

**AUDIENCE PUBLIQUE ORDINAIRE
DU 29 MAI 2009**

Le Conseil d'Etat, statuant en son audience ordinaire du 29 Mai 2009 tenue dans la salle des audiences à laquelle siégeaient :

Arrêt n°35/2008-2009
du 29/05/2009

Madame **KINDO/ZOROME** Fatimata, Président

Monsieur Marc **ZONGO**, Conseiller
Monsieur Mamadou **TOE**, Conseiller

RE n° 027/2006-2007
du 09/02/2007

Madame Victoria **OUEDRAOGO**, Commissaire du
Gouvernement

Avec l'assistance de Maître Alice **BASSINDIA**, Greffier

A rendu l'arrêt dont la teneur suit :

ENTRE

Entreprise **NETENDEC** 01 BP 5838 Ouagadougou 01, ayant pour conseil Maître Mamadou **OUATTARA**, Avocat à la Cour, 09 BP 892 Ouagadougou 09

Demandeur

Affaire :
Entreprise **NETENDEC**
C./ **CNRST**

Et

Centre National de la Recherche Scientifique et Technologique (**CNRST**), 03 BP 7192-7047 Ouagadougou 03, ayant pour conseil Maître Mamadou **TRAORE**, Avocat à la Cour, 11 BP 7121 Ouagadougou 11

Défendeur

Vu la requête aux fins d'appel du 08 février 2007 de l'Entreprise **NETENDEC** au Conseil d'Etat contre le jugement n° 086 du 21 décembre 2006 du Tribunal Administratif de Ouagadougou ;

Vu la loi n° 21/95/ADP du 16 mai 1995 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs ;

Vu la loi organique 15-2000 AN du 23 mai 2000 portant composition, organisation, attributions, fonctionnement du Conseil d'Etat et procédure applicable devant lui ;

Vu les écritures du conseiller rapporteur ;

Vu les conclusions écrites du Commissaire du Gouvernement ;

Oùï le rapporteur ;

Oùï le Commissaire du Gouvernement en ses conclusions orales ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

LE CONSEIL,

Considérant que par requête du 08 février 2007, Yolande TRAORE/YAMEOGO présidente-directrice de l'Entreprise NETENDEC, ayant élu domicile au cabinet de Me Mamadou OUATTARA Avocat à la Cour du cabinet JURIS-CA 09 BP 892 Ouagadougou 09, interjetait appel contre le jugement n° 086 du 12 décembre 2006 du tribunal administratif de Ouagadougou dans la cause qui l'oppose au Centre National de la recherche Scientifique et Technologique (CNRST) dont le siège se trouve à 01-BP 7047 Ouagadougou 01 et qui a élu domicile au cabinet de Me Mamadou TRAORE, Avocat à la Cour, demeurant à Ouagadougou 11 BP 7121 Ouagadougou 11 ; qu'elle expose qu'elle a été attributaire sur appel d'offre, de deux marchés publics du CNRST financés par l'Association Internationale pour le Développement (IDA) suivant accord de crédit d'un montant total de 271 813 166 francs CFA dont les délais de livraison étaient de six (06) mois pour chacun des deux marchés ; que l'exécution des marchés avait débuté sur la demande du Centre National de la Recherche Scientifique et technologique (CNRST), Maître d'ouvrage, avant leur signature; que cependant de nombreuses difficultés provoquées par le Maître d'ouvrage même, ont empêché l'exécution régulière des travaux ; qu'en effet, l'entreprise avait constaté une modification de la structure de l'extension du siège de l'INERA et cette modification a fait l'objet d'une lettre de commande qui a été approuvée pour un montant de 5 563 175 francs CFA TTC avec un délai d'exécution de 03 mois ; que par lettre n° 001015/MESSRS/CNRST/INERA/AD du 08/12/2003, le Directeur de l'INERA mettait l'entreprise en demeure de finir les travaux au plus tard le 31/12/2003 ; que face à cette mise en demeure, l'entreprise faisait appel aux services d'appui conseil du cabinet d'architecture IDA avec l'appui duquel elle proposait au Maître d'Ouvrage un planning d'exécution des travaux qu'elle s'engageait à respecter dans un délai maximum de 121 jours ; que bien que cette proposition ait été acceptée et contre toute attente, l'entreprise recevait le 25/05/2004, une correspondance du Directeur

