



Les pénalités dans les contrats de la commande publique

Les pénalités sont des sanctions pécuniaires infligées au cocontractant de l'administration en cas de manquement à ses obligations contractuelles.

Celles-ci prennent la forme de sommes forfaitaires qui se substituent aux dommages et intérêts. Elles ont une fonction à la fois dissuasive et réparatrice. Elles sont libératoires dans la mesure où elles interdisent au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de réclamer toute indemnité supplémentaire au titre des préjudices qu'elles couvrent.

Les pénalités ne constituent pas la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de service. Elles sont donc situées hors du domaine d'application de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)¹. Néanmoins, les clauses particulières du marché peuvent prévoir que l'assiette de calcul des pénalités repose sur des montants toute taxe comprise (TTC) du marché².

Les pénalités sont fréquemment prévues par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice pour sanctionner le non-respect des délais d'exécution des prestations par le titulaire du contrat. Elles peuvent néanmoins être prévues pour sanctionner la méconnaissance d'autres obligations contractuelles (absence aux réunions de chantier, non remise d'un document prévu au contrat, indisponibilité de matériels, méconnaissance de clauses sociales ou environnementales, etc.)³.

Lorsqu'il prépare la passation de son contrat, l'acheteur ou l'autorité concédante doit apporter une attention particulière aux clauses de pénalités.

Si les pénalités doivent dissuader le futur titulaire de s'affranchir de ses obligations contractuelles, des pénalités trop nombreuses ou trop élevées peuvent conduire certains opérateurs économiques à renoncer à se porter candidats ou à augmenter leur prix pour couvrir le risque encouru.

SOMMAIRE

1. Les pénalités constituent une sanction contractuelle	2
1.1. Les pénalités doivent nécessairement être prévues dans le contrat	2
1.2. Les pénalités ont, en principe, un caractère libératoire	2
1.3. Les CCAG contiennent des clauses relatives aux pénalités	3
2. Les modalités d'application des pénalités	4
2.1. Les pénalités sont applicables à la personne à laquelle est imputable la méconnaissance des clauses contractuelles	4
2.2. Selon les stipulations du contrat, les pénalités sont applicables avec ou sans mise en demeure du titulaire.....	4
2.3. Les pénalités peuvent être appliquées avant ou au moment du règlement définitif.....	5

¹ BOI-TVA-BASE du 15 janvier 2014, pt. 70.

² CAA Nancy, 9 juin 2016, Société Marwo, n° 15NC01477.

³ CE, 12 octobre 2020, Commune d'Antibes, n° 431903 et les conclusions de Mme Le Corre sur cette décision, B/JCP 2021, p. 48.

- 2.4. Selon ce qui est prévu par le contrat, des pénalités peuvent être appliquées en cas de retard de livraison ou de réceptions partielles 5
- 2.5. Les pénalités doivent être appliquées en tenant compte de leurs conséquences pour l'entreprise..... 6

1. Les pénalités constituent une sanction contractuelle

1.1. Les pénalités doivent nécessairement être prévues dans le contrat

L'administration ne peut pas appliquer de pénalités si celles-ci n'ont pas été expressément prévues dans les documents contractuels.

La rédaction des clauses relatives aux modalités de calcul des pénalités et aux délais d'exécution est une tâche essentielle. Leur précision conditionne une application prévisible, efficace et sécurisée des pénalités. Ainsi, si une clause ne prévoit pas précisément les cas dans lesquels une pénalité pourra être infligée au titulaire en cas d'absence à des réunions, de retards ou de défauts de préparation de ces réunions, ces manquements, même s'ils sont récurrents, ne pourront pas donner lieu à l'application d'une pénalité⁴.

