

Exécution des marchés publics

Mise en œuvre administrative et financière

5^e édition

Benjamin Martinez
Fabien Serr



EDITIONS

LE MONITEUR

Pénalités

Prévoir des pénalités contractuelles répond directement à la nécessité pour l'acheteur de se prémunir de dérapages de la part du titulaire dans l'exécution du marché, que cela concerne le respect des délais d'exécution ou d'autres conditions d'exécution. À ce titre, le pouvoir d'appliquer des pénalités présente donc une fonction dissuasive. Mais il exerce aussi une fonction réparatrice dans la mesure où les pénalités sont réputées réparer le préjudice subi par l'acheteur.

Pour répondre à cette double fonction, la clause pénale doit être proportionnée à l'importance du marché et suffisante pour sanctionner les défauts d'exécution constatés. La rédaction du marché est à cet égard déterminante et l'on constate le plus souvent qu'un aménagement des stipulations des CCAG est nécessaire afin d'atteindre les objectifs poursuivis par la pénalité contractuelle.

15.1 Différentes formes de pénalités

Les pénalités les plus classiques en matière de marchés sont celles qui sanctionnent des retards dans la livraison ou l'exécution des prestations. Tous les CCAG comportent une clause prévue à cet effet. Mais ils envisagent également des pénalités pour sanctionner d'autres formes de comportements fautifs du titulaire, comme par exemple le retard dans la production du contrat de sous-traitance ou encore l'indisponibilité du matériel dans les marchés qui prévoient des prestations de maintenance. La liberté contractuelle permet aussi à l'acheteur d'envisager dans les documents particuliers d'autres formes de pénalités mieux adaptées aux conditions d'exécution et à l'objet de son marché.

15.1.1 Pénalités pour non-respect des délais d'exécution

15.1.1.1 Sanction logique du non-respect du délai d'exécution

Dès lors qu'un délai d'exécution est imposé au titulaire, une clause de pénalité doit être prévue. Sans pénalité pour sanctionner les retards d'exécution la question de l'utilité d'un délai d'exécution se pose. L'absence de sanction pour le non-respect des délais d'exécution peut même interroger sur la sincérité des conditions de mise en concurrence du marché si les délais en ont été un critère d'attribution.

À l'inverse, une clause visant à sanctionner les retards d'exécution présente peu de sens s'il est impossible de déterminer avec précision le délai d'exécution ou si celui-ci n'a pas une valeur contractuelle. En matière de travaux, par exemple, si le planning d'exécution détaillé n'est pas correctement établi par le maître d'œuvre et notifié au titulaire, de sorte qu'il lui soit opposable, des pénalités de retard ne peuvent pas être régulièrement appliquées⁽¹⁾. De même, une pénalité pour retard pour la remise de devis ne saurait être appliquée, bien que son montant journalier soit inscrit au contrat, si l'acheteur n'est pas en mesure d'établir qu'un document d'exécution a mentionné le délai imposé pour la production de ces devis⁽²⁾.

IMPORTANT

Les réserves du titulaire sur le délai d'exécution lui permettent de contester le bien-fondé des pénalités de retard

Dans l'hypothèse de travaux supplémentaires qui sont exigés par l'acheteur sans prolongation du délai d'exécution, le titulaire ne peut contester l'application de pénalités de retard que s'il a émis des réserves relatives à l'absence de délai supplémentaire⁽³⁾. Sinon il est considéré avoir accepté les nouveaux travaux sans délai supplémentaire.

15.1.1.2 Pénalité de retard dans le CCAG-Travaux

Elle est appliquée sur la période courant entre le premier jour de dépassement du délai contractuel et la date qui est retenue pour l'achèvement des travaux, c'est-à-dire la date d'effet de la réception (voir chapitre 17). La date d'achèvement fixée par la décision de réception marque ainsi la fin du délai d'exécution, avec ou sans retard. Il n'est alors plus possible, sauf clause contraire dans les documents particuliers, d'appliquer des pénalités de retard pour les malfaçons ayant fait l'objet de réserves⁽⁴⁾.

En cas de résiliation du marché, la pénalité court jusqu'au jour inclus de la date de prise d'effet de la décision de résiliation. Lorsque la résiliation intervient en raison d'événements extérieurs au marché, tels que définis à l'article 50.1 du CCAG-Travaux (incapacité physique du titulaire, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire, décès ou incapacité civile du titulaire), la pénalité court jusqu'au dernier jour d'exploitation de l'entreprise⁽⁵⁾.

(1) CAA Bordeaux, 3 novembre 2009, Société Groupe Vinet, n° 08BX02282 ; CAA Lyon, 3 mai 2012, Société Gracio, n° 10LY02847 ; CAA Marseille, 26 mai 2014, Communauté de Haute-Provence, n° 12MA01159.

(2) CAA Douai, 7 juillet 2022, Société Artisan, n° 17DA02493.

(3) CAA Marseille, 20 mars 2023, Société Matière, n° 20MA03605 ; CAA Paris, 26 janvier 2024, Société Colas Rail, n° 21PA06168.

