

COMMANDE PUBLIQUE

Concevoir et appliquer les pénalités contractuelles, mode d'emploi

Auteur associé | Actu juridique | Fiches de droit pratique | France | Publié le 10/04/2024

La bonne définition du mécanisme de pénalités contractuelles, au stade de l'élaboration du contrat, est une condition sine qua non de l'application efficace de cette sanction contractuelle. La personne publique pourra décider de ne pas appliquer les pénalités lorsqu'elle se trouve dans un cas d'exonération, soit prévu au contrat, soit en cas de circonstances particulières.

**[1]****Concevoir un mécanisme efficace de pénalités contractuelles**

Les pénalités contractuelles ne peuvent être appliquées que si elles ont été expressément prévues au contrat. Il est donc important pour la personne publique d'apporter un soin particulier, dans l'élaboration d'un contrat public, aux mécanismes de pénalités contractuelles insérés. Pour ce faire, il faut d'abord être particulièrement clair sur les obligations mises à la charge du cocontractant, liées aux prestations demandées ou au projet poursuivi : exécuter des travaux, fournir un service public, exploiter et entretenir un ouvrage... et ce, dans des délais (finaux et/ou intermédiaires) clairement définis.

Il convient ensuite, au regard de ces obligations, d'anticiper les inexécutions contractuelles dont pourrait se rendre responsable le titulaire, et qui seraient susceptibles de mettre à mal le projet.

A titre illustratif, on relèvera que les pénalités contractuelles ont souvent pour objet de sanctionner des retards ou des défauts du titulaire dans l'exécution de ses prestations : retard ou défaut de transmission de documents de toute sorte (pour les marchés de travaux, voir cahier des clauses administratives générales CCAG-travaux 2021, art. 40.1 ^[2]), retard ou défaut de présentation d'un sous-traitant (pour les marchés de travaux, CCAG-travaux 2021, art.3.6.1.5 ^[3]), non-respect d'une clause d'insertion sociale ou environnementale (pour les marchés de travaux, art. 20.1.5 ^[4] et 20.2.3 ^[4] du CCAG- travaux 2021), retard ou absence à une réunion.

Cependant, en pratique, la personne publique reste libre de déterminer, pour chaque opération, quel manquement mérite d'être sanctionné.

Pour rappel, les pénalités sont applicables au seul motif qu'une inexécution des obligations contractuelles est constatée et alors même que la personne publique n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge de son cocontractant qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi ⁽¹⁾ ^[5]. Elles ont donc principalement un effet incitatif.

La situation est sensiblement différente dans le cas d'inexécutions contractuelles que l'on pourrait considérer comme plus graves : dépassement du délai d'exécution global des travaux, défaut ou défaillances dans

l'exploitation de l'ouvrage concédé, défaut d'entretien-maintenance de l'équipement géré dans le cadre d'un contrat de partenariat...

Dans ces hypothèses, il n'est pas exclu de fixer le montant des pénalités au regard du préjudice qu'induirait pour la personne publique la méconnaissance de ses obligations par le titulaire. Les pénalités auront alors une fonction incitative, mais aussi réparatrice.

Mais il ne faut pas perdre de vue que, dans ce cas, les pénalités contractuelles ayant un caractère libératoire, elles se substitueront aux dommages et intérêts que pourrait solliciter la personne publique en réparation de ses préjudices découlant de l'inexécution contractuelle.

Enfin, la personne publique doit déterminer clairement les modalités d'application des pénalités qu'elle a instituées : nécessité d'une mise en demeure et/ou d'une procédure de conciliation préalable ou application automatique ; détermination des délais d'enclenchement des pénalités, définition des modalités de calcul ou fixation d'un montant forfaitaire.

A ce titre, il apparaît utile de mentionner que, sauf stipulation contraire, le calcul des pénalités journalières se fait par jour calendaire (et non par jour ouvré), incluant donc les samedis, dimanches et jours fériés (voir notamment CCAG-travaux 2021, art. 19.1.1 ^[6]).

Des limites aux pénalités peuvent être prévues. Il est en effet usuel, bien que non obligatoire, que le montant total des pénalités applicables soit plafonné. En ce sens, il est prévu à l'article 19.2.2 ^[7] du CCAG-travaux 2021 que « le montant total des pénalités de retard appliquées au titulaire ne peut excéder 10 % du montant total hors taxes du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande ». Une limite identique est prévue au CCAG-FCS 2021 (fournitures courantes et services), art. 14.1.2 ^[8].

Les CCAG versions 2021 comportent des clauses types sur les pénalités contractuelles (art. 19 du CCAG-travaux ^[6], art. 14 du CCAG-FCS 2021 ^[8], art. 15 du CCAG-MI ^[9] (marchés industriels), art. 14 du CCAG-TIC ^[10] (techniques de l'information et de la communication) et art. 14 du CCAG-PI ^[11] (prestations intellectuelles). Il est donc recommandé aux personnes publiques de s'y référer expressément, ou du moins de s'en inspirer en les adaptant, le cas échéant, aux spécificités du contrat conclu (en y dérogeant alors explicitement).

Attention toutefois, la mise en place d'un mécanisme trop complexe ou peu lisible engendre, de manière contre-productive, des difficultés de gestion administrative et conduit trop souvent les services à y renoncer.

