



**Avis n° 102 du 29 décembre 2023  
relatif à la régularité d'une décision de résiliation d'un marché**

**La Commission nationale de la commande publique,**

Vu les lettres de la société ..... du 20/02/2023 et du 07/09/2023 ;

Vu les lettres de réponse de la Commune de ..... du 04/05/2023 et du 12/10/2023 ;

Vu le décret n° 2-14-867 du 7 hijra 1436 (21 septembre 2015) relatif à la Commission nationale de la commande publique ;

Vu le Décret n°2-14-394 du 6 chaabane 1437 (13 mai 2016) approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux (CCAG-T) ;

Vu la circulaire du Chef du Gouvernement n° 09/2022 du 18 avril 2022 et la circulaire du Ministre de l'Intérieur n° 7569 du 5 mai 2022 relative aux mesures exceptionnelles pour atténuer l'impact de la hausse des prix et de la rareté des matières premières sur les engagements contractuels afférents aux marchés publics ;

Après avoir étudié le rapport présenté par le rapporteur général de la Commission nationale de la commande publique ;

Après délibération, à huis clos, de l'organe délibératif de la Commission nationale de la commande publique, en dates du 07/07/2023 et du 29/12/2023,

**I - Exposé des faits :**

Par lettre du 20 février 2023 sus visée, la société ..... a sollicité l'avis de la commission nationale de la commande publique au sujet **(i)** de son droit ou non de bénéficier de la résiliation du marché n° 04/2020 relatif aux travaux d'achèvement de la salle ..... de ..... sans confiscation du cautionnement définitif, et ce, en application de la circulaire du Chef du Gouvernement n° 09/2022 du 18 avril 2022 et de la circulaire du Ministre de l'Intérieur n° 7569 du 5 mai 2022 relative aux mesures exceptionnelles pour atténuer l'impact de la hausse des prix et de la rareté des matières premières sur les engagements contractuels afférents aux marchés publics, **(ii)** du déblocage du paiement du décompte n°2 et dernier, **(iii)** du paiement des travaux supplémentaires et **(iv)** de la restitution de la caution définitive.

En réponse à la saisine de la Commission nationale de la commande publique (lettres de réponse du 4 mai 2023 et du 12 octobre 2023 ), le Président de la Commune de ....., Maître d'Ouvrage du marché en question, a fait savoir, entre autres, que la

Société ..... a bénéficié, suite à sa demande, en raison de la non disponibilité du matériel et d'équipements sportifs dû au covid 19, d'un ordre d'arrêt, notifié par ordre de service le 3 décembre 2020, suivi d'un ordre de reprise des travaux le 6 juillet 2021, tout en précisant que l'adresse de l'Entreprise était invalide (ordre de service retourné à la Commune).

Il précise, en outre, que suite aux manquements constatés à ses obligations (défaut de toute communication avec l'Entreprise à cause de son absence de son domicile, arrêt des travaux et non-exécution des travaux de pose et de dépose du vitrage (prix C2) ainsi que ceux afférents au branchement extérieur (prix D1)), l'Entreprise a été mise en demeure le 24 mars 2022 et dont la lettre lui a été transmise par huissier de justice qui a fait savoir dans son Procès-Verbal, en se basant sur les propos d'une voisine, que cette mise en demeure n'a pas été communiquée au gérant de la société du fait qu'il ne réside plus dans l'adresse indiquée dans ladite lettre.

Le Président de la Commune avance également que suite à la défaillance de l'Entreprise, le Maître d'Ouvrage s'est trouvé dans l'obligation de résilier le marché en question le 22 novembre 2022 avec confiscation du cautionnement définitif et application d'une pénalité de retard de 60.120 DH sur le décompte n° 2 suite à un retard d'exécution de 228 jours.

Par ailleurs la Société ....., suite à la saisine de la Commission nationale de la commande publique par lettre du 27 juillet 2023 dans le but d'avoir plus d'informations au sujet des circonstances liées à l'exécution de ce marché (les motifs du retard et la non-exécution des travaux objets des prix C2 et D1, l'exécution des travaux supplémentaires,...), a fait savoir dans sa lettre de réponse du 7 septembre 2023, ce qui suit :

- le prix C2 afférent à la pose du vitrage n'a pas été exécuté du fait que le prix proposé (12.000 DH) concernait uniquement les vitres cassées et non pas la totalité du vitrage de la salle ..... ;
- l'exécution des travaux objet du prix D1 relatif au branchement extérieur (20.000 DH), nécessite au préalable la préparation par le Maître d'Ouvrage d'un contrat avec la Redal et la transmission à l'Entreprise des documents techniques nécessaires à la réalisation desdits travaux de branchement. L'Entreprise n'a pas manqué de signaler cette observation lors des réunions du chantier tenues, respectivement les 13 octobre, 17 novembre et le 1<sup>er</sup> décembre 2020 ;
- les travaux hors bordereau ont été exécutés suite à une demande verbale du Maître d'Ouvrage. Il s'agit, notamment, du dépôt du tableau d'affichage, de la pose de la quincaillerie de la deuxième porte, de la pose des projecteurs, de la pose des interrupteurs étanches et de la reprise de l'enduit dans la façade arrière) ;
- la décision de résiliation se base sur des considérations fausses par rapport au changement du domicile de l'Entrepreneur qui n'a jamais eu lieu puisque

l'Entreprise ..... a réceptionné d'autres courriers qui lui ont été transmis par la commune aux mois d'Août et novembre 2022.

