



**#Newsletter 7**  
**#Droit des contrats et marchés publics**

**Modération des pénalités de retard par le Juge  
administratif : où en est-on ?**

Publiée le 31 juillet 2019

# Modération des pénalités de retard par le Juge administratif : où en est-on ?<sup>1</sup> (revue de jurisprudence)

En droit de la commande publique, le sujet des pénalités de retard est un sujet universel qui touche quasiment l'ensemble des acteurs. En effet, 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 attributaires de marchés, qui ont été au moins une fois sanctionnés pour dépassement du délai de réalisation.

Le sujet des pénalités de retard est également souvent un sujet de crispation entre les parties en raison de leur impact financier.

Figé aux seins de 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<sup>2</sup>.

Le présent article a donc pour objet d'en extraire les principaux enseignements : à savoir, d'une part, identifier les conditions dans lesquelles le juge du contrat administratif accepte de diminuer les pénalités de retard et, d'autre part, illustrer de manière pratique les modérations accordées.

## I. Les conditions nécessaires pour la mise en œuvre du pouvoir de modération du Juge administratif

Pour rappel, 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 fonction incitative, dissuasive et réparatrice. En outre, une fois 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 donc 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.

---

<sup>1</sup> Le présent article est la reprise actualisée d'un article intitulé « *Marchés publics : les limites imposées par le Juge à l'application des pénalités de retard* » (S NIVAULT) et publié à la Gazette des communes, des départements et des régions du 5 septembre 2016 (n°33/2331, pages 76 et 77)

<sup>2</sup> A notre connaissance, il n'existe pas de décisions illustrant le pouvoir d'augmentation des pénalités de retard par le juge administratif.

A cet effet, les deux critères cumulatifs suivants ont été arrêtés : le montant des pénalités appliquées doit, tout d'abord, être manifestement excessif et, ensuite, 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>. 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 %<sup>5</sup>, 264%<sup>6</sup>, 104%<sup>7</sup>, 80%<sup>8</sup>, 63,78%<sup>9</sup>, 60%<sup>10</sup> et 56,2%<sup>11</sup> du montant global du marché.

A *contrario*, n'ont pas été considérées comme manifestement excessives des pénalités dont les montants représentaient, respectivement, 33%<sup>12</sup>, 20%<sup>13</sup>, 18,7%<sup>14</sup>, 10,10% et 4,03%<sup>15</sup>, 4,6%<sup>16</sup>, 6%<sup>17</sup>, 13%<sup>18</sup> du montant global du marché.

En résumé et sous réserve de l'appréciation souveraine des Tribunaux, on peut raisonnablement soutenir que toutes 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<sup>19</sup>. 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

---

<sup>3</sup> Voir par exemples : CE, 29 décembre 2008, OPHLM Puteaux, req. n°296930 ; CAA Marseille, 05/12/11, Sté MEDITERRANNEENNE DE DEMOLITION, req. n°09MA01002 ; CAA Paris, 30 juin 2014, Thyssenkrupp Ascenseurs c/ SNCF, req. n°12PA02469

<sup>4</sup> CAA Marseille, 9 novembre 2015, Sté Ecollect c/ Ville de Cannes, req. n°14MA02747.

<sup>5</sup> CAA Nancy, 13/10/11, Sté ENTREPRISE JACQUET, req. n°10NC00539.

<sup>6</sup> CAA Marseille, 9 novembre 2015, Sté Ecollect c/ Ville de Cannes, req. n°14MA02747.

<sup>7</sup> CAA Nancy, 05/07/10, Sté SOGREA Consultants, req. n°09NC00896.

<sup>8</sup> CAA Bordeaux, 19/01/16, HLM Habitat Toulouse req. n°14BX01375.

<sup>9</sup> CAA Paris, 30 juin 2014, Thyssenkrupp Ascenseurs c/ SNCF, req. n°12PA02469.

<sup>10</sup> CAA Marseille, 05/12/11, Sté MEDITERRANNEENNE DE DEMOLITION, req. n°09MA01002.

<sup>11</sup> CE, 29 décembre 2008, OPHLM Puteaux, req. n°296930.

<sup>12</sup> CAA Douai, 15 mars 2018, Mme B F, req. n°16DA01126

<sup>13</sup> CAA Marseille, 26/10/15, Sté MGB 83, req. n°14MA01948.

<sup>14</sup> CAA Nancy, 29 septembre 2015, Sté SMTPF, req. n°14NC01133.

<sup>15</sup> CAA Nantes, 23 septembre 2011, Sté Plastic Omnium Systèmes Urbains, req. n°10NT02043.

<sup>16</sup> CAA Lyon, 21 avril 2011, Sté Ets Pierre Giraud, req. n°09LY02789.

<sup>17</sup> CAA Bordeaux, 6 juin 2019, req. n°17BX01734

<sup>18</sup> CAA Nancy, 18 juin 2019, 18NC00371

<sup>19</sup> CAA Marseille, 9 novembre 2015, Sté Ecollect c/ Ville de Cannes, req. n°14MA02747.

dysfonctionnement du service public<sup>20</sup>, une atteinte à la qualité du service public<sup>21</sup>, le report de la passation d'autres marchés publics<sup>22</sup> ou bien encore le retard d'exécution ou de livraison d'un ouvrage<sup>23</sup>. 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<sup>24</sup>.

