAILLEFAIT conclut à une unification des droits disciplinaires, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique : Etat, Collectivités locales, Hôpitaux, Statuts autonomes*, Paris, Dalloz, 8^{ème} édition, 2019, p. 397.

27 L'article 49 de la loi n°081-2015/CNT du 24 novembre 2015 portant statut général de la Fonction publique d'Etat. Ledit article précise que « tout manquement aux dispositions du présent chapitre constitue une faute professionnelle passible d'une sanction disciplinaire, sans préjudice des sanctions pénales éventuellement encourues ».

28 La déontologie impose parfois certains comportements aux agents publics dans leur vie privée. Il est ainsi par exemple de l'obligation de dignité qui impose d'avoir une vie privée exemplaire pour certains agents. C'est également le cas de l'interdiction d'exercer certaines activités privées pouvant influencer l'exercice professionnel.

29 E. MARC, « Les agents publics », in Pascale GONOD et autres (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 2, Dalloz, 2011, p. 390

30 Selon la célèbre définition de Planiol reprise par Jean WALINE même s'il ne s'agit pas ici d'une faute qui engage la responsabilité de l'administration, J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 26^{ème} édition, 2016, p. 234.

31 Voir la loi n°081-2015/CNT du 24 novembre 2015 suscitée.

les obligations de service³² des obligations liées au statut de fonctionnaire d'Etat³³. Mais, certaines obligations peuvent résulter des principes du droit dégagés par la jurisprudence telle l'interdiction de se faire rémunérer par les usagers du service public³⁴.

En matière de commande publique, la faute disciplinaire résulterait d'abord, de tout manquement qui porterait atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique relatifs notamment à la liberté d'accès à la commande publique, à l'égalité de traitement des candidats et la reconnaissance mutuelle ainsi qu'à la transparence du processus de passation, d'exécution et de règlement de la commande publique³⁵.

La faute résulterait ensuite, précisément de la violation des règles et principes prévus par le code d'éthique et de déontologie. En effet, le Code³⁶ a une définition large des obligations professionnelles³⁷ de l'agent public³⁸. Sont constitutifs de fautes professionnelles à l'égard des agents publics notamment les agissements qui portent atteinte à l'indépendance dans l'accomplissement de leurs fonctions, au devoir de réserve, à l'éthique, à la probité et à l'intégrité morale. On y inclut également, le respect des procédures dans la chaîne de passation, d'exécution, de règlement et de régulation de la commande publique.

Enfin, le code inclut les fautes résultant de la commission d'infractions. Ce sont des infractions spécifiques qui peuvent être reprochées aux acteurs publics intervenant dans le processus des contrats de la commande publique. A titre illustratif, le code interdit l'abus d'autorité de l'agent public qui le porterait à favoriser d'une manière quelconque les candidats soumissionnaires, attributaires ou titulaires de marchés publics. Ces comportements se rapprochent des infractions de délit de favoritisme et du conflit d'intérêt³⁹.

Les acteurs privés peuvent aussi être disciplinairement sanctionnés pour pratiques de corruption, pour fausses informations, pour ententes illicites ou collusion entre soumissionnaires de nature à fausser les règles de la concurrence, pour toute situation de conflits d'intérêts, pour non-respect des prescriptions en matière sociale et de droits humains, pour surfacturation ou l'établissement de fausses factures⁴⁰. Le rapport de 2019 de l'ARCOP

32 Il s'agit de l'obligation d'exercer ses fonctions, l'obligation d'obéissance hiérarchique et l'obligation de courtoisie.

33 Ces obligations tiennent à l'obligation de loyauté, au devoir de probité, à l'obligation de respecter le secret et à l'obligation de réserve et de dignité.

34 J. M. AUBY et autres, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 7^{ème} édition, 2012, p. 85. Il est par exemple interdit à un agent public de se faire rémunérer par les usagers du service public, CE, 21 février 1936, Société anonyme les Armateurs français, Rec, CE, p. 226.

35 Voir l'article 7 de la n°039-2016 du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique au Burkina Faso qui a repris l'article de la directive n°04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2009 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA.

36 Le code de d'éthique et de déontologie burkinabé qui reprend le contenu de la directive n°04/2012 de l'UEMOA précitée est caractérisée par sa plasticité et son adaptabilité.

37 Les normes d'éthiques et de déontologie sont considérées comme des obligations professionnelles dont la violation expose le fautif à des sanctions disciplinaires.

38 La notion d'agent public est ici entendue au sens large, c'est-à-dire l'ensemble de tout le personnel qui agit pour le compte de l'Administration et qui est soumis à un régime juridique différent du droit commun du travail, voir E. MARC, « Les agents publics », in Pascale GONOD et autres (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit, p.344.

39 Voir l'article 34 du décret n°2015/1260/PRES-TRANS/PM/MEF du 09 novembre 2015 portant code d'éthique et déontologie de la commande publique suscité.

40 Les rapports de l'ARCOP indiquent que les motifs récurrents des sanctions sont constitués de la falsification de documents administratifs et des références techniques, de la production de documents non authentiques et injoignable au regard de l'adresse indiquée, des pratiques visant sur le plan technique à influencer le contenu du dossier de demande de proposition, défaillance dans l'exécution du marché, Rapport d'activités de 2016, 2017, 2018 et 2019 disponible sur le site de l'ARCOP.

révèle que l'Organe de règlement des différends (ORD) retient comme fautes, les faits de corruption et de mauvaises pratiques dans les contrats de la commande publique⁴¹.

Comme on peut donc le constater, la notion de faute disciplinaire est appréhendée de façon assez large pour sanctionner tous les comportements qui porteraient atteinte aux contrats de la commande publique. Une fois la faute constituée, le fautif s'expose à une sanction disciplinaire. Aussi, les sanctions prévues pour punir les acteurs publics ou privés sont-elles nombreuses.

2/- L'élasticité de la sanction disciplinaire

La sanction disciplinaire est la punition administrée contre l'acteur public ou privé coupable d'une faute disciplinaire⁴². Selon le conseil d'Etat français, « les sanctions sont d'une nature essentiellement répressive. Elles procèdent d'une intention de punir un manquement à une obligation. Elles se fondent sur un comportement personnel considéré comme fautif »⁴³.

Contrairement aux fautes, les sanctions disciplinaires sont prévues de manière exhaustive par les textes législatifs et réglementaires. Il existe donc un principe de légalité⁴⁴ des sanctions disciplinaires à l'image du principe de la légalité des peines en matière pénale⁴⁵. Ainsi les sanctions administratives possibles doivent être définies à l'avance. Par ailleurs, il convient de retenir que l'action disciplinaire dans la fonction publique est imprescriptible⁴⁶. Mais en France, loi du 20 avril 2016, dite Déontologie oblige l'Administration à vite sanctionner l'agent public en engageant les poursuites disciplinaires dans un délai de trois (3) ans, sous peine de prescription.