Pour l'application des pénalités de retard, le délai d'exécution des prestations court, sauf stipulation contraire, à compter de la date de notification du contrat. Le terme des délais d'exécution (réception partielle ou totale, décision d'ajournement, livraison, résiliation, etc.) est fixé, sauf clause particulière contraire, par les stipulations du [cahier des clauses administratives générales](#) (CCAG) applicable. Il est conseillé aux acheteurs et autorités concédantes de déterminer avec précision le délai d'exécution, ses dates de départ et de fin, afin d'éviter tout litige sur ce point. Si le contrat prévoit des formalités de notification du calendrier d'exécution ou d'approbation par les parties, les pénalités de retard ne pourront pas être appliquées si ces formalités n'ont pas été accomplies comme prévues par le contrat⁵.

Il est possible de proroger les délais d'exécution d'un contrat par voie d'avenant. La personne publique peut également, lorsqu'une clause du contrat le prévoit ou dans le cadre de son pouvoir de modification unilatérale, prolonger ces délais de manière unilatérale en cas, notamment, de difficultés d'exécution dues à une cause étrangère aux parties (y compris les éventuels sous-traitants). Dans de tels cas, le titulaire est exonéré de l'application des pénalités de retard⁶. La prolongation des délais ne doit cependant pas être excessive, afin de ne pas bouleverser les conditions de la mise en concurrence initiale⁷.

En cas de travaux supplémentaires décidés par ordre de service, le dépassement du délai d'exécution prévu par le marché initial peut justifier l'application des pénalités de retard prévues au contrat. Il en va autrement si le titulaire a émis des réserves sur ce délai d'exécution ou si un accord est intervenu entre les parties pour ne pas soumettre la réalisation de la prestation supplémentaire au délai prévu initialement ou pour les exclure du champ d'application des pénalités de retard⁸.

Enfin, le montant des pénalités ne peut pas constituer un critère ou un sous-critère de jugement des offres puisqu'un tel critère, « *qui n'a ni pour objet ni pour effet de différencier les offres au regard du délai d'exécution des travaux, ne permet pas de mesurer la capacité technique des entreprises candidates à respecter des délais d'exécution du marché ni d'évaluer la qualité technique de leur offre* »⁹. En outre, dès lors que la personne publique n'est pas tenue de faire application des pénalités de retard et que le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, peut modérer ou augmenter les pénalités résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté, un critère ou un sous-critère relatif aux pénalités de retard serait sans lien avec la valeur technique de l'offre à apprécier.

1.2. Les pénalités ont, en principe, un caractère libératoire

Dans le silence du contrat, les pénalités sont forfaitaires et exclusives. Leur application n'est pas conditionnée à l'existence d'un préjudice subi par l'autorité contractante. La seule caractérisation du manquement

⁴ [CAA Nancy, 30 septembre 2014, Société ACE BTP, n° 13NC00041.](#)

⁵ A titre d'exemple : [CAA Marseille, 26 mai 2014, Communauté de Haute-Provence, n° 12MA01159.](#)

⁶ [CAA Douai, 15 mai 2018, Commune d'Harfleur, n° 16DA01392.](#)

⁷ Voir sur ce point la fiche « [Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#) ».

⁸ Voir par exemple : [CE, 16 mai 2012, Communauté d'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe, n° 345137.](#)

⁹ [CE, 9 novembre 2018, Sté Savoie, n° 413533.](#)

contractuel suffit et le cocontractant ne saurait utilement soutenir, pour échapper totalement ou partiellement à la sanction contractuelle, que l'administration n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'elle a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge¹⁰. De son côté, l'autorité contractante qui prélève des pénalités de retard ne peut demander l'indemnisation des préjudices de toute nature causés par ces retards¹¹, ni se prévaloir d'un préjudice supérieur au montant de la pénalité pour obtenir une réparation complémentaire du préjudice résultant de la faute sanctionnée par la pénalité¹².

L'application des pénalités ne dispense pas pour autant le cocontractant de l'obligation de réaliser les prestations.

Par ailleurs, pour un même manquement, l'application de pénalités n'empêche pas la mise en œuvre d'autres sanctions. Une autorité contractante peut ainsi, après avoir dans un premier temps appliqué des pénalités de retard, faire exécuter le contrat par un tiers aux frais et risques du titulaire ou même résilier le contrat pour faute en cas de carence persistante de ce dernier¹³.

