

DIRECTION GENERALE DES FINANCES PUBLIQUES

BOFIP-GCP-13-0021 du 26 novembre 2013

NOR : BUDE1328546N

Note de service du 19 novembre 2013

NOTE DE SERVICE RELATIVE A L'APPLICATION AUX ETABLISSEMENTS PUBLICS NATIONAUX ET ETABLISSEMENTS PUBLICS LOCAUX D'ENSEIGNEMENT DES DISPOSITIONS RELATIVES A LA LUTTE CONTRE LES RETARDS DE PAIEMENT DANS LES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET DU CODE DE COMMERCE

Bureau CE-2B

RÉSUMÉ

La présente note de service a pour objet de préciser pour les établissements publics nationaux et les établissements publics locaux d'enseignement les règles issues du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique. Elle précise également les règles en matière de dépassement du délai de règlement issues du code de commerce.

Date d'application : application immédiate

DOCUMENTS À ABROGER

Néant

SOMMAIRE

TITRE 1 : DÉLAIS DE PAIEMENT DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....	4
CHAPITRE 1 : CHAMP D'APPLICATION.....	4
Section 1 : Pouvoirs adjudicateurs	4
Section 2 : Contrats de la commande publique.....	4
CHAPITRE 2 : DÉLAIS DE PAIEMENT APPLICABLES	4
Section 1 : Délai de paiement des établissements publics nationaux autres que les établissements à caractère industriel et commercial et des établissements publics locaux d'enseignement	5
Section 2 : Délai de paiement des établissements à caractère industriel et commercial (EPIC).....	5
Section 3 : Les documents contractuels peuvent prévoir des délais de paiement inférieurs au délai de paiement maximum	6
CHAPITRE 3 : MODALITÉS DE CALCUL DU DÉLAI DE PAIEMENT.....	6
Section 1 : Point de départ du délai de paiement	6
Sous-section 1 : Cas général : le service est fait et la facture est reçue : c'est la date de réception de la facture qui fixe le point de départ du délai de paiement (article 2, I).....	6
Sous-section 2 : La facture est reçue par la personne désignée au contrat alors que les prestations ne sont pas encore exécutées (article 2, I, 1°).....	7
Sous-section 3 : Le paiement concerné porte sur le solde d'un marché public de travaux soumis au code des marchés publics et au cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux marchés de travaux sur ces points (article 2, I, 2°).....	7
Sous-section 4 : Mise en œuvre d'une procédure de constatation de la conformité des prestations aux stipulations contractuelles (article 2, I, 3°).....	7
Sous-section 5 : Absence des dates déterminant le point de départ du délai ou dates incertaines (article 2, II).....	7
Sous-section 6 : Délai de paiement de l'avance (article 2, III).....	8
Sous-section 7 : Délai de paiement d'une indemnité de résiliation (article 2, IV).....	8
Sous-section 8 : Délai de paiement du remboursement de la retenue de garantie (article 3).....	8
Section 2 : Fin du délai de paiement.....	8
Section 3 : Suspension du délai de paiement (article 4).....	9
Section 4 : Délai de paiement en cas de recours à un maître d'œuvre (article 5)	9
Sous-section 1 : Un délai d'intervention du maître d'œuvre doit être prévu dans le contrat passé avec celui-ci.....	9
Sous-section 2 : La gestion de la suspension du délai de paiement en cas d'intervention d'un maître d'œuvre....	10
Section 5 : Les sous-traitants payés directement (article 6).....	10
CHAPITRE 4 : LES SANCTIONS POUR DÉFAUT DE PAIEMENT DANS LES DÉLAIS	10
Section 1 : Les intérêts moratoires.....	10
Sous-section 1 : Le principe du versement automatique d'intérêts moratoires pour retard de paiement (article 7).....	10
Sous-section 2 : La suppression de la possibilité de ne pas mandater les intérêts moratoires d'un montant inférieur à 5 euros.....	11
Sous-section 3 : Taux des intérêts moratoires (article 8).....	11
Sous-section 4 : Les modalités de calcul des intérêts moratoires.....	11
Sous-section 5 : En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde (article 8, II).....	11
Section 2 : L'instauration d'une indemnité forfaitaire de 40 euros automatiquement due	

pour chaque retard de paiement (article 9).....	11
Section 3 : Délai de paiement des intérêts moratoires et de l'indemnité forfaitaire (article 10).....	12
Section 4 : Les procédures de mandatement d'office en cas d'absence de mandatement dans les délais	13
CHAPITRE 5 : L'EXISTENCE D'UN DÉLAI DE PAIEMENT UNIQUE AU SEIN DES EPN ET EPLE.....	13
CHAPITRE 6 : LE RÔLE DE CONSEIL DE L'AGENT COMPTABLE.....	13
TITRE 2 : L'APPLICATION DES RÈGLES DU CODE DE COMMERCE AUX EPN ET EPLE POUR LEURS ACTIVITÉS DE VENDEURS.....	14
CHAPITRE 1 : LES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC BÉNÉFICIAIRE DU PAIEMENT DES PÉNALITÉS DE RETARD ET DE L'INDEMNITÉ FORFAITAIRE POUR FRAIS DE RECouvreMENT EN CAS DE DÉPASSEMENT DU DÉLAI DE RÈGLEMENT PAR UN ACHETEUR PROFESSIONNEL.....	14
CHAPITRE 2 : LES DISPOSITIONS DU CODE DE COMMERCE NE SONT PAS APPLICABLES À L'ENCONTRE DES ACHETEURS NON PROFESSIONNELS.....	15
Annexes.....	16
Annexe n° 1 : Exemples de suspension du délai de paiement et du délai restant à courir après la suspension....	16
Annexe n° 2 : Imputation comptable des sanctions.....	17

TITRE 1 : DÉLAIS DE PAIEMENT DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

CHAPITRE 1 : CHAMP D'APPLICATION

Section 1 : Pouvoirs adjudicateurs

Les dispositions du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique sont applicables à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs qu'ils soient soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Entrent donc dans le champ d'application du décret les établissements publics à caractère administratif (EPA), les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), les établissements publics locaux d'enseignement (EPL), les autorités publiques indépendantes (API), les groupements d'intérêt public (GIP).

Section 2 : Contrats de la commande publique

Les délais de paiement prévus par le décret du 29 mars 2013 sont applicables aux contrats de la commande publique, ce qui dépasse le cadre des marchés publics.

L'article 37 de la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne (loi DADUE) étend les dispositions relatives aux délais de paiement à tous les contrats de la commande publique définis comme les contrats « *ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public* ».