Les sanctions susceptibles d'être prononcées contre les acteurs publics intervenant dans les contrats de la commande publique s'inspirent des principes prévus par le statut général de la fonction publique⁴⁷. Il s'agit des sanctions disciplinaires du premier groupe qui sont constituées de l'avertissement et de l'exclusion temporaire des fonctions pour trente jours au maximum. Les sanctions du deuxième groupe sont constituées du retard d'avancement, de l'abaissement d'échelon et de la révocation. Quant aux sanctions du troisième groupe ou de faute d'une extrême gravité, elles sont également punies de la révocation⁴⁸.

Certes, en matière de commande publique, l'agent public s'expose à des sanctions disciplinaires lorsqu'il enfreint, intentionnellement, par négligence ou par imprudence les règles et principes du code d'éthique et de déontologie⁴⁹. Mais le code n'énumère nullement

41 Rapport d'activités 2018, juin 2019, p. 53.

42 Toute sanction est destinée à punir un comportement déviant, F. MODERNE, « La sanction administrative, (éléments d'analyse comparative) », *op. cit.*, p.487.

43 Conseil d'Etat, Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, Documentation française, 1995

44 CE, ass . 27 mai 1955, Deleuze, Lebon 296, AJDA 1955. 275 concl. Laurent, voir également les articles 156, 157 et 158 de la loi relative à la Fonction publique d'Etat suscitée qui énumèrent les fautes et les sanctions correspondantes.

45 J. M. AUBY et autres, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 91.

46 Le principe de la légalité des peines et des infractions a un fondement constitutionnel. Au sens de l'article 5 alinéa 2 de la Constitution, la loi pénale n'a pas d'effet rétroactif. Nul ne peut être jugé et puni qu'en vertu d'une loi promulguée et publiée antérieurement au fait punissable.

47 Le statut général est le statut de droit commun, mais il existe des statuts particuliers ou des spécificités pour les agents publics relevant des établissements publics, des collectivités territoriales, de la police et des hôpitaux.

48 Voir l'ensembles des sanctions disciplinaires aux articles 160 à 163 de la loi 81 portant sur le statut général de la fonction publique suscitée.

49 Voir l'article 58 du code d'éthique et de déontologie précitée.

lesdites sanctions. Dans ces conditions, le titulaire du pouvoir disciplinaire ne peut que puiser dans le vivrier des sanctions prévues par le statut général de la fonction publique.

Par contre, le code prévoit de manière expresse les sanctions susceptibles d'être prononcées contre les acteurs privés intervenant dans le processus des contrats de la commande publique. Ces sanctions sont constituées de l'avertissement, de la confiscation des garanties constituées dans le cadre de la procédure incriminée et de l'exclusion de la commande publique pour une durée d'un (1) à cinq (5) an (s) en fonction de la gravité de la faute ou l'exclusion définitive de la commande publique. Au vu des rapports de l'ARCOP, l'on constate la fréquence de certaines sanctions telles que la suspension à titre conservatoire de toute participation à la commande publique jusqu'à la comparution devant l'ORD ainsi que les exclusions définitives⁵⁰.

La faute disciplinaire est en définitive une notion extensive et les sanctions susceptibles d'être administrées contre le fautif sont également nombreuses. Administrées par des autorités administratives, les sanctions administratives demeurent soumises au contrôle du juge administratif⁵¹. Depuis le revirement juridictionnel français⁵², même les sanctions mineures sont considérées comme des punitions effectives pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ou de référé administratif. Si les sanctions administratives sont longtemps restées comme une anomalie dans un Etat libéral⁵³, c'est parce que l'on craignait surtout que l'Administration ne soit juge et partie par ce mécanisme de la sanction.

Récemment, à propos des sanctions prononcées par les autorités de régulation, le juge constitutionnel français a admis le principe de leur légalité sous la réserve des garanties procédurales⁵⁴. Mais, malgré cette tendance à la juridictionnalisation de la sanction disciplinaire⁵⁵, celle-ci garde les traits d'une efficacité et d'une rapidité dans le traitement de sanctions, ce qui est le symbole d'une simplicité procédurale.

B- LA SIMPLICITÉ DE LA PROCÉDURE DE RÉPRESSION

La répression administrative des acteurs publics est soumise à une procédure simple **(1)** pendant que celle des acteurs privés est simplement allégée **(2)**.

1/- Une procédure de répression simplifiée des acteurs publics

Les poursuites disciplinaires sont engagées par les autorités administratives et les sanctions administratives sont prononcées par l'Administration elle-même. Dans l'exercice de ce pouvoir, elles disposent de plusieurs possibilités toutes simplifiées les unes que les autres. D'abord, lorsque le titulaire du pouvoir disciplinaire constate une violation des obligations professionnelles constitutives de fautes disciplinaires, il est autorisé à prendre des mesures conservatoires dans l'intérêt du service. Il peut par exemple affecter l'agent public fautif dans

50 Voir les rapports de 2017, 2018, 2019 et 2020 disponibles sur www.arcop.bf

51 Les sanctions administratives rentrent dans la catégorie des actes d'autorité appelés actes administratifs unilatéraux ou décision exécutoire, J. WALINE, *Droit administratif*, op. cit., p. 430.

52 CE, ass, 17 Février 1995, Hardouin, RFDA, 1995, p. 335.

53 M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, LGDJ, 2014.

54 Voir décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

55 Pour emprunter le terme à R. CHAPUS, *confer* également notre article « La juridictionnalisation de la procédure administrative », *RBD* n°53, 2^{ème} semestre, 2017, pp. 63-93.

un autre service en dehors du circuit de la commande publique. C'est une mesure provisoire et urgente mais sans caractère disciplinaire⁵⁶.

Par ailleurs, pour les auteurs de fautes graves, une mesure de suspension non disciplinaire mais provisoire⁵⁷ est même possible sans communication du dossier ni procédure contradictoire et sans obligation de motiver la décision en attendant les poursuites proprement dites.

