

Délais partiels d'exécution et pénalités de retard : règles applicables

Les délais d'exécution des marchés publics constituent un critère déterminant de l'efficacité de l'achat public. Leur maîtrise par les acheteurs publics apparaît donc primordiale et cette dernière est largement conditionnée par leur faculté de sanctionner la méconnaissance des délais prévus par les documents contractuels. Or, l'application des pénalités pour un retard dans l'exécution de délais partiels d'exécution du marché présente des particularités dont la connaissance apparaît nécessaire pour assurer leur correcte application.

Les délais d'exécution constituent « une donnée essentielle des modalités d'accomplissement des marchés »⁽¹⁾ qui mérite une attention particulière de la part des acheteurs. Derrière la simplicité apparente de la notion de délai d'exécution du marché qui n'est autre que le « délai global pour [la réalisation de] toutes les prestations prévues au marché »⁽²⁾ se cache en réalité une problématique d'une « très grande technicité, confinante à la complexité »⁽³⁾ mais qui n'en présente pas moins des enjeux importants « dont les conséquences négatives concernent tout autant l'exécution technique du marché que son exécution financière »⁽⁴⁾.

Ce constat s'impose d'autant plus s'agissant des délais partiels d'exécution, lesquels se distinguent du délai global en ce qu'ils portent sur une partie des prestations du marché et non leur intégralité, dès lors que leur définition et surtout la sanction de leur inobservation par l'application de pénalités de retard constituent un « problème fréquemment rencontré en pratique mais peu traité par la jurisprudence »⁽⁵⁾. Les acheteurs ont effectivement pour habitude de décomposer l'exécution des marchés présentant une importance particulière, tant du point de vue de leur durée que de leur objet, en tranches et en phases d'exécution et d'assortir ces dernières de délais partiels d'exécution pour s'assurer de la

(1) M. Gaudemet et E. Nigri, « Délais d'exécution », *Jurisque Contrats et marchés publics*, fasc. 110, 1^{er} avril 2019, §1.

(2) R. Rouquette, « Délais d'exécution », *Droit des Marchés publics*, IV.215, *Moniteur*, Octobre 2020.

(3) S. Dyens, « La distinction entre durée et délai d'exécution dans les marchés publics de travaux : une coquetterie de juristes ? », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 150, janvier 2015.

(4) *Ibid.*

(5) P. Delelis, « Pénalités de retard : délai global et délais partiels d'exécution du marché », *Contrats et marchés publics* n° 5, mai 2004, comm. 87.

Auteur

Laurent Bonnard
Avocat au barreau de Paris
Cabinet Seban et Associés

réalisation de ces prestations en temps utile. Toutefois, à l'exception de la détermination des délais partiels d'exécution dans les documents particuliers du marché, les acheteurs se reposent fréquemment sur les cahiers des clauses administratives générales (ci-après, « CCAG ») pour assurer la sanction de leur inobservation.

Pendant, les CCAG présentent des subtilités notamment terminologiques et il apparaît donc particulièrement opportun d'exposer les conditions d'application des pénalités pour inobservation des délais partiels d'exécution ainsi que le régime des pénalités pour inobservation de ces délais.

Les conditions d'application des pénalités pour inobservation des délais partiels d'exécution

La définition précise des délais partiels d'exécution dans les documents particuliers du marché constitue un préalable nécessaire à leur sanction puisqu'un retard ne peut être sanctionné pour autant qu'un délai d'exécution est prévu. La définition précise des pénalités pour inobservation des délais partiels d'exécution et la cohérence avec la terminologie retenue dans les CCAG est une condition de leur application.

La définition des délais partiels d'exécution

Sanctionner des délais partiels d'exécution suppose tout d'abord qu'il soit opposable au cocontractant de l'administration et donc qu'ils soient contractuellement définis. Ainsi que le relevait un auteur, si l'acheteur entend appliquer des pénalités pour le non-respect des délais de réalisation de phases partielles, il doit définir « les-dits délais et le contenu des opérations concernés ».