(4) CAA Marseille, 8 octobre 2018, Entreprise Jean-Paul André, n° 17MA01844 ; CAA Bordeaux, 7 avril 2021, Commune de Vouneuil-sous-Biard, n° 19BX00428.

(5) Article 19.1.3 du CCAG-Travaux.

La pénalité court pour le délai global prévu au marché ou pour les délais partiels qui y seraient stipulés, par exemple dans l'hypothèse de tranches de travaux donnant lieu à des réceptions partielles. Attention toutefois à la clause selon laquelle les pénalités appliquées à des délais partiels doivent être remboursées si le délai global est finalement respecté (voir 15.2.6). Le marché doit en principe être précis sur la qualification de délai partiel ou de délai définitif d'un délai d'exécution.

La prolongation des délais d'exécution repousse naturellement l'application de la pénalité de retard, de même que l'ajournement ou l'interruption des travaux (voir chapitre 9).

Le CCAG-Travaux prévoit une pénalité journalière de l'ordre de $1/3000^e$ du montant hors taxes du marché, augmenté des éventuels avenants. À la différence des autres CCAG qui assoient le montant de la pénalité sur la valeur des prestations en retard, dans une opération de travaux c'est l'ensemble du montant des travaux qui sert d'assiette à la pénalité, quel que soit le niveau de réalisation des travaux.

Le nombre de jours de retard comprend toujours les samedis, dimanches et jours fériés, même si le délai contractuel est décompté en jours ouvrés⁽⁶⁾.

La formule de calcul est la suivante :

$$P = \frac{V \times R}{3\,000}$$

Avec :

P = montant de la pénalité

V = montant du marché, de la tranche ou du bon de commande

R = nombre de jours de retard

EXEMPLE

Exemple 1

Calcul de la pénalité de retard pour un marché d'un montant de 250 000 € HT et pour un retard de 10 jours :

$$P = \frac{(10 \times 250\,000)}{3\,000} = 833,33 \text{ €}$$

(Nombre de jours de retard $R \times$ valeur des prestations en retard V)/3 000 = montant de la pénalité

15.1.1.3 Pénalité de retard dans les CCAG-FCS, PI, MOE, MI ET TIC

La pénalité pour retard commence à courir le lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations a expiré⁽⁷⁾. Son application est repoussée dans les cas de prolongations ou sursis de livraison prévus dans les CCAG (voir chapitre 9).

À la différence des marchés de travaux, le mode de décompte du retard dépend du mode de décompte du délai qui a été adopté dans le marché (voir chapitre 9.). S'il s'agit d'un délai exprimé en jours calendaires, le retard prendra en compte les samedis, dimanches et jours fériés. Par contre, s'il s'agit d'un délai exprimé en jours ouvrés, les samedis, dimanches et jours fériés ne seront pas pris en compte pour le calcul du nombre de jours de retard.

(6) Article 19.1.1 du CCAG-Travaux.

(7) Article 14 du CCAG-FCS ; article 14 du CCAG-PI ; article 16 du CCAG-MOE ; article 15 du CCAG-MI ; article 14 du CCAG-TIC.

Les CCAG prévoient une formule de calcul de la pénalité dans laquelle le nombre de jours de retard (R) est multiplié par la valeur des prestations en retard (V), valeur hors taxes en prix de base, c'est-à-dire prise hors variation de prix.

Soit la formule suivante pour les CCAG-MOE, MI et PI :

$$P = \frac{V \times R}{3\,000}$$

Et la formule suivante pour les CCAG-FCS et TIC :

$$P = \frac{V \times R}{1\,000}$$

En principe, c'est la valeur des prestations en retard qui doit être retenue pour le calcul, mais si ces prestations sont indispensables pour rendre l'ensemble des prestations utilisables, c'est alors le montant de l'ensemble des prestations qui sert de base de calcul.

Par exemple, si la remise d'un rapport définitif est indispensable pour valoriser les prestations déjà réalisées et rendues à l'acheteur, c'est le montant initial du marché, augmenté des éventuels avenants, qui doit être pris comme référence. Pour un autre exemple, si la formation nécessaire à l'utilisation d'un logiciel est effectuée tardivement, le montant du logiciel et de la formation seront pris en compte pour le calcul de la pénalité de retard, même si le logiciel a été livré et installé dans le délai prévu au marché.

EXEMPLE

Exemple 2

Pour un retard de 15 jours dans la livraison de fournitures dont la valeur est de 60 000 € HT, le montant de la pénalité de retard sera calculé ainsi :

$$\frac{60\,000 \times 15}{1\,000} = 900 \text{ €}$$

(Nombre de jours de retard $R \times$ valeur des prestations en retard V)/1 000 = montant de la pénalité

Exemple 3

Pour un retard de 15 jours dans la remise du rapport définitif d'une étude dont la valeur est de 10 000 € HT, le montant de la pénalité de retard sera calculé ainsi :

$$\frac{10\,000 \times 15}{3\,000} = 50 \text{ €}$$

(Nombre de jours de retard $R \times$ valeur des prestations en retard V)/3 000 = montant de la pénalité

15.1.1.4 Différentes modalités de calcul de la pénalité de retard

En pratique, les formules de calcul des pénalités prévues aux CCAG s'avèrent donner des montants assez faibles. L'effet dissuasif attendu des sanctions financières s'en trouve alors relativisé. Les acheteurs qui se montrent vigilants sur l'efficacité des clauses pénales préfèrent donc déroger aux CCAG en réduisant le dénominateur dans les formules proposées ou en adoptant une pénalité forfaitaire d'un montant fixe. Dans ce cas, l'acheteur déroge aux stipulations des CCAG relatives aux pénalités et doit en conséquence lister ces dérogations dans les documents particuliers du marché (voir chapitre 3).