Ensuite, pour les sanctions du premier groupe tels que le blâme⁵⁸, l'avertissement et l'exclusion temporaire de trente jours maximum, le supérieur hiérarchique peut décider de la sanction sans procédure particulière exigeante. L'agent est invité à s'expliquer. Pour cela, il suffit de lui adresser une lettre d'explication au vu de laquelle la sanction est prononcée sans avoir à saisir par exemple, le conseil de discipline⁵⁹. Enfin, pour les sanctions plus sévères prévues pour le deuxième groupe, il est impératif de faire intervenir le conseil de discipline⁶⁰. Ce dernier émet un avis à l'autorité disciplinaire qui n'est pas tenue de le suivre, sous la seule réserve de motiver sa décision lorsqu'elle décide d'une sanction plus sévère⁶¹.

En principe, le supérieur hiérarchique conserve un pouvoir discrétionnaire dans le choix de la sanction⁶² ; il peut par exemple retenir la faute de l'agent, mais décider de ne pas lui administrer une sanction. Traduit devant le conseil discipline le 21 septembre 2020 pour refus d'exécuter un emploi du temps de dix (10) heures, établi par le censeur du Lycée Philippe Zinda KABORE, Bassolma BAZIE, Secrétaire général de la Confédération générale du Travail du Burkina (CGT-B) a été reconnu coupable de manquement à ses obligations professionnelles, mais il n'a pas été sanctionné. Le ministre en charge de l'Education nationale a confirmé cette décision en invitant toutefois, l'agent coupable à éviter dorénavant tout acte contraire à la déontologie de la profession enseignante et au respect des instructions données par la hiérarchie⁶³.

56 A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique : Etat, Collectivités locales, Hôpitaux, Statuts autonomes, op. cit.*, p. 399.

57 R. CHAPUS, *Droit administratif, op. cit.*, p. 348, CE 19 octobre 1938, Commune de Blida selon lequel « il appartient à l'autorité compétente, lorsqu'elle estime que l'intérêt du service l'exige, d'écarter provisoirement de l'exercice de son emploi, et ce jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur son cas, le fonctionnaire qui se trouve sous le coup de poursuites disciplinaires ».

58 Il convient de préciser que le blâme ne fait plus partie des sanctions prévues par la loi 81 relative au statut général de la Fonction publique. Mais des textes spécifiques prévoient le blâme comme sanction morale prononcée contre l'agent public à condition de ne pas le mentionner ladite sanction dans le dossier personnel de l'agent.

59 L'article 161 alinéa 2 du statut général précise d'ailleurs que le refus de fournir des explications est automatiquement suivi d'une sanction du premier degré sans préjudice de la poursuite de la procédure disciplinaire initialement engagée.

60 Le conseil de discipline est un organe collégial à composition mixte. Il comprend six (06) membres titulaires et de six (06) membres suppléants dont trois (03) représentant l'administration et trois (03) représentant le personnel notamment les délégués syndicaux. Il fonctionne comme une instance juridictionnelle : il expose les faits, instruit l'affaire, délibère et rend une décision à l'attention de l'autorité

61 Ministère de la Fonction publique, du travail et de la protection sociale, Guide de procédure disciplinaire de la fonction publique d'Etat, septembre 2020, p. 16.

62 Toutefois, selon l'article 159 du statut général de la fonction publique, la détermination de la sanction disciplinaire applicable au fonctionnaire est fonction notamment du degré de gravité de la faute, des circonstances dans lesquelles elle a été commise, de la responsabilité du fonctionnaire concerné, des conséquences de la faute sur le fonctionnement du service, du préjudice causé au service ou aux usagers du service public.

63 Le juge administratif considère de manière invariable que le refus persistant d'obéissance aux ordres du supérieur hiérarchique constitue une indiscipline caractérisée justifiant un licenciement, Chambre administrative de la cour suprême, 28 janvier 1983, Soré Roger, S. YONANA, *Droit et pratique du contentieux administratif burkinabé : de l'indépendance à nos jours, op. cit.*, p. 269.

Aussi, est-il souvent plus facile de sanctionner un agent sans passer par le conseil de discipline en cas de faute d'une extrême gravité. Il s'agit précisément de la révocation en conseil de ministres⁶⁴ pour les fautes d'une extrême gravité sans consultation du conseil de discipline⁶⁵ avec cependant, le respect de la communication du dossier à l'agent fautif ainsi que la possibilité pour celui-ci de s'expliquer brièvement sur les faits reprochés⁶⁶.

Toutefois, la faute doit être prouvée⁶⁷ surtout si les faits sont également susceptibles de qualification pénale ; il suffit alors, d'attendre l'issue de la procédure pénale pour en tirer les conséquences. Dans cette hypothèse, l'autorité administrative peut suspendre la procédure disciplinaire en attendant l'issue de la procédure pénale. Mais, les décisions judiciaires de non-lieu, de relaxe au bénéfice du doute ou l'acquiescement liées à l'absence de qualification pénale ne lient pas l'administration qui peut reprendre la procédure disciplinaire.

Par contre, « les faits constatés et réprimés à titre définitif par le juge pénal lient l'administration. Ainsi, l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose à l'Administration et l'inexistence matérielle des faits reprochés, reconnus par une juridiction répressive, lie l'autorité administrative »⁶⁸.

En définitive, l'Administration dispensée de certaines formalités dispose des moyens juridiques et techniques efficaces pour rapidement sanctionner un agent fautif. Il en est également de même pour la sanction des acteurs privés.

2/- Une procédure de répression allégée des acteurs privés

L'Organe de Règlement des Différends (ORD) est un démembrement de l'Autorité de régulation de la commande publique (ARCOP) qui statue en matière disciplinaire tout comme en matière de règlement non juridictionnel des différends⁶⁹. Bien qu'allégée, la procédure devant l'ORD ressemble de fort belle manière à celle d'une juridiction. Composé de manière tripartite et paritaire de représentants de l'Administration publique, du Secteur privé et de la société civile et statuant toujours à trois membres⁷⁰, l'Organe statue en toute indépendance et impartialité et ne reçoit d'instruction d'aucune autorité.

Au demeurant, la procédure devant celui-ci s'apparente à la procédure qui se déroule devant le conseil de discipline à la seule différence que cette dernière n'émet qu'un avis alors que l'ORD décide. Certes, l'ORD peut s'autosaisir et statuer en matière disciplinaire, ce que ne peut faire un conseil de discipline qui est toujours saisi par l'autorité investie du pouvoir disciplinaire. Mais, dans la pratique, l'Organe statue le plus souvent à la suite de

64 La décision de révocation est formellement prise par le ministre de la fonction publique conformément à la délibération du conseil des ministres.

65 La possibilité d'une révocation sans passer par le conseil permet à l'Administration de sanctionner facilement l'agent public quand on connaît les difficultés à faire siéger les membres du conseil. Cependant pour produire les effets juridiques souhaités, les délibérations du conseil des ministres doivent être suivies de décrets, d'arrêtés ou autres actes juridiques adéquats.

