

LES PENALITES DE RETARD DANS LES MARCHES PUBLICS

1. Des pénalités de retard dans un marché public : pourquoi ?

1.1. Les pénalités de retard permettent d'assurer l'exécution du marché, dans des délais contraints.

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

Le non respect des délais d'exécution, sur lesquels s'est contractuellement engagé le titulaire du marché, peut entraîner la mise en œuvre de pénalités de retard. Elles visent à inciter les titulaires à respecter leurs engagements.

Les pénalités de retard prennent la forme de sanctions pécuniaires forfaitaires, qui se substituent aux dommages-intérêts : elles ont une fonction dissuasive et réparatrice. Les pénalités ne constituent pas la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de service, et sont donc situées hors du champ d'application de la TVA.

Ces pénalités doivent être prévues par le marché. L'attention particulière des acheteurs publics est appelée sur la rédaction des clauses relatives aux modalités de calcul des pénalités et aux délais d'exécution. Leur précision conditionne une application prévisible, efficace et sécurisée des pénalités de retard.

1.2. La fixation précise des délais d'exécution est nécessaire.

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

Il est possible de proroger les délais d'exécution d'un marché par voie d'avenant. L'acheteur public pourra également prolonger ces délais de manière unilatérale en cas, notamment, de difficultés d'exécution dues à une cause étrangère aux parties (y compris les éventuels sous-traitants). Le prolongement des délais ne doit, cependant, pas être excessif, afin de ne pas bouleverser les conditions de la mise en concurrence initiale.

2. Comment appliquer et utiliser les pénalités de retard ?

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

Les CCAG travaux (article 20), fournitures courantes et services (article 14 FCS), marchés industriels (article 15 MI), techniques de l'information et de la communication (article 14 TIC), et prestations intellectuelles (article 14 PI) prévoient les modalités d'application et de calcul des pénalités de retard. Néanmoins, les acheteurs publics peuvent toujours déroger aux stipulations des CCAG, si les documents contractuels le prévoient expressément.

Les CCAG travaux, MI et PI prévoient une exonération des pénalités lorsque leur montant ne dépasse pas 1 000 euros HT ; les CCAG FCS et TIC le permettent dès 3 00 euros HT.

Les différents CCAG dispensent le pouvoir adjudicateur de procéder à une mise en demeure préalable à leur application. S'il n'est pas fait référence aux CCAG, ou en l'absence de stipulation dans le marché, une mise en demeure préalable s'impose (CE, 24 avril 1992, Syndicat mixte pour le géothermie à la Courneuve, n° 112679 ; CAA Paris, 19 juin 2007, Société Bleu Azur, n° 04PA01052).

2.2. Les pénalités de retard s'appliquent :

2.2.1 A la personne responsable du retard.

Les pénalités de retard ne peuvent s'appliquer que si le retard est imputable au titulaire du marché, ou à ses sous-traitants. En cas de litige, le juge vérifiera si cette condition est remplie (CAA Paris, 12 juin 1990, Département du Val de Marne, n° 89PA00253).

2.2.2 Avant ou après le règlement définitif du marché.

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

Lorsque le marché ne prévoit pas que les pénalités peuvent être précomptées sur les acomptes, les pénalités constituent un élément du décompte général du marché, qui ne peut pas être isolé du solde (CAA Bordeaux, 4 octobre 2007, Société Les grands travaux du bassin aquitain, n° 04BX01178).

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

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

Des pénalités de retard pour des délais d'exécution partiels peuvent être prévues de manière expresse (CE, 23 février 2004, Région Réunion, n° 246622). Les stipulations contractuelles peuvent, cependant, prévoir que ces pénalités ne sont appliquées que lorsque le dépassement d'un délai d'exécution partiel a pour effet un dépassement du délai global du marché (CE, 20 septembre 1991, Administration générale de l'Assistance Publique, n° 77184).

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

L'application des pénalités de retard est un droit contractuel de l'administration, auquel elle peut renoncer. Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, pour laquelle la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières. La renonciation peut être unilatérale (par décision motivée de l'autorité compétente), contractuelle (par avenant), ou encore transactionnelle (CAA Nancy, 15 février 2007, « Sté Sitelec Moselec », n° 04NC01122).

La jurisprudence invite, désormais, l'acheteur à faire une application raisonnée des pénalités de retard. Le juge administratif s'est, en effet, reconnu le pouvoir de moduler leur montant, « *si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché* » (CE, 29 décembre 2008, « OPHLM de Puteaux », n° 296930), rejoignant, ainsi, la position du juge judiciaire.

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