Enfin, les pénalités ne sont pas libératoires lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice distinct. Il a, par exemple, été jugé que les troubles subis du fait de la mise à disposition tardive de l'ouvrage sont distincts du préjudice d'indisponibilité normalement réparé par les pénalités auxquelles le maître d'ouvrage avait renoncé en prolongeant les délais¹⁴.

1.3. Les CCAG contiennent des clauses relatives aux pénalités

Tous les CCAG prévoient les modalités d'application et de calcul des pénalités de retard¹⁵. Même si les CCAG sont destinés à être utilisés dans le cadre de marchés publics, les autorités concédantes peuvent utilement s'en inspirer.

Depuis le 1^{er} avril 2021, l'ensemble des CCAG prévoit, d'une part, une exonération des pénalités au profit du titulaire du marché lorsque leur montant ne dépasse pas 1000 euros hors taxe (HT) et, d'autre part, un plafonnement des pénalités de retard à 10 % du montant du marché ou du bon de commande. Ce plafonnement ne concerne pas uniquement les pénalités de retard d'exécution, mais toutes les pénalités de retard (remise de documents par exemple)

Les articles 14 des CCAG FCS et TIC prévoient, en outre, les modalités d'application et de calcul de pénalités applicables en cas d'indisponibilité de matériel faisant l'objet du contrat.

À SIGNALER

Si les acheteurs publics peuvent déroger aux stipulations du CCAG auquel ils se réfèrent, il est cependant recommandé aux autorités contractantes :

- de ne le faire que dans des cas dûment justifiés, en particulier par la nécessité d'assurer un réel effet dissuasif aux pénalités infligées au titulaire compte tenu de la nature particulière des prestations qui peuvent difficilement souffrir d'un retard ;
- de rationaliser le type et la fréquence des pénalités susceptibles d'être infligées, en évitant par exemple de multiplier les pénalités pour des manquements mineurs tels que des absences à des réunions de chantier, afin de permettre non seulement à l'autorité contractante d'alléger la gestion administrative du calcul des pénalités mais aussi aux opérateurs économiques intéressés de mesurer et d'appréhender, dès le lancement de la passation du contrat, les sanctions contractuelles encourues en cas de manquement et d'établir ainsi leur offre technique et financière de manière plus fine.

¹⁰ [CE, 19 juillet 2017, Centre hospitalier de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n° 392707.](#)

¹¹ CE, 14 avril 1995, *Sté d'aménagement de la région de Rouen*, n° 75330.

¹² CE, 15 mai 1987, *Hôpital rural de Breil-sur-Roya*, n° 41974.

¹³ CE, 18 décembre 2020, *Sté Treuils et Grues Labor*, n° 433386.

¹⁴ CAA Nantes, 20 juin 2003, *Sté Citra Ouest*, n° 99NT00762.

¹⁵ [Art. 14](#) du CCAG « Fournitures courantes et services » (FCS), [Art. 14](#) du CCAG « Techniques de l'information et de la communication » (TIC), [Art. 14](#) du CCAG « Prestations intellectuelles » (PI), [Art. 15](#) du CCAG « Marchés industriels » (MI), [Art. 16](#) du CCAG « Maîtrise d'œuvre » (MOE) et [Art. 19](#) du CCAG « Travaux ».

2. Les modalités d'application des pénalités

2.1. Les pénalités sont applicables à la personne à laquelle est imputable la méconnaissance des clauses contractuelles

Des pénalités ne peuvent être prononcées à l'égard du cocontractant que si la méconnaissance des obligations contractuelles justifiant l'application de telles pénalités lui est imputable ou est imputable à l'un de ses sous-traitants.

En cas de litige, le juge vérifiera si cette condition est remplie¹⁶. Il vérifiera en particulier que le retard n'est pas imputable à une faute du maître d'ouvrage ou d'un autre intervenant sur le chantier. Si tel est le cas, et selon que le retard est ou non partiellement imputable au cocontractant, il prononcera une décharge totale ou partielle des pénalités au profit de ce dernier¹⁷.