Montant fixe

Il peut être défini un montant fixe qui sera multiplié par le nombre de jours de retard (Pénalité = nombre de jours de retard × montant fixe). Il est fréquent de trouver cette modalité dans les marchés de prestations intellectuelles pour lesquels le CCAG propose un montant de pénalité très faible.

Cette modalité semble en revanche mal adaptée aux marchés avec livraison de fournitures dans lesquels il est préférable de proportionner la pénalité à la valeur de ce qui a été commandé.

Pénalité progressive

Il est possible d'augmenter le poids de la pénalité en fonction du nombre de jours de retard. Ainsi, plus le retard et le montant des prestations sont importants, plus la proportion de la pénalité augmente. La progressivité va alors être renforcée par un coefficient augmentant en fonction du nombre de jours de retard qui alourdit le montant de la pénalité. Cela permet de prendre en compte l'inconvénient pour l'acheteur d'un retard qui se prolonge.

Le recours à la pénalité progressive est possible par ajout de ce coefficient au sein de la formule fixe.

Les deux tableaux et figures suivants permettent de comparer les montants de pénalités obtenus en appliquant les diverses formules (tab. 15.1, fig. 15.1, tab. 15.2 et fig. 15.2).

- Formule CCAG-FCS :

$$\frac{\text{Nombre de jours de retard} \times \text{Valeur des prestations de retard}}{1\,000}$$

- Formule fixe :

$$\text{Nombre de jours de retard} \times \text{Montant fixe}$$

- Formule progressive⁽⁸⁾ :

$$\text{Nombre de jours de retard} \times \text{Montant fixe} \times (\text{Nombre de jours de retard} \times 0,05)$$

Les tableaux et graphiques présentés ci-dessous ont pour objet d'illustrer la différence des montants de pénalités en fonction de la formule retenue, du montant de la prestation concernée et de la durée du retard.

On peut observer que dans le cas de la formule fixe, l'importance de la pénalité ne varie pas en fonction du montant de la prestation en retard. Il est donc préférable de faire varier l'importance du montant fixe journalier en fonction de celle du marché pour obtenir un niveau de pénalité adapté aux objectifs de l'acheteur.

La formule progressive, quant à elle, renforce le caractère contraignant de la pénalité à mesure que le temps passe mais elle ne prend pas en compte le montant de la prestation en retard. La progressivité peut être paramétrée de façon plus dure ou, au contraire, plus souple en modifiant le coefficient de pondération.

(8) (Nombre de jours de retard × 0,05) = Coefficient de pondération des jours de retard.

La formule du CCAG, en revanche, prend en compte la différence de montant de prestation en retard pour obtenir le montant de pénalité. Mais le résultat obtenu est dans les deux exemples d'un montant assez faible.

Tab. 15.1. Hypothèse 1 – Montant des prestations en retard : 10 000 € HT

Nombre de jours de retard	Formule du CCAG-FCS	Formule à montant fixe de 50 euros	Formule à montant progressif	Écart entre formule progressive et CCAG
1	10	50	2,5	- 7,5
2	20	100	10	- 10
3	30	150	22,5	- 7,5
4	40	200	40	0
5	50	250	62,5	12,5
6	60	300	90	30
7	70	350	122,5	52,5
8	80	400	160	80
9	90	450	202,5	112,5
10	100	500	250	150
11	110	550	302,5	192,5
12	120	600	360	240
13	130	650	422,5	292,5
14	140	700	490	350
15	150	750	562,5	412,5
16	160	800	640	480
17	170	850	722,5	552,5
18	180	900	810	630
19	190	950	902,5	712,5
20	200	1 000	1 000	800
21	210	1 050	1 102,5	892,5
22	220	1 100	1 210	990
23	230	1 150	1 322,5	1 092,5
24	240	1 200	1 440	1 200
25	250	1 250	1 562,5	1 312,5

