

DECISION DCC 18-048

DU 1^{ER} MARS 2018

Date : 1 mars 2018

Requérant : Sakirou DOGO SOUNON

Contrôle de conformité

Décision administrative : (Compte rendu du Conseil des ministres du 29 mars 2017)

Code des marchés publics : (application de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009)

Pas de violation de la Constitution

La Cour constitutionnelle,

Saisie d'une requête du 12 avril 2017 enregistrée à son secrétariat à la même date sous le numéro 0672/084/REC, par laquelle Monsieur Sakirou DOGO SOUNON forme un recours en inconstitutionnalité de la décision du Conseil des ministres du 29 mars 2017, notamment en son point 2 relatif à l'«exécution des travaux d'aménagement et de bitumage de certains axes routiers en mode Build-Operate-Transfer (BOT) » ;

VU la Constitution du 11 décembre 1990 ;

VU la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 ;

VU le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle ;

Ensemble les pièces du dossier ;

Ouï Monsieur Zimé Yérima KORA-YAROU en son rapport ;

Après en avoir délibéré,

CONTENU DU RECOURS

Considérant que le requérant expose : « ... Analyse des faits

Dans le compte rendu du Conseil des ministres ... du 29 mars 2017 libellé comme suit :

« 2- Exécution des travaux d'aménagement et de bitumage de certains axes routiers en mode BOT.

Au nombre des projets routiers de Bénin Révélé, il y a l'aménagement et le bitumage de la rocade de Porto-Novo (section 1) allant de Beaurivage au début du Boulevard du cinquantenaire en 2X2 voies prenant en compte le pont de Zounvi et la rue des manguiers menant à l'Assemblée nationale (9,5Km).

Il y a aussi l'axe Porto-Novo/Pobè/Obèlè/frontière du Nigeria (79 Km) et la bretelle Zian/Igolo/frontière Nigeria (12, 09Km), ainsi que l'axe Pobè/Adja-Ouèrè/Ouinhi (22,10 Km).

Il convient d'abord de rappeler qu'en novembre 2016, le Gouvernement avait autorisé l'exécution des travaux par l'entreprise sud-africaine STEFANUTI.

Malheureusement, celle-ci n'a pu obtenir l'assurance de financement auprès de son institution bancaire. La convention de financement n'a pu être signée. Des négociations ont été engagées avec la Société OFMAS International SA (une Entreprise béninoise) et ont permis d'arrêter le montant total des travaux à la somme de 164,5 milliards de FCFA.

Par ailleurs, il apparaît que les conditions de financement convenues avec OFMAS International SA sont meilleures que celles de l'entreprise initialement retenue. C'est pourquoi le Conseil a autorisé l'exécution des travaux d'aménagement et de bitumage des axes routiers considérés en mode BOT.

Il a, en outre, instruit les ministres concernés aux fins de signer avec OFMAS International SA, le contrat pour l'exécution des 122,7 km de voies.

Dans le cadre de l'opérationnalisation de son Programme d'actions gouvernementales (PAG), le Gouvernement béninois

projette la réalisation d'infrastructures routières en mode BOT (Build- Operate - Transfer) avec la société OFMAS International SA. » ; qu'il affirme : « Les contrats BOT sont des contrats concessionnels spécifiques de financement des investissements publics. Les contrats BOT constituent une variante de la grande famille des Partenariats publics-privés (PPP). En effet, le glossaire du ministère de l'Economie et des Finances français définit le BOT comme suit :

BOT - Build-Operate-Transfer (construction exploitation-transfert) : désigne un contrat par lequel l'autorité contractante confie à un opérateur la construction, le financement, l'exploitation ... l'entretien d'infrastructures et perçoit en contrepartie sa rémunération sur les tarifs payés par les usagers afin de recouvrer ses coûts, l'actif est transféré à l'autorité contractante à l'expiration du contrat.

Au vu de cette définition, le Gouvernement béninois par son représentant, le Président de la République, donne au concessionnaire OFMAS International SA la responsabilité de construire, financer, exploiter et entretenir les investissements publics ci-dessus mentionnés. Or, ce type de contrat BOT renvoie à la définition du contrat de partenariat public-privé prévu dans la loi n° 2016-24 portant partenariat public-privé en République du Bénin.