Ainsi, en cas de responsabilité partielle du cocontractant, les pénalités se calculent seulement d'après le nombre de jours de retard imputables à ce dernier¹⁸.

En revanche, le cocontractant ne peut, pour solliciter une décharge, se prévaloir de la méconnaissance par l'acheteur ou l'autorité concédante du principe de loyauté des relations contractuelles au motif qu'il aurait mis tardivement à sa charge des pénalités de retard, dès lors que ces pénalités résultent de la mise en œuvre de stipulations convenues entre les parties et qu'elles sont incluses dans le décompte général et définitif¹⁹.

Enfin, sauf stipulations contractuelles dérogeant au CCAG travaux ou au CCAG MOE, lorsque le marché est attribué à un groupement d'entreprises pour lesquelles le paiement est effectué sur des comptes séparés, les pénalités sont réparties entre les cotraitants conformément aux indications données par le mandataire et par lui seul²⁰. Le maître d'ouvrage ne peut pas modifier la répartition indiquée par le mandataire. Dans l'attente de ces indications, les pénalités sont retenues en totalité au mandataire. Si le mandataire ne communique pas cette répartition au maître d'ouvrage, ce dernier est tenu de lui imputer la totalité des pénalités. Dans cette hypothèse, sauf s'il est dans l'impossibilité de recouvrer effectivement le montant de ces pénalités sur le mandataire, le maître d'ouvrage ne peut pas les imputer à une autre entreprise²¹.

2.2. Selon les stipulations du contrat, les pénalités sont applicables avec ou sans mise en demeure du titulaire

En principe, sauf clause contraire dans les documents particuliers du marché, les pénalités de retard ne peuvent être appliquées qu'après une mise en demeure restée sans effet²². La mise en demeure adressée au cocontractant doit indiquer, sous peine d'irrégularité :

- les manquements qui lui sont reprochés²³ ;
- le délai raisonnable qui lui est accordé pour remédier à la situation²⁴ ;
- la sanction qu'il encourt si la mise en demeure reste infructueuse à l'issue du délai²⁵ ;
- ainsi que la clause relative aux modalités de mise en œuvre et de calcul des pénalités de retard qui sera appliquée²⁶.

L'irrégularité de la mise en demeure entraîne l'irrégularité du titre de perception relatif aux pénalités²⁷.

Depuis le 1^{er} avril 2021, l'ensemble des CCAG prévoit la mise en œuvre d'une procédure contradictoire lorsque l'acheteur envisage d'appliquer des pénalités de retard ou des pénalités pour manquement à certaines

¹⁶ CE, 15 novembre 2012, *Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue*, n°350867, cons. 5.

¹⁷ À titre d'exemple : CAA Nantes, 19 septembre 2014, *SNC Entreprises Morillon Corvol Courbot*, n° 12NT03032.

¹⁸ CE, 1^{er} février 2019, *Société Brisset*, n° 414068.

¹⁹ CE, 20 juin 2016, *Société Eurovia Haute-Normandie*, n° 376235.

²⁰ Art. 16.1.2. du CCAG MOE ; Art. 19.1.2 du CCAG Travaux

²¹ CE, 2 décembre 2019, *société Giraud-Serin*, n° 422615.

²² CE, 10 juin 1953, *Commune de Saint-Denis-en-Val*, n° 2284 ; CE, 24 avril 1992, *Syndicat mixte pour la géothermie à la Courneuve*, n° 112679.

²³ CAA Nantes, 1^{er} mars 2019, *Cabinet d'études Marc Merlin*, n° 18NT00285.

²⁴ CAA Marseille, 27 mars 2017, *SARL Mialon Sud TP*, n° 15MA03318.

²⁵ CAA Versailles, 15 janvier 2021, *Société SPIE Île-de-France Nord-Ouest*, n° 17VE01593.

²⁶ CE, 17 décembre 2008, *Syndicat intercommunal de gestion et d'aménagement de Superbagnères*, n° 296819.

