



**SÉBASTIEN NIVAUT,**  
docteur en droit public, avocat à la Cour

**Pénalités**

Des pénalités peuvent être appliquées à chaque fois que le titulaire du marché ne respecte pas le délai d'exécution sur lequel il s'est contractuellement engagé.

**Appréciation**

Le juge peut modérer ou augmenter les pénalités de retard si elles atteignent un montant visiblement excessif ou dérisoire et en cas d'absence de préjudice subi par le pouvoir adjudicateur.

**Ligne Maginot**

Dans les faits, la réduction des pénalités recalculées par le juge du contrat dépasse rarement le seuil des 25 % du montant HT du marché.

tion incitative, dissuasive et réparatrice. En outre, une fois celles-ci appliquées, la collectivité territoriale, et de manière générale le pouvoir adjudicateur, ne pourra pas réclamer d'indemnité supplémentaire au titre des préjudices qu'elles couvrent.

Le régime des pénalités de retard répond donc à une logique particulière. Par conséquent, il appartenait au juge du contrat, dans son approche, de dégager des critères qui, tout en lui permettant de diminuer le montant des pénalités initialement fixé, ne remettaient pas en cause, dans son principe, le pouvoir de sanction de la collectivité territoriale et n'annihilaient pas les effets recherchés de la sanction pécuniaire.

A cet effet, les deux critères cumulatifs suivants ont été arrêtés: le montant des pénalités appliquées doit, d'une part, être manifestement excessif et, d'autre part, la collectivité territoriale, le pouvoir adjudicateur, ne doit pas avoir subi de préjudice du fait du retard d'exécution du marché.

Ainsi, pour apprécier le caractère manifestement excessif du montant des pénalités, le juge du contrat s'attache, dans un premier temps, à le comparer au montant global du marché unique (1). Dans le cadre d'un marché public à bons de commande, le caractère manifestement excessif ou dérisoire du montant des pénalités de retard s'apprécie au regard non pas du montant de chaque bon de commande mais au regard du montant global et définitif du marché (2). Si quelques décisions ont privilégié le montant global toutes taxes comprises du marché, la majorité des jugements et des plus récents se réfèrent au montant global hors taxes.

Puis, pour caractériser le montant manifestement excessif, le juge calcule le ratio entre les deux valeurs et, suivant le pourcentage du montant global du marché que représentent les pénalités appliquées, il conclut ou non au caractère manifeste et excessif de la sanction pécuniaire.

Partant, ont été considérées comme manifestement excessives des pénalités dont les montants représentaient, respectivement, 290 % (3), 264 % (4), 104 % (5), 80 % (6), 63,78 % (7), 60 % (8) et 56,2 % (9) du montant global du marché.

A contrario, n'ont pas été considérées comme manifestement excessives des pénalités dont les montants représentaient,

## Marchés publics

# Les limites imposées par le juge à l'application des pénalités de retard

**E**n droit de la commande publique, les pénalités de retard sont un sujet universel qui touche quasiment l'ensemble des acteurs. Rares sont les collectivités territoriales, et de manière générale les pouvoirs adjudicateurs, qui n'ont jamais eu à sanctionner l'exécution tardive d'un marché, et nombreux sont les opérateurs économiques, régulièrement tributaires de marchés, qui ont été au moins une fois sanctionnés pour dépassement du délai de réalisation. Les pénalités de retard sont également souvent un sujet de crispation entre les parties en raison de leur impact financier.

Figé au sein de cahiers des clauses administratives générales (CCAG) quasiment immuables et au travers d'une jurisprudence constante, le régime des pénalités de retard dans les marchés publics a longtemps été inchangé jusqu'à la décision du Conseil d'Etat du 28 décembre 2009 «OPHLM de Puteaux». Dans cet arrêt, la haute juridiction a considéré qu'il était

«loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché». Depuis, plusieurs jugements reprenant ce considérant de principe ont été rendus et illustrent ainsi le pouvoir de modération du juge administratif du contrat.

