



**Avis de la Commission nationale de la commande publique
n°30/2021 du 16 avril 2021 relatif à l'application des pénalités de retard
et des retenues**

La Commission nationale de la commande publique,

Vu la lettre du co-gérant de la société «.....» en date du 9 janvier 2020;

Vu la lettre du co-gérant de la société «.....» en date du 02 avril 2021 ;

Vu le décret n° 2-14-867 du 7 hja 1436 (21 septembre 2015) relatif à la Commission nationale de la commande publique, tel qu'il a été modifié et complété ;

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

Après examen du rapport établi par le Rapporteur général de la Commission nationale de la commande publique ;

Après délibération de l'organe délibératif de la Commission nationale de la commande publique réuni, à huis clos, le 16 avril 2021,

I - Exposé des faits:

Par lettre susvisée, le co-gérant de la société «.....» sollicite l'avis de la Commission nationale de la commande publique au sujet de l'application des pénalités de retard et des retenues provisoires au titre du marché n° 37/...../2018 relatif aux travaux de réhabilitation de l'Ecole, de l'Ecole, du collège et du Lycée, lancé par la

Selon le co-gérant, le marché conclu comporte des délais partiels d'exécution fixés comme suit:

- travaux de réhabilitation du collège: *douze (12) mois*;
- travaux de réhabilitation de l'Ecole: *neuf (9) mois*;
- travaux de réhabilitation de l'Ecole: *neuf (9) mois*;
- travaux de réhabilitation du Lycée: *douze (12) mois*.

Le délai global du marché est fixé à *vingt (20) mois*.

Les ordres de service prescrivant le commencement de l'exécution des travaux objet du marché ont été notifiés à la société «.....» selon le calendrier suivant:

- le 2 avril 2018 pour les travaux de réhabilitation de l'Ecole et de l'Ecole
- le 11 juillet 2019 pour les travaux de réhabilitation du collège

S'agissant des travaux de **réhabilitation du Lycée**, ils n'ont fait l'objet d'aucun ordre de service.

Dans sa lettre de saisine, la société «.....» reconnaît qu'il n'avait pas respecté les délais partiels d'exécution à cause des intempéries et de l'indisponibilité des locaux où les travaux devaient avoir lieu durant la période scolaire.

Arguant que le retard ayant affecté les délais partiels d'exécution est imputable à des événements indépendants de sa volonté, la société «.....» saisit, le 17 octobre 2018, le maître d'ouvrage pour lui demander d'établir un ordre d'arrêt. Toutefois, sa requête est restée sans réponse.

Malgré les « contraintes » auxquelles elle a été confrontée, la société «.....» affirme avoir respecté le délai d'exécution global du marché.

En raison du dépassement des délais partiels d'exécution, le maître d'ouvrage a appliqué à la société «.....» une pénalité de retard d'un pour mille (1/1000) du montant du marché, sans limite de plafond,

au motif que le paragraphe B de l'article 30 du cahier des prescriptions spéciales ne prévoit pas de plafond pour l'application des retenues provisoires.

Devant cette situation, la société «.....» demande à la Commission nationale de la commande publique de statuer sur la question de savoir:

- *s'il serait possible de prendre en compte les périodes d'intempérie et la durée de l'indisponibilité des locaux où les travaux devaient avoir lieu dans le calcul des délais partiels d'exécution;*
- *s'il serait justifié d'appliquer «des pénalités de retard» sans limite de plafond, sachant que le délai global du marché a été respecté.*

Saisi par le Président de la Commission nationale de la commande publique au sujet de la requête introduite par la société «.....», le maître d'ouvrage souligne, dans sa lettre de réponse, que la société «.....» avait accusé des retards considérables dans l'achèvement des travaux de réhabilitation des écoles et, ce qui l'a exposée à l'application de pénalités de retard (non restituables) et de retenues provisoires restituables en cas de respect du délai global du marché.

Selon le maître d'ouvrage, le montant des pénalités de retard a atteint le plafond contractuel de 8% du montant du marché.

Dès lors, il se demande si la retenue provisoire devrait être appliquée, sans tenir compte du plafond de 8% déjà atteint ou si le plafond de 8% engloberait, outre les pénalités de retard, les retenues, qu'elles soient provisoires ou transformées en pénalités.