²⁷ CE, 17 décembre 2008, *Syndicat intercommunal de gestion et d'aménagement de Superbagnères*, préc ; CAA Lyon, 22 mars 2018, *Communauté de communes de la Côtière à Montluel*, n° 16LY00894.

obligations contractuelles (obligations environnementales ou relatives à la clause d'insertion sociale, etc.)²⁸. Ce contradictoire préalable permet d'éviter l'application de pénalités pour des manquements échappant, en réalité, à la responsabilité du titulaire (par exemple, des manquements dus à la survenance d'une crise sanitaire). Ce dialogue pourra, par ailleurs, être l'occasion de trouver des solutions appropriées à des difficultés structurelles d'exécution de la prestation.

Dans cette hypothèse, l'acheteur invite, par écrit, le titulaire à présenter ses observations dans un délai de quinze jours. Cette invitation précise le montant des pénalités susceptibles d'être appliquées, le ou les retards concernés ainsi que le délai imparti au titulaire pour présenter ses observations.

Pour les pénalités prévues au contrat autres que celles visées par les CCAG, et de manière générale lorsqu'il n'est pas fait application des clauses des CCAG, il est conseillé de préciser dans les documents contractuels si l'application des pénalités doit ou non donner lieu à une mise en demeure préalable.

Indépendamment des clauses du contrat, il peut être utile d'échanger avec son cocontractant pour comprendre les causes du non-respect par celui-ci de ses engagements contractuels. Ce contradictoire préalable permettra en effet d'éviter l'application de pénalités pour des manquements échappant en réalité à la responsabilité du titulaire. Ce dialogue pourra par ailleurs être aussi l'occasion de trouver des solutions appropriées à des difficultés structurelles d'exécution de la prestation.

2.3. Les pénalités peuvent être appliquées avant ou au moment du règlement définitif

Le code de la commande publique ne précise pas les modalités d'application des pénalités. Les documents contractuels doivent donc les mentionner, s'agissant notamment du moment du règlement des pénalités et de leur périodicité.

En principe, les pénalités peuvent être réclamées soit en cours d'exécution du contrat au moyen de précomptes sur les montants dus au titulaire, soit à la fin du contrat lors du règlement définitif. Lorsque les pénalités ne sont pas précomptées périodiquement en cours d'exécution, elles constituent un élément du décompte général du marché qui ne peut être isolé du solde²⁹. Dans ce cas, la contestation des pénalités ne peut se faire distinctement de celle du décompte général.

Si le solde est négatif et que le titulaire est débiteur du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, ce dernier peut émettre un titre exécutoire afin de recouvrer les pénalités dues par ce titulaire³⁰. C'est seulement après l'établissement du décompte général que l'émission d'un titre de recettes peut avoir lieu³¹ dans un délai de cinq ans³².

Par ailleurs, lorsque le décompte général est devenu définitif, il n'est plus possible d'émettre un titre de recettes afin d'obtenir le recouvrement des pénalités qui n'auraient pas été mentionnées dans le décompte général³³.

Enfin, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a également la possibilité de réclamer le paiement des pénalités devant le juge sans l'établissement préalable d'un décompte³⁴. Néanmoins, lorsque l'administration émet un titre exécutoire, et a, de ce fait, mis en œuvre les pouvoirs dont elle dispose, elle n'est plus recevable à saisir le juge d'une telle demande³⁵.

2.4. Selon ce qui est prévu par le contrat, des pénalités peuvent être appliquées en cas de retard de livraison ou de réceptions partielles

Des pénalités de retard sanctionnant la méconnaissance de délais partiels d'exécution (livraison échelonnée, réceptions partielles, etc.) peuvent être prévues : dans ce cas, elles doivent être incluses de manière expresse³⁶.

²⁸ Art. 14.1.1 du CCAG-FCS, Art. 14.1.1 du CCAG-PI, Art. 14.1.1 du CCAG-TIC, Art. 15.1.1 du CCAG-MI, Art. 16.2.4 du CCAG-MOE, Art. 19.2.4 du CCAG-Travaux.

