

FICHE **36****Les pénalités de retard
dans les marchés publics****I. Des pénalités de retard dans un marché public : pourquoi ?****I.1. Les pénalités de retard permettent d'assurer
l'exécution du marché, dans des délais contraints**

Dans les marchés publics, un délai d'exécution des prestations doit être fixé par le pouvoir adjudicateur. L'article 12 du code des marchés publics prévoit ainsi, pour les marchés formalisés, que « *les pièces constitutives d'un marché [...] comportent obligatoirement [...] la durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement* ».

Le non-respect des délais d'exécution, sur lesquels s'est contractuellement engagé le titulaire du marché, peut entraîner la mise en œuvre de pénalités de retard. Celles-ci visent à inciter les titulaires à respecter leurs engagements. Elles prennent la forme de sanctions pécuniaires forfaitaires, qui se substituent aux dommages-intérêts. Elles ont une fonction dissuasive et réparatrice. Elles interdisent au pouvoir adjudicateur 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 champ d'application de la TVA¹.

I.2. Ces pénalités doivent être prévues par le marché

L'attention particulière des acheteurs publics est appelée sur la rédaction des clauses relatives aux modalités de calcul des pénalités et aux délais d'exécution. Leur précision conditionne une application prévisible, efficace et sécurisée des pénalités de retard. A titre d'exemple, si une clause prévoit une pénalité en cas d'absence à des réunions, aucun autre manquement ou retard ne pourra donner lieu à l'application de la pénalité². La fixation précise des délais d'exécution est nécessaire.

Le délai d'exécution des prestations court à compter de la date de notification du marché, sauf stipulations contraires. Le terme des délais d'exécution (réception partielle ou totale, décision d'ajournement, livraison...) est fixé par les stipulations du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable, auquel il est possible de déroger dans les documents contractuels. Il est conseillé aux acheteurs publics de déterminer avec précision le délai d'exécution, ses dates de départ et de fin, afin d'éviter tout litige sur ce point.

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

2. CAA Nancy, 30 septembre 2014, *Société ACE BTP*, n°13NC00041.

Si le contrat prévoit des formalités de notification du calendrier d'exécution ou d'approbation par les parties, l'acheteur public ne peut ainsi appliquer les pénalités de retard qu'en ayant satisfait à ces conditions³.

Il est possible de proroger les délais d'exécution d'un marché par voie d'avenant. L'acheteur public pourra 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). La prolongation des délais ne doit cependant pas être excessive, afin de ne pas bouleverser les conditions de la mise en concurrence initiale.

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 au délai prévu initialement ou pour les exclure du champ d'application des pénalités de retard⁴.

2. Comment appliquer et utiliser les pénalités de retard ?

2.1. Les CCAG prévoient des clauses-type. ; il est possible d'y déroger ou de les aménager

L'article 20 du CCAG « Travaux », l'article 14 du CCAG « Fournitures courantes et services » (FCS), l'article 15 du CCAG « Marchés industriels (MI), l'article 14 du CCAG « Techniques de l'information et de la communication » (TIC) et l'article 14 du CCAG « Prestations intellectuelles » (PI) prévoient les modalités d'application et de calcul des pénalités de retard. Néanmoins, les acheteurs publics peuvent toujours déroger aux stipulations des CCAG par une stipulation expresse dans les documents contractuels.

Les CCAG Travaux, MI et PI prévoient une exonération des pénalités lorsque leur montant ne dépasse pas 1 000 euros HT. Les CCAG FCS et TIC permettent cette exonération dès 300 euros HT.

Les différents CCAG dispensent le pouvoir adjudicateur de procéder à une mise en demeure préalable à leur application. En l'absence de stipulation contraire dans les documents particuliers du marché, l'application des pénalités de retard est de plein droit et sans mise en demeure du seul fait de la constatation du retard⁵. Lorsque le marché ne fait pas référence à un CCAG ou lorsque les documents contractuels prévoient expressément une mise en demeure préalable, le pouvoir adjudicateur ne peut s'exonérer de cette obligation⁶.