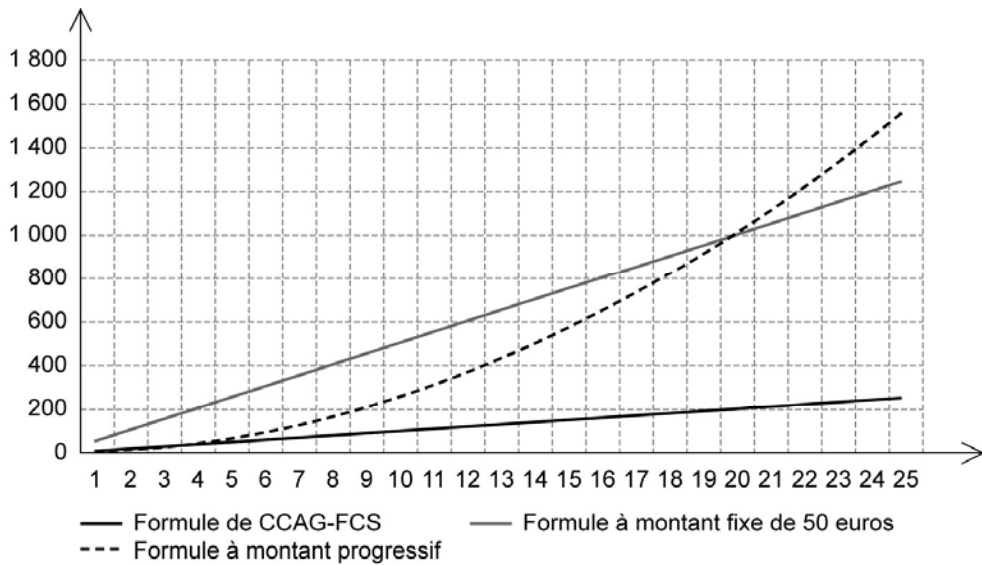


Fig. 15.1. Comparatif des formules de pénalité – Prestations de 10 000 € HT

Tab. 15.2. Hypothèse 2 – Montant des prestations en retard : 40 000 € HT

Nombre de jours de retard	Formule du CCAG-FCS	Formule à montant fixe de 50 euros	Formule à montant progressif	Écart entre formule progressive et CCAG
1	40	50	2,5	- 37,5
2	80	100	10	- 70
3	120	150	22,5	- 97,5
4	160	200	40	- 120
5	200	250	62,5	- 137,5
6	240	300	90	- 150
7	280	350	122,5	- 157,5
8	320	400	160	- 160
9	360	450	202,5	- 157,5
10	400	500	250	- 150
11	440	550	302,5	- 137,5
12	480	600	360	- 120
13	520	650	422,5	- 97,5
14	560	700	490	- 70
15	600	750	562,5	- 37,5
16	640	800	640	0

Nombre de jours de retard	Formule du CCAG-FCS	Formule à montant fixe de 50 euros	Formule à montant progressif	Écart entre formule progressive et CCAG
17	680	850	722,5	42,5
18	720	900	810	90
19	760	950	902,5	142,5
20	800	1 000	1 000	200
21	840	1 050	1 102,5	262,5
22	880	1 100	1 210	330
23	920	1 150	1 322,5	402,5
24	960	1 200	1 440	480
25	1 000	1 250	1 562,5	562,5

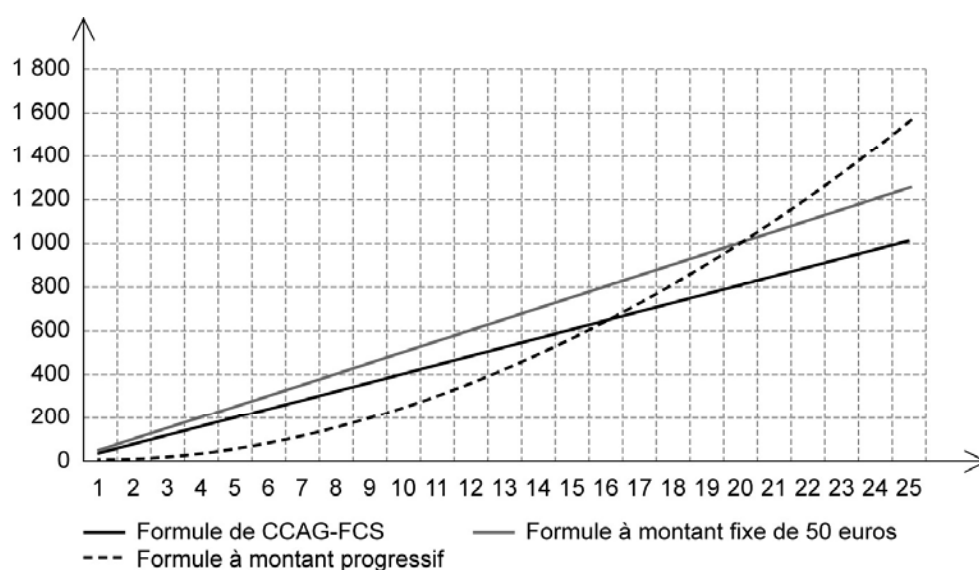


Fig. 15.2. Comparatif des formules de pénalités – prestation de 40 000 €

15.1.2 Pénalité pour retard dans la production du contrat de sous-traitance

Cette pénalité est prévue par tous les CCAG⁽⁹⁾. L'acheteur peut demander le contrat de sous-traitance au moment de la procédure d'acceptation du sous-traitant ou à tout moment lors de l'exécution, après que le sous-traitant a été régulièrement accepté (voir chapitre 6).

(9) Article 3.6.1.5 du CCAG-Travaux ; article 3.6.3 du CCAG-MOE ; article 3.6.3 du CCAG-FCS ; article 3.6.3 du CCAG-PI ; article 3.6.3 du CCAG-MI ; article 3.6.3 du CCAG-TIC.

