



2

AVIS N° 2022-077/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRAJ/SRR/SA DU 18 OCTOBRE 2022

PORTANT DETERMINATION DES TEXTES APPLICABLES ET MODALITES DE MISE
EN ŒUVRE DES PENALITES DE RETARD DANS LE CADRE DE L'EXECUTION DES
MARCHES PASSES PAR LE BUREAU DE LA COOPERATION ALLEMANDE (GIZ) AU
BENIN

LE PRESIDENT DU CONSEIL DE REGULATION,

- Vu la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin ;
- Vu le décret n° 2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu le décret n°2020-596 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Personne responsable des marchés publics et de la Commission d'ouverture et d'évaluation ;
- Vu le décret n°2020-597 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement des Cellules de contrôle des marchés publics en République du Bénin ;
- Vu le décret n°2020-598 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction nationale de contrôle des marchés publics ;
- Vu le décret n° 2021-230 du 12 mai 2021 portant nomination du Président de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu le décret n° 2021-228 du 12 mai 2021 portant nomination des membres du Conseil de Régulation de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu le décret n°2022-144 du 23 février 2022 portant nomination du Secrétaire permanent de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu la lettre n°124/2022/BGIZ/DIR/MS/NT du 23 septembre 2022 portant application pénalité de retard dans la passation des marchés publics ;
- Vu la lettre n°813/2022/GIZ/BUR/LAC/DSE du 10 octobre 2022 portant complément de documents pour pénalité de retard de livraison ;

Ensemble les pièces du dossier,

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Considérant que par lettre n°124/2022/BGIZ/DIR/MS/NT du 23 septembre 2022, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) le 27 septembre 2022 sous le numéro 1670-22, la Directrice Résidente et la Directrice de l'Administration et des Finances du Bureau de la Coopération Allemande (GIZ) au Bénin, ont conjointement saisi l'ARMP d'une demande d'avis sur l'application des pénalités de retard dans la passation des marchés publics ;

Que par lettre n°813/2022/GIZ/BUR/LAC/DSE du 10 octobre 2022, enregistrée au Secrétariat administratif de l'ARMP, le même jour sous le numéro 1737-22, le Chef Département Logistique, Achats et Contrats ainsi que la Directrice de l'Administration et des Finances de la GIZ ont conjointement transmis à l'organe de régulation, les documents complémentaires sollicités ;

Que dans leur requête, la Directrice Résidente et la Directrice de l'Administration et des Finances du Bureau de la Coopération Allemande (GIZ) au Bénin exposent en substance que :

- « le Bureau de la Coopération Allemande (GIZ) au Bénin, dans le cadre de la sollicitation des fournisseurs et des prestataires de services, met en œuvre les procédures de passation propres à son bailleur BMZ ; procédures qui découlent des règles de passation des marchés de l'Allemagne et de l'Union Européenne ;
- selon ces procédures, la pénalité de retard s'applique à partir du 15^{ème} jour de retard et court de 1% par jour jusqu'à 10% du marché.
- Mais certains prestataires travaillant aussi bien pour la GIZ que pour l'Administration publique, affirment que ce taux est de 1/2000^{ème} et n'excède pas 5% du marché global, y compris les éventuels avenants, au niveau de l'administration publique.
- Or, il ressort des articles 113 et 114 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin qu'il est possible d'appliquer des pénalités de retard jusqu'à hauteur de 10% du montant du marché » ;

Qu'au regard de ces éléments et pour éviter d'aller à l'encontre de la loi locale, elles sollicitent l'expertise de l'organe de régulation quant à l'application de cette pénalité de retard.

➤ **DE LA COMPETENCE DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS (ARMP) EN MATIERE D'INTERPRETATION DES TEXTES DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

Considérant les dispositions de l'article 2 alinéa 2, les points 1 et 12 du décret n°2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics selon lesquelles l'ARMP est chargée de : « *veiller à la saine application de la réglementation et des procédures relatives à la commande publique et s'assurer de l'application effective de la réglementation par l'ensemble des acteurs du système de la commande publique* » ;

Qu'il résulte des dispositions ci-dessus que l'ARMP est compétente pour interpréter les textes régissant la commande publique.