Appliquer les pénalités contractuelles

En cas d'inexécution contractuelle, la personne publique doit, tout d'abord, s'assurer de l'imputabilité de l'inexécution à son contractant (qui peut, pour rappel, consister tant en un retard qu'en un défaut d'exécution). L'imputabilité de la méconnaissance des obligations contractuelles au titulaire du contrat (ou à l'un de ses sous-traitants, dont il répond) est en effet une condition indispensable à l'application de pénalités à son encontre ⁽²⁾ ^[12].

Ensuite, lorsque l'application de la pénalité n'est pas encourue après simple « constat » de l'inexécution contractuelle (voir en ce sens l'article 20.1.1 du CCAG-travaux 2009 ^[13]), mais est contractuellement soumise à une procédure préalable, la personne publique est tenue de la suivre.

En effet, fréquemment, une mise en demeure préalable du titulaire du contrat de se conformer à ses obligations contractuelles, dans un délai déterminé, est prévue avant application des pénalités. Ce délai permet de laisser l'opportunité au titulaire de remédier, dans un délai contraint, à son inexécution (les pénalités n'étant plus applicables dès lors qu'il s'exécute dans ledit délai).

Et le nouveau CCAG-travaux 2021 prévoit, à son article 19.2.4 ^[14], une procédure contradictoire préalable à l'application des pénalités. Il convient alors pour le maître d'ouvrage qui envisage d'appliquer les pénalités de

retard constatées d'inviter « par écrit, le titulaire à présenter ses observations dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours. Le maître d'ouvrage précise le montant des pénalités susceptibles d'être appliquées, le ou les retards concernés ainsi que le délai imparti au titulaire pour présenter ses observations ».

Une procédure identique est prévue pour l'application des pénalités de retard à l'article 14 du CCAG-FCS 2021 ^[8]. Ce contradictoire préalable – à bien distinguer de la mise en demeure – sera souvent l'occasion de faire le point sur la responsabilité du titulaire dans l'inexécution et l'imputabilité de l'inexécution. A défaut de mise en œuvre de cette procédure, lorsqu'elle est prévue au contrat, l'application des pénalités contractuelles ne sera pas efficace.

Par expérience, il est conseillé à la personne publique de ne pas laisser passer un délai trop important entre la mise en demeure ou l'enclenchement de la procédure préalable et l'application des pénalités, qui pourrait laisser penser qu'elle a finalement renoncé à leur application et conduire le juge éventuellement saisi à considérer la sanction contractuelle comme irrégulière ^{(3) [15]}. Et, lorsque l'application de la pénalité n'est pas contestable, de la décompter au plus vite.

Pour finir, attention à bien respecter les éventuels plafonds de pénalités qui auraient été stipulés au contrat – sur le montant global des pénalités notamment, toutes clauses confondues –, au risque de voir sa décision contestée.

Renoncer à appliquer les pénalités contractuelles

Pour les pénalités de faible montant, il peut être prévu au contrat la possibilité pour la personne publique d'exonérer son cocontractant. A ce titre, les CCAG-travaux et FCS 2021 (art. 19.2.1 ^[6] et 14.1.3 ^[8]) stipulent en ce sens que « le titulaire est exonéré des pénalités dont le montant total ne dépasse pas 1 000 euros pour l'ensemble du marché ».

En outre, l'application des pénalités n'apparaît pas justifiée lorsque le titulaire peut se prévaloir de causes exonératoires que sont le fait d'un tiers (à l'exclusion d'un sous-traitant), le fait de l'administration ou de la personne publique cocontractante, ou encore un cas de force majeure ^{(4) [16]}.

Et les parties peuvent utilement prévoir au contrat des clauses exonérant le titulaire de pénalités de retard et prévoyant la prolongation des délais d'exécution en cas de circonstances imprévisibles, échappant à la responsabilité du titulaire et le mettant dans l'impossibilité de respecter les délais contractuels.

De plus, l'application des pénalités peut être suspendue ou gelée par la personne publique du fait de certaines circonstances particulières – sans constituer des cas de force majeure –, crise sanitaire, hausse significative des prix des matières premières...

Dans l'actualité relativement récente, l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 ^[17] portant diverses mesures « pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19 », a notamment prévu la suspension des pénalités de retard compte tenu des difficultés d'exécution générées par la crise sanitaire.

C'est dans une optique similaire – mais moins contraignante – que le Premier ministre a, par une circulaire du 29 septembre 2022 (n° 6374/SG) ^[18] abrogeant la précédente circulaire du 30 mars 2022 (n° 6338/SG) ^[19], fait état de son souhait, dans le contexte de hausse significative des prix des matières premières, de voir l'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques de l'entreprise suspendues tant que le titulaire est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des « conditions normales ».

Plus largement, la personne publique peut toujours renoncer à appliquer les pénalités, implicitement – par l'absence de mise en œuvre du mécanisme de pénalités contractuelles qui trouverait à s'appliquer – ou par l'édition d'une décision unilatérale ou encore par avenant ^{(5) [20]}.

Mais cette renonciation doit être justifiée, sous peine de constituer un abandon illégal de recette, sanctionné par les juridictions financières. Il est ainsi préférable qu'un tel abandon des pénalités soit formalisé par un avenant au

contrat en bonne et due forme ou une délibération expresse de l'organe habilité, surtout lorsque la personne publique a engagé l'application des pénalités, faisant état de sa volonté de les appliquer.

POUR ALLER PLUS LOIN

- Appliquer les pénalités contractuelles au titulaire d'un contrat public
- En 2024, un code de la commande publique encore plus riche
- Pénalités de retard : le co-contractant se défend avec des copies d'écran