

ORDONNANCE DE REFERE

N°004/2017-2018

L'an deux mille dix huit et le six février ;

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

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

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

Vu la requête à fin d'appel adressée le 08 janvier 2018 au Premier Président du Conseil d'Etat pris en qualité de Président de la Cour administrative d'appel, par l'Agent Judiciaire du Trésor, agissant au nom et pour le compte de l'Université Norbert Zongo de KOUDOUGOU ;

Vu la loi n°010-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement de la Cour administrative d'appel et Procédure applicable devant elle;

Vu la loi n°011-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement des tribunaux administratifs et procédure applicable devant eux;

Vu la loi organique n°015-2000/AN du 23 mai 2000 portant composition, organisation, attributions, fonctionnement du Conseil d'Etat et procédure applicable devant lui ;

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

Avons rendu la présente ordonnance dans la cause opposant :

L'Université Norbert Zongo, de koudougou, BP 376 Koudougou, tél. 25 44 01 22, représentée par son Président ;

Demanderesse

Et

La Société « Wend-Panga SARL » dont le siège social est au secteur 17, rue 23.57, quartier Tanghin, 07 BP 5297 Ouagadougou 07, et ayant pour Maître Babou BAMA, Avocat à la Cour ;

Défenderesse

Des faits, de la procédure, des prétentions et moyens des parties

Par la requête ci-dessus visée, enregistrée au greffe à son dépôt sous le numéro 025/2017-2018 du 08 janvier 2018, l'Université de Koudougou, a fait appel de l'ordonnance n°002 du

04 janvier 2018 par laquelle la juridiction du Président du Tribunal administratif de Ouagadougou l'a condamnée à payer à la Société « Wend-Panga SARL » la somme de vingt-huit millions six cent quatre-vingt-six mille quatre cent quatre-vingt-treize francs (28 686 493) francs CFA à titre de provision, outre celle de cinq cent mille francs (500 000) francs CFA au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

Au soutien de sa requête complétée par un mémoire ampliatif produit au dossier le 17 janvier 2018, l'appelante expose que la société « Wend-Panga SARL » a été attributaire d'un marché pour la construction d'un bâtiment R+2 au profit de l'Université de Koudougou, avec un délai d'exécution de huit mois ;

Que ce délai, commencé le 12 avril 2010, devait expirer le 13 décembre 2010, mais n'a pas été respecté, l'entreprise ayant livré l'ouvrage le 09 décembre 2014, soit avec un retard de 1367 jours ;

Que des pénalités de retard, d'un montant de deux cent cinquante-cinq millions huit cent soixante quatre mille cent trente-six (255 864 136) francs CFA furent alors liquidées et mis à la charge de l'entreprise ;

Qu'au lieu de s'acquitter de cette dette dont elle a reçu notification, l'entreprise a plutôt saisi le tribunal administratif pour solliciter non seulement la condamnation du maître d'ouvrage à lui payer la somme de quatre-vingt-six millions cinquante-neuf mille quatre cent quatre-vingt (86 059 480) francs CFA au titre du décompte définitif du montant du marché, ainsi que celles de quatorze millions deux cent quatre-vingt-deux mille cent trente (14 282 130) francs CFA aux titres des travaux supplémentaires et cinquante-quatre millions quatre cent vingt-cinq mille neuf cent soixante-cinq (54 425 965) francs CFA au titre des frais de laboratoire, mais aussi la révision des prix du marché de l'ordre de trente pour cent (30%) du montant initial qui est de cent soixante cinq millions six cent quarante sept mille deux cent vingt huit (165 647 228) francs CFA, soit trois cent vingt millions (320.000.000) francs CFA pour le montant révisé ;

Qu'elle a également saisi le juge des référés pour obtenir une provision sur lesdits montants et a eu partiellement gain de cause, la juridiction du Président ayant condamné l'Université à lui payer la somme de vingt-huit millions six cent quatre-vingt-six mille quatre cent quatre-vingt-treize francs (28 686 493) francs CFA à titre de provision outre celle de cinq cent mille (500 000) francs CFA au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

Que cette décision viole l'article 53 de la loi n°011-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement des tribunaux administratifs et procédure applicable devant eux; qu'en effet, la société « Wend-Panga SARL » a invoqué des difficultés économiques qu'elle dit traverser et qui sont de nature à la mettre en péril, pour justifier qu'il y a urgence et nécessité qu'une provision lui soit accordée ;