Général du 24 mai 2004 lui notifiant la résiliation des deux marchés pour compter du 14 mai 2004 ; que concomitamment et par correspondance en date du 24/05 /2004 le CNRST procédait à la saisine au niveau de la Banque du Commerce du Burkina (BCB) des cautions des avances de démarrage des travaux de dix huit millions deux cent cinquante six mille sept cent cinquante sept (18.256.757) francs CFA pour le 1^{er} marché et de vingt deux millions cinq cent quinze mille deux cent dix huit (22.515.218) francs pour le second ; qu'après avoir vainement tenté de ramener le Maître d'ouvrage à reconsidérer sa décision et devant le refus de ce dernier de l'autoriser à enlever son matériel et ses outils de travail entreposés sur les chantiers et lui restituer les cautions, elle saisissait la commission de règlement amiable des litiges conformément à la réglementation des marchés publics pour un règlement amiable du différend, afin d'obtenir soit, la poursuite de l'exécution des marchés, soit de constater que la résiliation est abusive si elle était maintenue et en conséquence demander la restitution des cautions, l'enlèvement de son matériel et outils de travail, le payement des décomptes dus après établissement d'un état contradictoire des travaux exécutés, le payement des dommages et intérêts ; que face à l'échec de la procédure d'arbitrage et de conciliation, elle saisissait le tribunal administratif de Ouagadougou qui rendait le jugement dont le dispositif est le suivant :

« Statuant publiquement, contradictoirement, en matière administrative et en premier ressort :

Déclare irrecevable la requête de l'entreprise NETENDEC pour non respect de la procédure de règlement amiable de différend fixée par les clauses administratives générales du bailleur de fonds IDA ; la condamne aux dépens » ;

Considérant que c'est contre ce jugement que NETENDEC a interjeté appel le 08 janvier 2007, lui faisant grief d'avoir fait une appréciation erronée des faits de la procédure et estimant que sa requête est recevable et bien fondée ; qu'elle relève à cet effet, que tout litige découlant d'un marché public est réglé à l'amiable ou par voie contentieuse ; que c'est à défaut d'accord que la partie la plus diligente peut saisir la juridiction compétente dans un délai de 30 jours à compter de la date de notification du rapport de non conciliation de la Commission de Règlement Amiable des Litiges ; que dans le cas d'espèce, le CNRST a comparu devant ladite commission, excluant du même coup l'application des dispositions du cahier de clauses administratives générales du bailleur de fonds de l'IDA ; qu'il ne saurait par conséquent se prévaloir des dispositions de ces mêmes clauses et que c'est à tort que le tribunal a déclaré la requête de l'entreprise irrecevable ; qu'elle demande donc au Conseil d'Etat d'infirmier le jugement

attaqué, déclarer sa requête recevable et en conséquence, dire et juger que la résiliation intervenue le 24 mai 2005 est abusive, condamner le Maître d'Ouvrage (CNRST) à lui payer à titre d'indemnisation la somme totale de soixante trois millions neuf cent soixante quinze mille deux cent quatre dix sept (63.975.297) francs CFA dont dix sept millions six cent quarante mille quatre cent soixante quatorze (17.644.474) F CFA représentant le trop perçu par le Maître de l'Ouvrage et quarante six millions trois cent vingt sept mille huit cent vingt trois (46.327.823) F CFA représentant les sommes restant dues sur l'exécution des deux marchés ;

- Ordonner main levée sur les cautions de bonne fin ;
- Condamner le Maître d'Ouvrage outre aux dépens, à payer les frais d'avocat provisoirement évalués conformément à l'article 6 de la loi portant organisation judiciaire au Burkina Faso telle que modifiée par la loi n° 028-2004/AN du 08 septembre 2004 à la somme de huit cent soixante cinq mille (865.000) francs CFA.

Considérant qu'en réponse à cette requête, le CNRST dans un mémoire du 15 mars 2007, rétorque que la requête de l'Entreprise est irrecevable et mal fondée :

Du moyen tiré de l'irrecevabilité de la requête ;

