

**COUR D'APPEL DE OUAGADOUGOU
CHAMBRE CIVILE ET COMMERCIALE
ARRET N° 115 DU 3/12/99**

AFFAIRE : O.N.A.T.E.L. Contre F.E.A.

AUDIENCE DU 03 DECEMBRE 1999

LA CHAMBRE CIVILE ET COMMERCIALE DE LA COUR D'APPEL DE OUAGADOUGOU (Burkina Faso) statuant en matière commerciale en son audience Publique ordinaire, tenue au Palais de Justice de ladite ville, le VENDREDI 3 DECEMBRE 1999 à laquelle siégeaient :

Madame OUEGRAOGO Marguerite Présidente de Chambre à la Cour d'Appel ;
PRESIDENT

Messieurs PODA Gnéblessier et COMPAORE Christophe tous deux Conseillers à la Cour ;
MEMBRES

Assistée de Maître TRAORE Karidiatou, Greffier en chef de ladite Cour ;
GREFFIER

A rendu l'arrêt dont la teneur suit dans la cause entre :

Office National des Télécommunications (ONATEL) ayant pour conseil Maître Sogotéré Serge SANOU, Avocat à la cour, 01 BP 2268 Ouagadougou 01 ;

D'UNE PART

Et : Fiduciaire Europe Afrique (F.E.A.) 01 BP 4896 Ouagadougou 01 ayant pour conseil Maître Mamadou TRAORE, Avocat à la cour, 01 BP 6225 Ouagadougou 01 ;

D'AUTRE PART

LA COUR

FAITS ET PROCEDURE

Par acte d'huissier du 11 février 1999, l'Office National des Postes et Télécommunications (ONATEL) élisant domicile en l'étude de Maître Sanou Sogotéré Serge, Avocat à la cour déclarant au cabinet d'expertise et d'audit comptable et fiscal en abrégé (FEA), et à Madame le greffier en chef du tribunal de Grande Instance de Ouagadougou qu'il s'oppose à l'ordonnance d'injonction de payer la somme de 104.020.995 rendue le 26/01/99 par le président du tribunal et donnait assignation à FEA à comparaître le mercredi 3/03/99 pour s'entendre :

in liminé litis

Voir le tribunal se déclarer incompétent et ordonner la rétraction de l'ordonnance d'injonction de payer n° 043/99 du 26/01/99 s'entendre le tribunal déclarer irrecevable l'action de FEA pour défaut de qualité ;

Par extraordinaire au fond ;

En principal voir annuler purement et simplement l'ordonnance d'injonction de payer.

Subsidiairement réduire la note d'honoraire à la somme de 18.684.987 FCFA.

Condamner FEA aux entiers dépens ;

Le tribunal de Grande Instance par jugement n° 398 du 12 mai 1999 a rendu dans la cause la décision dont le dispositif est ainsi libellé :

« Statuant publiquement, contradictoirement en matière commerciale et en premier ressort ;

- Vu l'échec de la tentative de conciliation prescrite par l'article 12 de l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement se déclare compétent :

En la forme

Reçoit l'action du Cabinet Fiduciaire Europe Afrique (FEA) ;

Déclare l'opposition régulière parce qu'ayant été faite dans les formes et délais prescrits par loi.

Au fond

Condamne l'ONATEL à payer à Fiduciaire Europe Afrique (FEA) la somme principale de quatre vingt neuf millions cinq cent vingt et un mille deux cent vingt cinq (89.521.225 F CFA).

Déboute le cabinet Fiduciaire Europe Afrique du surplus de sa demande ;

Condamne l'ONATEL aux dépens »

Contre cette décision l'ONATEL relevait appel le 20 mai 1999 ;

FEA relevait appel incident par voie de conclusions ;

L'affaire inscrite au rôle d'audience du 4 juin 1999, sera renvoyée au rôle général pour mise en état.

La mise en état a pris fin par l'ordonnance de clôture du conseiller de la mise en état en date du 19 août 1999.

Le dossier réinscrit au rôle d'audience du 17 septembre 1999 fut mis en délibéré pour le 4 novembre 1999. le délibéré sera successivement prorogé au 19 novembre et puis au 3 décembre 1999.