Entrent notamment dans cette définition, outre les contrats passés en application du code des marchés publics, les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée, les contrats de partenariat et assimilés¹, les concessions de travaux et les délégations de service public (concessions, affermage, régie intéressée...).

Sont exclues les opérations relatives aux acquisitions d'immeubles ou de fonds de commerce, compte tenu de leurs modalités spécifiques de paiement destinées à assurer la sécurité juridique du paiement au regard particulièrement du caractère libératoire du paiement (acte notarié...).

CHAPITRE 2 : DÉLAIS DE PAIEMENT APPLICABLES

L'article 1^{er} du décret du 29 mars 2013 prévoit les délais de paiement suivants :

1° Trente jours pour :

a) L'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, à l'exception de ceux mentionnés au 2° du présent article ;

b) Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ;

c) Les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005, à l'exception de ceux mentionnés au 3° du présent article ;

2° Cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ;

3° Soixante jours pour les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui sont des entreprises publiques au sens du II de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 7 juin 2004, à l'exception de ceux qui sont des établissements publics locaux.

Dans tous les cas, il est recommandé aux acheteurs publics, dès lors qu'il existe un support écrit, de préciser le délai de paiement et les sanctions du dépassement. Cette précaution devrait permettre d'éviter toute ambiguïté ou contentieux ultérieur.

¹ Exemples : contrats passés en application de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI), en application de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ).

Section 1 : Délai de paiement des établissements publics nationaux autres que les établissements à caractère industriel et commercial et des établissements publics locaux d'enseignement

Les établissements publics nationaux (EPN) à l'exception des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), et les établissements publics locaux d'enseignement (EPLÉ)² sont assujettis à un délai de paiement maximum de 30 jours.

La notion « d'EPN à l'exception des EPIC » regroupe au sein de la présente instruction les établissements publics à caractère administratif (EPA), les établissements publics à caractère scientifique culturel et professionnel (EPSCP), les établissements publics à caractère scientifique et technique (EPST), les chambres d'agriculture, les conseils de la formation auprès des chambres des métiers et de l'artisanat, les autorités publiques indépendantes, les établissements publics fonciers, les groupements d'intérêts publics (GIP) qui appliquent les règles des titres I et III du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable.

Les EPN dont les textes institutifs ne précisent pas leur caractère juridique administratif ou industriel et commercial, tels que les ports autonomes et grands ports maritimes, relèvent du délai de paiement de 30 jours. En effet, étant dépourvus de caractère juridique, ces EPN ne sont pas des établissements publics « ayant un caractère industriel et commercial ». Par conséquent ils entrent dans le champ d'application du délai mentionné au 1°, a) de l'article 1^{er} du décret du 29 mars 2013.

Le délai de paiement de 45 jours pour les marchés passés dans le cadre d'activités de recherche est désormais réduit à 30 jours. En effet, l'article 6 du décret n° 2007-590 du 25 avril 2007 fixant les règles applicables aux marchés passés par les établissements publics mentionnés au 5° du I de l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche, a été abrogé par le décret du 29 mars 2013.

Section 2 : Délai de paiement des établissements à caractère industriel et commercial (EPIC)

Le décret du 29 mars 2013 indique au 3° de l'article 1^{er} que le délai de paiement est de « *60 jours pour les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée qui sont des entreprises publiques au sens du II de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 7 juin 2004 susvisée, à l'exception de ceux qui sont des établissements publics locaux.* »

Le II de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 7 juin 2004 dispose : « *on entend par entreprise publique tout organisme qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel une ou des personnes publiques exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.* »

La notion d'entreprise publique est conçue de manière extensive par la jurisprudence européenne et nationale. Ainsi seules deux catégories d'activités spécifiques échappent à cette qualification : les activités de puissance publique et les activités sociales non marchandes.

Les activités de puissance publique sont celles qui appartiennent par nature aux États, qui procèdent de leur souveraineté ou constituent une mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'État. Toutefois, lorsqu'une entité dispose de prérogatives de puissance publique pour l'exercice d'une partie de ses activités, cela n'empêche pas qu'elle soit qualifiée d'entreprise publique pour le reste de ses activités économiques. La qualification d'entreprise pour une partie, même résiduelle de ses activités, emporte ses effets pour l'ensemble des activités de l'EPIC. Ce principe, issu de la jurisprudence européenne³, vise à garantir la sécurité juridique de la réglementation, et éviter que le délai de paiement varie pour un même EPIC en fonction du type d'activité qu'il mène.

Les activités sociales non marchandes sont celles pour lesquelles la solidarité constitue le principe de fonctionnement. Le principe de solidarité doit se traduire par une dissociation totale entre le montant que les individus ont pu verser à titre de cotisations et celui dont ils sont susceptibles de bénéficier.

Pour qu'un EPIC, qualifié juridiquement comme tel par ses statuts, soit exclu de la définition de l'entreprise publique, il doit exercer exclusivement et uniquement une activité régaliennne ou sociale. Si une partie de son activité, même résiduelle, peut être qualifiée d'activité économique, l'EPIC est une entreprise publique.

En conséquence, et sauf exceptions, les EPIC de l'État bénéficient d'un délai de paiement de 60 jours pour leurs contrats relevant de la commande publique.

Les EPIC de l'État dont l'activité serait exclusivement non économique, c'est-à-dire limitée à des activités régaliennes ou sociales, ne sont pas des entreprises publiques et relèvent donc du 1°, c° de l'article 1^{er} du décret du 29 mars 2013. Ils sont assujettis à un délai de paiement de 30 jours.

2 Le terme « EPLÉ » regroupe dans la présente instruction les établissements publics locaux d'enseignement relevant du ministère de l'éducation nationale, les établissements publics locaux d'enseignement maritime et aquacole et les établissements publics locaux d'enseignement et de formation professionnelle agricole.

3 CJCE, 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG e, a., aff. C-44/96

Les EPIC dits « à double visage » dont l'activité est à la fois économique et administrative, bénéficient d'un délai de paiement de 60 jours dès lors qu'ils sont qualifiés d'EPIC par leurs statuts. À l'inverse, un EPN qui exerce ces deux types d'activités mais dont les statuts ne précisent pas son caractère juridique et indiquent uniquement qu'il s'agit d'un « établissement public de l'État », relève du 1^{er}, a) de l'article 1^{er} du décret du 29 mars 2013 et sont assujettis à un délai de paiement de 30 jours.