66 Voir l'article 170 de la loi 81 portant statut général de la fonction publique déjà citée.

67 L'objectif est d'exclure les fautes présumées ou de déclencher une sanction disciplinaire alors même que la procédure judiciaire n'est pas encore terminée.

68 CE 23 nov. 1966, Commune de Lamotte Beuvron, no 62987, Lebon 614, CE, ass., 8 janvier 1971, no 77800, Lebon.

69 Voir l'article 39 de la loi n°039 de 2016 relative à la réglementation générale sur la commande publique et l'article 18 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 1^{er} février 2017 relatif à l'ARCOP.

70 Voir l'article 18 décret suscité.

dénonciation⁷¹ par les parties intéressées⁷² ou de toute autre personne à tout moment de la procédure dans les contrats de la commande publique⁷³. Les cas d'auto saisine qui portent sur les irrégularités, les fautes et les infractions constatées sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de sa mission sont plutôt rares⁷⁴.

La procédure qui y est mise en œuvre, offre les possibilités d'une sanction rapide des auteurs coupables de violation des règles et des principes de la commande publique. L'ORD parvient généralement à concilier les impératifs de célérité de la sanction administrative avec le respect des droits de la défense et à rendre les décisions dans des délais raisonnables. Certes, la procédure disciplinaire n'est pas enfermée dans des délais⁷⁵, mais l'Organe s'efforce de statuer dans le délai moyen de trois (3) mois à compter de sa saisine.

Dès que les dénonciations sont faites au secrétariat, le dossier est enregistré et envoyé à l'instruction. Des lettres administratives sont envoyées aux protagonistes afin de recueillir le maximum d'informations. Si les éléments d'informations sont suffisants, le dossier est programmé à la plus prochaine session de discipline. Le dossier est appelé, débattu et mis en délibéré. En règle générale, le délibéré est prononcé le même jour.

Le nombre de décisions rendues en matière disciplinaire⁷⁶ indique une certaine activité de l'ORD dans la répression administrative des mauvaises pratiques dans les contrats de la commande. Il tient en moyenne trois sessions disciplinaires par an en fonction de l'importance des requêtes reçues.

Les sanctions prononcées contre les acteurs privés sont presque toutes confirmées par le juge administratif⁷⁷. Mais l'ORD reste une structure administrative dont les décisions bénéficient de l'autorité de la chose décidée, mais jamais, l'autorité de la chose jugée.

Au total, la répression administrative exécutée devant l'Administration classique ou devant l'Autorité de régulation est facilitée par l'élasticité des éléments de répression et par la simplicité de la procédure de sanction. Cependant, ce mécanisme comporte des limites dont le moindre n'est pas le laxisme dont le plus souvent fait montre l'Administration dans la procédure disciplinaire, ce qui peut accroître les suspicions sur la répression administrative.

II- UNE RÉPRESSION ADMINISTRATIVE DÉCRIÉE

La répression administrative est décrite par les administrés qui dénoncent le déclenchement sélectif des procédures disciplinaires **(A)**. Elle est également décrite par le juge administratif qui censure de manière presque systématique les sanctions administratives **(B)**.

71 Voir le rapport d'activités de 2018, juin 2019, pp. 44 et ss., Rapport 2019, juin 2020, pp. www. arcop. bf.

72 Les parties concernées sont généralement les candidats, soumissionnaires malheureux.

73 Voir l'article 33 du décret relatif à l'ARCOP suscitée.

74 L'ORD observe une plus grande prudence dans l'usage l'auto saisine. Sur un total de mille cent soixante-cinq (1 165) de décisions rendues, trente (30), l'ont été sur dénonciation et seulement deux (02) l'ont été sur la base de l'auto saisine, voir rapport d'activités de 2018, juin 2019 suscitée.

75 L'article 27 du règlement intérieur rappelle que la procédure disciplinaire n'est pas enfermée dans un délai de traitement à l'image du règlement contentieux des affaires qui lui sont soumises.

76 L'ORD a rendu cinquante-sept (57) décisions en matière disciplinaire en 2018 et cinquante-neuf (59) en 2019 Ce nombre était à deux (02) en 2015 et dix (10) en 2014.

77 Le taux de succès du référé-suspension était de 0,78 % contre un taux de 4,40 % en 2018. Ce taux pourrait traduire une amélioration de la qualité des décisions rendues par l'ORD, voir rapport d'activités de juin 2020, p. 74, www.arcop.bf

A- Le déclenchement sélectif des procédures de sanction

Le droit disciplinaire accorde des pouvoirs exorbitants à l'autorité administrative. Il s'agit plus précisément du pouvoir discrétionnaire dont use l'Administration pour opérer des sanctions sélectives (1). L'ARCOP, autorité administrative indépendante, elle ne peut engager des procédures disciplinaires que contre les acteurs privés (2).

1/- Les pouvoirs discrétionnaires du supérieur hiérarchique

Le pouvoir disciplinaire appartient en principe à l'autorité hiérarchique investie du pouvoir de nomination, sauf dispositions législatives contraires⁷⁸. Le juge administratif burkinabé est resté constant depuis sa décision, Nyaméogo Jean du 5 janvier 1970⁷⁹. Il s'agit en règle générale du ministre dont relève l'agent⁸⁰, du ministre chargé de la Fonction pour certaines sanctions⁸¹, du Président ou du Directeur général de l'institution⁸² et exceptionnellement, du conseil des ministres.

L'autorité investie du pouvoir disciplinaire jouit d'une grande liberté. D'abord, elle apprécie l'opportunité du déclenchement des poursuites⁸³. Elle peut décider de ne pas sanctionner ou abandonner la procédure en cours d'instruction. Malheureusement, le pouvoir discrétionnaire peut être détourné par le supérieur hiérarchique qui peut décider de ne pas sanctionner l'agent public pour des fins sociales et humanitaires. Selon Salif YONABA, on peut redouter que la procédure disciplinaire ne soit utilisée par une « autorité animée du désir malsain d'assouvir des desseins inavoués »⁸⁴. Dans la pratique, l'appréciation discrétionnaire est le plus souvent source d'abus. Il est en effet détourné au profit du supérieur hiérarchique qui désire protéger un agent à qui il a donné des instructions contraires aux principes de transparence dans les contrats de la commande publique. Le supérieur pourrait alors refuser d'actionner les poursuites disciplinaires. C'est souvent l'intention que l'on prête aux supérieurs hiérarchiques des agents publics intervenant dans le processus de passation et d'exécution des contrats de la commande publique telles que les Personnes responsables des marchés publics.