3. A titre d'exemple : CAA Marseille, 26 mai 2014, *Communauté de Haute-Provence*, n°12MA01159.

4. Voir par exemple CE, 16 mai 2012, *Communauté d'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe*, n°345137.

5. CE, 15 novembre 2012, *Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue*, n°350867, considérant 4.

6. CE, 24 avril 1992, *Syndicat mixte pour la géothermie à la Courneuve*, n°112679.

2.2. Les pénalités de retard s'appliquent :

2.2.1 A la personne responsable du retard

Les pénalités de retard ne peuvent s'appliquer que si le retard est imputable au titulaire du marché ou à ses sous-traitants. En cas de litige, le juge vérifiera si cette condition est remplie⁷. Il pourra, le cas échéant, décider d'un partage de responsabilité avec l'acheteur public et réduire le montant des pénalités de retard⁸.

2.2.2 Avant ou après le règlement définitif du marché

Lorsque le principe des pénalités est prévu au marché, les pénalités peuvent être précomptées sur les acomptes versés au titulaire tout au long du marché, lors de l'établissement des états d'acompte. Dans le cadre d'un marché de travaux ne dérogeant pas à l'article 13.2 du CCAG « Travaux », les pénalités de retard sont incluses dans l'état d'acompte mensuel. Pour les autres marchés publics, les stipulations contractuelles doivent prévoir la possibilité de précompter et la périodicité des états d'acompte.

Lorsque le marché ne prévoit pas que les pénalités peuvent être précomptées sur les acomptes, les pénalités constituent un élément du décompte général du marché, qui ne peut pas être isolé du solde⁹.

Il résulte du principe de l'intangibilité du décompte général, que la contestation des pénalités ne peut se faire distinctement de celle du décompte. Enfin, ce n'est que lors de l'établissement du décompte général que l'émission d'un titre de recettes peut avoir lieu¹⁰.

2.2.3 Selon ce qui est prévu par le contrat en cas de livraisons ou réceptions partielles

Des pénalités de retard pour des délais d'exécution partiels peuvent être prévues de manière expresse¹¹. Les stipulations contractuelles peuvent, cependant, prévoir que ces pénalités ne sont appliquées que lorsque le dépassement d'un délai d'exécution partiel a pour effet un dépassement du délai global du marché¹².

2.2.4. En prenant en compte les conséquences de leur application pour l'entreprise

L'application des pénalités de retard est un droit contractuel de l'administration, auquel elle peut renoncer. Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, pour laquelle la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières. La renonciation peut être unilatérale (par décision motivée de l'autorité compétente) ou contractuelle¹³.

La jurisprudence invite, désormais, l'acheteur à faire une application raisonnée des pénalités de retard. Le juge administratif s'est, en effet, reconnu le pouvoir de moduler leur

7. CE, 15 novembre 2012, n°350867 précité, considérant 5.

8. CAA Nantes, 19 septembre 2014, *SNC Entreprises Morillon Corvol Courbot*, n°12NT03032.

9. CAA Bordeaux, 4 octobre 2007, *Société Les grands travaux du bassin aquitain*, n°04BX01178.

10. CAA Lyon, 27 décembre 2007, *Société Copibat*, n°03LY01501 ; CAA Nancy, 7 mai 2002, *SARL Gil Ignace*, n°97NC00840.

11. CE, 23 février 2004, *Région Réunion*, n°246622 ; CAA Nantes, 9 mai 2014, *Commune de La Chaussée d'Ivry*, n°12NT02982.

12. CE, 20 septembre 1991, *Administration générale de l'Assistance Publique*, n°77184.

13. CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, n°308676.

montant, « *si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché* »¹⁴, rejoignant, ainsi, la position du juge judiciaire.

Le mécanisme des clauses incitatives de l'article 17 du code des marchés publics « *aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production* » est également un bon moyen pour encourager les titulaires des marchés à une meilleure réalisation, voire à une réalisation anticipée du marché. A cette fin, Il peut être prévu, dans les pièces du marché, des primes d'avances (à ne pas confondre avec les avances versées au titre de l'article 87 du code des marchés publics).x

14. CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n°296930.