Qu'au sens de l'article 53, ce n'est pas l'urgence qui justifie le recours au référé provision, mais plutôt l'existence d'une créance qui n'est pas sérieusement contestable ; que dans la

présente cause, la société « Wend-Panga SARL » n'a aucunement apporté la preuve de sa créance, le simple fait d'avoir exécuté un marché ne suffisant pas à créer une dette ;

Qu'elle ne peut non plus recourir ainsi qu'elle l'a fait, à la procédure de référé provision pour établir que l'Université lui est redevable du dernier décompte, cette procédure n'étant pas prévue pour établir l'existence d'une créance, mais juste pour obtenir le paiement partiel des sommes non contestables, ce qui n'est pas le cas du décompte définitif qui peut être déterminé qu'après déduction des pénalités de retard ; qu'en l'espèce, le montant de ces pénalités excédant de loin celui du dernier décompte qui est de quatre-vingt-six millions cinquante-neuf mille quatre cent quatre-vingt (86 059 480) francs CFA, c'est plutôt l'université qui est créancière et non le contraire

Que le premier juge, en estimant que l'appelante avait connaissance des suspensions des travaux ordonnées par la Direction Générale de l'Architecture, de l'Habitat et de la Construction qui était chargée des études et du suivi des travaux, a fait une appréciation erronée des faits pour la raison que l'Université avait en vertu d'un contrat, confié le suivi des travaux au cabinet « Agence Architectes et Ingénieurs », de sorte qu'elle était désengagée pour le suivi et la certification des actes pris dans le cadre de l'exécution du contrat ; qu'en outre, elle est en tant qu'autorité contractante, seule compétente à ordonner les suspensions et à en apprécier préalablement les motifs ; qu'elle n'est liée par aucun contrat à la Direction Générale de l'Architecture, de l'Habitat et de la Construction et ne peut donc pas être engagée par les ordres de suspension que celle-ci a signés ;

Qu'il en résulte qu'en octroyant une provision sur le fondement d'une supposée urgence et une créance non établie, le premier juge a violé la loi ;

Qu'en ce qui concerne les travaux supplémentaires, ils sont également contestables dans la mesure où s'ils avaient existé, ils auraient dû faire l'objet d'un avenant conformément aux dispositions de l'article 125 du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation Générale des marchés Publics ; qu'en l'absence d'un avenant, la créance qui se rapporte auxdits travaux ne peut rentrer dans le champ d'application de l'article 53 de la loi sur les tribunaux administratifs relatif au référé-provision ;

Qu'au regard de ce qui précède, elle conclut qu'il plaise au Conseil d'Etat infirmer l'ordonnance querellée en ce qu'elle l'a condamnée à payer une provision à la société « Wend-Panga SARL » et mis des frais non compris dans les dépens ainsi que les dépens à sa charge ;

Dans son mémoire en défense, la société « Wend-Panga SARL » fait valoir que comme suite à l'appel d'offre restreint n° 2007-1192/MESSRS/SG/UK/DAF du 04 Octobre 2007, elle a été attributaire du marché n°24/06/03/02/2010/00002/MESSRS/SG/UK/DAF pour la construction d'un bâtiment R+2 à l'Université de Koudougou avec un délai d'exécution de huit mois;

Que les travaux qui ont démarré le 12 avril 2010 conformément à l'ordre de service ont dû être suspendus du 19 avril 2010 au 22 décembre 2010 dans l'attente de l'intervention du Laboratoire National du Bâtiment et des Travaux Publics(LNBTP) pour le contrôle de qualité, de normalisation en vue de l'assurance décennale et qu'elle a même dû payer au LNBTP les frais dudit contrôle à hauteur de cinquante-quatre millions quatre cent vingt-cinq mille neuf cent soixante-cinq FCFA (54 425 965) francs CFA sur instruction du maître d'ouvrage qui s'est engagé à les rembourser ;

Qu'à la reprise des travaux, le marché a été de nouveau suspendu pour d'abord attendre le paiement des décomptes n°2 et n°3, ensuite pour obtenir l'approbation des avenants sur l'étanchéité et l'électricité, enfin pour le paiement des décomptes n°4 et n°5;

Qu'au total l'exécution du marché a connu une suspension de quarante-sept (47) mois, ce qui eu pour conséquence, l'aggravation de son coût financier occasionnée par la hausse vertigineuse des prix des matériaux de construction ;