L'application de cette pénalité est subordonnée à la notification au titulaire d'une mise en demeure restée sans effet dans un délai de 15 jours.

Dans le cadre des CCAG-FCS, PI, MI et TIC, la pénalité se calcule de la manière suivante :

$$P = \frac{V \times R}{3\,000}$$

P = montant de la pénalité

V = montant HT du marché

R = nombre de jours de retard

Pour les marchés de travaux, elle se calcule de la manière suivante :

$$P = \frac{V \times R}{1\,000}$$

Pour les marchés de travaux, si dans le délai de trente jours suivant la notification de la mise en demeure le titulaire n'a toujours pas communiqué le contrat de sous-traitance, il encourt la résiliation du marché⁽¹⁰⁾.

15.1.3 Pénalités pour indisponibilité du matériel

Cette forme de pénalité, qui sanctionne un retard, ne s'envisage que dans les marchés de maintenance ou les marchés d'acquisition qui prévoient des prestations de maintenance. Seuls les CCAG-FCS et TIC la prévoient.

15.1.3.1 Principes communs aux CCAG-FCS et TIC

Les CCAG-FCS et TIC prévoient des pénalités sanctionnant une défaillance du titulaire qui s'est vu confier la maintenance de matériels ou systèmes⁽¹¹⁾.

Un matériel est considéré comme indisponible « lorsque, indépendamment de l'acheteur et en dehors des travaux d'entretien préventif, son usage est rendu impossible soit par le fonctionnement défectueux d'un organe ou dispositif ou d'une fonctionnalité qui y est incluse, soit en raison de l'indisponibilité d'un autre élément du matériel auquel il est lié par des connexions fournies et entretenues par le titulaire et auquel il est soumis pour l'exécution du travail en cours, au moment de l'incident. »

La période d'indisponibilité diffère selon que la prestation de maintenance se déroule sur site ou chez le titulaire. En cas de maintenance sur site, l'indisponibilité débute lors de la réception de la demande d'intervention par le titulaire et s'achève lors de la remise à disposition des éléments en état de marche. Elle peut être suspendue tant que l'accès du titulaire au matériel est retardé par le fait de l'acheteur. Le titulaire dispose d'un délai de 8 heures ouvrées pour exécuter les prestations de maintenance. Ce n'est qu'au-delà de ce délai que les pénalités de retard seront appliquées.

En cas de maintenance chez le titulaire, l'indisponibilité débute lors de la remise de l'élément défaillant au titulaire dans un lieu prévu par le marché et s'achève lors de la remise à

(10) Article 3.6.1.5 du CCAG-Travaux.

(11) Article 14.2 du CCAG-FCS ; article 14.2 du CCAG-TIC.

disposition des éléments en état de marche. Le délai pour réaliser la maintenance est alors de 15 jours consécutifs (jours calendaires).

Si les éléments réparés sont à nouveau indisponibles, pour les mêmes causes, dans les 8 heures d'utilisation après leur remise en état, la durée de cette nouvelle période d'indisponibilité est additionnée à l'indisponibilité initiale pour le calcul des pénalités.

Les figures 15.3 et 15.4 illustrent la manière de prendre en compte le retard en cas de maintenance sur site lorsque deux périodes d'indisponibilité se suivent à moins de 8 heures d'intervalle.

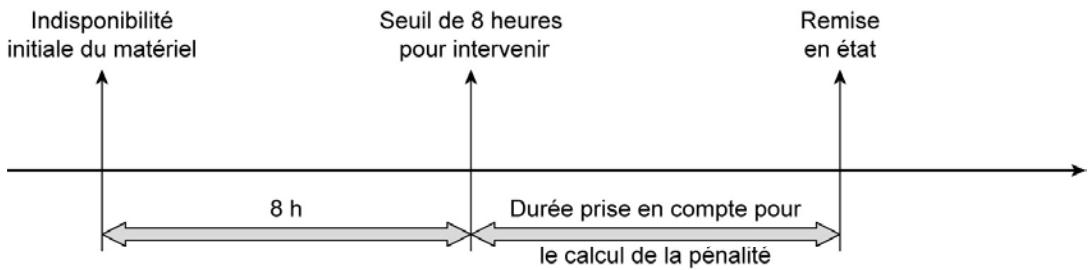


Fig. 15.3 Pénalités pour indisponibilité au-delà du seuil de maintenance

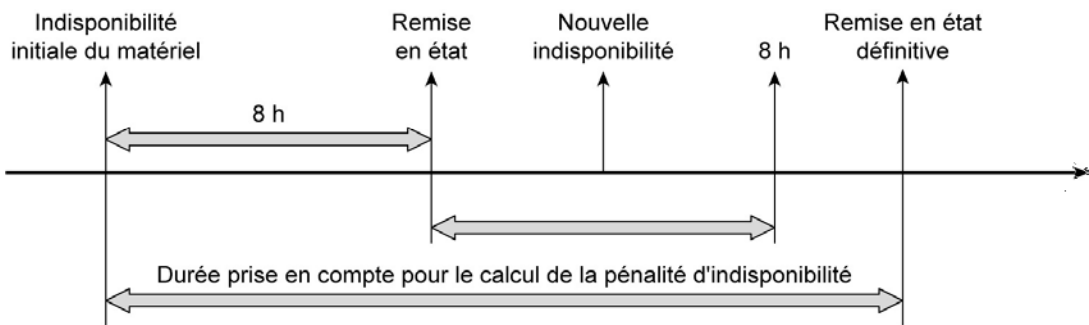


Fig. 15.4 Pénalité pour une nouvelle indisponibilité après une remise en état

La formule de calcul prévue aux CCAG est la suivante :