Considérant que le CNRST soutient que la requête de l'appelante est irrecevable en ce qu'elle ne respecte pas les dispositions de l'article 50.1 du cahier des clauses administratives générales qui prescrivent que « *si un différend survient entre le Maître d'Ouvrage et l'entrepreneur sous la forme de réserve faite à un ordre de service ou sous toute autre forme, l'entrepreneur remet au maître d'œuvre, aux fins de transmission au Maître d'Ouvrage par l'intermédiaire du chef de projet, un mémoire exposant les motifs et indiquant les montants de ses réclamations ; qu'en l'absence de réponse satisfaisante reçue dans un délai de quinze(15) jours à partir de la date de réception par le Maître d'Ouvrage de la lettre ou du mémoire de l'entrepreneur, celui-ci dispose de 15 jours pour soumettre au conciliateur, le différend relatif à sa réclamation ou la réponse qui y est faite par le Maître d'Ouvrage* » ; qu'il estime que la résiliation des marchés est régulière dans la mesure où l'entreprise a violé le planning qu'elle avait elle même élaboré et proposé au Maître d'Ouvrage qui l'avait accepté, en abandonnant à deux reprises les chantiers ; que cette acceptation par le maître d'ouvrage n'est pas un droit pour l'entreprise, mais une faveur qui lui était accordée ; que le délai d'exécution étant largement dépassé la violation de ce délai par l'entreprise

est un motif suffisant pour justifier la résiliation ; qu'il estime par ailleurs, que les deux marchés étant entièrement financés par l'Association Internationale pour le Développement (IDA), les litiges nés de l'exécution de ces marchés sont prioritairement soumis aux dispositions du Cahier des Clauses Administratives Générales avant toute autre procédure ;

Du moyen tiré de défaut de fondement

Considérant que le CNRST estime enfin que l'entreprise est mal fondée à réclamer :

- la restitution d'un trop perçu au titre des avances de démarrage des travaux, en ce que les cautions définitives viennent en garantie de la bonne exécution du marché et du recouvrement des sommes dont elle serait reconnue débitrice au titre des marchés ; que de ce fait, procéder à la restitution des cautions saisies avant la réception définitive des chantiers comme le demande l'entreprise n'est conforme ni à l'esprit ni à la lettre des dites cautions et exposerait le Maître d' Ouvrage aux risques liés aux vices cachés des travaux . Que l'entreprise n'a pas honoré ses obligations qui sont des obligations de résultat ; quelle n'a jamais procédé à la livraison définitive des travaux objet du marché ayant donné lieu à la fourniture des cautions d'avance de démarrage ;
- le paiement d'indemnités au titre des travaux réalisés en ce que cette demande n'est pas conforme à l'article 46.1 des CCAG qui dispose que la résiliation ne donne pas droit à une indemnité au bénéfice de l'entrepreneur si elle est intervenue suite à une mise en demeure adressée à l'entrepreneur afin qu'il se conforme aux dispositions du marché ou aux ordres de services ;

De la demande reconventionnelle du CNRST

Considérant que le CNSRT demande reconventionnellement au Conseil d'Etat de condamner l'entreprise à lui payer la somme de dix sept millions quarante sept mille neuf cent treize (17.047.913) francs CFA, représentant la différence entre le coût des travaux réalisés qui est de quatre vingt onze millions quatre vingt neuf mille huit cent vingt neuf (91.089.829) francs CFA et les paiements effectués au titre des marchés, indépendamment de l'avance de démarrage qui est de cent huit millions cent trente et un mille sept cent quarante deux (108 131 742) francs CFA, et déclarer la requête de NETENDEC irrecevable pour cause de violation de la procédure de règlement des litiges prévue par les contrats et en conséquence :

- déclarer la résiliation intervenue régulière ;
 - constater les violations par l'entreprise NETENDEC de ses obligations contractuelles ;
 - rejeter les prétentions tendant à la restitution des cautions d'avance de démarrage des travaux ;
 - débouter la demanderesse de l'ensemble de ses prétentions comme étant mal fondées et confirmer le jugement attaqué ;
 - la condamner reconventionnellement à lui payer la somme de dix sept millions quarante sept mille neuf cent treize (17.047.913) francs CFA au titre du trop perçu sur les paiements des travaux effectués ;
 - la condamner au paiement de la somme de huit cent mille (800.000) francs CFA en application de l'article 6 nouveau de la loi n° 10/93/ADP portant Organisation Judiciaire au Burkina Faso, au titre des frais et honoraires d'avocats ;
- Et enfin, la condamner aux entiers dépens.