### DEUX CONDITIONS PRÉALABLES AU POUVOIR DE MODÉRATION DU JUGE

Le régime des pénalités de retard dans les marchés publics se résume ainsi: les pénalités peuvent être appliquées à chaque fois que le titulaire du marché ne respecte pas le délai d'exécution sur lequel il s'est contractuellement engagé. Elles prennent alors la forme de sanctions pécuniaires forfaitaires, qui se substituent aux dommages-intérêts. Les pénalités ont donc, à la fois, une fonc-

respectivement, 20% (10), 18,7% (11), 10,10% et 4,03% (12), 4,6% (13) du montant global du marché.

En résumé, et sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, on peut raisonnablement soutenir que toutes les pénalités dont le montant dépasserait 50% du montant global hors taxe du marché peuvent être considérées comme manifestement excessives.

Pour autant, cela ne suffit pas pour obtenir du juge une diminution de leur montant. Celui-ci doit constater, en sus, que le retard d'exécution n'a pas causé de préjudice au pouvoir adjudicateur. Le cocontractant bénéficie d'une présomption d'absence de préjudice. En effet, la collectivité territoriale ne peut se contenter ici d'alléguer un préjudice. Un effort de justification est demandé au pouvoir adjudicateur (14). Il n'y a pas de préjudice «type». En ce sens, le panel des préjudices pouvant être revendiqués suite au retard d'exécution du marché est large. Cela peut être un dysfonctionnement du service public (15), une atteinte à la qualité du service public (16), le report de la passation d'autres marchés publics (17) ou bien encore le retard d'exécution ou de livraison d'un ouvrage (18).

Parfois, le juge du contrat passe outre cette condition et, alors même qu'il a constaté plusieurs manquements du cocontractant qui étaient à l'origine du retard d'exécution du marché, il ne retient que le caractère manifestement excessif des pénalités appliquées pour modérer leur montant (19).

## RÉFÉRENCES

Conseil d'Etat, 28 décembre 2009, «OPHLM de Puteaux», req. n° 96930.

## TROIS APPROCHES DIFFÉRENTES

Lorsque le juge du contrat, saisi d'une demande de modération, a constaté que le montant des pénalités querellé était manifestement excessif au regard au montant global hors taxes du marché et que le retard d'exécution n'avait pas causé de préjudice au pouvoir adjudicateur, il diminue alors le montant des pénalités initialement appliquées par la collectivité territoriale. Il n'y a pas réellement de règles en matière de modération. En effet, chaque diminution du montant des pénalités est propre au cas d'espèce. On peut cependant dégager trois axes qui illustrent et résument la démarche du magistrat.

Parfois, le juge recalculé lui-même le montant des pénalités en s'appuyant sur les pièces contractuelles: à propos de pénalités d'un montant de 849371,85 euros, ramenées à hauteur de

75494,38 euros, soit 25% du montant du marché (20), ou bien à propos de pénalités d'un montant de 147637 euros réduites à hauteur de 63264 euros (21), représentant, là encore, environ 25% du montant du marché. Cela reste cependant une démarche marginale.

Plus fréquemment, le juge réduit de moitié le montant global des pénalités initialement appliquées: ainsi pour des pénalités

représentant 80% du montant HT du marché et réduites à 40% (22), ou bien encore des pénalités d'un montant de 88000 euros représentant 104% du montant global du marché réduites à 44.000 euros (23), des pénalités d'un montant de 26068,78 euros modérées à hauteur de 13034,39 euros (24).

Enfin, les dernières décisions rendues mettent en lumière une troisième approche: le juge réduit le montant global de pénalités de telle sorte que le nouveau montant représente, peu ou prou, entre 20 et 25% du montant total HT du marché:

– à propos de pénalités d'un montant de 237595 euros, représentant 63,78% du montant global du marché réduites à la somme forfaitaire de 74500 euros, soit 20% du montant global du marché (25);

– à propos de pénalités représentant 264% du montant global du marché HT, ramenées à hauteur de 25% (26).

