



**Avis de la Commission nationale de la commande publique n° 05 /2020
du 18 février 2020 relatif aux modalités d'application des dispositions de
l'article 65 du Cahier des clauses administratives générales applicables
aux marchés de travaux**

La Commission nationale de la commande publique,

Vu la lettre du Directeur général de n° 063/2020 du 17 janvier 2020;

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

Après examen des éléments du rapport soumis à l'organe délibératif 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 18 février 2020,

I - Exposé des faits

Par lettre susvisée, le Directeur général de la fait savoir à la Commission nationale de la commande publique que la, qui gère des marchés en tant que maître d'ouvrage délégué, a appliqué des pénalités de retard à l'encontre d'une entreprise en raison du dépassement des délais d'exécution partiels.

Selon le requérant, le montant de ces pénalités a atteint le plafond de 8% du montant du marché prévu au paragraphe A de l'article 65 du cahier

des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux (CCAG-T), avant que le délai global ne soit expiré.

Considérant que le dépassement des délais d'exécution partiels donne lieu à l'application de retenues provisoires restituables, selon le cahier des prescriptions spéciales, au titulaire du marché, en cas de respect du délai global, le requérant s'interroge si ces retenues doivent être appliquées sans tenir compte du plafond de 8% déjà atteint ou si le plafond de 8% englobe, outre les pénalités de retard, le montant des retenues, qu'elles soient provisoires ou transformées en pénalités.

II - Déductions

Avant de se prononcer sur le fond, la Commission nationale de la commande publique considère qu'il lui incombe de statuer sur la question de savoir si le maître d'ouvrage délégué est habilité à appliquer des pénalités de retard.

1) En ce qui concerne les règles de compétence

Considérant que les règles de compétence sont d'ordre public;

Considérant qu'il ressort de la lettre de saisine que la gère des marchés en tant que maître d'ouvrage délégué;

Considérant que l'article 65 (4 du § A) du CCAG-T prévoit 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 des sommes dont il est redevable envers l'entrepreneur;

Considérant que l'expression «maître d'ouvrage» s'entend au sens de l'article 3 du CCAG-T du maître d'ouvrage et du maître d'ouvrage délégué;

Considérant qu'il ressort de l'article 161 du décret n° 2-12-349 du 8 jourmada I 1434 (20 mars 2013) relatif aux marchés publics que le maître d'ouvrage peut confier par convention à une société d'Etat l'exécution, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des missions de maîtrise d'ouvrage;

Considérant que la maîtrise d'ouvrage déléguée peut porter sur la gestion du marché après son approbation par l'autorité compétente et/ou sur la réception de l'ouvrage;

Considérant que le maître d'ouvrage délégué exerce ses attributions dans les limites fixées par la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée;

Considérant qu'il se déduit de ce qui précède que rien ne s'oppose à ce que le maître d'ouvrage délégué applique des pénalités de retard pour peu que la convention de maîtrise d'ouvrage porte sur la gestion du marché après son approbation par l'autorité compétente et/ou sur la réception de l'ouvrage;

2) En ce qui concerne les modalités d'application des dispositions de l'article 65 du CCAG-T

Considérant que l'article 65 (3 du § A) 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 d'exécution partiel 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 d'exécution partiel»;

Considérant que les pénalités de retard ont une fonction dissuasive plutôt que réparatrice;

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 qu'en vertu des dispositions du 2^{ème} alinéa du § B de l'article 65 du CCAG-T, la retenue peut être restituée à l'entrepreneur si le cahier des prescriptions spéciales le prévoit et si l'entrepreneur respecte le délai global d'exécution du marché;

Considérant que le cahier des prescriptions spéciales prévoit la restitution de la retenue provisoire;

Considérant que l'article 65 du CCAG-T ne prévoit pas expressément si la retenue doit être appliquée sans tenir compte du plafond des pénalités de retard ou si le plafond des pénalités de retard englobe, outre les pénalités de retard, le montant de la retenue;

Considérant qu'il résulte des travaux préparatoires du CCAG-T que le montant de la retenue s'apprécie dans la limite du plafond des pénalités de retard;

Considérant, par ailleurs, que si le montant des pénalités de retard est plafonné, il n'en est pas de même du montant de la retenue;

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 le montant de la retenue;

Considérant qu'en vertu de l'article 473 du dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant code des obligations et contrats, tel qu'il a été modifié et complété, «dans le doute, l'obligation s'interprète dans le sens le plus favorable à l'obligé»;

Considérant que si le non-respect des délais d'exécution constitue un manquement aux obligations contractuelles, il n'en demeure pas moins qu'il ne peut faire l'objet de pénalités de retard et de retenues transformées en pénalités que dans la limite du plafond prévu au 7 du § A de l'article 65 du CCAG-T;

Considérant qu'il découle de ce qui précède que lorsque la retenue provisoire se transforme en pénalité, elle tombe automatiquement sous le coup des dispositions du § A de l'article 65 du CCAG-T;

III - Avis de la Commission nationale de la commande publique

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

- la retenue 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 a été respecté;
- le montant de la retenue transformée en pénalité s'apprécie dans la limite du plafond des pénalités de retard.