Que pendant la durée des suspensions, elle a exécuté des travaux supplémentaires d'une valeur de quatorze millions deux cent quatre-vingt-deux mille cent trente francs (14 282 130) francs CFA, pour éviter de saigner les murs après les travaux de finition ;

Que c'est dans ces difficiles circonstances que le marché a été exécuté et la réception provisoire est intervenue le 09 décembre 2014 ;

Que le 04 mai 2015 elle a présenté sa facture pour paiement du décompte définitif d'un montant de quatre-vingt-six millions cinquante-neuf mille quatre cent quatre-vingt (86 059 480) francs CFA mais n'a eu aucun gain de cause, l'Université lui ayant plutôt présenté un état de liquidation des pénalités de retard correspondant à mille trois cent soixante-sept (1367) jours de retard ;

Que par correspondance en date du 1er Juillet 2015, elle a contesté le montant de ces pénalités qui ne respectait pas le plafond légal et a également sollicité leur remise pure et simple, le retard invoqué résultant des ordres de suspension des travaux délivrés par la Direction Générale de l'Architecture, de l'Habitat et de la Construction, et ne pouvant par conséquent lui être imputés ;

Que face au refus de l'université de s'acquitter de sa dette, elle a saisi l'ARCOP qui a constaté l'échec de la conciliation, ce qui l'a donc obligée à saisir la juridiction des référés en vertu de l'article 53 de la Loi n°011-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement des tribunaux administratifs et procédure applicable devant eux, laquelle lui a octroyé une provision de vingt-huit millions six cent quatre-vingt-six mille quatre cent quatre-vingt-treize francs (28 686 493) de francs CFA outre cinq cent mille francs (500 000) FCFA au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

Que c'est à tort que l'appelante se prévaut d'une prétendue pénalité de retard, ce retard étant la conséquence directe des ordres de suspension de service imposés à l'entreprise pour diverses causes par l'administration ;

Que c'est également à tort que l'Université invoque l'absence d'urgence pour demander l'infirmation de l'ordonnance n° 002 du 04 janvier 018 , car l'article 53 de la Loi n°011-2016/AN du 26 avril 2016 relatif à la provision ne conditionne pas son octroi à l'existence d'une urgence mais prévoit comme seule condition, le caractère non sérieusement contestable de l'obligation ; que c'est à bon droit que le premier juge a estimé que la créance consistant dans le décompte définitif est précise, suffisamment établie et non sérieusement contestable et a procédé à la condamnation de la débitrice au paiement du tiers du montant dû ainsi que le lui autorise la loi ;

Qu'il y a lieu de confirmer cette décision en toutes ses dispositions, de condamner l'appelante à payer à la concluante la somme de deux millions (2.000.000) de francs CFA représentant les honoraires d'avocat, et les frais de communication et de déplacement occasionnés par la présente procédure et de mettre les dépens à sa charge ;

Sur quoi,

Sur la recevabilité

Considérant qu'aux termes de l'article 56 de la loi n°011-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement des Tribunaux Administratifs et Procédure applicable devant eux, « Les ordonnances de référé rendues par le président du tribunal administratif sont susceptibles d'appel devant la juridiction du premier président de la Cour administrative d'appel dans un délai de quinze jours à compter de leur prononcé ou de leur notification » ;

Que l'ordonnance n°002/2018 a été rendue contradictoirement par la juridiction du président du tribunal administratif de Ouagadougou le 04 janvier 2018 et l'appel est intervenu le 08 janvier, soit quatre jours plus tard ; qu'il y a donc lieu de constater que le délai ci-dessus prescrit a été respecté ;

Qu'il en est de même des autres conditions de forme prescrites à l'article 51, alinéa 1^{er} de la loi n°010-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement de la Cour d'Appel Administrative et Procédure applicable devant elle, dispose que « Le président de la Cour administrative d'appel est saisie par voie de requête déposée au greffe. Celle-ci est accompagnée de l'expédition ou d'une attestation de l'ordonnance attaquée » ;

Qu'il y a donc lieu de déclarer la requête à fin d'appel recevable en la forme ;

Au fond

Considérant que l'appelante fait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir violé l'article 53 de la loi régissant les tribunaux administratifs en faisant droit à la demande de provision fondée sur les difficultés économiques et l'urgence que lui a présentée la société « Wend-Panga SARL » alors que la créance est elle-même contestable ;