II - Déductions:

1) En ce qui concerne les délais partiels d'exécution :

Considérant que le cahier des prescriptions spéciales se réfère dans son article 7 au CCAG-T du 13 mai 2016;

Considérant que l'augmentation des délais d'exécution contractuels fait l'objet d'un avenant dans les conditions prévues par l'article 47 du CCAG-T et que l'ajournement de l'exécution des travaux est prescrit par ordres de services d'arrêt ou de reprise conformément aux dispositions de l'article 48 du même CCAG-T;

Considérant que, s'agissant des travaux de réhabilitation des écoles et, le maître d'ouvrage affirme, dans sa lettre de réponse, qu'aucun ordre d'arrêt total ou partiel n'a été notifié à la société «.....» et qu'aucun avenant n'a été conclu pour convenir d'une augmentation des délais d'exécution contractuels;

Considérant que la société «.....» reconnaît que le maître d'ouvrage n'a prescrit aucun ordre d'arrêt de l'exécution des travaux de réhabilitation des écoles et

Considérant que la suspension des délais partiels d'exécution et l'augmentation des délais d'exécution ne se présument pas;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les délais partiels d'exécution des travaux de réhabilitation de l'Ecole et de l'Ecole et le délai global du marché n'ont pas été suspendus ou augmentés ;

2) En ce qui concerne le respect du délai global du marché :

Considérant que l'article 40 (premier alinéa) du CCAG-T prévoit que «le commencement des travaux intervient sur ordre de service du maître d'ouvrage qui doit être donné dans un délai maximum de trente (30) jours qui suit la date de la notification de l'approbation du marché, après constitution du cautionnement définitif »;

Considérant que le délai d'exécution global contractuel est le délai prévu pour l'exécution de toutes les prestations objet du marché et qu'il correspond à la période comprise entre la date de commencement de l'exécution fixée par ordre de service et la date d'expiration du délai prévu contractuellement ;

Considérant qu'il ressort des pièces communiquées à la Commission nationale de la commande publique que, malgré l'expiration du délai de 30 jours évoqué ci-dessus, les travaux de réhabilitation du Lycée n'ont fait l'objet d'aucun ordre de service;

Considérant que le délai global du marché court à compter de la date fixée par l'ordre de service prescrivant le commencement d'exécution des travaux de réhabilitation de l'Ecole et de l'Ecole, à savoir le 2 avril 2018 ;

Considérant que le délai global du marché a expiré, sans que l'ordre de service prescrivant le commencement d'exécution des travaux de réhabilitation du Lycée n'ait été notifié au titulaire du marché par le maître d'ouvrage ;

Considérant que, dans la mesure où le délai global contractuel **est le délai prévu pour l'exécution de toutes les prestations** objet du marché, la Commission nationale de la commande publique ne peut statuer sur le respect ou non du délai global du marché par le titulaire, que lorsqu'il s'avère que l'ensemble des tranches du marché ont fait l'objet d'ordres de service dûment établis par le maître d'ouvrage;

3) En ce qui concerne l'application des pénalités de retard et des retenues provisoires :

Considérant que le troisième alinéa du § A de l'article 65 du CCAG-T prévoit qu'«en cas de retard dans l'exécution des travaux d'une tranche ou d'une partie d'ouvrage pour laquelle un délai partiel d'exécution ou une date limite a été fixé, le cahier des prescriptions spéciales fixe le montant des pénalités journalières pour chaque tranche ou partie d'ouvrage considérée si le retard affecte un délai partiel d'exécution»;

Considérant que les pénalités de retard sont encourues du simple fait de la constatation du retard par le maître d'ouvrage qui déduit d'office le montant de ces pénalités de toutes les sommes dont l'entrepreneur est redevable;

Considérant que le paragraphe A de l'article 30 du cahier des prescriptions spéciales prévoit que le montant des pénalités de retard est plafonné à 8% du montant du marché;

Considérant que le premier alinéa du § B de l'article 65 du CCAG-T dispose que « pour les marchés comportant des délais partiels d'exécution, relatifs à des tranches ou parties d'ouvrage, assortis de pénalités pour retard dans l'exécution, il est appliqué une retenue provisoire à titre de pénalité, fixée à un pour mille (1/1000) du montant du marché pour chaque jour de retard»;

Considérant que le titulaire du marché ne conteste pas le montant des pénalités de retard mis à sa charge, en raison du dépassement des délais partiels d'exécution des travaux de réhabilitation de l'Ecole et de l'Ecole

Considérant, par ailleurs, que le dernier alinéa du § B de l'article 65 du CCAG-T prévoit que la retenue ne peut être restituée à l'entrepreneur que si le cahier des prescriptions spéciales le prévoit et que l'entrepreneur respecte le délai global d'exécution du marché;

Considérant que le cahier des prescriptions spéciales prévoit en son article 30 (paragraphe A) la restitution à l'entrepreneur de la retenue provisoire sous réserve du respect du délai global d'exécution du marché;