$$P = \frac{V \times R}{30}$$

P = montant de la pénalité d'indisponibilité

V = valeur de la rémunération mensuelle versée au titre de la maintenance

R = nombre de jours de retard

15.1.3.2 Spécificités du CCAG-TIC pour les logiciels

En vue de répondre au cas spécifique des marchés d'acquisition et de maintenance de logiciels, et notamment aux problématiques de maintenance évolutive, le CCAG-TIC précise les contours de l'indisponibilité.

Ainsi, un logiciel est indisponible « lorsque l'usage en est rendu impossible en raison d'un défaut de fonctionnement constaté par l'acheteur ». Il est également précisé, en référence aux cas de maintenance évolutive, que l'indisponibilité s'applique à la dernière version mise en œuvre par l'acheteur.

Le délai dévolu à la remise en état du logiciel défectueux est de 24 heures ouvrées. Au-delà de ce délai, et dans le cas où le titulaire n'a pu mettre à la disposition de l'acheteur une solution équivalente, les pénalités prévues pour sanctionner l'indisponibilité s'appliquent.

15.1.4 Autres formes de pénalités applicables pour la bonne exécution du marché

Les CCAG, dans leur version 2021, ont augmenté le nombre de situations permettant de pénaliser le titulaire, à condition que les documents particuliers précisent les montants de pénalités (tab. 15.3).

Outre ces différents cas suggérés dans les CCAG, l'acheteur est évidemment libre de prévoir des pénalités spécifiques à son marché. Elles pourront par exemple être en lien avec la qualité de la prestation (tab. 15.4).

Tab. 15.3. Situations prévues aux différents CCAG permettant de pénaliser le titulaire si les montants sont prévus dans les documents particuliers

CCAG-Travaux	CCAG-MOE	CCAG-FCS	CCAG-PI
<ul style="list-style-type: none"> • Non-respect de la réglementation en matière de protection des données à caractère personnel (art. 5.2.3 du CCAG) ; • Non-respect de la clause d'insertion sociale (art. 20.1.5 du CCAG) ; • Non-respect des obligations environnementales (art. 20.2.3 du CCAG) ; • Non-production du schéma d'organisation et de gestion des déchets ou des documents relatifs au suivi et au traitement des déchets (art. 36.2.3 du CCAG) ; • Carence dans le nettoyage et la remise en état des emplacements (art. 37.3 du CCAG) ; • Absence de remise des documents à fournir après exécution (art. 19.3 et 40 du CCAG). 	<ul style="list-style-type: none"> • Non-respect de la réglementation en matière de protection des données à caractère personnel (art. 5.2.3 du CCAG) ; • Non-respect de la clause d'insertion sociale (art. 18.1.5 du CCAG) ; • Non-respect des obligations environnementales (art. 18.2.3 du CCAG). 	<ul style="list-style-type: none"> • Non-respect de la réglementation en matière de protection des données à caractère personnel (art. 5.2.3 du CCAG) ; • Non-respect de la clause d'insertion sociale (art. 16.1.5 du CCAG) ; • Non-respect des obligations environnementales (art. 16.2.3 du CCAG) ; • Non-production des documents assurant la traçabilité des déchets (art. 20.4 du CCAG) ; • Non-respect des obligations de communication des données indispensables à l'exécution d'une mission de service public (art. 26 du CCAG). 	<ul style="list-style-type: none"> • Non-respect de la réglementation en matière de protection des données à caractère personnel (art. 5.2.3 du CCAG) ; • Violation des obligations de sécurité ou de confidentialité (art. 14.2 du CCAG) ; • Non-respect de la clause d'insertion sociale (art. 16.1.5 du CCAG) ; • Non-respect des obligations environnementales (art. 16.2.3 du CCAG) ; • Non-production des documents assurant la traçabilité des déchets (art. 20.4 du CCAG) ; • Non-respect des obligations de communication des données indispensables à l'exécution d'une mission de service public (art. 26 du CCAG).

Tab. 15.4. Exemples de situations pouvant faire l'objet dans le contrat d'une pénalité forfaitaire

Marchés de travaux	Marchés de prestations de service	Marchés de prestations intellectuelles
<ul style="list-style-type: none"> – Non-respect des consignes de sécurité ; – Absence aux réunions de chantier. 	<ul style="list-style-type: none"> – Abandon de poste pour une prestation de sécurité ; – Dégradation de matériel lors d'une prestation de déménagement ; – Défaut de port de la tenue réglementaire pour une prestation de nettoyage ; – Erreur dans la réalisation des rondes pour une prestation de gardiennage ; – Performances non atteintes pour l'entretien de la climatisation. 	<ul style="list-style-type: none"> – Intervention d'une personne non présentée à l'acheteur pour un marché d'études dans lequel la qualité des intervenants est un élément important.

