



Avis n°55 Du 09 avril 2024 au sujet de l'application des pénalités de retard

La Commission nationale de la commande publique,

Vu la lettre de la société n°du 14/11/2023 et les documents qui y sont joints ;

Vu la lettre de réponse de la n° 014/24 du 19/01/2024 et les documents qui y sont joints ;

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

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) ;

Après examen, par l'organe délibératif de la Commission nationale de la commande publique, des éléments du rapport qui lui est soumis par le rapporteur général ;

Après délibération, à huis clos, de l'organe délibératif de la Commission nationale de la commande publique, en dates du 2 et 9 avril 2024.

I - Exposé des faits :

Par lettre du 14 novembre 2023 susvisée, la société conteste l'application des pénalités de retard à son encontre par le Maître d'Ouvrage dans le cadre du marché n° 117/...../2018 d'un montant deDH TTC, conclu avec la pour la construction de la Le délai de construction prévu par le marché est de 24 mois, prorogé à 27 mois suite à l'engagement d'un avenant pour travaux supplémentaires deDH.

La société précise qu'au cours de l'exécution des travaux, elle s'est confrontée à plusieurs problèmes techniques dont elle n'est pas responsable ainsi qu'à des événements externes ayant impacté l'exécution du projet. Ce qui lui a fait subir nombreux préjudices qui n'ont pas empêché le maître d'ouvrage de lui appliquer des pénalités de retard d'un montant deDH TTC et de retarder le

paiement du décompte n° 13, déposé auprès de ses services le **28 décembre 2022**, et ce, malgré l'absence de toutes oppositions formelles de sa part et sa validation par la maîtrise d'œuvre.

De ce fait, l'entreprise sollicite l'avis de la Commission nationale de la commande publique au sujet **(i)** de la régularité de l'application de ces pénalités de retard, **(ii)** de son droit à être indemnisée du préjudice subi et **(iii)** de son droit aux intérêts moratoires pour le non-paiement du décompte n°13 d'un montant deMDH TTC, en application de l'article 8 du décret n° 2-16-344 du 22 juillet 2016.

De son côté et faisant suite à la saisine de la Commission nationale de la commande publique, le Directeur de la, Maître d'ouvrage du marché en question a fait savoir, notamment, par sa lettre du 19 janvier 2024 que les travaux objet de ce marché ont enregistré un retard considérable qui a justifié l'application des pénalités de retard. Dans ce cadre, il a précisé que le délai initial (24 mois) a été prorogé pour tenir compte des travaux supplémentaires (3 mois) et de l'arrêt des travaux dû au « COVID 19 » (83 jours), et des perturbations ayant impactées le déroulement des travaux (100 jours). Ainsi, la date actualisée d'achèvement des travaux a été fixée pour le **12 mai 2021**.

II – Déductions :

A – en ce qui concerne la régularité de l'application de ces pénalités de retard:

Considérant que l'entreprise conteste la régularité de l'application des pénalités de retard au niveau du décompte provisoire n°12 ;

Considérant que dans le cadre d'un marché public, l'examen de la régularité de l'application d'une pénalité de retard par le Maître d'Ouvrage à l'encontre de son cocontractant prend en considération la date de son application par rapport à la date d'achèvement des travaux objet du décompte auquel les pénalités ont été prélevées et de s'assurer si ces travaux ont été effectivement achevés après l'écoulement du délai contractuel auquel cas, l'application desdites pénalités par le Maître d'Ouvrage devient obligatoire mais dans la limite du délai compris entre la date d'expiration du délai contractuel et la date d'achèvement effectif des travaux, c'est-à-dire la date de dépôt des attachements ;

Considérant qu'au regard du marché objet du différend entre le Maître d'Ouvrage et l'Entreprise, le délai d'exécution a été initialement fixé à 24 mois puis prolonger pour tenir compte de plusieurs contraintes qui ont entravés l'exécution normale des travaux (la pandémie du Covid 19 et les reports successifs) ainsi que le rajout d'un délai imposé par les travaux supplémentaires qui lui ont été ordonnés) ;

Considérant qu'abstraction faite du mode de calcul suivi pour la détermination du délai actualisé, le Maître d'Ouvrage reconnaît explicitement que les travaux objet du marché sont censés être achevés vers le 12 mai 2021 ;

Considérant que pour les travaux faisant l'objet du décompte n° 12 pour lesquels une pénalité de retard maximale a été appliquée, le Maître d'Ouvrage ne conteste en aucun moment que ces travaux ont été achevés le 26 mai 2021 ;

Considérant le décompte n°12 et les éléments de réponse du Maître d'Ouvrage, il apparaît clairement que ce dernier a procédé, sciemment, à l'application du taux maximum des pénalités de retard, soit 8% du montant du marché, sous prétexte de l'enregistrement d'un retard d'exécution de 275 jours ;