## **II – Déductions :**

### **1) Concernant le droit de l'Entrepreneur de bénéficier d'une résiliation dans le cadre de la circulaire du Chef du Gouvernement n° 09/2022 du 18 avril 2022 et de la circulaire du Ministre de l'Intérieur n° 7569 du 5 mai 2022, sans confiscation de la caution définitive :**

Considérant que l'Entreprise requérante se base sur la demande faite auprès du Maître d'Ouvrage en date **du 21 avril 2023**, pour justifier son droit à la résiliation du marché sans confiscation du cautionnement définitif, et ce, dans le cadre des deux circulaires du Chef du Gouvernement et du Ministre de l'Intérieur susmentionnées ;

Considérant qu'abstraction faite de l'obligation du Maître d'ouvrage d'étudier la demande de l'Entreprise conformément à la procédure prévue par la Circulaire du Ministre de l'Intérieur susmentionnée et de prendre, par conséquent, une position quant à son acceptation ou à son refus, le dossier présenté par l'Entreprise concernée comprend une autre demande, adressée au Maître d'Ouvrage en date du **26 avril 2022** dans le cadre de la même Circulaire, soit 5 jours seulement après avoir demandé la résiliation, sollicitant une prolongation du délai d'exécution de 5 mois ;

Considérant que la formulation par l'entrepreneur d'une demande de prolongation du délai d'exécution du marché immédiatement après le dépôt de la demande de résiliation est considérée comme étant une expression de sa part de sa volonté de poursuivre l'exécution de ce marché, ce qui signifie avec évidence sa renonciation à la demande de résiliation ;

Considérant que cette demande de prolongation dispense la Commune d'étudier la demande de résiliation qui lui est soumise par l'Entreprise et la rend ainsi sans objet.

Considérant de ce qui précède que la requête de l'Entrepreneur sollicitant l'avis de la Commission nationale de la commande publique sur son droit de bénéficier de la résiliation du marché en question sans confiscation du cautionnement définitif au sens de la circulaire du Chef du Gouvernement susvisée, devient sans objet.

### **2) Concernant la régularité de la décision de résiliation du marché par le Maître d'Ouvrage avec confiscation du cautionnement définitif dans le cadre de l'article 79 du CCAG-T :**

Considérant la décision de résiliation prise par le maître d'ouvrage comme mesure coercitive à l'encontre du titulaire du marché, il apparaît clairement que le Maître d'Ouvrage a justifié cette mesure par les erreurs imputées à l'entrepreneur, en

l'occurrence, son refus de reprendre les travaux, son retard dans l'achèvement du marché et son changement d'adresse sans en informer le Maître d'Ouvrage entraînant ainsi une rupture de toute communication entre les deux parties ;

Considérant que l'examen de la régularité de la décision de résiliation suppose, d'une part, la confirmation des erreurs imputées à l'Entreprise et le respect par le Maître d'Ouvrage de la procédure de résiliation et des formalités requises, d'autre part :

**a) Concernant l'erreur liée à la non-reprise des travaux arrêtés par ordre de service :**

Considérant qu'il ressort de l'examen des documents, que le Maître d'Ouvrage a ordonné l'arrêt des travaux, à partir du 3 décembre 2020, en réponse à une demande de l'Entreprise en raison de non disponibilité du matériel et d'équipements sportifs dû au covid 19 ;

Considérant que l'émission d'un ordre de service d'arrêt des travaux, nécessite obligatoirement l'émission d'un autre ordre de service de leur reprise lorsque le motif ayant conduit audit arrêt disparaît ;

Considérant que le Maître d'Ouvrage, dans sa réponse à la lettre de la Commission nationale de la commande publique, a insisté sur le fait qu'il avait effectivement émis un ordre de service de reprise des travaux à compter du 6 juillet 2021, soit environ sept mois après la notification de l'ordre de service d'arrêt, et qu'il a fait les diligences nécessaires pour communiquer cet ordre de service à l'entrepreneur à l'adresse indiquée dans le marché, par courrier recommandé, mais qu'il n'y était pas parvenue, du fait du changement d'adresse de ladite société ;