15.2 Principes de mise en œuvre des pénalités

15.2.1 Nécessité d'une clause pénale

La faculté de pénaliser financièrement le titulaire doit en principe résider dans une clause du contrat. S'il est vrai que l'acheteur dispose d'un pouvoir général de sanction dans le domaine contractuel, celui-ci semble circonscrit à la résiliation du marché ou à sa mise en régie (voir chapitre 2).

Il n'est pas possible d'infliger une sanction financière non prévue par une clause du marché ou d'appliquer une pénalité à une situation qui n'est pas précisément prévue au contrat⁽¹²⁾. Par exemple, si le marché ne prévoit pas de pénalité pour le dépassement de délais partiels ou intermédiaires de réalisation, la clause de pénalités du CCAG-Travaux ne s'applique pas, seul le dépassement du délai global du marché ou de la tranche de travaux considérée peut être pénalisé⁽¹³⁾.

15.2.2 Nécessité d'une faute du titulaire

Quel que soit le type de marché, les pénalités ne peuvent s'appliquer que si la faute ou le retard est imputable au titulaire du marché ou à ses sous-traitants. À l'occasion d'un

(12) CE 15 juillet 2019, Société Sogea Caroni, n° 422321.

(13) CE 23 février 2004, Région Réunion, n° 246622.

contentieux, le juge vérifie si cette condition est remplie⁽¹⁴⁾. Lorsque le titulaire n'est que partiellement responsable d'un retard dans l'exécution du contrat, les pénalités applicables doivent donc être calculées seulement d'après le nombre de jours de retard qui lui sont imputables⁽¹⁵⁾.

Le retard imputable au comportement de l'acheteur ne donne évidemment pas lieu à l'application des pénalités.

15.2.3 Formalités préalables

Dans leur version 2021, les CCAG prévoient pour toutes les pénalités autres que celles de retard (tab. 15.3) une obligation de mettre en demeure le titulaire avant de lui infliger la sanction. Le non-respect de cette formalité la rend irrégulière⁽¹⁶⁾.

Par ailleurs, en ce qui concerne la pénalité pour non-respect du délai d'exécution, les CCAG prévoient une formalité particulière. Il s'agit pour l'acheteur de respecter une procédure préalable d'échange contradictoire avec le titulaire (fig. 15.4)⁽¹⁷⁾. Il doit informer ce dernier du montant des pénalités dont il envisage l'application ainsi que du nombre de jours de retard constaté afin qu'il puisse lui faire part de ses observations. Le titulaire dispose d'au moins quinze jours pour s'exprimer. À défaut d'observation, ou si l'acheteur considère les arguments du titulaire non pertinents, les pénalités sont appliquées à compter du premier jour de retard constaté.

Cette procédure d'échange contradictoire vise à renforcer le dialogue entre les parties sur un sujet par nature conflictuel. On imagine donc qu'elle pourrait produire des effets bénéfiques.

Cependant, sa mise en œuvre impose à l'acheteur le respect strict des formes prévues dans les CCAG au risque sinon de ne pouvoir appliquer régulièrement les pénalités. Il est ainsi souvent constaté en pratique des dérogations à cette formalité d'échange contradictoire dans les documents particuliers des marchés.

Si les documents du marché dérogent aux obligations de formalités préalables prévues dans les CCAG, mise en demeure ou échange contradictoire, cela n'empêche pas l'acheteur d'informer le titulaire de la mise en œuvre des pénalités, par l'envoi d'un courrier par exemple. Dans ce cas, cette information fait naître un différend entre les deux parties qui doit faire l'objet de la part du titulaire d'une réclamation⁽¹⁸⁾, au risque pour lui de ne plus pouvoir contester ces pénalités devant le juge⁽¹⁹⁾.

(14) CAA Paris, 12 juin 1990, Département du Val-de-Marne, n° 89PA00253 ; CE 15 novembre 2012, Hôpital de L'Isle-sur-la-Sorgue, n° 350867.

(15) CE 1^{er} février 2019, Société Brisset, n° 414068.

(16) CE 24 avril 1992, Syndicat mixte pour la géothermie à La Courneuve, n° 112679.

(17) Article 19.2.4 du CCAG-Travaux ; article 16.2.4 du CCAG-MOE ; article 14.1.1 du CCAG-PI ; article 14.1.1 du CCAG-FCS ; article 14.1.1 du CCAG-TIC ; article 15.1 du CCAG-MI.

(18) Article 37 du CCAG-FCS ; article 37 du CCAG-PI ; article 42 du CCAG-MI ; article 47 du CCAG-TIC.

(19) CAA Paris, 30 juin 2015, Société GDF Suez Énergie Services « Cofely Services », n° 14PA02667.