Contrat de partenariat public-privé : contrat par lequel une personne publique confie à un partenaire privé, personne morale de droit privé, pour une période déterminée, en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public dont l'autorité contractante a la charge, ainsi que tout ou partie de leur financement. Le contrat de partenariat public-privé peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de service concourant à l'exercice, par l'autorité contractante, de la mission de service public dont elle est chargée.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser et partage avec elle les risques inhérents au projet.» ;

Considérant qu'il poursuit : « En définitive, il revient de statuer que le contrat BOT passé entre l'Etat béninois et le concessionnaire OFMAS International SA est un contrat de type PPP, donc sous l'autorité de la loi n° 2016-24.

Fondement juridique du recours.

Dans la décision DCC 17-039 du 23 février 2017, la Cour constitutionnelle avait déclaré inapplicable la loi n°2016-24, votée le 11 octobre 2016 par l'Assemblée nationale et promulguée le 24 octobre 2016 par le Président de la République. Si la loi n'est pas applicable, le Président de la République ne peut faire recours à une loi inapplicable au Bénin pour co-contracter.

Par ailleurs, sur le fondement de l'article 59 de la Constitution ... "Le Président de la République assure l'exécution des lois et garantit celle des décisions de justice", et de l'article 124 de la Constitution ... "Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les décisions de la Cour Constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles." Le Président de la République a donc violé la Constitution en mettant en application une loi inapplicable au jour de la présente saisine.

Enfin, sur le fondement de l'article 53 de la Constitution ...

"Avant son entrée en fonction, le Président de la République prête le serment suivant :

"Devant Dieu, les Mânes des Ancêtres, la Nation et devant le Peuple béninois, seul détenteur de la souveraineté :

- Nous ..., Président de la République, élu conformément aux lois de la République, jurons solennellement
 - de respecter et de défendre la Constitution que le peuple béninois s'est librement donnée ;
 - de remplir loyalement les hautes fonctions que la Nation nous a confiées ;
 - de ne nous laisser guider que par l'intérêt général et le respect des droits de la personne humaine, de consacrer toutes nos forces à la recherche et à la promotion du bien commun, de la paix et de l'unité nationale ;
 - de préserver l'intégrité du territoire national ;
 - de nous conduire partout en fidèle et loyal serviteur du peuple.

En cas de parjure, que nous subissions les rigueurs de la loi". Le serment est reçu par le Président de la Cour constitutionnelle devant l'Assemblée nationale et la Cour suprême", le Président de la République s'est engagé lors de sa prestation de serment le 6 avril 2016 de respecter et défendre la Constitution, le Président n'a pas tenu son engagement de se conformer à la Loi fondamentale que le peuple béninois, seul souverain, s'est librement dotée.» ; qu'il demande à la Cour de déclarer :

- « inconstitutionnels la décision du Conseil des ministres du 29 mars 2017 en son point 2, tout recours ultérieur à tout type de contrat concessionnel en PPP jusqu'au contrôle de conformité constitutionnelle de la loi n° 2016- 24 ;
- anticonstitutionnelle, la violation du serment du Président de la République de respecter et défendre la Constitution. » ;

INSTRUCTION DU RECOURS

Considérant qu'en réponse à la mesure d'instruction de la Cour, le Président de la République, Monsieur Patrice TALON, écrit :
« ... FAITS ET PROCEDURE

Suivant la requête en date à Cotonou du 12 avril 2017, le nommé Sakirou DOGO SOUNON a saisi le Président de la Cour constitutionnelle d'un recours en inconstitutionnalité de la décision du Conseil des ministres du 29 mars 2017 en son point 2 relatif à l'"exécution des travaux d'aménagement et de bitumage de certains axes routiers en mode BOT". Il ressort des termes de sa requête, qu'il sollicite également de déclarer anticonstitutionnels, aussi bien tout recours ultérieur à tout type de contrat concessionnel en Partenariat public-privé (PPP) jusqu'au contrôle de conformité constitutionnelle de la loi n° 2016-24, que la violation du serment du Président de la République de respecter et de défendre la Constitution.

