

**Avis de la Commission des Marchés
n° 330/08 du 16/01/2008
relatif à la réception des travaux et
aux pénalités pour retard dans l'exécution**

La Commission des Marchés a été consultée :

- d'une part, sur les mesures qu'il faut prendre pour la liquidation du marché relatif à la construction du centre d'estivage à Ifrane qui a fait l'objet, en juin 2002, d'une prise de possession par le maître d'ouvrage (un établissement public) sans observer les règles de réception prévues à cet effet par le cahier des clauses administratives générales.

- et d'autre part, sur le fait que l'exécution dudit marché a connu, pour des faits imputables à la fois à l'entrepreneur et au maître d'ouvrage, un retard qui a donné lieu à des pénalités qui, en les calculant sur la base des dispositions du CCAG de 1965, applicable au marché en cause, s'avèrent largement disproportionnées par rapport au montant dudit marché.

La Commission des Marchés a examiné ces deux questions dans sa séance du 5 décembre 2007 et ont recueilli de sa part l'avis suivant :

1) Il convient d'abord de rappeler que tout établissement public doit disposer de son propre règlement de passation des marchés en vertu de l'article 7 de la loi n° 69.00 relative au contrôle financier de l'Etat sur les entreprises publiques et autres organismes. Il peut, pour l'élaboration dudit règlement, s'inspirer, le cas échéant, de la réglementation de l'Etat en tenant compte des particularités de l'Etablissement.

Toutefois, s'il décide de se référer à la réglementation des marchés de l'Etat sans réserve, il est tenu de l'appliquer en respectant l'esprit et la lettre de ses dispositions telles qu'elles doivent être appliquées par les services de l'Etat.

2) La réception des prestations objet du marché doit répondre à des conditions de fond et de forme prévues par le chapitre VII du CCAG-T. Elles doivent faire l'objet d'un contrôle de conformité préalable à la réception provisoire qui donne lieu au déclenchement de l'application des garanties contractuelles et à l'engagement de la responsabilité de l'entrepreneur après la réception définitive. Ces opérations doivent être formalisées par des procès-verbaux, signés contradictoirement par le maître d'ouvrage et l'entrepreneur.

Sachant que la réception provisoire entraîne le transfert de la propriété et des risques au profit du maître d'ouvrage et constitue le point de départ de l'obligation des garanties contractuelles ; la question se pose cependant de savoir si la prise de possession par le maître d'ouvrage des prestations, sans observer le formalisme de réception prévu contractuellement à cet effet, peut être considérée comme une réception tacite des ouvrages exécutés.

En principe, une prise de possession effective par le maître d'ouvrage peut donner lieu à une réception provisoire si en particulier celui-ci n'a formulé aucune réserve au regard des constructions et a utilisé l'ouvrage construit de façon continue.

A cet égard, il convient de rappeler que, contrairement à celui de 1965, le CCAG-T actuellement en vigueur prévoit dans son article 65 § 7 que « toute prise de possession des ouvrages par le maître d'ouvrage doit être précédée de leur réception. Toutefois, s'il y a urgence, la prise de possession peut intervenir antérieurement à la réception, sous réserve de l'établissement préalable d'un état contradictoire des lieux ».

Dans le cas d'espèce, en prenant possession des ouvrages construits sans observer le formalisme de réception, le maître d'ouvrage a dérogé à des stipulations des cahiers de charges et a libéré, par ce fait, le cocontractant de ses responsabilités contractuelles sauf en ce qui concerne la responsabilité décennale et les pénalités encourues pour retard dans l'exécution.

Cependant, dans la mesure où cette prise de possession n'est assortie d'aucune réserve concernant des vices ou malfaçons de construction, elle peut être considérée en tant que réception des travaux par le maître d'ouvrage.

Afin de formaliser cette réception tacite, le maître d'ouvrage est tenu de rédiger contradictoirement avec l'entrepreneur un procès-verbal, daté du jour de l'établissement dudit procès-verbal. Ce document doit mentionner que la réception des ouvrages construits a eu lieu à la date de prise de possession effective desdits ouvrages par le maître d'ouvrage (juin 2002).

3) S'agissant cependant des pénalités de retard, il convient de rappeler que celles-ci ont un double but : prévenir le retard d'exécution et réparer le préjudice subi du fait de ce retard par le maître d'ouvrage. Ce sont des pénalités dites contractuelles, évaluées d'avance et applicables de plein droit sans mise en demeure préalable même en l'absence de préjudice.

Elles sont dues dès qu'il y a retard dans l'exécution sur la simple confrontation de la date d'expiration du délai contractuel d'exécution et de la date de réception provisoire et il ne peut être décidé de renoncer à leur application car elles constituent, si un retard dans l'exécution a été enregistré, une créance au profit du trésor public.

Cependant, contrairement aux stipulations de l'article 36 du CCAG de 1965 applicable au marché en cause qui n'a prévu aucune limite à ces pénalités, l'article 60 du CCAG actuellement en vigueur les a plafonnées à 10 % du montant initial du marché modifié ou complété éventuellement par les avenants intervenus en cours d'exécution, sauf stipulation différente du cahier des prescriptions spéciales qui peut le cas échéant prévoir un autre plafond.

Dans le cas d'espèce, selon les explications recueillies en séance auprès des représentants du maître d'ouvrage, le retard constaté dans l'exécution des ouvrages est imputable à la fois à des manquements de l'entrepreneur et à des interruptions ordonnées par le maître d'ouvrage mais non formalisées par des ordres d'arrêt et de reprise de l'exécution des travaux (interruptions dues notamment à la non communication des rapports d'exécution dans les délais, intempéries, inspections de l'IGF et de la Cour des Comptes).

Lesdits représentants ont également souligné que, faute de documents établis au moment opportun, constatant les causes et les délais des interruptions, il est « difficile, voire impossible, de déterminer la part de retard devant être assumée par chacune des deux parties ».

A cet égard, il est à rappeler que la Commission des Marchés a proposé, afin de liquider certains marchés passés sous l'égide du CCAG de 1965 dans lesquels les pénalités sont disproportionnées par rapport au montant du marché, qu'il conviendrait de limiter leur montant, même à titre rétroactif, à 10 % du montant du marché tel que le prévoit l'article 60 du CCAG actuellement en vigueur.

En effet, il s'agit des dispositions de deux cahiers de charges différents (le CCAG de 1965, applicable à l'époque de passation des marchés en cause, et celui de 2000) qui ont pour but de sanctionner un même manquement des engagements contractuels (non respect des délais fixés pour l'exécution des prestations) par des mesures différentes (pénalités de retard sans plafond dans le premier cas et pénalités limitées à 10 % du montant du marché dans le second cas) dont la dernière en date est plus favorable au titulaire du marché que l'ancienne.

*
* *

En conclusion, la Commission des Marchés souligne que plusieurs clauses du CCAG n'ont pas été observées, par l'établissement contractant, dans l'exécution du marché en cause, notamment celles relatives aux interruptions de l'exécution des travaux et celles relatives à la réception des travaux.

Afin de liquider ce marché, la Commission des Marchés propose :

- de considérer la prise de possession par l'établissement contractant des ouvrages exécutés sans formuler à leur égard de réserves comme une réception ;
- de formaliser cette prise de possession par des procès-verbaux de réceptions provisoire et définitive ;
- de limiter les pénalités pour retard à 10 % du montant global du marché tel que le prévoit le CCAG-T actuellement en vigueur.