Considérant que l'Entreprise requérante a insisté, à son tour, sur le fait qu'elle n'a pas changé d'adresse tout en le justifiant par sa réception à la même adresse d'autres correspondances émanant du Maître d'Ouvrage ;

Considérant qu'abstraction faite du changement ou non d'adresse de l'Entreprise, l'examen de l'enveloppe adressée à l'Entreprise et contenant l'ordre de reprise des travaux, permet de constater qu'elle ne comporte aucune note de la part des services de la poste précisant que l'adresse est erronée ou que l'Entreprise a refusé d'en accuser réception ;

Considérant par conséquent, qu'il n'est pas possible, sur la base des données enregistrées sur l'enveloppe postale, de conclure que l'Entreprise a effectivement changé d'adresse ;

Considérant, par ailleurs, que l'allégation du Maître d'Ouvrage selon laquelle l'Entrepreneur se serait abstenu de reprendre les travaux, nécessite au préalable de prouver que ledit Entrepreneur a été bel et bien été notifié de l'ordre de reprise en question ;

Considérant qu'afin que les ordres de service notifiés à l'Entreprise puissent engendrer leurs effets juridiques, il est indispensable de prouver qu'ils ont été réellement

communiqués à cette Entreprise ou encore de prouver son refus de les recevoir. En d'autres termes, il ne suffit pas de se contenter d'adresser des ordres de service par courrier recommandé pour en produire les effets nécessaires surtout que le délai prévu dans ces ordonnances ne s'applique qu'à partir de la date de la notification de l'Entreprise. De plus, la jurisprudence marocaine a établi que le retour du courrier recommandé avec la mention « Non requis » n'est pas considéré comme étant une notification ;

Considérant que le Maître d'Ouvrage, étant certain que l'Entreprise n'a pas été notifiée de l'ordre de service de reprise des travaux dans la mesure où il reconnaît explicitement le retour de la correspondance qui a été adressée à cette Entreprise, ce Maître d'Ouvrage devait recourir à d'autres modes de notification disponibles, notamment la notification de l'ordre de service de reprise par l'intermédiaire d'un huissier de justice ;

**b) Concernant le retard dans l'exécution des travaux imputé au titulaire du marché et sanctionné par l'application de pénalités de retard à son encontre :**

Considérant que le Maître d'Ouvrage maintient sa position quant au fait que l'Entreprise requérante a pris beaucoup de retard dans l'exécution des travaux, ce qui a conduit à l'application à son encontre des pénalités de retard équivalente au montant maximum autorisé soit, 8% du montant du marché ;

Considérant que tant qu'il a été prouvé que l'Entrepreneur n'a pas été notifié de l'ordre de service de reprise des travaux, l'ordre de service d'arrêt est toujours en cours et produit tous ses effets. De ce fait, il est invraisemblable de reprocher à l'Entrepreneur, qui est toujours en position d'arrêt, son abstention de la reprise des travaux ou encore de le rendre responsable du retard survenu dans l'exécution du marché du moins après la notification de l'ordre de service d'arrêt des travaux et non pas suite à sa négligence ou à sa volonté unilatérale d'arrêter les travaux ;

Considérant de ce qui précède, que l'application des pénalités de retard à l'encontre de l'Entrepreneur est inappropriée pour la période postérieure à l'émission de l'ordre de service d'arrêt des travaux.

**c) Concernant le respect de la décision de résiliation du marché des procédures et formalités requises :**

Considérant que l'article 79 du CCAG-T impose au Maître d'Ouvrage, lorsqu'il souhaite résilier le marché en raison d'un manquement de la part du titulaire du marché, de transmettre à ce dernier, dans un premier temps, une lettre de mise en demeure notifiée par un ordre de service en lui expliquant exactement les manquements relevés et le délai dans lequel il doit y remédier et que si le titulaire du marché n'a pas exécuté les dispositions prescrites dans la mise en demeure dans le délai imparti, le maître d'ouvrage

peut prendre une décision de résiliation du marché, avec ou sans confiscation du cautionnement définitif ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et de ce qui a été indiqué dans la réponse du Maître d'Ouvrage que ce dernier a effectivement transmis une lettre de mise en demeure à l'Entrepreneur par l'intermédiaire d'un huissier de justice lequel a fait savoir dans son procès-verbal que cette mise en demeure n'a pas été notifiée au destinataire au motif que celui-ci, d'après ce qui a été rapporté par une voisine habitant à l'étage supérieur, ne réside plus à cette adresse ;

Considérant que l'examen du procès-verbal établi par l'huissier de justice, fait ressortir clairement qu'il ne peut être considéré comme étant un moyen tangible pour confirmer ou infirmer la notification de la lettre de mise en demeure à l'Entrepreneur étant donné que le témoignage de la dame sur lequel s'appuie l'huissier de justice n'est pas établi sur des bases solides. En effet, le procès-verbal n'a rien indiqué sur l'identité de cette dame et n'a mentionné ni son prénom ni son nom de famille. De plus, il n'a pas invoqué dans son procès-verbal lui avoir demandé de lui fournir son identité ni précisé si elle habitait dans le même immeuble ;