²⁹ CE, 11 juin 1975, *Sté Jean Franzetti*, n° 93860 ; [CAA Bordeaux, 4 octobre 2007, Société Les grands travaux du bassin aquitaine](#), n° 04BX01178.

³⁰ [CE, 11 juillet 2008, SA CNIM](#), n° 281070.

³¹ [CAA Lyon, 27 décembre 2007, Société Copibat](#), n° 03LY01501 ; [CAA Nancy, 7 mai 2002, SARL Gil Ignace](#), n° 97NC00840 ; [CAA Paris, 4 octobre 2013, SIEVD](#), n°10PA01260.

³² Le délai de prescription applicable aux créances détenues par les personnes publiques sur des tiers est le délai de cinq ans prévu à l'article 2224 du Code civil, sauf dans l'hypothèse où une disposition spéciale prévoit un délai différent (cf. [CE, 4 octobre 2019, Commune de Saint-Pierre](#), n° 418224).

³³ [CAA Nancy, 28 mai 2019, Commune de Gandrange](#), n° 18NC00501 ; [CAA de Douai, 16 juin 2020, Ecovolor](#), n° 19DA00468.

³⁴ [CAA Versailles, 7 juin 2018, Société Migo Aménagements](#), n°s 16VE03140 et 16VE03187.

³⁵ [CAA Douai, 4 octobre 2018, Société Nord Constructions Nouvelles](#), n° 17DA00844.

³⁶ [CE, 23 février 2004, Région Réunion](#), n° 246622 ; [CAA Nantes, 9 mai 2014, Commune de La Chaussée d'Ivry](#), n° 12NT02982.

Les stipulations contractuelles peuvent cependant prévoir que ces pénalités ne sont appliquées que lorsque le dépassement d'un délai d'exécution partiel entraîne un dépassement du délai global d'exécution du marché³⁷.

En revanche, les pénalités de retard ne peuvent pas s'appliquer aux travaux de levée des réserves dès lors qu'elles visent à sanctionner le dépassement du délai d'exécution contractuel décompté depuis l'ordre de service de commencer les travaux jusqu'à leur réception, qui arrête le cours des pénalités de retard. En effet « *la reprise des malfaçons réservées à la réception obéit à un régime de sanction spécifique, organisée par les stipulations de l'article 41.6 du CCAG, qu'il incombe à la personne responsable du marché de mettre en œuvre et qui, de ce fait, ne saurait se cumuler avec les pénalités de retard* »³⁸.

2.5. Les pénalités doivent être appliquées en tenant compte de leurs conséquences pour l'entreprise

L'application des pénalités de retard est un droit contractuel de l'administration auquel elle peut renoncer³⁹. Ce principe trouve à s'appliquer lorsque la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières pour l'entreprise.

A fortiori, la force majeure, des circonstances imprévisibles ou exceptionnelles ou un fait de l'administration ayant empêché le cocontractant de respecter les délais d'exécution prévus au contrat constituent autant de causes exonératoires de la responsabilité du titulaire résultant de retards d'exécution du contrat. Dans ces trois cas, sous réserve des stipulations contractuelles, l'acheteur ne peut infliger à son cocontractant des pénalités de retard⁴⁰.

Par ailleurs, la renonciation peut être unilatérale (par décision motivée de l'autorité compétente) ou contractuelle⁴¹.

En outre, le juge a reconnu le renoncement tacite de l'administration au recouvrement des pénalités de retard en considérant que l'acheteur qui a « *accordé [au titulaire du marché] des reports successifs de délais (...) devait être réputé avoir renoncé à lui infliger des pénalités de retard* »⁴². Dans le même sens, le juge a pu considérer que l'engagement de pourparlers après la notification d'une mise en demeure par l'administration ayant entraîné un écoulement de temps trop long entre ladite mise en demeure et le prononcé de la sanction équivalait à une renonciation aux effets de la mise en demeure et, qu'en conséquence, la sanction prononcée par l'administration était irrégulière⁴³.