Or, cette définition des délais partiels d'exécution n'est encadrée ni par le Code de la commande publique ni par aucun des CCAG et relève de la liberté contractuelle des parties.

En conséquence, il appartient à l'acheteur qui entend imposer des délais partiels de les contractualiser en les inscrivant expressément dans les documents particuliers du marché, à défaut de quoi ces délais ne seront pas opposables à son cocontractant. La définition des délais en amont de la procédure de passation apparaît préférable néanmoins l'acheteur peut toujours convenir que des calendriers « convenus ultérieurement entre les parties »⁽⁶⁾ détermineront ces délais partiels s'il n'est pas capable de les arrêter initialement compte tenu de la complexité du marché. Le cas échéant, il convient de prêter une attention particulière à contractualiser ces délais d'exécution, par principe dans le cadre d'un avenant. Le Conseil d'État a effectivement jugé, dans un

arrêt du 17 juin 1998⁽⁷⁾, qu'un planning d'intention établi en cours d'exécution du marché ne pouvait pas se substituer au planning contractuel prévu par le marché.

En outre, et afin d'éviter tout litige sur l'existence de ces délais et leur teneur, l'acheteur aura tout intérêt à détailler précisément les clauses particulières relatives à ces derniers. Ainsi, dans un arrêt du 18 Juin 2019, la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté l'argument de l'entrepreneur arguant qu'aucun délai partiel ne lui était opposable au motif que le calendrier prévisionnel d'exécution annexé à l'acte d'engagement précisait « sous forme de tableau et pour chaque catégorie de travaux confiés à la société requérante (châssis à rupture de pont thermique, dépose soignée de menuiseries existantes, façade rideau, etc.), les niveaux et les zones concernés, la durée en nombre de jours, la date de démarrage des travaux et la date de fin des travaux, en faisant clairement apparaître dans le calendrier, les délais partiels et le chemin critique des travaux »⁽⁸⁾.

Cette précision dans la définition des délais partiels d'exécution est d'autant plus importante que le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation de la commune intention des parties et surtout de la cohérence de la terminologie retenue dans les documents particuliers avec celle du CCAG⁽⁹⁾. Or, il va être exposé ci-après que cette interprétation peut se révéler déterminante pour l'application des pénalités de retard lorsque l'acheteur renvoie aux stipulations des CCAG pour sanctionner l'inobservation des délais partiels d'exécution qu'il a définis.

La définition des pénalités de retard dans les délais partiels d'exécution

Il est de jurisprudence constante que les pénalités de retard doivent être « prévues par les clauses d'un marché public »⁽¹⁰⁾. Ainsi aucune pénalité ne saurait être appliquée par l'administration si les documents du marché n'en stipulent pas expressément et ce alors même qu'un délai d'exécution expressément stipulé aurait été dépassé par son cocontractant⁽¹¹⁾. La doctrine retient une position en tout point similaire⁽¹²⁾, ainsi qu'en atteste notamment la définition des pénalités par les auteurs du *Traité des contrats administratifs* comme « des dommages-intérêts forfaitaires stipulés dans le contrat en prévision de tel ou tel manquement du cocontractant à

(7) CE 17 juin 1998, Montredon, req. n° 151848.

(8) CAA Nancy 18 juin 2019, SA Laugel et Renouard, req. n° 18NC00371.

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

(10) CE 19 juillet 2017, Société GBR Île-de-France ou Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, req. n° 392707.

(11) CE 17 avril 1985, OPHLM Meuse c./ Amiel et a., RDP 1985, p. 1706.

(12) E. Pourcel, « Sanctions – Exécution », *Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics*, fasc. 120, 20 juillet 2021, §12.

(6) CE 4 octobre 1989, Centre hospitalier de Vitry, req. n° 58815.

ses obligations »^[13]. Compte tenu de cette exigence, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances appelle « l'attention particulière des acheteurs [...] sur la rédaction des clauses relatives aux modalités de calcul des pénalités et aux délais d'exécution »^[14].