Advenue cette date, la cour vidant son délibéré a rendu la décision dont la teneur suit :

EN LA FORME

Attendu que l'appel principal de l'ONATEL, et l'appel incident de FEA introduit en application des articles 530 et 554 du code de procédure civile respectent les délais et formes prescrits.

Qu'il échet de les déclarer recevables.

AU FOND

ARGUMENTS ET PRETENTIONS DES PARTIES

Attendu que l'ONATEL conclut in limine litis à l'incompétence des tribunaux de l'ordre judiciaire.

Qu'il soutient que la convention n° 255/97/DG-ONATEL/DILA/DAFCO du 10 novembre 1997 portant réglementation générale des marchés publics.

Que c'est à tort que le 1er juge a affirmé que les critères définis par la loi ne sont pas réunis pour conférer à la convention le caractère de marché public.

Attendu que l'ONATEL soutient que même si les conditions prévues par la loi n'étaient réunies pour permettre de qualifier la convention entre les parties de marché public, les critères jurisprudentiels permettent de lui infirmer son caractère administratif.

Qu'en effet, la jurisprudence reconnaît un contrat administratif si ledit contrat est conclu par une personne publique et qu'il contient des clauses exorbitantes de droit commun.

Que l'article 4 alinéa 1 de la convention et une clause exorbitante de droit commun en ce qu'elle dispose que le marché peut faire l'objet de résiliation dans les conditions prévues aux articles 93 à 97 du décret 96-059/PRESS du 7 mars 1996.

Qu'il échet par conséquent d'annuler le jugement et statuant par évocation dire les juridictions judiciaires incompétentes.

Attendu que l'ONATEL conclut subsidiairement sur le fond à la révision en baisse de la note d'honoraires qui s'élève à 18.684.967 F CFA et au débouté du cabiner FEA de ses moyens et conclusions comme étant mal fondés.

Attendu que le cabinet FEA en réplique allègue que l'exception d'incompétence ne peut prospérer parce que le marché public obéit à des règles et procédures bien définies par le décret sus-mentionné.

Que l'administration rédige un cahier de charge, lance un appel d'offre ou une consultation restreinte ou encore procède de gré à gré dans des conditions très strictes.

Que dans le cas d'espèce, c'est le cabinet FEA qui a démarché l'ONATEL pour lui proposer ses services pour un audit de TVA.

Qu'il s'agit d'un contrat de droit privé dans lequel c'est l'offreur qui fait une offre de service bien déterminée dans son domaine de compétence avec son prix déterminable dans des conditions normales de droit commun.

Qu'il conclut à la confirmation du jugement sur la compétence.

Attendu que le cabinet FEA demande l'infirmité du jugement en ce qu'il n'a pas condamné l'ONATEL à payer la somme de 104.020.995 F au titre de ses frais d'honoraires et 15.000.000 F pour dommages et intérêts.

Qu'il soutient que sa note d'honoraire est calculée en application de l'article 51 de la convention qui dispose que « le montant des honoraires est fixé à 8% du montant total des redressements admis et autorisés par la direction générale des impôts ».

Attendu que FEA expliquait qu'il a réalisé l'étude sans avance ce qui est contraire au marché public et cela pendant six mois d'affilé : que l'ONATEL n'a pas remis en cause la qualité du travail. Que la Direction Générale des Impôts a accédé à sa requête principale et à la requête complémentaire.

Que le total des redressements admis et autorisés par la Direction Générale des Impôts est de 1.300.215.000 F CFA ; que les 8% doivent être appliqués sur ce montant.

Attendu que le cabinet FEA soutient que la résistance abusive de l'ONATEL qui refuse de s'exécuter et multiplie les procédures à des fins dilatoires lui cause un préjudice qu'il évalue à 15.000.000 francs.

MOTIVATIONS

DE LA COMPETENCE

Attendu que l'article 2 du décret suscitité définit les marchés publics comme de contrats écrits passés entre l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, les sociétés d'Etats et les sociétés d'économies mixtes à participation publique majoritaire ainsi que par les personnes physiques ou morales de droit privé agissant pour le compte d'une collectivité publique d'une part, et une personne de

droit privé ou de droit public d'autre part, qui s'engage à exécuter des travaux ou faire des biens ou des services contre rémunération.

Que l'article 3 mentionne que tout marché public est obligatoirement passé selon les procédures décrites par le présent décret et énumère les différents modes de passation des marchés publics dont les cahiers de charge sont les éléments constitutifs.