Le délai de paiement de 60 jours dont bénéficient les EPIC vise à ne pas créer de distorsion de concurrence entre ces établissements et les entreprises bénéficiant d'un délai de paiement plus souple en application du code de commerce.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du décret du 29 mars 2013, les EPIC bénéficiaient du délai de paiement prévu par l'article L441-6 du code de commerce qui prévoit que « *le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture* ».

Les EPIC sont désormais soumis au délai de paiement prévu par le décret du 29 mars 2013 soit 60 jours après la date d'émission de la facture. Ce délai est donc identique au délai maximum prévu par le code de commerce. Toutefois, il est nécessaire que les établissements qui avaient opté pour un délai de paiement de 45 jours fin de mois en application de la disposition précitée du code de commerce modifient cette référence dont ils ne peuvent désormais plus faire application dans le cadre de contrats de la commande publique.

Par ailleurs, bien que les EPIC ne soient pas soumis au code des marchés publics (CMP), ils peuvent, conformément à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005, décider d'appliquer volontairement les règles de passation ou d'exécution de ce code, en lieu et place de celles de l'ordonnance. Cette soumission volontaire aux dispositions du CMP n'emporte cependant pas application du délai de paiement de 30 jours. L'article 98 du CMP se contente en effet de renvoyer aux dispositions de la loi DADUE et au décret du 29 mars 2013. Ainsi, alors même qu'il aurait choisi d'appliquer volontairement les dispositions du CMP, un EPIC demeure un pouvoir adjudicateur mentionné à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 et bénéficie en conséquence du délai de 60 jours prévu par l'article 1^{er}, 3^o du décret du 29 mars 2013. Il peut toutefois convenir conventionnellement de s'astreindre à un délai plus court.

Section 3 : Les documents contractuels peuvent prévoir des délais de paiement inférieurs au délai de paiement maximum

Les délais de paiement prévus par le décret du 29 mars 2013 sont des délais maximum. Les établissements peuvent choisir contractuellement de s'engager à procéder au paiement de leurs fournisseurs dans des délais inférieurs.

La réduction du délai de paiement réglementaire peut porter sur le solde, les acomptes ou les avances.

Il est possible, par exemple, de prévoir un délai de paiement de 30 jours pour le paiement du solde et un délai plus court pour le paiement des acomptes.

CHAPITRE 3 : MODALITÉS DE CALCUL DU DÉLAI DE PAIEMENT

Section 1 : Point de départ du délai de paiement

L'élément déclencheur du décompte du délai de paiement est, sauf cas particulier, la date de réception de la demande de paiement.

Une demande de paiement est une facture ou une demande équivalente conforme aux obligations légales et contractuelles du créancier.

Les articles 2 et 3 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique précisent les différents cas de déclenchement du délai de paiement.

Sous-section 1 : Cas général : le service est fait et la facture est reçue : c'est la date de réception de la facture qui fixe le point de départ du délai de paiement (article 2, I)

C'est, en règle générale, la date de réception de la facture par l'acheteur public qui constitue le point de départ du délai de paiement.

L'entreprise a rempli ses obligations techniques (réalisation de la prestation) et administratives (transmission ou remise de sa demande de paiement établie conformément aux prescriptions réglementaires et contractuelles). Le pouvoir adjudicateur doit procéder au paiement et dispose, en principe, de tous les éléments lui permettant de régler l'entreprise.

Puisque le dépassement du délai de paiement est sanctionné par le versement d'intérêts moratoires et d'une indemnité forfaitaire, il est nécessaire que le pouvoir adjudicateur garde trace de la date de réception de la facture, soit qu'il en ait été le destinataire, soit qu'elle ait été adressée à une autre personne désignée dans le marché (maître d'œuvre, prestataire). Il peut, à cette fin, apposer un cachet dateur et/ou intégrer cette date dans son système d'information.

De même, le titulaire du marché est invité à recourir à tout moyen lui permettant d'apporter la preuve de cette date (remise contre récépissé...).

Sous-section 2 : La facture est reçue par la personne désignée au contrat alors que les prestations ne sont pas encore exécutées (article 2, I, 1°)

Dans l'hypothèse où une entreprise adresserait sa facture avant d'avoir effectué les prestations correspondantes, le point de départ du délai ne saurait être la date de réception de ladite facture puisqu'en l'absence de service fait, la personne publique contractante ne peut régler la dépense.

Dans ces conditions, c'est la date du service fait, c'est-à-dire d'achèvement des prestations faisant l'objet de la demande de paiement, attestée par le pouvoir adjudicateur, qui est retenue. En effet, la certification du service fait constitue une prérogative de l'acheteur public.

Au cas où la date exacte du service fait ne pourrait être établie par le pouvoir adjudicateur, il ne serait pas possible de constater si cette date est ou non postérieure à la facture et c'est la date de réception de la facture qui ferait foi (cf. cas général).

Sous-section 3 : Le paiement concerné porte sur le solde d'un marché public de travaux soumis au code des marchés publics et au cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux marchés de travaux sur ces points (article 2, I, 2°)

Les opérations préalables à l'acceptation du décompte général et définitif, décrites par le CCAG travaux, se déroulent selon une procédure complexe de va-et-vient entre entreprise, maître d'œuvre et maître d'ouvrage.

Cette procédure ne peut être occultée puisque le décompte général et définitif, une fois établi, lie définitivement les parties. Les cas de modifications admis a posteriori d'un tel décompte sont des exceptions (simple erreur matérielle de calcul, accord des parties pour procéder à une modification).

Il importe donc tout particulièrement, tant dans l'intérêt de la personne publique contractante que dans celui de l'entreprise titulaire de la commande, que cette procédure puisse être menée avec le plus grand soin.

C'est pourquoi le point de départ du délai de paiement du solde d'un marché de travaux soumis au code des marchés publics est la date de réception par le maître d'ouvrage du décompte général et définitif signé par l'entreprise titulaire : « *pour le paiement du solde des marchés de travaux soumis au code des marchés publics, le délai de paiement court à compter de la date de réception par le maître de l'ouvrage du décompte général et définitif établi dans les conditions fixées par le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux* » (article 2 I, 2° du décret du 29 mars 2013 précité).

En cas de désaccord sur le solde, le paiement est effectué sur la base provisoire des sommes admises par le pouvoir adjudicateur. Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont finalement dues au créancier, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence (article 8, II du décret du 29 mars 2013).

Il est en effet souhaitable que la personne publique contractante verse rapidement à l'entreprise concernée les sommes qu'elle reconnaît lui devoir, afin de ne pas immobiliser des sommes qui peuvent être conséquentes. Il en va non seulement de l'intérêt de cette entreprise mais également de celui de la personne morale de droit public elle-même, qui serait susceptible de devoir liquider des intérêts moratoires pour les sommes dues, en cas de dépassement du délai de paiement.