Dans le pire des cas, le supérieur hiérarchique use de la sanction disciplinaire comme arme contre un agent irréprochable du point de vue professionnel. C'est l'exemple de la

78 CE, 26 juillet 1985, Mlle Joly, p. 244, DA, 1985, n°482.

79 Chambre administrative de la cour suprême, 9 janvier 1970, Nyaméogo Jean, cité par S. YONABA, *Droit et pratique du contentieux administratif burkinabé : de l'indépendance à nos jours*, op. cit., p. 271.

80 Cependant, il faut remarquer le supérieur hiérarchique immédiat peut engager la procédure disciplinaire de son propre chef ou sur instruction du supérieur hiérarchique (ministre, Président, Directeur général de l'institution).

81 Il s'agit notamment des fautes d'une extrême gravité. Elles sont prononcées en conseil des ministres, mais la décision est matérialisée par le Ministre en charge de la Fonction publique.

82 Dans les institutions d'enseignement supérieur (université), le Président de l'université dispose du pouvoir disciplinaire contre les étudiants, le personnel de soutien et les enseignants. C'est également dans ce sens que l'article 79 du statut général de la fonction publique prévoit l'institution du conseil de discipline au sein départements ministériels et institutions publiques de l'État.

83 Cette jurisprudence nationale est restée constante. Par exemple, Chambre administrative de la Cour suprême, 25 octobre 1968, NIGNAN Souleymanne, inédit, 13 décembre 1968, MALGOUBRI Louis, inédit.

84 S. YONABA, *Droit et pratique du contentieux administratif burkinabé : de l'indépendance à nos jours*, op. cit., p. 270.

sanction d'avertissement infligée à agent de recouvrement pour insubordination⁸⁵ qui fut annulée par le tribunal administratif de Ouagadougou pour abus d'autorité⁸⁶.

Ensuite, il est de principe que le supérieur hiérarchique apprécie librement la suite à donner aux faits fautifs sans possibilité pour d'autres agents ou d'administrés de déclencher les poursuites. Or, nul n'ignore que le ministre, autorité administrative, est également une autorité politique qui, participant au conseil des ministres, pourrait envisager les sanctions disciplinaires comme une arme politique contre des agents publics. La répression politique prendrait alors le dessus sur la répression administrative.

C'est ainsi que pour réduire le pouvoir discrétionnaire, certains régimes disciplinaires ouvrent la saisine des poursuites disciplinaires aux administrés. C'est l'exemple du nouveau régime disciplinaire des magistrats qui prévoit la possibilité pour les administrés de saisir le ministre en charge de la justice pour dénoncer des faits constitutifs de fautes disciplinaires⁸⁷.

Dans la même logique, le code d'éthique et de déontologie brise le principe de l'opportunité des poursuites, puisqu'il oblige le supérieur hiérarchique à engager les poursuites⁸⁸. Mais cette opportunité est en attente d'expérimentation. En réalité, les administrateurs répugnent à exercer leur pouvoir disciplinaire. Sinon, les absences, les retards au service, l'absence de diligence dans le traitement des dossiers bien que faisant l'objet de critiques permanentes des administrés ne sont presque jamais sanctionnés. En matière de commande publique plus spécifiquement, des dénonciations des cas de violations de la réglementation sont relayées dans la presse sans que cela n'émeuve ni les autorités investies du pouvoir de sanction disciplinaire ni même l'ARCOP.

En réalité, les autorités hiérarchiques n'actionnent le levier disciplinaire que rarement et de manière sélective. On peut en dire autant de l'ARCOP qui ne dispose que des pouvoirs de répressions limités.

2/- Les pouvoirs disciplinaires limités de l'ARCOP

Le pouvoir disciplinaire de l'ORD est effectivement exercé comme en témoigne les quelques décisions rendues chaque année⁸⁹. Mais ses pouvoirs de sanction disciplinaire ont été limités par le législateur. En effet, ce pouvoir disciplinaire n'est directement exercé qu'à l'égard des acteurs privés de la commande publique à l'exclusion des acteurs publics. Il aurait fallu à tout le moins autoriser l'ORD à engager les poursuites devant le conseil disciplinaire de l'administration d'origine de l'agent suspecté de violation de la réglementation de la commande publique.

85 Cet agent de recouvrement a pris l'habitude de financer par ses propres moyens les opérations de recouvrement avant de se faire rembourser. Au lancement d'une opération spéciale de recouvrement par sa hiérarchie, il a signifié ne pas avoir de ressources personnelles pour préfinancer l'activité. N'ayant pu alors exercer la mission, il fut sanctionné par un avertissement pour insubordination malgré les explications fournies.

86 Jugement n° 175/2018 du 20 décembre 2018, Recueil des décisions de justice en matière de contentieux administratif, décembre 2019, 1^{ère} édition, Ministère de la fonction publique du travail et de la protection sociale, p. 211.

87 Il s'agit des articles 32 et 33 de la loi organique n°049/2015/CNT du 25 août 2015 relative au Conseil supérieur de la magistrature.

88 L'article 13 du code prévoit que l'autorité hiérarchique a l'obligation de faire usage de ses pouvoirs de sanctions disciplinaires pour réprimer les manquements à la réglementation de la commande publique sous peine d'engager sa propre responsabilité.

89 Le rapport d'activités évoque cinquante-sept (57) décisions en 2018 et cinquante-neuf (59) en 2019 en matière disciplinaire.

En réalité, l'action disciplinaire à l'encontre des acteurs publics ne dépasse pas la simple possibilité de recommander au supérieur hiérarchique de l'agent fautif d'engager la procédure disciplinaire idoine⁹⁰. En effet, l'ARCOP peut recommander à l'autorité compétente les sanctions disciplinaires prévues par les textes régissant la commande publique à l'égard des agents de l'Administration, ainsi qu'à toute personne intervenant à quelque titre que ce soit, dans la chaîne de passation de ces contrats administratifs, et ayant participé directement ou indirectement aux actes prohibés et infractions visées par les textes en vigueur.

Mais, il ne s'agit que d'une simple recommandation consistant pour l'ORD à travers l'ARCOP à solliciter que l'agent public soit sanctionné par son administration d'origine. Il existe néanmoins un cas connu où l'ORD a directement sanctionné un agent public⁹¹ coupable de violation répétée⁹² de la réglementation par une suspension de toutes les procédures de la commande publique pour une période de cinq (05) ans⁹³.

