



Les pénalités

Références dans les CCAG : art. 19 CCAG-Travaux, 14 CCAG-FCS, TIC et PI, 15 CCAG-MI, 16 CCAG-MOE

Pénalités de retard

1.1. Calcul des pénalités de retards

La formule de calcul des pénalités de retard varie selon les CCAG :

- 1/3000^{ème} par jour de retard du montant HT de l'ensemble du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande (CCAG Travaux) ;
- montant de la pénalité = valeur de base HT de la prestation ou de la part de la prestation concernée X nombre de jours de retard / 1 000 (CCAG-FCS, CCAG-TIC) ;
- montant de la pénalité = valeur de base HT de la prestation ou de la part de la prestation concernée X nombre de jours de retard / 3 000 (CCAG-MI, CCAG-PI, CCAG-MOE).

Le CCAG-Travaux et le CCAG-MOE précisent que les samedis, dimanches et les jours fériés ou chômés ne sont pas déduits pour le calcul des pénalités. Cette règle s'applique aux autres CCAG, bien qu'ils soient silencieux sur ce point. En effet, en l'absence d'exclusion expresse, tous les jours doivent être considérés comme pris en compte dans le calcul des pénalités.

Les pénalités étant considérées comme des indemnités ayant pour objet de sanctionner le retard dans l'exécution du contrat, elles ne constituent pas la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de services et ne sont ainsi pas concernées par la TVA au sens des articles 256 et suivants du code général des impôts¹.

De plus, à la différence de ce qui était prévu dans les CCAG de 2009, les nouveaux CCAG ne prévoient plus l'application de la révision de prix aux pénalités de retard.

Le calcul des pénalités s'arrête au jour de la cessation des relations contractuelles, quel qu'en soit le motif².

1.2. Procédure contradictoire préalable

¹ [BOI-TVA-BASE du 15 janvier 2014, pt. 70.](#)

² CE, 21 mars 1986, *M. Y.*, req. n° 46973.

Quel que soit le CCAG, le dialogue entre les parties est favorisé par une procédure contradictoire préalable à l'application des pénalités de retard.

Ce dialogue peut être un moyen pour l'acheteur de prendre connaissance des raisons du manquement et éventuellement de renoncer ou de moduler les pénalités en fonction des difficultés rencontrées par le titulaire, comme des difficultés d'approvisionnement indépendantes de sa volonté. Il convient d'ailleurs de remarquer que les événements ayant le caractère de force majeure prolongent le délai contractuel d'exécution, et s'opposent *de facto* à l'octroi de pénalités de retard.

Ainsi, le titulaire doit être invité par l'acheteur/le maître d'ouvrage qui envisage d'appliquer des pénalités à présenter ses observations dans un délai de quinze jours. A cette occasion, doivent être précisés au titulaire le montant des pénalités susceptibles d'être appliquées et les retards concernés. A défaut de réponse ou si les observations présentées par le titulaire ne permettent pas de démontrer que le retard ne lui serait pas imputable, alors les pénalités de retard s'appliquent à compter du lendemain du jour où le délai contractuel de la ou des prestations concernées est expiré.

1.3. Plafonnement des pénalités de retard

L'ensemble des CCAG prévoient désormais que le montant des pénalités de retard ne peut excéder 10 % du montant total HT du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande. Ce seuil, plus élevé que les 5 % retenus pour les marchés privés par la norme AFNOR NF P 03-001, se justifie par la prise en compte d'un équilibre entre l'intérêt public inhérent aux marchés publics et le souci d'éviter de fragiliser la situation des entreprises, notamment des PME. Sans remettre en cause le caractère dissuasif de la sanction, il devrait également avoir pour effet de réduire les contestations, devant le juge administratif, portant sur le caractère excessif des pénalités de retard. Il est donc fortement recommandé de ne déroger à ce plafond que dans des cas très particuliers, afin de ne pas remettre en cause l'équilibre contractuel général recherché par les nouveaux CCAG.

En outre, tous les CCAG prévoient que le titulaire est exonéré des pénalités dans le cas où leur montant ne dépasserait pas 1 000 euros pour l'ensemble du marché.

Points de vigilance

- ***Pénalités de retard et respect de l'équilibre contractuel***

Le rééquilibrage des relations contractuelles est l'un des objectifs poursuivis par la réforme des CCAG. Les CCAG sont conçus comme un ensemble cohérent et équilibré permettant de sécuriser juridiquement l'exécution administrative des marchés publics, et intégrant les bonnes pratiques en la matière. Le rééquilibrage des relations contractuelles dans les nouveaux CCAG, qui se traduit notamment par le développement du dialogue entre les parties et le plafonnement des pénalités de retard, poursuit un objectif « gagnant-gagnant ». En sécurisant les entreprises, ce nouvel équilibre renforce l'attractivité de la commande publique et donc la concurrence, ce qui peut contribuer à diminuer les coûts pour l'acheteur. En outre, le plafonnement des pénalités de retard peut permettre de diminuer les prix dans

la mesure où le risque pour les entreprises est encadré et ne sera pas reporté sur les prix proposés de manière disproportionnée.