Sur quoi,

En la forme

Considérant que le jugement attaqué a été rendu le 21 décembre 2006 et l'appel est intervenu le 08 février 2007 ; qu'il respecte le délai légal ;

Considérant par ailleurs qu'il respecte les conditions de l'article 20 de la loi organique n° 15-2000 AN du 23 mai 2000 portant organisation, composition, attributions, fonctionnement du Conseil d'Etat et procédure applicable devant lui qui exigent que la requête devant le Conseil d'Etat doit, à peine d'irrecevabilité, indiquer les noms et domiciles des parties, contenir un exposé sommaire des faits et moyens ainsi que les conclusions, être accompagnée de l'extrait de la décision juridictionnelle ou de la copie de la décision administrative ou d'une pièce justifiant du dépôt de la réclamation ; qu'il est donc recevable ;

Au fond

Considérant que selon les dispositions de l'article 1^{er} alinéa 1 du décret n° 2003-269/PRES/PM/MFB du 27 mai 2003 portant réglementation générale des achats publics, *« le présent décret fixe les règles applicables à la passation, l'exécution et au contrôle des achats publics quelle que soit leur source de financement et si elles ne sont pas contraires aux dispositions des accords internationaux en la matière. Les achats publics financés par des ressources extérieures sont soumis aux dispositions du présent décret dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions des accords de financement »* ;

Considérant que dans le cas d'espèce, les deux marchés de construction ont été financés par des ressources extérieures, en l'occurrence par les crédits de l'Association Internationale pour le Développement (IDA) ; que les dispositions ci-dessus citées s'appliquent à ces deux marchés en ce qu'ils sont financés par des ressources extérieures et ne sont pas contraires aux dispositions des accords de financement ;

Considérant en outre, que le cahier des clauses administratives générales (CCAG) des accords de financement de l'IDA ont prévu une procédure de règlement des différends et litiges qui surviendront au titre des marchés qu'il a financés ; qu'en effet l'article 50.1 de ces clauses prescrit que : *« si un différend survient entre le Maître d'Ouvrage et l'Entrepreneur sous la forme de réserves faites à un ordre de service ou sous toute autre forme, l'entrepreneur remet au maître d'œuvre, aux fins de transmission au Maître d'Ouvrage par l'intermédiaire du chef de projet, un mémoire exposant les motifs et indiquant les montants de ses réclamations »* ;

Considérant que l'entreprise NETENDEC n'a pas respecté cette procédure de règlement du litige qui l'opposait au Centre National de la Recherche Scientifique et Technologique bénéficiaire du financement IDA alors que ladite procédure doit être respectée avant toute saisine du tribunal administratif ; que le jugement contesté a respecté la loi et mérite confirmation sur ce point;

De la demande reconventionnelle du CNSRT

Considérant que le CNSRT demande reconventionnellement au Conseil d'Etat de condamner l'entreprise à lui payer la somme de dix sept millions quarante sept mille neuf cent treize (17.047.913) francs CFA, représentant la différence entre le coût des travaux réalisés qui est de quatre vingt onze millions quatre vingt neuf mille huit cent vingt neuf (91.089.829) francs CFA et les paiements effectués au titre des marchés et la condamner à lui payer la somme de huit cent mille (800.000) francs CFA en application de l'article 6 nouveau du code de procédure civile, au titre des frais et honoraires d'avocats ;

Considérant cependant, que le CNSRT n'ayant pas fait appel du jugement l'a acquiescé ; qu'il est donc mal fondé en cette réclamation ;

Considérant en outre que la demande de condamnation de l'appelante à payer la somme de huit cent mille francs (800 000 F) en application de l'article 6 nouveau de la loi n° 10/93/ADP portant Organisation Judiciaire au Burkina Faso, au titre des frais et honoraires d'avocats n'est pas légalement prévue pour les juridictions administratives qui sont donc incompétentes pour en être saisies; qu'il y a lieu en conséquence pour le Conseil d'Etat, se déclarer incompétent pour statuer sur cette demande, déclarer irrecevable la demande reconventionnelle du CNRST et confirmer le jugement attaqué.

Par ces motifs :

Le Conseil d'Etat, statuant publiquement et par défaut à l'égard des parties :

En la forme :

Déclare l'appel de NETENDEC recevable ;

Au fond :

Se déclare incompétent sur la demande de condamnation au titre de l'article 6 du nouveau de la loi n° 10/93/ADP portant Organisation Judiciaire au Burkina Faso ;

Déclare la demande reconventionnelle du CNRST irrecevable ;

Confirme le jugement attaqué en toutes ses dispositions ;

Condamne l'appelant aux dépens.

Ainsi fait, jugé et prononcé le 29 Mai 2009 par la Chambre du Contentieux du Conseil d'Etat.

Et ont signé le Président et le Greffier.