Pour l'essentiel, le législateur reste silencieux quant à la suite à donner à cette recommandation. Il ne renseigne pas non plus sur les conséquences d'un refus ou la non diligence de l'administration d'origine de l'agent à engager une procédure disciplinaire. Des cas de violations de la réglementation de la commande publique ont été dénoncés aux autorités investies du pouvoir disciplinaire sans résultat⁹⁴.

Par ailleurs, on peut regretter que les cas dénoncés ne fassent pas l'objet de publication dans le rapport de l'ARCOP à l'image de la pratique du Médiateur de Faso. Une telle publication aurait le mérite d'informer les citoyens et de mettre la pression sur l'agent et son administration d'origine.

Par ailleurs, l'influence de la répression disciplinaire administrée par l'ARCOP à travers son Organe de répression sur le changement de comportement paraît faible au regard des possibilités de contournement des sanctions. Les entreprises sanctionnées se dissolvent et renaissent sur de nouvelles identités, puis reviennent candidater aux contrats de la commande publique. Si l'intention punitive est l'élément essentiel de la répression administrative, son effet devrait être également de dissuader d'autres individus à connaître les mêmes fautes afin de préserver la réglementation de la commande contre les atteintes qui détruisent son essence.

La sanction prend la forme d'une décision de justice comprenant les trois parties distinctes tels que les visas, les motifs et le dispositif. Mais, l'on n'ignore pas que l'ORD est une instance administrative qui prend des décisions administratives dont la légalité est appréciée devant le juge administratif. Dans la pratique, l'ORD respecte bien sa compétence matérielle ainsi que les principes et règles de son office si bien que la plupart de ses décisions en matière disciplinaire sont rarement contestées par les perdants ou le cas échéant sont confirmées par le juge administratif⁹⁵.

90 Voir l'article 33 et ss du décret portant sur l'ARCOP suscité.

91 Il s'agit de monsieur Maurice B. BAMA, secrétaire Général de la Commune de Tibga.

92 Il avait refusé de mettre en œuvre une précédente décision de l'ORAD et n'a pas répondu aux multiples convocations, y compris celle par voie d'huissier de justice le convoquant soit en séance de litige, soit en séance de discipline.

93 Il s'agit de la décision n°2017-0448/ARCOP/ORD du 14 juillet 2017.

94 Il est remarquable de constater que l'ARCOP n'a pas l'habitude de faire des recommandations à l'effet de sanctionner un agent public coupable de violation de la réglementation. Le seul cas connu est celui de l'ex secrétaire général de la commune Tibga déjà cité.

95 Voir rapport annuel d'activités 2019 de l'ARCOP, pp. 70 et s.

Le respect strict de la procédure prévue par la réglementation⁹⁶ est la manifestation la plus évidente du sérieux que prennent les autorités administratives indépendantes dans l'instruction et la gestion de la procédure disciplinaire, ce qui n'est pas le cas de l'Administration classique qui manifeste une certaine complaisance à l'égard de la procédure disciplinaire. Cette complaisance serait la marque d'une impunité des actes d'indiscipline dans l'Administration publique⁹⁷.

C'est contre cette attitude que le juge administratif burkinabé administre une censure presque systématique des sanctions disciplinaires.

B- LA CENSURE SYSTÉMATIQUE DES SANCTIONS DISCIPLINAIRES

Les sanctions disciplinaires constituent une catégorie de décisions unilatérales dont le contentieux échoit à la juridiction administrative. Le juge administratif burkinabé a aiguisé son contrôle sur celles-ci. Pour y parvenir, il sanctionne sévèrement les négligences de l'Administration **(1)** et fixe les exigences de la sanction disciplinaire conséquente **(2)**.

1/- Les négligences de l'Administration

L'administration se montre peu respectueuse de la procédure disciplinaire. Il est question d'énumérer quelques négligences coupables, c'est-à-dire des négligences évitables qui témoignent du manque de sérieux de l'Administration dans l'exercice du pouvoir disciplinaire⁹⁸.

Le titulaire du pouvoir disciplinaire semble ignorer l'autonomie ou l'indépendance entre la procédure pénale et la procédure disciplinaire. En rappel, pour les mêmes faits reprochés à l'agent public, l'Administration peut choisir des poursuites disciplinaires ou pénales ou encore conditionner la sanction disciplinaire à l'issue de la procédure pénale⁹⁹. L'agent est alors suspendu de ses fonctions en attendant la décision du juge judiciaire¹⁰⁰.

La méconnaissance de cette autonomie est sanctionnée par une décision d'annulation alors même que des manquements graves aux obligations professionnelles auraient été constatés. Un exemple récent est donné par le jugement du tribunal administratif de Ouagadougou en date du 20 décembre 2016¹⁰¹. En effet, un agent du personnel de police fut révoqué par arrêté du ministre en charge de la Fonction publique, le 2 avril 2013 à la suite d'une délibération du conseil de discipline. Mais, la décision ne lui fut notifiée qu'une année plus tard, soit le 17 avril 2014. En outre, la décision se prétendait reposer sur une procédure pénale alors que l'agent n'avait fait l'objet d'aucune suspension comme cela est de rigueur en pareille circonstance¹⁰². Mieux, à partir du moment où l'agent n'a pas été pénalement

96 Le respect de la procédure constitue l'une des garanties de l'agent et a pour objet principal de prévenir les erreurs d'appréciation ou les décisions arbitraires du supérieur hiérarchique, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique : Etat, Collectivités locales, Hôpitaux, Statuts autonomes*, op. cit., p. 397.

97 S. YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabé : Droit administratif*, op. cit., p. 85.

98 Le Ministère en charge de la Fonction publique vient de publier un Guide des sanctions disciplinaires afin de réduire ses négligences. Guide de procédure disciplinaire de la fonction publique d'Etat, septembre 2020.

99 Lorsque les faits qui lui sont reprochés sont en même temps constitutifs de faute professionnelle, la procédure disciplinaire est suspendue jusqu'à l'intervention de la décision définitive du tribunal, article 166 alinéa dernier de la loi relative au statut général de la fonction publique d'Etat.

100 Voir également l'article 166 alinéa 1^{er} de la loi susvisée.

101 Tribunal administratif de Ouagadougou, jugement n° 200 du 20/12/2016, publié dans le recueil du ministère en charge de la Fonction publique, p. 193.

102 L'agent public faisant de l'objet de poursuites pénales est obligatoirement suspendu en attendant l'issue de la procédure pénale.

condamné, aucune sanction ne pouvait lui être infligée sur le fondement de la procédure pénale. L'Administration aurait dû abandonner toute sanction de ce chef ou alors engager une procédure disciplinaire autonome et indépendante de la procédure pénale.