Cela permet également de sécuriser l'exécution des marchés publics. En effet, l'application automatique de pénalités de retard pour un montant important, sans recherche des causes de ces difficultés ni des moyens d'y remédier, peut mettre l'entreprise titulaire en grave difficulté et présenter un danger pour la poursuite des prestations. Or, le fait d'instaurer une procédure contradictoire avant l'application des pénalités de retard est un moyen pour le titulaire de porter à la connaissance de l'acheteur les difficultés qu'il rencontre et de lui témoigner sa bonne foi.

Bien sûr, les CCAG demeurent des documents facultatifs, auxquels il est possible de déroger. Toutefois, les dérogations aux clauses instaurant une procédure contradictoire et un plafonnement des pénalités de retard ne sont pas conseillées dans le cas général, dans la mesure où l'équilibre qui découle de ces clauses constitue un gage de bonne exécution des marchés publics.

- **Pénalités de retards et circonstances imprévisibles**

Les acheteurs sont toujours libres de ne pas appliquer les pénalités de retard (CE, 28 octobre 1953, Société comptoir des textiles bruts et manufacturés, req. n° 89449, T. p. 721). A cet égard, lorsque le titulaire est dans l'impossibilité de respecter les délais contractuels en raison de circonstances imprévisibles, il peut être opportun, selon les situations, d'accorder une dispense de pénalités de retards et d'aménager les délais d'exécution. De plus, la non-application des pénalités de retard s'impose lorsque le retard est justifié par des circonstances qualifiables de cas de force majeure³.

Autres pénalités

3.1. Pénalités communes à tous les CCAG

Tous les CCAG prévoient :

- une pénalité journalière pour non remise du contrat de sous-traitance⁴ ;
- une pénalité forfaitaire pour non-respect de la clause d'insertion sociale, et pour absence injustifiée à une réunion de suivi de son exécution⁵, ainsi qu'une pénalité forfaitaire pour non-respect des clauses environnementales⁶. Le montant de ces pénalités est fixé par les documents particuliers du marché. A défaut, la pénalité prévue par les CCAG ne peut trouver à s'appliquer.

³ La force majeure s'entend d'un événement extérieur, imprévisible et irrésistible.

⁴ Articles 3.6.1.5 pour le CCAG-Travaux, 3.6.3 pour les autres.

⁵ Articles 20.1.5 du CCAG Travaux, 16.1.5 des CCAG-FCS, PI et TIC, 17.1.5 du CCAG-MI et 18.1.5 du CCAG-MOE.

⁶ Articles 20.2.3 du CCAG-Travaux, 16.2.3 des CCAG-FCS, PI et TIC, 17.2.3 du CCAG-MI et 18.2.3 du CCAG-MOE.

En outre, les CCAG renvoient aux documents particuliers du marché le soin de préciser les pénalités applicables en cas de manquement à la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel.

3.2. Pénalités spécifiques

Chacun des CCAG prévoit par ailleurs des pénalités spécifiques.

Pour les prestations de maintenance, le CCAG-FCS et le CCAG-TIC prévoient une pénalité pour indisponibilité qui vient sanctionner l'usage d'un matériel rendu impossible, soit par le fonctionnement défectueux d'un organe ou dispositif ou d'une fonctionnalité qui y est inclus, soit en raison de l'indisponibilité d'un autre élément du matériel qui lui est lié. Dans ce cas, le délai d'indisponibilité débute au moment de l'arrivée de la demande d'intervention au titulaire en cas de maintenance sur site, ou au moment de la remise de l'élément défaillant en cas de maintenance chez le titulaire, et s'achève par la remise à disposition de l'acheteur des éléments. Si cette durée d'indisponibilité excède huit heures ouvrées pour une maintenance sur site, ou quinze jours consécutifs pour une maintenance chez le titulaire, alors des pénalités s'appliquent selon la formule suivante : montant mensuel versé au titulaire au titre de la maintenance x nombre de jours de retards / 30.

Les CCAG-TIC et PI prévoient tous deux des pénalités pour violation des obligations de sécurité ou de confidentialité qui, si elles impliquent des données à caractère personnel, correspondent à 2 % du montant exécuté du marché à la date de constatation du fait générateur ou 0,5 % de ce montant si elles n'impliquent pas de données à caractère personnel. Pour ces pénalités, les CCAG-PI et TIC prévoient, comme pour les pénalités de retard, une procédure contradictoire préalable.

Caractère libératoire des pénalités

Par défaut, les pénalités sont libératoires. Autrement dit, l'acheteur ne peut prétendre à une réparation sur le fondement d'un manquement donné si celui-ci a déjà été sanctionné par une pénalité⁷.

Cependant, ce caractère libératoire ne vaut que pour l'indemnisation de l'acheteur : il ne libère par le titulaire de l'exécution de l'obligation.

Par ailleurs, rien n'empêche que des dommages et intérêts soient accordés pour réparer un préjudice distinct résultant d'une faute distincte. En outre, l'acheteur, dans le cas où il aurait résilié son marché pour faute du titulaire en raison d'un retard important, pourrait, en plus des pénalités, obtenir la réparation de son préjudice né de la résiliation du contrat.

⁷ CE, 14 avril 1995, *Société d'aménagement de la région de Rouen*, req. n° 75330.