Considérant cependant que l'article 53 prescrit clairement que « Le président du tribunal ou le magistrat délégué peut, sans qu'il ne soit besoin de justifier de l'urgence, accorder une provision au créancier dans tous les cas où l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Cette provision ne saurait excéder le tiers de la créance » ;

Que de cette disposition il résulte que l'unique condition préalable pour l'octroi d'une provision, est l'existence d'une obligation qui n'est pas sérieusement contestable ;

Que le premier juge a estimé que les montants dus aux titres des travaux supplémentaires exécutés, des frais de laboratoire et de la révision des prix du marché font l'objet de contestations sérieuses en ce qu'ils ne sont pas reconnus par le débiteur même dans leur principe et que faute pour la demanderesse d'avoir fait la preuve de ces créances, il ne pouvait lui octroyer une provision sur ces montants ;

Que par contre l'Université de Koudougou ne conteste pas devoir à la requérante la somme de quatre-vingt-six millions cinquante-neuf mille quatre cent quatre-vingt (86 059 480) francs CFA au titre du décompte définitif ou du solde du montant des travaux exécutés ; que cependant, pour refuser de la payer elle soutient que l'entreprise lui doit la somme de deux cent cinquante-cinq millions huit cent soixante mille cent trente-six (255 864 136) francs CFA au titre des pénalités de retard ;

Que l'entreprise conteste ces pénalités dans leur principe en soutenant que les retards sont imputables à l'administration ; que le juge des référés étant le juge de l'apparence, il ne peut se prononcer sur cette question qui fait l'objet d'une contestation sérieuse à tous points de vue et qui par conséquent ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 53 ci-dessus qui détermine le domaine du référé provision ;

Que c'est à bon droit que le premier juge n'en a pas tenu compte et s'est contenté d'examiner la demande de provision en s'appuyant uniquement sur le décompte définitif, lequel, loin d'être sérieusement contestable, est reconnu de manière constante par l'Université de Koudougou qui jusqu'à l'audience tenue le 31 janvier 2018, a déclaré n'avoir pas encore payé ledit décompte malgré la réception définitive du bâtiment objet du marché exécuté par la société « Wend-Panga SARL » ;

Que les pénalités dont se prévaut l'appelante ont été liquidées de façon unilatérale et ne s'imposent ni au juge ni à l'entreprise tant dans leur principe que dans leur montant ; que même si elles étaient fondées, elles ne peuvent être prises en compte dans l'appréciation d'une demande de provision, l'article 53 ci-dessus cité, ne donnant pas au juge des référés le pouvoir d'admettre des compensations, mais seulement celui d'octroyer une provision sur une créance non sérieusement contestable ;

Qu'il ya donc lieu de rejeter l'appel de l'Université de Koudougou comme étant mal fondé ;

Sur les frais non compris dans les dépens

Considérant que la Société Wend-Panga SARL réclame le paiement de la somme de deux millions(2.000.000) de francs CFA au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

Considérant que la requérante a été contrainte de s'attacher les services d'un conseil pour faire entendre sa cause devant la juridiction de céans; Que pour des raisons tirées de l'équité il convient de dire que sa demande en paiement de frais non compris dans les dépens est fondée ;Qu'il convient cependant de la ramener à de justes proportions en lui accordant la somme de cinq cent mille francs (500.000)FCFA;

Sur les dépens

Considérant que l'article 48, alinéa 1^{er} de la loi n°010-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement de la Cour d'Appel Administrative et Procédure applicable devant elle, prescrit que « Les dépens sont mis à la charge de la partie perdante » ;

Qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de mettre les dépens à la charge de l'appelante ;

PAR CES MOTIFS

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

Déclarons l'appel recevable en la forme ;

Au fond, le rejetons ;

Confirmons en conséquence l'ordonnance querellée en toutes ses dispositions ;

Condamnons l'Université de Koudougou au paiement de la somme de cinq cent mille francs (500 000) FCFA au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

Mettons en outre les dépens à sa charge.

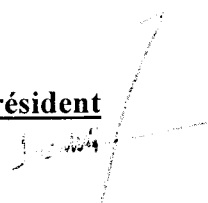
Rendue en notre cabinet à Ouagadougou,
les jour, mois et an que ci-dessus

Et ont signé

Le Greffier



Le Président



Edilbert SOMILLÉ
MAGISTRAT
Chevalier de l'Ordre National