Sous-section 4 : Mise en œuvre d'une procédure de constatation de la conformité des prestations aux stipulations contractuelles (article 2, I, 3°)

Lorsque les parties prévoient dans le contrat une procédure de vérification de la conformité des prestations, elles peuvent convenir que le point de départ du délai de paiement sera la date de constatation de conformité, si celle-ci est postérieure à la date de réception de la facture. Ces opérations sont menées dans un délai de 30 jours. Le contrat peut néanmoins prévoir un délai plus long, à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques. À défaut de décision expresse dans ce délai, les prestations sont réputées conformes.

Sous-section 5 : Absence des dates déterminant le point de départ du délai ou dates incertaines (article 2, II)

En cas d'absence de constat par le pouvoir adjudicateur des dates qui déterminent le point de départ du délai (réception de la facture, service fait...), la demande de paiement est réputée avoir été reçue à sa date d'émission augmentée de deux jours.

En effet, l'absence éventuelle de constat par le pouvoir adjudicateur des dates déterminant le point de départ du délai ne doit pas faire obstacle à la liquidation et au versement des intérêts moratoires et de l'indemnité forfaitaire de recouvrement éventuellement dus.

Sous-section 6 : Délai de paiement de l'avance (article 2, III)

À titre liminaire, il est rappelé que les avances ne sont autorisées que dans le cadre des marchés (code des marchés publics et ordonnance du 6 juin 2005 précitée). Dans les autres contrats, sauf dérogation réglementaire, c'est la règle du paiement après service fait qui s'impose.

Sauf s'il existe des dispositions spécifiques sur ce point dans le contrat, le délai de paiement d'une avance est identique au délai prévu au contrat pour l'ensemble des paiements.

Si des conditions sont prévues au contrat pour le versement de l'avance, le délai de paiement de l'avance court à compter du moment où toutes ces conditions sont remplies (fourniture par l'entreprise de toutes les pièces demandées...). Si tel n'est pas le cas, le délai de paiement de l'avance court à partir de la date de notification du contrat à l'entreprise ou de l'acte (ordre de service) emportant commencement d'exécution des prestations si le contrat prévoit un tel acte.

Enfin s'agissant des marchés publics soumis au code des marchés publics, les articles 87, 89 et 90 de ce code précisent que les organismes publics ont la possibilité d'exiger, dans leurs marchés, la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire pour garantir le remboursement de l'avance. Dans un tel cas, le délai de paiement ne peut commencer à courir qu'à réception de la garantie ou de la caution.

Sous-section 7 : Délai de paiement d'une indemnité de résiliation (article 2, IV)

À moins de stipulations spécifiques sur ce point dans le contrat, le délai de paiement d'une indemnité de résiliation est le délai prévu au contrat pour l'ensemble des paiements. Le délai court à partir du moment où la décision de résiliation étant prise et notifiée, le montant de l'indemnité est arrêté.

Sous-section 8 : Délai de paiement du remboursement de la retenue de garantie (article 3)

L'article 101 du code des marchés publics dispose que les marchés publics peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie dont le montant ne peut être supérieur à 5% du montant initial du marché augmenté le cas échéant du montant des avenants. Cette retenue de garantie est prélevée par fractions sur les acomptes. Elle est destinée à couvrir les réserves à la réception des prestations. Les autres contrats peuvent également prévoir un mécanisme semblable.

En l'absence de réserves notifiées pendant le délai de garantie, la retenue de garantie doit être remboursée dans un délai de 30 jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie. Tout retard de paiement ouvre droit au versement d'intérêts moratoires et de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement.

Si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie doit être remboursée dans un délai de 30 jours après la date de leur levée.

Le délai de paiement de 30 jours de la retenue de garantie est applicable à tous les pouvoirs adjudicateurs, indépendamment des délais prévues à l'article 1^{er} du décret du 29 mars 2013.

Section 2 : Fin du délai de paiement

L'article 38 de la loi du 28 janvier 2013 précitée dispose que « *le retard de paiement est constitué lorsque les sommes dues au créancier, qui a rempli ses obligations légales et contractuelles, ne sont pas versées par le pouvoir adjudicateur à l'échéance prévue au contrat ou à l'expiration du délai de paiement* ».

Le retard est donc constitué lorsque deux conditions cumulatives sont remplies :

le créancier a rempli ses obligations ;

le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé au paiement à l'expiration du délai réglementaire ou contractuel.

Le délai de paiement prend fin lors de la mise en paiement par l'agent comptable c'est à dire à la date à laquelle il a opéré le règlement⁴ ; autrement dit, la date de l'ordre de paiement qu'il a donné à la banque.

Lorsque le contrat prévoit le paiement à l'échéance, le délai de paiement est réputé dépassé lorsque le paiement n'est pas intervenu le lendemain de l'échéance. L'indemnité forfaitaire et les intérêts moratoires sont alors dus.

4 Cf. arrêt de la Cour de cassation chambre commerciale n° 09-12431 du 11 avril 2012 « *S'agissant d'un paiement effectué par virement, le créancier bénéficiaire est réputé avoir reçu paiement du débiteur à la date à laquelle il acquiert un droit définitif sur les fonds c'est-à-dire, selon l'article L.330-1 du Code monétaire et financier dès lors que l'ordre est devenu irrévocable.* ».

Section 3 : Suspension du délai de paiement (article 4)

Le délai de paiement peut être suspendu une fois par le pouvoir adjudicateur avant le mandatement de la dépense.

Lorsque le pouvoir adjudicateur constate que la demande de paiement ne comporte pas l'ensemble des mentions prévues par la loi ou par le contrat, ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes (absence de mentions obligatoires sur la facture, prix non conformes à ce qui était prévu au contrat, absence de pièces justificatives prévues au contrat...), il peut suspendre le délai de paiement dans la limite d'une fois.

En effet, si le titulaire de la commande fait lui-même obstacle à son règlement, il ne peut en être tenu rigueur à la personne publique contractante.

Le pouvoir adjudicateur notifie à l'entreprise, par tout moyen permettant d'attester date certaine de réception, la suspension du délai de paiement et les motifs qui ont conduit à cette décision. C'est à partir de la date de notification au créancier que le délai de paiement est suspendu, en conséquence, il peut être opportun de procéder à une notification par lettre recommandée avec accusé de réception.

Le pouvoir adjudicateur et le fournisseur peuvent procéder à des échanges de courriers, lesquels sont sans effet sur le délai de paiement.