C'est également cette négligence qui prévaut lorsque le ministre en charge de la Fonction publique prend un arrêté de révocation sans bien préciser si cette décision est fondée sur la condamnation à six mois ferme prononcée contre de l'agent ou, si celle-ci résulte d'une procédure disciplinaire, pour abandon de poste. Le temps de détention provisoire de l'agent a même été considéré par l'Administration comme un abandon de poste. Une révocation sur ce motif et sans mise en demeure de l'agent à rejoindre son poste a bien évidemment été annulée par le juge¹⁰³.

Dans une autre espèce, le juge a censuré la négligence d'une administration qui ignore qu'un de ses agents a fait l'objet de poursuites pénales et qu'elle était tenue de le suspendre provisoirement en attendant une décision judiciaire définitive¹⁰⁴.

L'Administration néglige ou manque de rigueur dans l'appréciation de sanctions encourues par l'agent public. Le juge rappelle également l'obligation de respecter le principe de la légalité des sanctions. L'Administration ne peut prononcer que l'une des sanctions prévues par le législateur. L'autorité disciplinaire n'est pas autorisée à confondre l'échelle de sanction. Dans une espèce, la chambre administrative de la cour suprême, faisant une application rigoureuse de la réglementation en vigueur, annule une sanction disciplinaire au motif que le licenciement ne figure pas sur la liste des sanctions prévues¹⁰⁵. Ainsi, le conseil des ministres ne peut prononcer que l'une des sanctions disciplinaires du troisième degré prévu par l'article 154 de la loi relative au statut général de la Fonction publique¹⁰⁶. Or, le licenciement¹⁰⁷ ne figure pas sur cette liste de sanctions.

Le juge administratif burkinabè semble être obnubilé par le respect scrupuleux de la procédure disciplinaire telle que prévue par la réglementation si bien que la moindre erreur est sanctionnée par l'annulation. C'est ainsi que, récemment, le Conseil d'Etat a déclaré illégale la décision de la Présidente du Conseil supérieur de la magistrature¹⁰⁸ d'instituer une commission d'enquête pour investiguer sur les trente-sept (37) magistrats poursuivis pour des faits de manquements à la déontologie et à l'éthique professionnelle au lieu de désigner un rapporteur enquêteur parmi les membres du conseil de discipline¹⁰⁹. Le juge précise à ce sujet que « la loi étant d'interprétation stricte en matière disciplinaire, l'Administration se doit de la respecter rigoureusement au lieu de créer une *commission d'enquête chargée d'investiguer sur tous les*

103 Tribunal administratif de Ouagadougou, jugement n°158/2018 du 27/11/2018, Recueil du ministère de la fonction publique, p. 205.

104 Tribunal administratif de Ouagadougou, jugement n°178 du 07/12/2017, recueil du ministère de la Fonction publique, p. 220.

105 Chambre administrative de la Cour suprême, 8 juin 1999, Kambiré Onfité et Yaro Apollinaire contre l'Etat, voir également Toé Jean Joseph, 13 juin 2000, 28 novembre 2003, 30 novembre 2007 et 14 juillet 2009, in S. YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè : Droit administratif*, op. cit, p. 220 et ss.

106 Il s'agit de l'ancienne loi aujourd'hui abrogée et remplacée par la loi 081 de 2015 portant statut général de la Fonction publique.

107 Le licenciement qui est une cessation définitive des fonctions de l'agent public du fait de l'employeur intervient avant la limite d'âge de départ à la retraite n'est pas une sanction disciplinaire.

108 Il s'agit plus précisément de la décision n°002/2016 du 22 novembre 2016 portant création d'une commission d'enquête qui a servi de fondement au procès-verbal des travaux du CSM du 22 novembre 2017 permettant de disciplinairement sanctionner trente-sept (37) magistrats.

109 Voir l'article 34 de la loi 049/2015/CNT du 25 août 2015 relative au Conseil Supérieur de la Magistrature.

manquements à la déontologie et à l'éthique par les magistrats »¹¹⁰. Certes, cette rigueur du juge paraît excessive au regard des fautes professionnelles reprochées aux magistrats¹¹¹ et pourrait même décourager les autorités de poursuites disciplinaires¹¹², mais ces exigences du juge sont connues depuis belle lurette¹¹³.

Ces négligences seraient le signe d'une complaisance de l'Administration qui renoncerait à engager une procédure disciplinaire idoine. Elles aboutissent à l'annulation de nombreuses procédures disciplinaires alors même que les actes d'indiscipline et d'inconscience professionnelle sont caractérisés¹¹⁴. Ces négligences sont d'autant plus incompréhensibles et inexplicables que le juge administratif a constamment précisé les exigences de légalité en matière de sanctions disciplinaires.

2/- Les exigences du juge administratif

Le juge administratif burkinabé a fixé les exigences minimales d'une sanction disciplinaire conséquente. Ces exigences minimales tiennent tout d'abord au respect des droits de la défense. Le juge les éclate en plusieurs exigences. Il s'agit de l'entretien préalable à toute sanction, de la communication du dossier, du respect du contradictoire ainsi que de la consultative obligatoire d'un conseil de discipline pour les sanctions graves.

Le juge administratif érige la communication du dossier en une règle de portée générale, c'est-à-dire, un principe général de droit¹¹⁵ qu'aucun texte ne saurait déroger, à l'image de l'arrêt Dame Lamotte de 1956 en France¹¹⁶. En outre, le juge peaufine sa jurisprudence en indiquant que lorsqu'une décision administrative prend le caractère de sanction et porte une atteinte assez grave à une situation individuelle, l'intéressé doit être mis en demeure de discuter des motifs de la mesure, c'est-à-dire, qu'il doit être informé de l'engagement de la procédure disciplinaire et recevoir communication des griefs invoqués ainsi qu'à la communication de l'entier dossier y relatif. Par ailleurs, le juge a eu plusieurs occasions pour rappeler que l'agent poursuivi a droit à l'assistance d'un avocat ou de toute personne de son choix¹¹⁷. En 2003, le Conseil d'Etat a rappelé sa jurisprudence selon laquelle le fonctionnaire qui a été sanctionné au mépris des dispositions relatives à l'exercice des droits de la défense est fondé à demander sa réhabilitation administrative¹¹⁸.