Considérant, en outre, que l'Entreprise a signalé qu'elle avait reçu à la même adresse, après la date de cette notification, d'autres correspondances émanant du Maître d'Ouvrage, ce qui permet de conclure que le processus de notification n'a pas été effectué conformément aux formalités requises et que de plus, l'allégation selon laquelle l'Entreprise aurait changé d'adresse est infondée et par conséquent, la décision de résiliation est irrégulière ;

Considérant par conséquent, que la décision de résiliation, basée sur une mise en demeure non notifiée dans les règles de l'art, est considérée comme étant une décision prise sans épuisement de la procédure prévue à cet effet ;

Considérant en plus de ce qui précède, qu'étant donné qu'il a été prouvé que l'ordre de service d'arrêt des travaux est toujours en vigueur, il n'est pas opportun de recourir à une mise en demeure de l'Entreprise suivie d'une décision de résiliation.

### **3) Concernant la demande relative au droit de percevoir la contrepartie financière des travaux complémentaires réalisés :**

Considérant que la requérante a sollicité l'avis de la Commission nationale de la commande publique au sujet de son droit de percevoir une contrepartie financière afférentes aux travaux supplémentaires qu'elle prétend avoir réalisés ;

Considérant que la réglementation régissant les marchés publics a bien précisé la procédure à suivre dans le cadre des travaux supplémentaires et a bien clarifié les dispositions à suivre et à mettre en œuvre ;

Considérant que l'entreprise reconnaît avoir exécuté des travaux supplémentaires bien que le maître d'ouvrage n'ait émis aucun ordre de service lui ordonnant la réalisation desdits travaux et que les pièces du dossier à savoir les procès-verbaux du chantier font ressortir clairement l'exécution effective des travaux non inclus dans le contrat, ce qui signifie que les services du Maître d'Ouvrage reconnaissent la matérialité de ces travaux ;

Considérant le non-respect des dispositions réglementaires en vigueur régissant la réalisation des travaux supplémentaires et que dans le cadre du présent marché, le traitement des travaux supplémentaires exécutés suppose un traitement particulier, et ce, en dehors du champ d'application des dispositions réglementaires régissant les marchés publics de manière générale et les travaux supplémentaires en particulier ;

Considérant le fait que le Maître d'Ouvrage ait accepté lesdits travaux et ne s'y est pas opposé mais les a consignés dans les Procès-Verbaux du chantier, il est nécessaire de traiter la situation de ces travaux dans le cadre du droit commun pour ne pas permettre au Maître d'Ouvrage de s'enrichir de ces travaux au dépend de l'Entreprise, sachant que les deux parties ont leur part de responsabilité ;

Considérant en effet, que le Maître d'Ouvrage a accepté des travaux réalisés en dehors du cadre réglementaire les régissant et ne s'y est pas opposé et que le titulaire du marché s'est permis d'exécution des travaux en l'absence d'un ordre de service émis par le maître d'ouvrage ;

Considérant de ce qui précède que les deux parties doivent convenir d'un arrangement permettant l'indemnisation de l'Entrepreneur sur les travaux supplémentaires réalisés.

### **III. Avis de la Commission nationale de la commande publique :**

Compte tenu de tout ce qui précède, la Commission nationale de la commande publique considère que :

- la demande de l'Entreprise ..... de bénéficiaire, au sens de la Circulaire du Chef du Gouvernement n° 09/2022 du 18 avril 2022 et de la Circulaire du Ministère de l'Intérieur n° 7569 du 5 mai 2022, d'une résiliation du marché sans confiscation de la caution définitive est sans objet du fait de l'expression ultérieure par l'Entreprise de sa volonté de poursuivre l'exécution dans le cadre des deux circulaires susmentionnées ;
- la décision de résiliation du marché par le Maître d'Ouvrage avec confiscation du cautionnement définitif dans le cadre de l'article 79 du CCAG-T est irrégulière du fait du

non-respect par ledit Maître d'Ouvrage des procédures et des formalités réglementaires la régissant ;

- l'application des pénalités de retard à l'encontre de l'Entreprise ..... est inappropriée puisque que le Maître d'Ouvrage n'a pas notifié l'ordre de service de reprise des travaux conformément aux dispositions réglementaires régissant la notification des ordres de service ;
- partant du principe de l'enrichissement sans cause, le Maître d'ouvrage est tenu d'indemniser l'Entreprise ..... pour les travaux supplémentaires réalisés et dont la matérialité a été reconnue et approuvée par ledit Maître d'Ouvrage.