Lors de la réception de la totalité des pièces justificatives demandées, le pouvoir adjudicateur contrôle la régularité de ces pièces. Si celles-ci sont conformes, le pouvoir adjudicateur met fin rétroactivement à la suspension du délai de paiement à la date de réception des pièces complémentaires.

À compter de la date de fin de suspension du délai de paiement, un nouveau délai de paiement est ouvert. Il est de 30 jours ou égal au solde restant à courir à la date de notification de la suspension si ce solde est supérieur à 30 jours.

Concernant les établissements soumis à un délai de paiement de 30 jours, le délai après la suspension sera obligatoirement de 30 jours à partir de la date de fin de suspension.

Concernant les établissements soumis à un délai de paiement de 60 jours, le délai après la suspension est soit égal à 30 jours, soit supérieur à 30 jours.

Des exemples de suspension du délai de paiement et du délai restant à courir après la suspension sont mentionnés en annexe.

Section 4 : Délai de paiement en cas de recours à un maître d'œuvre (article 5)

Le délai du maître d'œuvre fait, en principe, partie du délai de paiement.

Sous-section 1 : Un délai d'intervention du maître d'œuvre doit être prévu dans le contrat passé avec celui-ci

Dans la mesure où le délai de paiement est encadré, le délai maximum du maître d'œuvre doit également être déterminé. Il est fixé contractuellement compte tenu, d'une part de la nécessité que le maître d'œuvre dispose de suffisamment de temps pour exécuter ses prestations, et d'autre part des engagements que souhaite prendre le maître d'ouvrage vis-à-vis des entreprises.

L'article 5 II du décret du 29 mars 2013 prévoit que le délai maximum d'intervention du maître d'œuvre prévu dans le marché qui le lie au maître d'ouvrage ne peut pas dépasser 15 jours, pour les marchés soumis au code des marchés publics.

Il n'est pas interdit au maître d'œuvre de n'utiliser qu'une partie du délai maximum auquel il a droit pour viser les demandes de paiement.

Toutefois, tout dépassement de ce délai doit faire l'objet de pénalités dont les modalités d'application et de calcul doivent être prévues au marché liant le maître d'œuvre et le maître d'ouvrage. Celles-ci sont destinées à dédommager l'acheteur public des intérêts moratoires versés par la faute du maître d'œuvre.

À cet égard, afin d'éviter les contentieux, les modalités de décompte et de suivi du délai du maître d'œuvre doivent également être prévues dans ce marché.

De même, il importe que le marché liant le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre prévoit qu'au cas où celui-ci n'indiquerait pas la date à laquelle il a reçu la demande de paiement, c'est la date de la demande de paiement elle-même augmentée de deux jours qui doit être retenue comme point de départ du délai de paiement s'agissant du paiement à effectuer à l'entreprise.

Il est recommandé, au cas où les éléments transmis par le maître d'œuvre ne comporteraient aucune des deux dates pertinentes (date de réception ou de remise de la facture, date de la facture), de prévoir dans le marché que cette carence administrative entraîne l'application d'une pénalité à l'encontre du maître d'œuvre.

Sous-section 2 : La gestion de la suspension du délai de paiement en cas d'intervention d'un maître d'œuvre

C'est le maître d'ouvrage (pouvoir adjudicateur) qui décide de la suspension du délai de paiement, le cas échéant, sur proposition du maître d'œuvre, à charge pour ce dernier de s'acquitter des formalités envers l'entreprise (notification au titulaire avec avis de réception indiquant les raisons qui, imputables au titulaire, s'opposent au règlement et précisant les pièces à fournir ou à compléter).

Toutefois, le marché entre la personne publique et le maître d'œuvre peut confier à celui-ci le soin de décider de la suspension et de la mettre en œuvre (cf. supra).

Section 5 : Les sous-traitants payés directement (article 6)

S'agissant du paiement des sous-traitants payés directement par l'acheteur public⁵, l'organisation du délai de paiement obéit aux règles qui régissent le paiement du titulaire.

Le délai sur lequel s'est engagé l'acheteur public dans le cadre du contrat s'applique non seulement au titulaire mais encore aux sous-traitants payés directement. En effet, il ne serait pas concevable que le délai soit différent pour le titulaire et les sous-traitants puisque le montant de chaque acompte, dès qu'il est arrêté, doit être réparti entre les bénéficiaires, s'il y en a plusieurs, (titulaire, co-traitants et sous-traitants) avant d'être payé. À cet égard, l'acheteur public doit veiller à la cohérence des informations portées au contrat, sur l'avenant et sur l'acte spécial de sous-traitance.

Les règles générales concernant le point de départ et le point d'arrivée du délai, ou le droit aux intérêts moratoires, sont les mêmes que pour le titulaire.

Il est observé que le délai de paiement court à partir du moment où le maître d'ouvrage (ou le maître d'œuvre) a reçu l'accord total ou partiel du titulaire sur le paiement demandé.

Compte tenu du principe de responsabilité du titulaire pour l'ensemble des prestations exécutées au titre du contrat, y compris celles qu'il a sous-traitées (cf. article 113 du code des marchés publics), la demande de paiement du sous-traitant doit transiter par le titulaire du contrat et être avalisée par lui.

Toutefois, cette relation entre sous-traitant et titulaire se situe en amont du délai de paiement, ce qui ne signifie pas que le titulaire du contrat serait en droit de conserver indéfiniment la demande de paiement de son sous-traitant et, de ce fait, de retarder indûment le règlement des sommes qui lui sont dues.

C'est pourquoi les obligations du titulaire en la matière ainsi que la procédure à suivre par le sous-traitant et le maître d'ouvrage si le titulaire ne respecte pas ces obligations sont décrites de façon détaillée à l'article 116 du code des marchés publics.

Si le titulaire du marché ne donne aucune suite dans un délai de 15 jours à la demande de paiement de son sous-traitant le point de départ du délai de paiement est la date d'expiration de ce délai de 15 jours, ou la date de réception par le maître d'ouvrage (ou par le maître d'œuvre) de l'avis postal mentionné au troisième alinéa de l'article 116 du CMP attestant que le pli contenant la demande de paiement du sous-traitant a été refusé ou n'a pas été réclamé.

CHAPITRE 4 : LES SANCTIONS POUR DÉFAUT DE PAIEMENT DANS LES DÉLAIS

Les sanctions pour défaut de paiement dans les délais se composent de trois éléments :

- les intérêts moratoires dus de plein droit sans aucune demande du créancier ;
- une indemnité forfaitaire due également de plein droit ;
- des intérêts légaux appliqués aux intérêts moratoires et à l'indemnité forfaitaire si le délai de paiement de ces deux dernières composantes dépasse 45 jours. Le paiement des intérêts légaux doit être demandé par le créancier.