En résumé, quelle que soit la voie empruntée par le juge et sous réserve de son appréciation souveraine, le seuil des 25% correspondant au montant global des pénalités appliquées au cocontractant retardataire semble être la ligne Maginot que le juge du contrat se refuse de franchir.

Bien qu'elle ait dépassé le stade des balbutiements, la jurisprudence en matière de modération des pénalités de retard dans les marchés publics n'en demeure pas moins assez récente. Gageons que les décisions à venir confirmeront les orientations jurisprudentielles décrites ci-avant. ▣



Les pénalités de retard ont une triple fonction incitative, dissuasive et réparatrice. Une fois celles-ci appliquées, la collectivité ne peut pas réclamer d'indemnité supplémentaire.

(1) Par exemple: CE, 29 déc. 2008, OPHLM Puteaux, req. n° 296930; CAA de Marseille, 5 déc. 2011, «sté Méditerranéenne de démolition», req. n° 09MA01002.

(2) CAA de Marseille, 9 nov. 2015, «sté Ecollect c/ville de Cannes», req. n° 14MA02747.

(3) CAA de Nancy, 13 oct. 2011, «sté Entr. Jacquet», req. n° 10NC00539.

(4) CAA de Marseille, 9 nov. 2015, «sté Ecollect», req. n° 14MA02747.

(5) CAA de Nancy, 5 juillet 2010, «sté Sogreah consultants», req. n° 09NC00896.

(6) CAA de Bordeaux, 19 janv. 2016, «HLM Habitat Toulouse», req. n° 14BX01375.

(7) CAA de Paris, 30 juin 2014, «Thyssenkrupp Ascenseurs c/SNCF», req. n° 12PA02469.

(8) CAA de Marseille, 5 déc. 2011, «sté Méditerranéenne de démolition», req. n° 09MA01002.

(9) CE, 29 déc. 2008, «OPHLM Puteaux», req. n° 296930.

(10) CAA de Marseille, 26 oct. 2015, «sté MGB 83», req. n° 14MA01948.

(11) CAA de Nancy, 29 sept. 2015, «sté SMTPF», req. n° 14NC01133.

(12) CAA de Nantes, 23 sept. 2011, «sté Plastic omnium systèmes urbains», req. n° 10NT02043.

(13) CAA de Lyon, 21 avr. 2011, «sté Ets Pierre Giraud», req. n° 09LY02789.

(14) CAA de Marseille, 9 nov. 2015, «sté Ecollect c/ville de Cannes», req. n° 14MA02747.

(15) CAA de Marseille, 5 déc. 2011, «sté méditerranéenne de démolition», req. n° 09MA01002.

(16) CAA de Marseille, 9 nov. 2015, «Sté Ecollect», préc.

(17) CAA de Marseille, 5 déc. 2011, «sté méditerranéenne de démolition», préc.

(18) CAA de Nancy, 5 juil. 2010, «Sogreah Consultants», préc.

(19) CAA de Bordeaux, 19 janv. 2016, «HLM Habitat Toulouse».

(20) CAA de Nancy, 13 oct. 2011, «sté entr. Jacquet», préc.

(21) CE, 29 déc. 2008, «OPHLM Puteaux», préc.

(22) CAA de Bordeaux, 19 janv. 2016, «HLM Habitat Toulouse».

(23) CAA de Nancy, 5 juil. 2010, «sté Sogreah consultants».

(24) CAA de Marseille, 5 déc. 11, «sté Méditerranéenne de démolition», préc.

(25) CAA de Paris, 30 juin 2014, «Thyssenkrupp Ascenseurs c/SNCF».

(26) CAA de Marseille, 9 nov. 2015, «sté Ecollect», préc.