Ensuite, le juge a précisé les grandes lignes de l'obligation de motiver les sanctions disciplinaires. Il précise que les mesures de sanction qui n'expriment pas de motifs de droit et de fait sur lesquels elles se fondent sont illégales. Et le simple rappel des termes d'une loi sur la base de laquelle la décision est prise ainsi que le renvoi à un avis même conforme

110 CE, 10 juillet 2018, NANA Ibrahim et quatre autres contre le Conseil supérieur de la magistrature.

111 Il est même possible de penser que l'esprit de corps qui unit généralement la communauté des agents publics a pu prévaloir, occasionnant une impunité des comportements. Voir à ce propos, le commentaire de D. K. KOKO-ROKO, *Les grands thèmes du droit administratifs*, Presses universitaires de Lomé, 2^{ème} édition, 2018, pp. 255-274.

112 Très récemment, une ordonnance du Tribunal administratif le 8 septembre 2020 et confirmée par le Conseil d'état le 19 janvier 2021 a suspendu l'exécution de la décision du Conseil des ministres du 27 juin 2020 qui révoquait trois agents du ministère chargé des Finances pour des faits d'indiscipline grave résultant d'agression et/ou de menaces d'agression physique sur d'autres collègues non-grévistes.

113 La leçon essentielle à retenir est que l'Administration doit accorder une attention particulière au respect et au bon usage des textes relatifs à la sanction disciplinaire.

114 S. YONANA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabé : Droit administratif, op. cit.*, p. 85.

115 Chambre administrative de la Cour suprême, 25 mars 1988, Dembélé François Vincent de Paul contre l'Etat.

116 CE, 17 février 1950.

117 Chambre administrative de la cour suprême, 8 octobre 1982, TRAORE Molo.

118 CE, 30 mai 2003, TRAORE Moussa.

ne suffisent pas. Dans la même logique, la motivation par référence n'est acceptée que si elle est suffisamment éclairante¹¹⁹.

Enfin, le juge administratif s'autorise à contrôler la proportionnalité de la sanction administrée par rapport à la faute commise par l'agent public. Dans l'affaire Compaoré Rasmané¹²⁰, le juge administratif burkinabé a estimé que la sanction de radiation utilisée pour réprimer un abandon de poste d'une durée de trois (03) jours était disproportionnée¹²¹. Cette décision reprend à son compte le principe selon lequel la sanction disciplinaire prise par l'Administration ne doit pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation ou être entachée de détournement de pouvoir¹²².

En effet, pendant longtemps, le juge de l'excès de pouvoir s'est limité, dans son examen des mesures de sanction, à un contrôle d'exactitude matérielle et de qualification juridique des faits¹²³. Il n'opérait qu'un contrôle de la réalité des faits reprochés et de leur caractère fautif (et donc répréhensible), sans examiner la légalité du dispositif de la sanction elle-même.

Le juge de l'excès de pouvoir a progressivement fait évoluer cette position jusqu'à se livrer, aujourd'hui, à un contrôle entier de cette proportionnalité¹²⁴.

CONCLUSION

La répression administrative permet d'administrer des sanctions rapides aux fautes commises par les acteurs publics et privés intervenant dans la chaîne de passation des contrats de la commande publique. Ces sanctions qu'elles soient prononcées par les supérieurs hiérarchiques contre les agents publics ou par l'Organe de règlement des différends contre les acteurs privés contribuent à maintenir la discipline dans un domaine considéré comme l'un des plus corrompus¹²⁵.

Le dispositif législatif et réglementaire en matière de déontologie et d'éthique dans les contrats de la commande publique offre des possibilités de sanctionner les acteurs privés coupables de manquements à la réglementation générale. Mais ce dispositif de répression ne prend que très partiellement en compte les sanctions contre les agents publics. Aussi, le dispositif de répression classique a-t-il montré ses limites. En effet, les agents publics coupables de fautes professionnelles bénéficient de grandes complicités au sommet de

119 Chambre administrative de la cour suprême, 24 février 1989, Ouédraogo Alfred.

120 C'est l'une des rares fois qu'un militaire engage une action en justice contre sa hiérarchie pour sanction disciplinaire.

121 CE, Compaoré Rasmané, 25 octobre 2002, arrêt reproduit par Salif YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabé : Droit administratif, op. cit.*, p. 296.

122 Voir à ce sujet, CE, 14 janvier 1916, Camino, CE, ass, 28 mai 1954, Barel, contrôle de l'erreur de droit, détournement de pouvoir, CE, ass, 28 mai, 1971, Ville nouvelle Est, contrôle bilan/cout avantage, contrôle maximum, coût financier et coût social de l'entreprise.

123 CE, 14 janvier 1916, Camino, n° 59619, Rec. et CE, 4 avril 1914, Gomel, n° 55125, Rec.

124 CE, ass, 13 novembre 2013, M. Dahan, contrôle normal, la proportionnalité de la sanction par rapport à la gravité de la faute commise par l'agent. L'arrêt Dahan du nom d'un ancien diplomate rappelle l'arrêt Frédéric GUIRMA du 30 janvier 2004. C'est également un ancien diplomate qui exerça un recours pour excès de pouvoir contre son rappel et son remplacement par un autre ambassadeur. La requête a été déclarée irrecevable pour cause de forclusion. Selon les énonciations de l'arrêt, la décision de rappel date du 30 janvier 1963, le requérant dit n'avoir pris connaissance du décret qu'en 1973, mais n'a saisi le juge administratif que le 15 août 1981.

125 Le rapport de l'ARCOP fait mention d'une augmentation des requêtes en dénonciation en 2017 et conclut à une recrudescence des mauvaises pratiques dans la chaîne de passation des contrats de la commande publique. Les rapports du Réseau national de lutte anti-corruption retiennent les contrats de la commande publique parmi les secteurs les plus corrompus.

l'Etat. Dans le même ordre d'idées, il est fort à constater que les relations interpersonnelles prévalent sur les rapports officiels, toute chose qui favorise un consensus sur l'impunité des fautes professionnelles. Le juge administratif burkinabé très au parfum de ses considérations, n'hésite pas à systématiquement annuler toute sanction disciplinaire inconséquente.

La mise en place d'une administration professionnelle de sanction disciplinaire des agents publics à l'image de l'ORD offrirait plus d'efficacité et d'efficience. Ce dispositif permettra des sanctions directes administrées par les autorités de régulation contre toute violation de la réglementation en matière des contrats de la commande publique. Aussi, une forte publicité et médiatisation des agents sanctionnés dans un rapport spécifique complété par un mécanisme de suivi de la mise en œuvre des sanctions contribueront-elles à assurer la discipline dans les contrats de la commande publique.

Par-dessus tout, il est urgent de procéder à une réforme globale de nos administrations publiques en Afrique pour une meilleure protection de l'intérêt général.