Section 1 : Les intérêts moratoires

Sous-section 1 : Le principe du versement automatique d'intérêts moratoires pour retard de paiement (article 7)

L'article 39 de la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne (loi DADUE) dispose que « *le retard de paiement fait courir de plein droit et sans autre formalité, des intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai de paiement ou l'échéance prévue au contrat. Ces intérêts moratoires sont versés au créancier par le pouvoir adjudicateur* ».

⁵ Il s'agit des marchés visés au titre II de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, c'est à dire, passés par l'État, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics.

Tout dépassement des délais, contractuels ou légaux, en matière de paiement constitue un retard de paiement donnant lieu au versement d'intérêts moratoires à l'entreprise créancière l'ayant subi dès lors que ce dépassement est établi.

Les intérêts moratoires sont dus de plein droit et doivent être liquidés et mandatés automatiquement sans que l'entreprise ait à les réclamer. Toute renonciation est réputée non écrite (cf. article 67 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier).

Sous-section 2 : La suppression de la possibilité de ne pas mandater les intérêts moratoires d'un montant inférieur à 5 euros

L'article 5 du décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics qui offrait la possibilité de ne pas mandater les intérêts moratoires d'un montant inférieur à 5 euros a été abrogé par l'article 20 du décret du 29 mars 2013.

En conséquence, à compter du 1^{er} mai 2013, les intérêts moratoires d'un montant inférieur à 5 euros doivent être mandatés.

Sous-section 3 : Taux des intérêts moratoires (article 8)

Le taux des intérêts moratoires est fixé par décret. Il s'agit du taux de refinancement principal de la Banque centrale européenne en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points. La notion de semestre s'entend par rapport à l'année civile, le premier jour ainsi défini est soit le 1^{er} janvier, soit le 1^{er} juillet.

Sous-section 4 : Les modalités de calcul des intérêts moratoires

Les intérêts moratoires appliqués aux acomptes ou au solde sont calculés sur le montant total de l'acompte ou du solde toutes taxes comprises (TTC), diminué de la retenue de garantie, et après application des clauses d'actualisation, de révision et de pénalisation.

Autrement dit, l'assiette des intérêts moratoires est le principal de la créance TTC. En revanche, les intérêts moratoires eux-mêmes ne sont pas assujettis à la TVA.

La période à prendre en compte se dénombre en jours calendaires. Elle commence dès le dépassement du délai contractuel ou réglementaire (le jour suivant la fin de ce délai étant le jour n° 1) et se termine à la date de mise en paiement par le comptable (le jour du paiement étant inclus).

La période de calcul des intérêts moratoires s'achevant à la date de mise en paiement de la facture, il convient de noter qu'en pratique le paiement d'une part de la facture et le paiement d'autre part des intérêts moratoires et de l'indemnité pour frais de recouvrement devront faire l'objet de deux mandatements distincts.

Les intérêts moratoires se calculent au prorata temporis en nombre de jours calendaires rapportés au nombre de jours d'une année civile, c'est-à-dire 365.

La formule pour le calcul des intérêts moratoires est la suivante :

$$\frac{\text{montant payé tardivement TTC} \times \text{nombre de jours de dépassement} \times \text{taux}}{365^6}$$

Sous-section 5 : En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde (article 8, II)

En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde, le paiement est effectué sur la base provisoire des sommes admises par le pouvoir adjudicateur. Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont finalement dues au créancier, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence.

Section 2 : L'instauration d'une indemnité forfaitaire de 40 euros automatiquement due pour chaque retard de paiement (article 9)

L'article 40 de la loi du 28 janvier 2013 transpose la principale nouveauté de la directive 2011/7/UE : « *Le retard de paiement donne lieu, de plein droit et sans autre formalité, au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est fixé par décret. Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de cette indemnité forfaitaire, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification. L'indemnité forfaitaire et l'indemnisation complémentaire sont versées au créancier par le pouvoir adjudicateur.* ».

6 Il convient de retenir 366 jours comme base de liquidation des intérêts moratoires en année bissextile.

Afin de renforcer les sanctions pour retard de paiement, la directive oblige les États membres à instaurer une indemnité forfaitaire automatiquement due pour tout retard de paiement, en sus des intérêts moratoires exigibles.

À l'instar des intérêts moratoires, cette indemnité est due de plein droit et sans autre formalité. Le créancier n'aura donc aucune démarche à effectuer.

Le montant de l'indemnité forfaitaire est fixé à 40 euros par retard constaté.

Cette indemnité forfaitaire n'est pas assujettie à la TVA.

Elle vise à couvrir les frais de recouvrement exposés par le créancier en cas de retard de paiement de manière à décourager lesdits retards de paiement. Il s'agit donc de limiter les coûts administratifs et internes du créancier liés au recouvrement. Ces coûts incluent, par exemple, les frais exposés par le créancier pour faire appel à un avocat ou à une société de recouvrement de créances.

De plus, le créancier peut prétendre au remboursement des frais de recouvrement réellement engagés lorsqu'ils sont supérieurs au montant de l'indemnité forfaitaire. Pour prétendre à cette indemnisation complémentaire, des justificatifs doivent être produits au pouvoir adjudicateur.

Section 3 : Délai de paiement des intérêts moratoires et de l'indemnité forfaitaire (article 10)

Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement doivent être payés dans un délai de 45 jours suivant la mise en paiement du principal.

Le non-respect du délai de 45 jours peut donner lieu au versement d'intérêts légaux en application de l'article 1153 du code civil⁷.

En raison de la règle de *l'ultra petita*⁸, les intérêts légaux ne peuvent être alloués d'office par le juge. Ce dernier doit avoir été saisi par le créancier d'une demande relative au paiement d'intérêts légaux, en sus de la demande à condamner le débiteur au paiement du principal (le principal étant dans ce cas constitué par les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire de 40 euros).

Lorsqu'ils sont demandés, et quelle que soit la date de cette demande, les intérêts dus en application de l'article 1153 du code civil courent à compter d'une « sommation de payer », c'est-à-dire à compter du jour où la demande de paiement du principal (intérêts moratoires et indemnité forfaitaire) est parvenue au débiteur ou, en l'absence d'une telle demande préalablement à la saisine du juge, à compter du jour de cette saisine, sauf si la loi ou une clause pénale du contrat les font courir de plein droit⁹.