Cette attention est d'autant plus importante en matière de délais partiels d'exécution eu égard à la distinction opérée par le CCAG travaux entre les délais partiels relatifs aux « tranches » et aux « phases » d'exécution des travaux. En effet, consacrant une solution des juridictions du fond^[15], le Conseil d'État a jugé dans un arrêt du qu'il résultait des stipulations de l'article 20.1 du CCAG-Travaux applicable en sa version de 1976, « qu'en l'absence de prévisions contraires du cahier des clauses administratives particulières, le cahier des clauses administratives générales permet l'application de pénalités en cas de retard d'exécution du marché dans sa globalité ou de l'une de ses tranches [mais] que seul le cahier des clauses administratives particulières peut prévoir des pénalités en cas de non-respect de délais partiels relatifs à certains ouvrages, parties d'ouvrages ou ensemble de prestations qui ne constituent pas des tranches »^[16].

Ainsi, si le maître d'ouvrage veut imposer des pénalités de retard « pour le non-respect des délais de réalisation de phases partielles des travaux, [il] doit alors l'indiquer expressément au cahier des clauses administratives particulières (CCAP) »^[17]. En d'autres termes, le CCAG-Travaux de 1976 prévoit des pénalités pour le délai global et les tranches, lesquelles désignent les éventuelles tranches conditionnelles du marché, mais non pour les phases d'exécution du marché. Seules des pénalités prévues au cahier des clauses administratives particulières pour ces phases peuvent fonder une sanction des délais partiels d'exécution pour celles-ci.

Cette interprétation du CCAG-Travaux de 1976 est parfaitement transposable au CCAG travaux en sa version de 2021 puisque son article 19.2.3. prévoit qu'« en cas de retard imputable au titulaire dans l'exécution des travaux, qu'il s'agisse de l'ensemble du marché, d'une tranche ou d'un bon de commande pour lequel un délai d'exécution partiel ou une date limite a été fixé, il est appliqué une pénalité journalière de 1/3 000 du montant hors taxes de l'ensemble du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande ». Seuls les délais d'exécution partiel relatifs à une tranche ou un bon de commande sont visés à l'exclusion des délais relatifs aux phases d'exécution aussi le CCAG ne prévoit pas de pénalité à leurs égards. L'article 19.2.5. de ce CCAG confirme cette interprétation puisqu'il stipule que les « stipulations du présent article

sont applicables aux pénalités éventuellement prévues par les documents particuliers du marché pour le cas de retard dans la réalisation de certains ouvrages, parties d'ouvrages ou ensembles de prestations faisant l'objet de délais partiels ou particuliers ou de dates limites fixés dans le marché ». *A contrario*, lorsque des pénalités pour les délais partiels relatifs aux phases d'un marché de travaux ne sont pas prévues par les documents particuliers, des retards portant sur ces délais ne peuvent pas être sanctionnés.

En synthèse donc, s'agissant des marchés de travaux, le CCAG-Travaux prévoit des pénalités pour les retards relatifs aux délais partiels d'exécution portant sur les tranches ou les bons de commande du marché. En revanche, s'agissant des délais partiels d'exécution portant sur les phases d'exécution, il revient au maître d'ouvrage de prévoir de telles pénalités dans les documents particuliers faute de quoi le juge administratif considérera qu'aucune pénalité n'a été prévu pour sanctionner de tels retards.

S'agissant des marchés soumis aux autres CCAG, ils ne comprennent pas de stipulations relatives aux délais partiels d'exécution relatives aux phases d'exécution ni aux tranches ou bons de commandes similaires à celle de l'article 19.2.3. du CCAG travaux précité. Cependant, il convient de relever qu'ils prévoient tous que le « montant total des pénalités de retard ne peut excéder 10 % du montant total hors taxes du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande »^[18]. Néanmoins, il s'agit là du régime des pénalités et l'on ne saurait, à notre sens, en déduire que cette clause permet de regarder les autres CCAG comme prévoyant des pénalités pour les tranches et bons de commandes. En conséquence, pour tout marché autre que travaux, l'acheteur aura tout intérêt à définir dans le CCAP des pénalités pour sanctionner un retard dans l'exécution des tranches, bons de commande et phases d'exécution.