Considérant que la comparaison entre la date présumée de l'expiration du délai d'exécution en l'occurrence le 12 mai 2021, approuvée par le Maître d'Ouvrage et la date d'achèvement des travaux objet du décompte n° 12 pour lequel des pénalités de retard plafonnées ont été appliquées, il y a lieu de constater que la période de retard devant faire l'objet, conformément à la réglementation en vigueur, à l'application du plafond des pénalités n'a pas encore été atteinte ;

Considérant que l'application réglementaire des pénalités de retard suppose que le maître d'ouvrage doit limiter l'application de ces pénalités au nombre de jours de retard effectif, calculé en retenant uniquement le délai séparant la date d'expiration du délai contractuel et la date d'achèvement des travaux objet du décompte concerné par l'application des pénalités de retard ;

Considérant de ce qui précède, que l'application du plafond des pénalités de retard au titre du décompte n° 12 est considérée comme étant irrégulière ; ce qui exige du Maître d'Ouvrage de restituer à l'entreprise requérante, le reliquat entre le montant des pénalités prélevée et le montant dû correspondant à la période de retard effective.

B – en ce qui concerne le droit de l’entreprise à l’indemnisation sur le préjudice subi :

Considérant la requête de l’entreprise pour être indemnisée sur des dommages résultant des difficultés liées à l’exécution du marché qui ne sont pas du fait de l’entreprise et pour lesquels elle n’assume aucune responsabilité ;

Considérant que l’entrepreneur a le droit de demander des indemnités pour les dommages et préjudices subis ;

Considérant qu’au cas où les obstacles et les difficultés soulevés par l’entreprise sont prouvés et qu’il a également été démontré que cette dernière a effectivement subi des dommages et préjudices, il est de son droit à une indemnisation de la part du Maître d’Ouvrage ;

Considérant que l’article 81 du Cahier des Clauses Administratives applicables aux marchés de travaux précise les dispositions et procédures liées à l’indemnisation et au règlement des litiges y afférent.

C – en ce qui concerne le droit de l’entreprise aux intérêts moratoires :

Considérant que l’entreprise réclame les intérêts moratoires se rapportant au retard de paiement du décompte n° 13 ;

Considérant que la est une Entreprise Publique soumise au droit privé ;

Considérant qu’en cas de retard de paiement du prestataire, il est fait application de la loi n° 69.21 édictant des dispositions particulières relatives au délai de paiement et non pas au décret n° 2-16-344 du 22 juillet 2016 relatif au délai de paiement et aux intérêts moratoires applicable à l’Etat, aux collectivités territoriales et à certains Etablissements Publics ;

Considérant que la loi n° 69.21 susmentionnée stipule dans son article 2-78 qu’en cas d’absence d’accord entre les parties, le délai de paiement est automatiquement fixé à 60 jours à compter de la date de facturation ;

Considérant que le marché objet de cette réclamation ne prévoit pas de dispositions relatives au délai de paiement et que le délai de paiement à considérer est de 60 jours ;

Considérant l’article 61 du CCAG-T qui dispose dans son paragraphe 3 que « le Maître d’Ouvrage doit faire connaître par écrit son accord à l’Entrepreneur dans un délai maximum de trente jours à compter de la date de la remise des attachements ou présenter, le cas échéant, contre accusé de réception, les attachements rectifiés...Passé ce délai, ces attachements sont réputés être

acceptés par le Maître d'Ouvrage et la constatation du service fait prend effet à compter du lendemain de l'expiration du délai de trente jours précité » ;

Considérant qu'au cas où il s'avère que le décompte n° 13 n'a effectivement pas été payé dans le délai de 60 jours à compter de la date de présentation de la facture et que le Maître d'ouvrage n'a émis aucune réserve ou observation y afférente, l'entreprise a droit aux indemnités de retard se rapportant au retard de paiement du décompte n°13, et ce, conformément à la réglementation en vigueur.

III – Avis de la commission nationale de la commande publique :

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

- qu'au titre du décompte n° 12, l'application des pénalités de retard n'est pas régulière du fait que le nombre de jour de retard calculé par le Maître d'ouvrage ne correspond pas au nombre de jour réel de retard ;
- qu'au cas où les obstacles et les difficultés soulevés par l'entreprises sont avérés, ladite entreprise a droit à une indemnisation pour le préjudice subi, et ce, conformément aux prescriptions de l'article 81 du CCAG-T ;
- qu'au cas où il s'avère que le décompte n° 13 n'a effectivement pas été payé dans le délai de 60 jours à compter de la date de présentation de la facture et que le Maître d'ouvrage n'a émis aucune réserve ou observation s'y rapportant, l'entreprise a droit aux indemnités de retard conformément à la loi n° 69.21 édictant des dispositions particulières relatives au délai de paiement.