Attendu que l'ONATEL ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ; que n'ayant respecté la procédure de mise en concurrence prévue aux articles 42 et 43 du décret s'agissant des marchés d'études, elle a entendu se comporter vis à vis de son cocontractant comme un simple particulier et confère de ce fait au contrat un caractère privé.

que l'article 4 de la l'ONATEL pour soutenir qu'elle est une clause exorbitante de droit commun n'est pas déterminante et suffisante pour faire de la convention un marché public.

Qu'il s'ensuit que les juridictions judiciaires sont compétentes.

DES RECLAMATIONS DU CABINET FEA

Attendu que l'ONATEL avance que les éléments pris en compte pour le calcul des honoraires du cabinet FEA ne sont pas fondés.

Que la lettre adressée par la Direction Générale des Impôts démontre que le montant total des redressements admis et autorisés est de 848.458.439 F et non 1.119.015.916 F comme le laisse croire le cabinet FEA.

Que la somme de 441.809.004 F CFA représentant la TVA admise en compensation sur les bénéfiques industriels et commerciaux et les 78.853.457 F ne sont pas issus des travaux du cabinet FEA. Que ce faisant, le montant des redressements TVA opérés par le FISC à l'encontre de l'ONATEL est de 624.891.345 F CFA.

Que le crédit en avoir fiscal dégagé par les tribunaux du cabinet FEA est de 858.458.439 – 624.891.344 F = 233.562.094 FCFA.

Que par conséquent c'est sur la somme de 233.562.094 FCFA que doit s'appliquer les 8% pour déterminer les honoraires qui sont de 18.684.967 F.

Attendu que l'ONATEL produit à l'appui de ses allégations un rapport d'un tiers au contrat qui doit être purement et simplement écarté.

Attendu qu'au terme de la convention signée le 10 novembre 1997 entre les parties, l'ONATEL chargeait le cabinet FEA d'effectuer un audit fiscal de TVA sur la base des documents comptables existants à l'ONATEL et tenant compte des dispositions en vigueur au Burkina Faso.

Attendu qu'après le dépôt de son rapport qui fut transmis au Directeur Général des Impôts, celui-ci par lettre en date du 29 juillet 1998 réservait l'acceptation de la demande de bénéfice du droit à récupération du montant de 762.633.177 F CFA représentant l'avoir fiscal déterminé par FEA à l'examen préalable de la situation fiscale et accepta la requête complémentaire de 703.119.141 F CFA concernant la TVA à restituer pour double paiement.

Attendu que le 10 septembre 1998, le cabinet FEA toutes diligences déterminées adressait à l'ONATEL une lettre synthèse de ses travaux et quantifiait provisoirement le montant des redressements à 1.119.015.916 F CFA.

Attendu que le 17 novembre 1998, le Directeur Général des Impôts répondant à la requête de l'ONATEL marquant son accord pour un montant des redressements admis et autorisés de 1.300.215.000 F CFA.

Attendu que le 1^{er} juge s'est fondé à tort sur l'estimation provisoire du cabinet FEA pour fixer les honoraires à 89.521.225 F CFA.

Attendu que la loi de parties donne comme base de calcul des honoraires le montant total admis et autorisé par la Direction Générale des Impôts.

Attendu qu'en vertu de l'article 1134 du code civil « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait ».

Qu'il n'est pas permis aux juges lorsque les termes de ces conventions sont claires et précises de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elles renferment.

Qu'il échet de reformer le jugement querellé et condamner l'ONATEL à payer la somme de 104.020.995 F CFA outre les intérêts de droit à compter du jour de la demande.

Attendu que la demande de dommage et intérêt n'est pas fondée qu'il convient de confirmer le jugement sur ce point.

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, contradictoirement en matière civile et commerciale et en dernier ressort.

EN LA FORME

Déclare les appels recevables.

AU FOND

Reforme le jugement querellé.
Condamne l'ONATEL à payer à Fiduciaire Europe Afrique (FEA) la somme de 104.020.995 FCFA
outre les intérêts de droit à compter du jour de la demande.
Confirme les autres dispositions du jugement.
Condamne l'ONATEL aux dépens ;
Ainsi fait jugé et prononcé publiquement les jours, mois et an susdits.
Et ont signé le Président et le Greffier