Au regard de la jurisprudence (CE, 12 mai 2003, Pascal Le Roux, n° 231955), ces intérêts courent, en principe, et sous réserve d'un délai anormalement long entre la liquidation et le paiement effectif, jusqu'à la date à laquelle l'indemnité est liquidée. Toutefois, afin de définir une date certaine pour la fin de ce délai, il est possible de prendre en compte la date de mise en paiement des intérêts moratoires et de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, et non pas la date de liquidation de ces indemnités.

Ces intérêts au taux légal sont calculés sur le montant des intérêts moratoires d'origine et de l'indemnité forfaitaire de recouvrement. Le taux de l'intérêt légal est fixé par décret (décret n° 2013-178 du 27 février 2013 fixant le taux de l'intérêt légal pour 2013).

La formule pour le calcul des intérêts au taux légal est la suivante :

$$\frac{(\text{Montant des IM} + \text{IF}^{10}) \times \text{nombre de jours de retard} \times \text{taux}}{365^{11}}$$

Le système des intérêts moratoires complémentaires prévu par le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 modifié relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics est supprimé.

7 « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance. »

8 Cas dans lequel le juge rendrait un jugement sur une prétention qui ne lui aurait pas été soumise, ou encore s'il excédait le montant de la demande.

9 La clause pénale (article 1152 du code civil) est la clause en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale ou en cas de retard dans l'exécution à verser à l'autre à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire, en général très supérieure au montant du préjudice réel subi par le créancier, qui en principe ne peut être ni modéré, ni augmenté par le juge, sauf si elle est manifestement excessive.

10 IM = Intérêts Moratoires ; IF = Indemnité Forfaitaire

11 Il convient de retenir 366 jours comme base de liquidation des intérêts au taux légal en année bissextile.

Section 4 : Les procédures de mandatement d'office en cas d'absence de mandatement dans les délais

En cas d'absence de mandatement dans les délais, le créancier peut recourir à la procédure de mandatement d'office ou d'inscription d'office qui est prévue à l'encontre des EPLE, de certaines catégories d'EPN et des collectivités territoriales et de leurs établissements.

La procédure d'inscription d'office ou de mandatement d'office est possible dans les cas suivants :

- à l'encontre d'un établissement public local d'enseignement (article L421-13 du code de l'éducation) ;
- à l'encontre d'un établissement public de santé (article L6145-3 du code de la santé publique) ;
- à l'encontre d'un établissement public à caractère scientifique culturel et professionnel (articles R719-92 et R.719-156 du code de l'éducation) ;
- à l'encontre d'une collectivité territoriale ou de l'un de ses établissements publics (articles L1612-15 et L1612-18 du code général des collectivités territoriales).

La demande d'inscription d'office à l'encontre d'une collectivité territoriale, ou l'un de ses établissements publics, est effectuée par le représentant de l'État dans le département, l'agent comptable concerné, ou toute personne y ayant intérêt auprès de la chambre régionale des comptes. Celle-ci constate qu'une dépense obligatoire n'a pas été inscrite au budget de la collectivité ou de l'établissement public local, ou l'a été pour une somme insuffisante, et adresse une mise en demeure à la collectivité ou à l'établissement public concerné de procéder à l'inscription de la dépense. Si dans un délai d'un mois cette mise en demeure n'est pas suivie d'effet, la chambre régionale des comptes demande au préfet d'inscrire cette dépense au budget de la collectivité ou de l'établissement public local.

S'agissant des EPSCP, en application des articles du code de l'éducation précités, le créancier doit se pourvoir devant le recteur d'académie, chancelier des universités (ou le ministre chargé de l'enseignement supérieur pour les établissements qui y sont directement rattachés). Après une mise en demeure restée sans effet, ce dernier peut procéder au mandatement d'office dans la limite des crédits ouverts.

CHAPITRE 5 : L'EXISTENCE D'UN DÉLAI DE PAIEMENT UNIQUE AU SEIN DES EPN ET EPLE

Le titre II du décret du 29 mars 2013 prévoit que, lorsque le pouvoir adjudicateur est doté d'un comptable public, le délai de paiement est réparti entre l'ordonnateur et le comptable public. L'article 16 indique que lorsque le dépassement du délai global est dû au dépassement de son délai par le comptable public, le pouvoir adjudicateur peut intenter une action récursoire à l'encontre du directeur régional ou départemental des finances publiques pour le remboursement des intérêts moratoires et de l'indemnité pour frais de recouvrement payés au créancier.

Ces dispositions ne sont pas applicables au sein d'un EPN ou d'un EPLE. En effet, l'ordonnateur et l'agent comptable relèvent au sein de ces établissements de la même personne morale.

En conséquence, si les ordonnateurs et agents comptables d'EPN et d'EPLÉ peuvent décider conventionnellement de la répartition du délai de paiement entre chacun des acteurs, ces organismes ne bénéficient pas de l'action récursoire à l'encontre de l'État prévu par les articles 39 et 40 de la loi du 28 janvier 2013.

CHAPITRE 6 : LE RÔLE DE CONSEIL DE L'AGENT COMPTABLE

Si l'agent comptable est tenu d'informer l'ordonnateur des paiements qu'il doit engager en application de la loi, il n'est pas en mesure de procéder au mandatement d'office des intérêts moratoires et indemnités forfaitaires pour frais de recouvrement. Par conséquent, si après avoir alerté l'ordonnateur, et conservé une trace écrite de cette alerte pour prémunir sa responsabilité personnelle et pécuniaire, l'ordonnateur refuse d'engager les paiements des pénalités, l'agent comptable n'a aucun moyen pour procéder au paiement de ces dépenses.

L'absence de mention des intérêts moratoires et de l'indemnité forfaitaire ne constitue pas un motif de suspension du paiement de la facture en considérant une erreur de liquidation. En effet, les pénalités n'ont pas à être liquidées dans la facture.

TITRE 2 : L'APPLICATION DES RÈGLES DU CODE DE COMMERCE AUX EPN ET EPLE POUR LEURS ACTIVITÉS DE VENDEURS

L'article L.410-1 du code de commerce indique que « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public.* »

Les EPN et les EPLE sont donc soumis aux dispositions du code de commerce lorsqu'ils exercent des activités de vendeurs.

La transposition en droit français de la directive 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales a modifié, à compter du 1^{er} janvier 2013, les articles L.441-3 et L.441-6 du code de commerce, en introduisant le paiement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement de 40 euros, en sus des pénalités de retard, en cas de dépassement du délai de règlement.