Le régime des pénalités pour violation des délais partiels d'exécution

Il convient de préciser le régime des pénalités pour violation des délais partiels d'exécution dans les marchés de travaux avant de procéder à des recommandations pour les marchés soumis aux autres CCAG.

[13] A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. II : LGDJ 1984, §935.

[14] DAJ, Fiche technique, « Les pénalités dans les marchés publics », 1^{er} avril 2019, p. 1.

[15] CAA Nancy 4 octobre 1994, Keller, req. n° 93NC00799.

[16] CE 23 février 2004, Région Réunion, req. n° 246622.

[17] G. Le Chatellier, « Les pénalités contractuelles dans les marchés de travaux », *DA* n° 5, mai 2004, comm. 76.

[18] CCAG-PI (2021), art. 14.1.2 ; CCAG-TIC (2021), art. 14.1.2 ; CCAG-FCS (2021), art. 14.1.2, CCAG-MOE, art. 16.2.2 et CCAG-MI (2021), art. 15.2.

Le régime des pénalités pour violation des délais partiels d'exécution dans le CCAG-Travaux

Ainsi qu'il a été exposé, il résulte de l'alinéa 1^{er} de l'article 19.2.5. du CCAG-Travaux que lorsque le CCAP du marché prévoit des pénalités pour des retards dans l'exécution des phases du marché, c'est par défaut le régime des pénalités pour les retards dans l'exécution du marché ou d'une de ces tranches qui trouve à s'appliquer.

En conséquence, sauf à ce que le maître d'ouvrage déroge aux articles encadrant le régime des pénalités pour un retard dans le délai global, c'est ce dernier qui trouvera à s'appliquer. À cet égard, il convient de rappeler que l'article 19.2.4. du CCAG-Travaux prohibe désormais l'application des pénalités de plein droit en raison de la seule constatation d'un retard mais impose une procédure contradictoire. Aussi, si l'acheteur entend pouvoir appliquer de plein droit les pénalités pour inobservation des délais partiels d'exécution, il lui appartiendra de déroger aux stipulations du CCAG-Travaux relatives à cette procédure contradictoire préalable.

L'alinéa 2 de l'article 19.2.5. du CCAG-Travaux est propre aux pénalités de retard portant sur un délai partiel d'exécution et prévoit qu'« en cas de retard sur un délai partiel prévu au marché, si le délai global est respecté, le maître d'ouvrage rembourse au titulaire les pénalités provisoires appliquées, à la condition que le retard partiel n'ait pas eu d'impact sur les autres travaux de l'ouvrage ». Aux termes de ces stipulations, dès lors que le titulaire du marché de travaux parvient à rattraper son retard, les pénalités qui lui ont été infligées en raison d'un retard relatif à un délai partiel d'exécution doivent lui être remboursées.

Le maître d'ouvrage peut toujours déroger à cette stipulation pour se réserver la faculté d'exercer une telle prérogative. En effet, il est de jurisprudence constante que l'application des pénalités n'est jamais une obligation pour la personne publique et qu'elle peut toujours renoncer à l'application de ces dernières⁽¹⁹⁾. Aussi, en dérogeant à cette stipulation, le maître d'ouvrage se réserve la faculté d'appliquer de telles pénalités alors même que le délai global aurait été respecté, ce qui peut, dans certaines situations se révéler un moyen de négociation.

On relèvera toutefois que s'il déroge aux stipulations précitées et décide de ne pas appliquer des pénalités, le juge financier regarde les décisions de renonciation de pénalités comme des abandons de recettes et juge en conséquence que le comptable public ne peut pas décharger le cocontractant d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local s'il ne dispose pas, en application de l'article D. 1617-19 du CGCT, d'une

délibération de l'assemblée délibérante prononçant l'exonération ou la réduction des pénalités de retard. Aussi, la plus grande liberté que s'accorde le maître d'ouvrage est contrebalancée par un formalisme plus important s'il décide finalement de ne pas faire application des pénalités de retard.