➤ **DU TEXTE APPLICABLE AUX COMMANDES LOCALES DU BUREAU DE LA COOPERATION ALLEMANDE GIZ AU BENIN**

Considérant les dispositions de l'article 4 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles : « *Les marchés passés en application d'accords de financement ou de traités internationaux sont soumis aux dispositions de la présente loi, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux règles spécifiques convenues pour la mise en œuvre desdites conventions* » ;

Considérant que l'Accord de coopération technique entre le Gouvernement de la République du Bénin et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne du 29 juin 1978 ne dispose pas sur les règles applicables en matière de marchés publics : 

Considérant la "directive" de la GIZ intitulée « Conditions générales relatives à la fourniture de services et d'ouvrages (Conditions générales) pour la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, version d'août 2014 » qui disposent au point 1.1 dernier alinéa que : « Le droit applicable au contrat est le droit allemand » ;

Que pour la représentation au Bénin, ce droit a été traduit dans les « Conditions générales applicables aux commandes locales du Bureau de la GIZ à Cotonou et aux Programmes/projets de la coopération technique allemande au Bénin » ;

Qu'il résulte de la lecture croisée des dispositions ci-dessus que le texte applicable aux procédures de passation des marchés de la GIZ au Bénin est le document portant « **Conditions générales applicables aux commandes locales du Bureau de la GIZ à Cotonou et aux Programmes/projets de la coopération technique allemande au Bénin** » ci-dessus cité et la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin en ses dispositions non contraires audit document.

➤ DE L'OBJET DE LA DEMANDE

Au regard des faits et de l'examen des pièces versées au dossier, l'objet de la demande des responsables de la GIZ est la clarification des modalités d'application des pénalités de retard pour les marchés passés par le Bureau de la Coopération Allemande au Bénin.

➤ DE L'ANALYSE DES ELEMENTS DU DOSSIER DE LA DEMANDE DE CLARIFICATION

Considérant les dispositions du point 7 des « **Conditions générales applicables aux commandes locales du Bureau de la GIZ à Cotonou et aux Programmes/projets de la coopération technique allemande au Bénin** » selon lesquelles : « *En cas de retard dans la livraison de marchandises, que ce soit en tout ou en partie, de plus de 14 jours, l'acheteur pourra refuser de réceptionner la livraison en tout ou en partie, et résilier le contrat. Sans préjudice de ses droits susmentionnés, l'acheteur aura faculté d'exiger une indemnité forfaitaire d'un montant de 1% de la valeur des marchandises en retard pour chaque semaine commencée, cette indemnité ne pouvant toutefois excéder 10%. Cette faculté subsistera même à défaut de toute stipulation faite à cet effet à la date de remise de livraison. Ceci n'affectera pas les indemnités supérieures à celles stipulées à la présente clause et auxquelles l'acheteur pourrait prétendre en raison de retards de livraison* » ;

Qu'il ressort des dispositions ci-dessus rappelées que :

- les pénalités de retard dans le cadre de l'exécution des contrats de la GIZ sont de 1% du montant du marché pour chaque semaine commencée, à compter du 15^{ème} jour de retard ;
- lesdites pénalités ne peuvent excéder 10% du montant du marché ;
- même au cas où ces pénalités n'auraient pas été spécifiées à la remise du contrat, l'acheteur a toujours la faculté de les exiger en cas de retard.

Considérant que la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin en son article 114 dispose que « *Indépendamment des pénalités pour dépassement du délai contractuel, le marché peut prévoir des pénalités particulières pour inobservance de toutes dispositions autres que techniques. En tout état de cause, le montant cumulé des pénalités ne saurait excéder dix pour cent (10%) du montant toutes taxes comprises (TTC) du marché de base avec ses avenants. Le cas échéant, le marché est résilié de plein droit* » ;

Que conformément aux stipulations contractuelles prévues dans le dossier type d'appel d'offres des marchés de fournitures en vigueur en République du Bénin : « *En cas de retard dans la livraison des fournitures ou dans la prestation des services, le titulaire sera passible, après mise en demeure préalable de huit (08) jours calendaires, d'une pénalité par jour de retard fixé à [préciser entre 1/5000 IÈME et 1/2000 IÈME (ou toutes autres modalités de pénalités retenues par la réglementation des marchés publics)] du montant du marché. Le cumul des pénalités de retard ne peut excéder [Préciser le pourcentage qui ne saurait excéder 10% du montant du marché y compris les avenants]* » ;