Considérant que, comme il a été précisé précédemment, le maître d'ouvrage n'a pas notifié au titulaire du marché l'ordre de service prescrivant le commencement d'exécution des travaux de réhabilitation du Lycée;

Considérant qu'en l'absence de cet ordre de service, il ne saurait être reproché au titulaire du marché de n'avoir pas respecté le délai global;

Considérant que les difficultés rencontrées dans le respect du délai global du marché trouvent leur origine dans les fautes commises par le maître d'ouvrage;

Considérant que le dahir du 9 ramadan 1331 formant code des obligations et des contrats dispose dans son article 78 (alinéas 2 et 3) que «chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe» et que «toute stipulation contraire est sans effet»;

Considérant que le même article définit dans son dernier alinéa la faute comme étant celle qui «consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage;

Considérant que le titulaire du marché a été placé dans l'impossibilité de respecter le délai global du marché, en raison du fait que le maître d'ouvrage ne lui a pas notifié l'ordre de service prescrivant le commencement d'exécution des travaux de réhabilitation du Lycée;

Considérant qu'il découle de ce qui précède que l'intégralité des retenues prélevées, en application du paragraphe B de l'article 30 du marché, sur les sommes dues au titulaire doivent lui être restituées,

indépendamment du fait que le montant contractuel des pénalités de retard ait été atteint ou non;

Considérant, par ailleurs, que l'article 65 du CCAG-T n'a pas été assez explicite sur la question de savoir si la retenue transformée en pénalité devrait être appliquée, sans tenir compte du plafond des pénalités de retard ou si le plafond des pénalités de retard engloberait, en sus des pénalités de retard, le montant de cette retenue ;

Considérant, toutefois, que si le montant des pénalités de retard est plafonné, il n'en est pas de même du montant des retenues transformées en pénalité;

Considérant que cet état de choses s'explique par le fait qu'il n'y a qu'un seul plafond au regard duquel sont appréciés à la fois le montant des pénalités de retard et celui de la retenue transformée en pénalité;

Considérant qu'en vertu de l'article 473 du dahir formant code des obligations et contrats, «dans le doute, l'obligation s'interprète dans le sens le plus favorable à l'obligé»;

Considérant que, dans son avis n° 05/2020 du 18 février 2020, la Commission nationale de la commande publique avait soutenu que:

- la retenue provisoire doit être restituée à l'entrepreneur dès lors que le cahier des prescriptions spéciales le prévoit et que le délai global d'exécution du marché est respecté;
- le montant de la retenue transformée en pénalité s'apprécie dans la limite du plafond contractuel des pénalités de retard;

Considérant qu'il ressort de ce qui précède que le plafond contractuel des pénalités de retard englobe à la fois les pénalités de retard proprement dites et les retenues transformées en pénalités en raison du dépassement du délai global d'exécution ;

Considérant, par ailleurs, qu'il ressort des dispositions de l'article 65 du CCAG-T et des clauses de l'article 30 du marché conclu que le montant des pénalités de retard au même titre que celui des retenues transformées en pénalités sont déduits des sommes dont l'entrepreneur est redevable, sous réserve du respect du plafond contractuel des pénalités de retard;

Considérant que, s'agissant de la question de savoir si le plafond contractuel des pénalités de retard engloberait le montant des retenues

transformées en pénalités, il convient de relever que, lorsque le plafond contractuel des pénalités de retard proprement dites est atteint, les retenues transformées en pénalités ne peuvent être déduites des sommes dont l'entrepreneur est redevable et, partant, doivent lui être restituées.

III - Avis de la Commission nationale de la commande publique :

Au vu de ce qui précède, la Commission nationale de la commande publique soutient que:

1. le titulaire ne peut être tenu pour responsable du non-respect du délai global du marché, dès lors que le maître d'ouvrage ne lui a pas notifié l'ordre de service prescrivant le commencement de l'exécution des travaux de réhabilitation du Lycée;
2. l'intégralité des retenues prélevées sur les sommes dues au titulaire du marché au titre du marché en cause doivent lui être restituées ;
3. le montant des retenues transformées en pénalités de retard s'apprécie dans la limite du plafond contractuel des pénalités de retard;
4. si le dépassement du délai global d'exécution a pour effet immédiat de transformer les retenues provisoires en pénalités en sus des pénalités de retard, il n'en demeure pas moins qu'elles doivent être restituées au titulaire du marché, dans le cas où le plafond contractuel des pénalités de retard proprement dites aurait déjà été atteint.