CHAPITRE 1 : LES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC BÉNÉFICIAIRE DU PAIEMENT DES PÉNALITÉS DE RETARD ET DE L'INDEMNITÉ FORFAITAIRE POUR FRAIS DE RECOUVREMENT EN CAS DE DÉPASSEMENT DU DÉLAI DE RÈGLEMENT PAR UN ACHETEUR PROFESSIONNEL.

Conformément à l'article L.441-6 du code de commerce, sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée. Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture.

En cas de dépassement du délai de règlement, le professionnel débiteur est redevable, de plein droit à l'égard du créancier de pénalités de retard et d'une indemnité pour frais de recouvrement.

Le taux d'intérêt des pénalités de retard est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage. Le taux applicable pendant le premier semestre de l'année concernée est le taux en vigueur au 1^{er} janvier de l'année en question. Pour le second semestre de l'année concernée, il est le taux en vigueur au 1^{er} juillet de l'année en question.

Les conditions de règlement peuvent prévoir un autre taux d'intérêt, qui ne peut toutefois pas être inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal.

L'indemnité pour frais de recouvrement est fixée forfaitairement à 40 euros. Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de cette indemnité forfaitaire, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification.

Les personnes morales de droit public, lorsqu'elles agissent en tant que vendeur, bénéficient du paiement des pénalités de retard et de l'indemnité pour frais de recouvrement en cas de dépassement du délai de règlement par un acheteur professionnel.

En application de l'article L.441-3 du code de commerce la facture doit mentionner la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle doit également préciser le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier en cas de retard de paiement.

Ces mentions doivent être précisées dans les conditions générales de vente.

La mention du taux des intérêts moratoires sur la facture et dans les conditions générales de vente peut être formulée de la manière suivante : « Le taux d'intérêt des pénalités de retard est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage. »

CHAPITRE 2 : LES DISPOSITIONS DU CODE DE COMMERCE NE SONT PAS APPLICABLES À L'ENCONTRE
DES ACHETEURS NON PROFESSIONNELS.

Les dispositions des articles L.441-3 et L.441-6 du code de commerce sont applicables aux opérations entre professionnels. Les règles relatives aux conditions de vente au consommateur sont fixées par l'article L.113-3 du code de la consommation.

Les consommateurs ne sont donc pas redevables, de droit, de pénalités de retard ou de l'indemnité pour frais de recouvrement, en cas de dépassement du délai de règlement.

En conséquence, l'attention des EPN et EPLE est appelée sur la nécessité d'établir deux catégories de factures distinctes en fonction de la qualité de professionnel ou de non professionnel de l'acheteur.

POUR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL DES FINANCES
PUBLIQUES,

LE SOUS-DIRECTEUR DES DÉPENSES DE
L'ÉTAT ET OPÉRATEURS

FRANÇOIS TANGUY

Annexes

Annexe n° 1 : Exemples de suspension du délai de paiement et du délai restant à courir après la suspension

Exemples de suspension du délai de paiement :

Exemple n° 1

Le pouvoir adjudicateur reçoit une première demande de paiement le 2 janvier et constate l'absence d'une pièce justificative ; il suspend le délai de paiement, en notifiant, le 5 janvier, au créancier, les raisons imputables à ce dernier qui s'opposent au paiement ainsi que la pièce à fournir.

Il reçoit la pièce manquante le 10 janvier. Le pouvoir adjudicateur doit alors examiner la nouvelle pièce reçue avant de faire courir un nouveau délai opposable.

L'examen de la nouvelle pièce le 15 janvier révèle que les compléments fournis sont corrects et suffisants.

L'ordonnateur met fin à la suspension du délai de manière rétroactive à dater du 10 janvier.

Exemple n° 2

Le 2 janvier, le pouvoir adjudicateur reçoit une première demande de paiement et constate l'absence d'une pièce justificative.

Le 5 janvier, il suspend le délai de paiement en notifiant au créancier les raisons imputables à ce dernier qui s'opposent au paiement ainsi que la pièce à fournir.

Le 8 janvier, il reçoit la pièce manquante.

Le 13 janvier, après examen de la nouvelle pièce reçue, le pouvoir adjudicateur constate qu'elle n'est pas conforme aux dispositions contractuelles. Il ne peut donc pas valider la demande de paiement et procéder au mandatement de la dépense.

Une nouvelle demande de complément doit être adressée au titulaire et la suspension du délai se poursuit.

Exemples relatifs au délai restant à courir après la suspension :

Exemple n° 1

L'établissement est soumis à un délai de paiement maximum de 60 jours.

La notification de la suspension intervient le 20^e jour, il reste un délai de paiement de $60 - 20 = 40$ jours.

Le solde du délai de paiement est supérieur au délai de 30 jours.

Dans ce cas, le délai de paiement reprend à partir de la date de fin de suspension pour un délai de 40 jours.

Exemple n° 2

L'établissement est soumis à un délai de paiement maximum de 60 jours.

La notification de la suspension intervient le 40^e jour, il reste un délai de paiement de $60 - 40 = 20$ jours.

Le solde du délai de paiement est inférieur au délai de 30 jours.

Dans ce cas, le délai de paiement reprend à partir de la date de fin de suspension pour un délai de 30 jours.

Annexe n° 2 : Imputation comptable des sanctionsLes sanctions à la charge des établissements pour défaut de paiement dans les délais :

Les intérêts moratoires, l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, le remboursement de frais réels de recouvrement et les intérêts légaux à la charge des établissements doivent être imputés :

- au compte 6711 « Pénalités sur contrats ou conventions » pour les organismes appliquant les instructions M91, M92 et M93 ;
- au compte 6711 « Pénalités sur marchés (et débits payés sur achats et ventes) » pour les organismes appliquant les instructions M910, M94, M95, M951 et M99 ;
- au compte 671 « Charges exceptionnelles sur opérations de gestion » pour les EPLE.

Les sanctions au bénéfice des établissements pour défaut de paiement dans les délais :

Les pénalités et indemnités perçues par les établissements qui agissent en tant que vendeur doivent être imputées :

- au compte 7711 « Débits et pénalités perçus sur achats et ventes » pour les organismes appliquant les instructions M91, M92, M93, M94, M95, M951 ;
- au compte 77188 « Autres produits exceptionnels sur opérations de gestion » pour les organismes appliquant les instructions M910 et M99 ;
- au compte 771 « Produits exceptionnels sur opérations de gestion » pour les EPLE.

BOFiP Direction générale des Finances publiques	
Directeur de publication : Bruno Bézard	ISSN 2265 3694