Qu'ainsi, qu'il s'agisse des règles de la GIZ-Bureau de Cotonou ou de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020, le taux maximum applicable aux pénalités de retard ne peut excéder 10%, avec la réserve que ces 10% peuvent intégrer aussi d'autres pénalités particulières suivant la loi nationale ;

Qu'il convient cependant de souligner que les modalités d'application de ces pénalités n'étant pas les mêmes, ce sont les modalités prévues par les règles de la GIZ-Bureau de Cotonou qui seront compétentes pour s'appliquer, en application des dispositions de l'article 4 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 susvisée ;

Considérant que dans le cas d'espèce, le bon de commande n°91158679 du 21 février 2022, adressé au prestataire « SOGESCOM TECHNOLOGIE », porte entre autres renseignements :

« *Autres conditions :*

Ce marché est régi par les Conditions générales Applicables aux Commandes Locales jointes. En acceptant le bon de commande, le prestataire déclare accepter lesdites conditions générales.

(...)

En cas de retard dans la livraison, une pénalité de 1% par semaine sur le montant de la commande sera appliquée à compter de la date d'expiration du délai de livraison, jusqu'à concurrence d'un montant de 10% » ;

Qu'il ressort de ces renseignements que :

- le texte applicable audit contrat est celui spécifique au Bureau de la GIZ au Bénin, en l'occurrence celles portées par le Document portant : « **Conditions générales applicables aux commandes locales du Bureau de la GIZ à Cotonou et aux Programmes/projets de la coopération technique allemande au Bénin** » ;
- ce texte est opposable au prestataire qui accepte le bon de commande (contrat) ;
- une copie dudit texte est jointe au bon de commande ;
- le mécanisme d'application des pénalités de retard en cas de non-respect du délai contractuel est clairement indiqué dans le bon de commande qui constitue ici le contrat (ou loi) entre la GIZ et le prestataire « SOGESCOM TECHNOLOGIE » ;

Considérant que le prestataire « SOGESCOM TECHNOLOGIE » a accepté ce bon de commande ;

Que ce faisant, il a accepté les conditions générales applicables audit bon de commande ;

Qu'en conséquence, les modalités de mise en œuvre des pénalités de retard prévues par ces conditions générales lui sont entièrement opposables ;

Qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de recommander au Bureau de la Coopération Allemande GIZ au Bénin de mettre en œuvre les dispositions contenues dans le Document portant : « **Conditions générales**

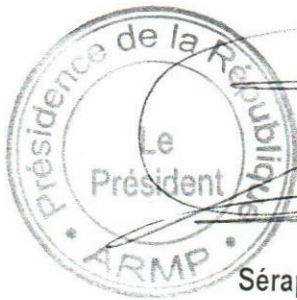
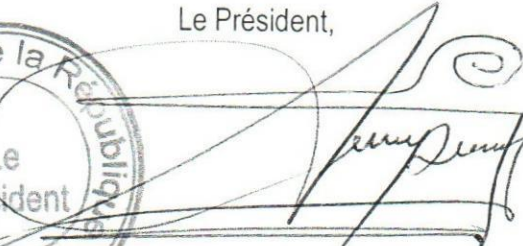
applicables aux commandes locales du Bureau de la GIZ à Cotonou et aux Programmes/projets de la coopération technique allemande au Bénin » relatives aux pénalités de retard telles que prévues par lesdites conditions générales ;

EN CONSEQUENCE, EMET L'AVIS CI-APRES :

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) :

- 1) confirme que les textes applicables aux procédures de passation des marchés du Bureau de la Coopération Allemande GIZ au Bénin sont les dispositions contenues dans le Document portant : **« Conditions générales applicables aux commandes locales du Bureau de la GIZ à Cotonou et aux Programmes/projets de la coopération technique allemande au Bénin »** et la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin en ses dispositions non contraires auxdites conditions ;
- 2) recommande au Bureau de la Coopération Allemande GIZ au Bénin de mettre en œuvre les clauses relatives aux pénalités de retard suivant les modalités prévues par lesdites conditions générales. ✓

Le Président,



Séraphin AGBAHOUNGBATA