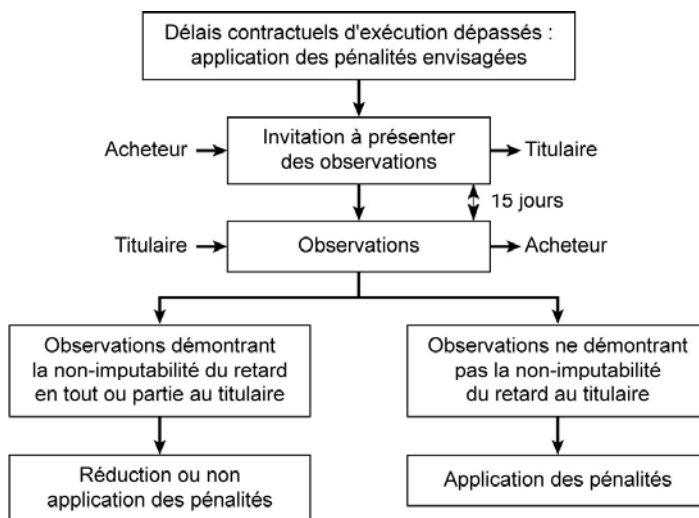


Fig. 15.5 Procédure contradictoire prévue par les CCAG

RECOMMANDATION

Être précis dans les documents particuliers sur les formalités préalables

Dans le cas où l'acheteur déroge aux CCAG pour prévoir dans les documents particuliers ses propres pénalités, il peut préciser que la pénalité s'applique sans formalité préalable, sur simple constat du retard. Mais la clause doit être sans équivoque sinon elle peut conduire le juge à considérer que la mise en demeure est obligatoire et que l'intention des parties n'a pas été de se dispenser de cette formalité⁽²⁰⁾.

15.2.4 Absence de préjudice proportionnel et effectif

Les stipulations contractuelles relatives aux pénalités sont applicables sans que la partie qui en réclame le bénéfice ait à justifier d'un préjudice.

Les pénalités pour retard constituent des sanctions forfaitaires. De ce fait, leur montant n'est en rien affecté par l'importance effective du préjudice que peut représenter le retard. Le titulaire ne pourra donc pas en contester le principe ou le montant au motif que l'acheteur n'a pas subi de préjudice ou que ce préjudice est plus faible que le montant de la pénalité⁽²¹⁾.

En outre, le caractère réparateur des pénalités n'exclut pas la mise en œuvre par l'acheteur d'autres sanctions telle que la résiliation du marché pour faute grave⁽²²⁾. Il exclut en revanche que l'acheteur demande au juge de condamner le titulaire à des dommages-intérêts pour un préjudice déjà réparé par les pénalités, celles-ci étant libératoires⁽²³⁾.

(20) CE 24 avril 1992, Syndicat mixte pour la géothermie à la Courneuve, n° 112679 ; CE 15 novembre 2012, Hôpital de l'Isle-sur-Sorgue, n° 350867 ; CAA Versailles, 1^{er} juillet 2024, n° 21VE02325.

(21) CE 4 juin 1976, Société toulousaine immobilière, n° 65342 ; CE 19 juillet 2017, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n° 392707 ; CE 12 avril 2023, Société Art et Build, n° 461576.

(22) CE 18 décembre 2020, Société Treuils et Grues Labor, n° 433386.

(23) CE 10 décembre 1965, Société des grands travaux de l'est, n° 60850.

L'exécution d'un marché public obéit à des règles précises que chaque acteur doit maîtriser pour garantir la bonne réalisation du contrat. De la sous-traitance au paiement, en passant par la réception, chaque étape exige une rigueur et une méthode afin d'assurer la sécurité juridique et financière du marché.

À jour des dernières réformes législatives, réglementaires et jurisprudentielles, cette cinquième édition propose une approche claire et opérationnelle de toutes les phases d'exécution du marché.

En 27 chapitres, l'ouvrage expose les règles applicables et met à disposition de nombreux outils pratiques (tableaux synthétiques, schémas, modèles et conseils) permettant de sécuriser chaque étape de l'exécution. Ainsi, cet ouvrage permet :

- d'appréhender l'ensemble des obligations encadrant l'exécution des marchés publics ;
- de maîtriser le cadre juridique applicable (Code de la commande publique, CCAG, règles de la comptabilité publique, etc.) ;
- de suivre le déroulement d'un marché, d'anticiper les difficultés et de prévenir les contentieux ;
- d'organiser la réception et la fin du marché ;
- de gérer efficacement les litiges survenus au cours de l'exécution.

Véritable outil d'aide à la pratique quotidienne, chacun y trouvera des repères clairs et opérationnels : les juristes pour sécuriser l'application du droit et la gestion des litiges, les responsables de marchés pour piloter efficacement l'exécution des contrats, les comptables pour articuler règles juridiques et contraintes budgétaires, et les maîtres d'œuvre pour garantir le bon suivi des prestations.

Benjamin Martinez, directeur de projet achat au sein de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, a exercé diverses fonctions dans la commande publique (juriste, acheteur, directeur) et forme régulièrement des praticiens aux marchés publics.

Fabien Serr, expert en marchés publics, occupe depuis de nombreuses années des postes de responsable juridique dans différentes administrations.

Cet ouvrage s'adresse à tous les praticiens des marchés publics : responsables marché, gestionnaires, comptables, assistants des maîtres d'œuvre, maîtres d'œuvre, etc.

ISSN 2267-0149
ISBN 978-2-281-13726-2



9 782281 137262

EDITIONS

LE MONITEUR