A l'appui de ses prétentions, Monsieur Sakirou DOGO SOUNON développe qu'aux termes du Conseil des ministres ... du 29 mars 2017, le Gouvernement a autorisé la réalisation de certaines infrastructures routières avec la société OFMAS International SA en mode BOT (Build- Operate -Transfer) alors que par la décision DCC 17-039 du 23 février 2017, la Cour constitutionnelle avait déclaré inapplicable la loi n° 2016-24 votée le 11 octobre 2016 par l'Assemblée nationale et promulguée le 24 octobre 2016 par le Président de la République.

Il prétend ainsi que le Président de la République a violé la Constitution en mettant en application une loi inapplicable et en n'ayant pas tenu son engagement de se conformer à la Loi fondamentale de sorte qu'il a violé les dispositions des articles 59 et 53 de la Constitution.

II- DISCUSSION

La discussion sera articulée autour de l'incompétence juridictionnelle de la haute Juridiction (A) à apprécier les mérites de la requête qui lui a été adressée d'une part, et sur l'absence de violation de la Constitution du 11 décembre 1990 (B) d'autre part.

... A- SUR L'INCOMPETENCE

S'appuyant sur les dispositions des articles 59 et 124 de la

Constitution ... le requérant conclut leur violation par le Président de la République au motif tiré de ce que le Gouvernement a autorisé la réalisation de certaines infrastructures routières avec la société OFMAS International SA en mode BOT (Build-Operate-Transfer) alors que par la décision DCC 17-039 du 23 février 2017, la Cour constitutionnelle avait déclaré inapplicable la loi n° 2016-24 votée le 11 octobre 2016 par l'Assemblée nationale et promulguée le 24 octobre 2016 par le Président de la République.

Selon lui, l'autorisation donnée en Conseil des ministres pour la signature d'un contrat relatif à l'exécution des travaux d'aménagement et de bitumage de certains axes routiers en mode BOT entre le Gouvernement béninois et la société OFMAS International SA, a été effectuée sur la base d'une loi déclarée inapplicable par la Cour constitutionnelle.

En d'autres termes, la Cour constitutionnelle est matériellement compétente pour statuer sur la conformité des lois et de tous actes réglementaires, pour garantir les droits humains, pour veiller à la régularité des élections du Président de la République, des élections législatives et du référendum, et enfin pour régler les conflits d'attributions entre les institutions de l'Etat.

Il s'ensuit que la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour statuer sur le contrôle de légalité qui, au demeurant, relève des attributions de la juridiction administrative.

Le recours de Monsieur Sakirou DOGO SOUNON voudrait, en effet, que la haute Juridiction opère un contrôle de légalité, dans l'hypothèse que le contrat d'exécution des travaux d'aménagement et de bitumage de certains axes routiers en mode BOT signé entre le Gouvernement béninois et la société OFMAS International SA n'est qu'un contrat de marché public régi par la législation en vigueur dont la juridiction administrative compétente apprécie l'applicabilité.

La convention entre la société OFMAS International SA et l'Etat béninois ainsi querellée est donc régie par la loi relative aux marchés publics de sorte que le recours initié par Monsieur

Sakirou DOGO SOUNON s'analyse alors en un recours pour le contrôle de légalité dudit contrat au regard de la loi sur les marchés publics.

Il sied dès lors que la Cour constitutionnelle se déclare incompétente pour statuer sur le recours en inconstitutionnalité initié par Monsieur Sakirou DOGO SOUNON contre la décision du Conseil des ministres du 29 mars 2017 en son point 2 relatif à l'exécution des travaux d'aménagement et de bitumage de certains axes routiers en mode BOT.

B- SUR L'ABSENCE DE VIOLATION DE L'ARTICLE 53 DE LA CONSTITUTION

Au motif qu'il a été autorisé en Conseil des ministres ... du 29 mars 2017, la signature d'un contrat relatif à l'exécution des travaux d'aménagement et de bitumage de certains axes routiers en mode BOT, entre la société OFMAS International SA et l'Etat béninois, Monsieur Sakirou DOGO SOUNON estime que le Président de la République a violé les dispositions de l'article 53 de la Constitution ... relatives à son serment.

Mais, ainsi qu'il a été évoqué ci-haut, le contrat dont il s'agit était régi par la législation en vigueur, notamment la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin.