## II. Illustrations pratiques des modérations accordées par le Juge administratif

Lorsque le juge du contrat, saisi d'une demande de modération, a donc constaté que le montant des pénalités querellé était manifestement excessif au regard du 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 appliquée 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 recalcule lui-même le montant des pénalités en s'appuyant sur les pièces contractuelles : à propos de pénalités d'un montant de 849 371,85 €, représentant 290 % du montant global du marché H.T, ramenées à hauteur de 75 494,38 €, soit 25% du montant du marché<sup>25</sup>, ou bien encore à propos de pénalités d'un montant de 147 637 € réduites à hauteur de 63 264 €<sup>26</sup>, représentant, une fois de plus, à peu près 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%<sup>27</sup>, ou bien encore des pénalités d'un montant de 88 000 € représentant 104% du montant global du marché réduites à 44 000 €<sup>28</sup>, des pénalités d'un montant de 26 068,78 € modérées à hauteur de 13 034,39 €<sup>29</sup>.

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 hors taxes du marché : à propos de pénalités d'un montant de 237 595 €, représentant 63,78% du montant global du marché réduites à la somme forfaitaire de 74 500 €, soit 20% du montant global du marché<sup>30</sup> ; à propos de pénalités représentant 264 % du montant global du marché H.T, ramenées à hauteur de 25%<sup>31</sup>.

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.

---

<sup>20</sup> CAA Marseille, 05/12/11, Sté MEDITERRANNEENNE DE DEMOLITION, précité.

<sup>21</sup> CAA Marseille, 9 novembre 2015, Sté Ecollect c/ Ville de Cannes, précité.

<sup>22</sup> CAA Marseille, 05/12/11, Sté MEDITERRANNEENNE DE DEMOLITION, précité.

<sup>23</sup> CAA Nancy, 05/07/10, Sté SOGREAH Consultants, précité.

<sup>24</sup> CAA Bordeaux, 19/01/16, HLM Habitat Toulouse, précité.

<sup>25</sup> CAA Nancy, 13/10/11, Sté ENTREPRISE JACQUET, précité.

<sup>26</sup> CE, 29 décembre 2008, OPHLM Puteaux, précité.

<sup>27</sup> CAA Bordeaux, 19/01/16, HLM Habitat Toulouse, précité.

<sup>28</sup> CAA Nancy, 05/07/10, Sté SOGREAH Consultants, précité.

<sup>29</sup> CAA Marseille, 05/12/11, Sté MEDITERRANNEENNE DE DEMOLITION, précité.

<sup>30</sup> CAA Paris, 30 juin 2014, Thyssenkrupp Ascenseurs c/ SNCF, précité.

<sup>31</sup> CAA Marseille, 9 novembre 2015, Sté Ecollect c/ Ville de Cannes, précité.

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 relativement récente. Gageons que les décisions à venir confirment les orientations jurisprudentielles décrites ci-avant.

### **III. Le pouvoir de modération du Juge administratif freiné et encadré récemment par le Conseil d'Etat**

Par un arrêt du 19 juillet 2017 (Sté GBR Ile-de-France, req n°392707) passé presque inaperçu, le Conseil d'Etat est venu repréciser les conditions dans lesquelles le Juge du contrat peut modérer le montant des pénalités appliquées par le pouvoir adjudicateur.

Et le moins que l'on puisse dire c'est que les conditions sont devenues plus restrictives.

En effet, la Haute juridiction rappelle que *« les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus ; qu'elles sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi »*.

Et surtout, elle rappelle que *« lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat, il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire »*.

Le Conseil d'Etat « enfonce le clou » en prévoyant que *« lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge ; qu'il lui appartient de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif ; qu'au vu de l'argumentation des parties, il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif »*.

En pratique, il semblerait que la Haute juridiction ait été entendue puisque récemment (en mars et juin 2019) :

- la Cour administrative d'appel de Paris<sup>32</sup> a jugé que :

*« Enfin, alors même que les pénalités de retard ainsi déterminées s'élèvent à 60,5 % du montant du marché, elles ne revêtent pas, compte tenu du retard de plus d'un an constaté dans l'exécution des prestations, alors que le délai global rappelé ci-dessus était fixé à 88 jours, un*

---

<sup>32</sup> CAA Paris, 5 mars 2019, n° 17PA02067

*caractère manifestement excessif. Il n'y a dès lors pas lieu d'en modérer le montant en application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil alors applicable.*

- la Cour administrative d'appel de Paris<sup>33</sup> a de nouveau jugé que :

*« Il résulte de tout ce qui précède qu'en l'absence de démonstration de caractéristiques particulières du marché ou de pratiques sensiblement différentes pour des marchés comparables, le montant des pénalités qui découle des stipulations contractuelles, alors même qu'il représente 61,15 % du montant du marché, ne peut être regardé comme manifestement excessif pour un retard cumulé de 465 jours sur une période de travaux prévue au marché de six mois. La société GBR Ile-de-France n'est donc pas fondée à en demander la réduction et le CHIPEA est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Melun a réduit ce montant à la somme de 106 708,22 euros ».*

Evolution jurisprudentielle à suivre donc !

---

<sup>33</sup> CAA Paris, 24 juin 2019, n° 17PA02639