Le juge apprécie donc au cas par cas si le comportement de l'acheteur équivaut à un renoncement tacite au recouvrement des pénalités.

Rejoignant les principes du Code civil⁴⁴ et la position du juge judiciaire, le juge administratif accepte de contrôler le montant des pénalités⁴⁵. Saisi de conclusions en ce sens, il peut modérer ou augmenter le montant des pénalités résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché ou aux recettes prévisionnelles de la concession, en tenant compte des subventions versées par l'autorité concédantes⁴⁶ et de la gravité de l'inexécution constatée⁴⁷.

Le cocontractant qui conteste le montant des pénalités mis à sa charge doit prouver leur caractère manifestement excessif⁴⁸. Il doit notamment « *fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des contrats comparables ou aux caractéristiques particulières du contrat en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif* »⁴⁹. À défaut, le juge ne pourra exercer son pouvoir de modulation, même si le montant des pénalités paraît excessif.

³⁷ Article 19.2.5 du CCAG-Travaux ; [CE, 20 septembre 1991, Administration générale de l'Assistance Publique à Paris, n° 77184](#).

³⁸ CAA Lyon, 18 février 2010, *SA Planche*, n° 07LY01299.

³⁹ [CE, 9 novembre 2018, SAS Savoie](#), préc. C'est notamment pour ce motif que le montant des pénalités ne peut être un critère d'évaluation des offres.

⁴⁰ [CE, 18 juin 1969, SA Entreprise Guyot, n° 72661](#) ; [CE, 13 mai 1987, Société Citra-France, n° 50006 et 50065](#) ; [CAA Nancy, 3 avril 1990, n° 89NC00316](#) ; [Circulaire du 29 septembre 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières et abrogeant la circulaire n° 6338/SG du 30 mars 2022](#).

⁴¹ [CE, 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux, n° 308676](#). Il convient, néanmoins, de prendre garde dans tous les cas à formaliser cette décision pour le contrôle du comptable public.

⁴² [CE, 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux, préc.](#)

⁴³ [CE, 8 févr. 1999, Ville de Montélimar, n° 168535](#).

⁴⁴ Voir article 1231-5 du Code civil.

⁴⁵ [CE, 29 déc. 2008, OPHLM de Puteaux, n° 296930](#) ;

⁴⁶ [CE, 12 octobre 2020, Société Vert Marine, n° 431903](#).

⁴⁷ [CE, 12 octobre 2020, Commune d'Antibes, n° 431903](#) et les conclusions de Mme Le Corre sur cette décision (*BJCP*, n° 134, 2021, p. 48).

⁴⁸ [CAA Paris, 10 avril 2018, Société d'économie mixte Paris Seine, n° 16PA00341](#).

⁴⁹ [CE, 12 octobre 2020, Société Vert Marine, préc.](#)

À titre d'exemple, le juge a pu, en fonction des circonstances de l'espèce, estimer que des pénalités correspondant à plus de 55 % du montant total du marché étaient manifestement excessives⁵⁰. À l'inverse, le juge a refusé de considérer comme manifestement excessif un montant de pénalité de retard correspondant à 26 % du montant total du marché, quand bien même celui-ci avait pour effet de priver le requérant de sa marge bénéficiaire⁵¹.

À SIGNALER

Depuis le 1er avril 2021, les CCAG plafonnent à 10% du montant du marché ou du bon de commande le montant des pénalités de retard pouvant être appliquées.

Les pénalités ne sont pas le seul mécanisme de sanction. Ainsi, lorsque le montant des pénalités atteint un montant excessif, l'acheteur doit s'interroger sur la possibilité de poursuivre le contrat ou de faire usage, si l'exécution du contrat dans des conditions acceptables n'apparaît plus possible, d'autres outils prévus par le droit de la commande publique : mise en régie ou résiliation pour faute, le cas échéant, aux frais et risques du titulaire.

⁵⁰ [CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n° 296930](#), préc.

⁵¹ [CE, 20 juin 2016, Société Eurovia Haute-Normandie](#), préc.