Le Gouvernement béninois n'a donc pas autorisé la signature dudit contrat sur la base d'une loi inapplicable comme le prétend le requérant.

Il en résulte donc que le grief allégué par Monsieur Sakirou DOGO SOUNON contre la décision du Conseil des ministres ... du 29 mars 2017 autorisant la signature d'un contrat relatif à l'exécution des travaux d'aménagement et de bitumage de certains axes routiers en mode BOT, entre la société OFMAS International SA et l'Etat béninois, n'est pas fondé.

Par conséquent, il n'y a pas violation de la Constitution.

Mieux, prenant en compte les observations de la Cour constitutionnelle contenues dans la décision DCC 17-039 du 23 février 2017, l'Assemblée nationale a, à nouveau, adopté la loi n°2016-24 du 28 juin 2017 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin.

Cette dernière loi a été déclarée conforme à la Constitution par la Cour constitutionnelle suivant la décision DCC 17-114 du 30 mai 2017.

Il s'en déduit que ladite loi règle tout contrat entrant dans le cadre juridique du partenariat public-privé que conclurait le Gouvernement avec une autre personne morale, de sorte que la prétention du requérant de voir la Cour constitutionnelle déclarer anticonstitutionnel tout contrat de ce genre paraît mal fondée.

La conclusion en est finalement qu'il n'y a ni violation de la Constitution ni violation du serment du Président de la République. » ;

ANALYSE DU RECOURS

Considérant que le requérant demande à la Cour de déclarer qu'en prenant des décisions sur le fondement d'une loi déclarée inapplicable par la Cour, le Président de la République a violé les articles 53, 59 et 124 de la Constitution ;

Considérant qu'aux termes des dispositions des articles 53, 59 et 124 alinéas 2 et 3 de la Constitution :

« Avant son entrée en fonction, le Président de la République prête le serment suivant ;

" Devant Dieu, les Mânes des Ancêtres, la Nation et devant le Peuple béninois, seul détenteur de la souveraineté ;

Nous ..., Président de la République, élu conformément aux lois de la République jurons solennellement ;

- de respecter et de défendre la Constitution que le peuple béninois s'est librement donnée ;

- de ne nous laisser guider que par l'intérêt général et le respect des droits de la personne humaine, de consacrer toutes nos forces à

la recherche et à la promotion du bien commun, de la paix et de l'unité nationale ;

- de préserver l'intégrité du territoire national ;*
- de nous conduire partout en fidèle serviteur du peuple.*

En cas de parjure, que nous subissions les rigueurs de la loi." Le serment est reçu par le Président de la Cour constitutionnelle devant l'Assemblée nationale et la Cour suprême.» ;

« Le Président de la République assure l'exécution des lois et garantit celle des décisions de justice » ;

« Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours.

Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles. » ;

Considérant qu'il résulte des éléments du dossier, notamment de la réponse à la mesure d'instruction de la Cour, que la décision du Conseil des ministres du 29 mars 2017 n'a pas été prise sur le fondement de la loi n° 2016-24 votée le 11 octobre 2016 et promulguée le 24 octobre 2016 avant d'être déclarée inapplicable par la décision DCC 17-039 du 23 février 2017 de la Cour ; que, contrairement aux allégations du requérant, le contrat invoqué par lui est régi par la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin ; qu'il en résulte qu'il n'y a donc pas violation des articles 53, 59 et 124 précités de la Constitution ;

D E C I D E :

Article 1.- Il n'y a pas violation de la Constitution.

Article 2.- La présente décision sera notifiée à Monsieur Sakirou DOGO SOUNON, à Monsieur le Président de la République et publiée au Journal officiel.

Ont siégé à Cotonou, le premier mars deux mille dix-huit,

| | | |
|----------------------|--------------|----------------|
| Messieurs Théodore | HOLO | Président |
| Zimé Yérima | KORA-YAROU | Vice-Président |
| Bernard Dossou | DEGBOE | Membre |
| Madame Marcelline-C. | GBEHA AFOUDA | Membre |
| Monsieur Akibou | IBRAHIM G. | Membre |
| Madame Lamatou | NASSIROU | Membre. |

Le Rapporteur,

Le Président,

Zimé Yérima KORA-YAROU.-

Professeur Théodore HOLO.-