Le régime des pénalités pour violation des délais partiels d'exécution dans les marchés non soumis au CCAG travaux

S'agissant enfin des marchés qui sont soumis aux autres CCAG, il a été exposé que ces derniers ne prévoient pas, à notre sens, de pénalités applicables à l'inobservation des délais prévus pour l'exécution des tranches et bons de commande et, *a fortiori*, des phases d'exécution du marché.

Cependant, la procédure contradictoire préalable à l'application des pénalités, laquelle est commune à l'ensemble des CCAG, est particulièrement large puisqu'elle vise les hypothèses où l'acheteur « envisage d'appliquer les pénalités de retard ». Aussi, il nous semble qu'elle est applicable aux pénalités relatives à l'inobservation des délais partiels d'exécution portant sur les tranches, bons de commandes et phases d'exécution des marchés éventuellement prévues par les documents particuliers du marché.

Par ailleurs, il a été exposé que l'ensemble des CCAG prévoient que la limitation du montant total des pénalités ne peut excéder 10 % du montant total de la tranche ou du bon de commande aussi ce régime vise les pénalités pour inobservation des délais partiels d'exécution visant ces parties du marché.

Ainsi, le régime des pénalités portant sur un retard dans le délai global du marché apparaît assez largement applicable aux pénalités pour les retards accusés dans les délais partiels d'exécution.

Néanmoins et afin d'éviter toute difficulté d'interprétation, il nous semble que l'acheteur qui a prévu des pénalités pour l'inobservation des délais partiels d'exécution aura tout intérêt à rédiger une clause inspirée de l'alinéa 1^{er} de l'article 19.2.5. du CCAG-Travaux pour renvoyer au régime général prévu par le CCAG applicable au marché.

Par ailleurs, une telle clause incitera l'acheteur à analyser en détail le régime général et à rédiger un régime particulier dans les documents particuliers du marché pour déroger aux stipulations qu'il n'entend pas appliquer.

Enfin, demeure la question de savoir si ces pénalités sont dues dans le cas où le titulaire rattrape son retard. Là encore, l'acheteur pourra opter pour deux solutions puisqu'il pourra s'inspirer de la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 19.2.5. du CCAG-Travaux qui exonère de droit le titulaire du marché des pénalités en cas de respect du délai global ou au contraire se réserver une telle prérogative, au titre de sa faculté de ne pas appliquer de pénalités, sans pour autant en faire une obligation contraignante.

(19) CE 29 octobre 1953, Société Comptoir des textiles bruts et manufacturés, *Rec. CE* p. 721 ; CE 15 mars 1999, Jarnac, req. n° 190720.

En conclusion, l'application de pénalités pour le non-respect de délais partiels d'exécution impose une rédaction très fine du CCAP du marché tant pour la définition des délais partiels d'exécution que pour celles des pénalités de retard afférentes. Concernant la définition des pénalités de retard, on préconisera de toujours prévoir dans le CCAP des stipulations claires et non équivoques relatives à la pénalité des phases du marché et de limiter les renvois au seul CCAG-Travaux pour les éventuelles pénalités applicables aux tranches et bons de commande du marché. S'agissant du régime des pénalités de retard, l'acheteur disposera de davantage de marge de manœuvre et pourra soit prévoir un régime *sui generis* dans le cadre des documents particuliers soit prévoir une clause similaire à celle de l'article 19.2.5 du CCAG-Travaux selon laquelle les pénalités éventuellement

prévues par les documents particuliers du marché pour le cas de retard dans la réalisation de prestations faisant l'objet de délais partiels ou particuliers ou de dates limites fixés dans le marché se verront appliquer le régime des pénalités prévu au CCAG. Enfin, on rappellera que si la définition ou le régime des pénalités de retard sont lacunaires, l'acheteur conserve la possibilité de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de son cocontractant à raison des retards ayant affecté l'exécution du marché⁽²⁰⁾.

(20) CE 28 janvier 1976, Société des ateliers Delestrade et autres, req. n° 88841.