

# Non-application des pénalités de retard : dans quels cas... ?

Au vu de l'augmentation des prix des matières premières, la question de la non-application des pénalités de retard est particulièrement prégnante. Et si ce ne sont pas les personnes publiques elles-mêmes qui se poseront la question, leurs cocontractants ne manqueront pas d'invoquer ces événements pour justifier d'une modulation des pénalités. Il convient donc d'établir dans quelles hypothèses les personnes publiques peuvent décider de ne pas appliquer les pénalités.

L'instauration de pénalités dans les contrats de la commande publique est extrêmement fréquente tant ce mécanisme permet en principe à la personne publique de sanctionner facilement son cocontractant lorsque ce dernier exécute mal ses prestations. Et tant l'automatisme que le caractère forfaitaire de ces pénalités en font un mécanisme redouté par les cocontractants des personnes publiques.

Il reste que, en particulier dans une période d'augmentation du prix des matières premières et d'incertitude sur le plan internationale, les personnes publiques pourraient souhaiter limiter l'application des pénalités. Les événements ou les dispositions légales ou réglementaires pourraient également les y contraindre.

## Non-application des pénalités de retard au regard des dispositions contractuelles

Les pénalités de retard constituent un droit contractuel au profit de la personne publique contractante et s'organisent alors, en principe, dans le seul cadre des dispositions contractuelles<sup>(1)</sup>.

En effet, ni le Code de la commande publique, ni la jurisprudence administrative n'autorisent l'administration à infliger des pénalités de retard à son cocontractant en dehors de toutes stipulations du contrat. En ce sens, en cas de litige, « le juge doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités [de retard] dont sont

### Auteurs

**Marion Terraux**  
Avocate à la Cour  
Cabinet Seban et Associés  
**Anna Véran**  
Avocate à la Cour  
Cabinet Seban et Associés

(1) Ainsi que rappelé dans le cadre d'une réponse du Ministre de l'Économie et des Finances à une question parlementaire – Rép. min. de l'économie et des finances publiée le 27 février 2018 : JOAN Q. 7 novembre 2017, p. 5376 (Q. n° 2680, M. Paul Molac).

convenues les parties en signant le contrat »<sup>[2]</sup>. En toute hypothèse, si aucune clause du contrat n'établit une telle pénalité, l'administration ne pourra sanctionner l'opérateur économique s'il ne respecte pas les délais d'exécution contractuelle.

Dans cette logique, si le contrat est l'outil qui fonde et organise le principe de pénalités de retard, il peut également l'encadrer et, par voie de conséquence, en limiter son application.

C'est ainsi que les différents cahiers des clauses administratives générales (CCAG) consacrent des stipulations permettant à la personne publique d'infliger des pénalités de retard mais prévoient également une hypothèse dans laquelle les pénalités ne sont pas applicables<sup>[3]</sup>.

Il convient toutefois d'être particulièrement vigilant dans la rédaction des conditions d'application des pénalités autant que dans la rédaction des causes exonératoires de responsabilité afin de s'assurer de leur bonne application.

## Non-application des pénalités de retard du fait d'un acte législatif ou réglementaire

Si le contrat est la loi des parties, celles-ci sont toutefois tenues, dans le cadre de l'exécution contractuelle, de respecter les textes de nature législative. En conséquence, un acte législatif ou réglementaire peut parfaitement limiter l'application des pénalités dans des circonstances déterminées.

À titre d'illustration récente, l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 *portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au Code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas 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.

Ladite ordonnance prévoit en effet que :

« lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive : a) Le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif »<sup>[4]</sup>.

Dans cette même logique de soutien des opérateurs économiques en période de crise, le Premier ministre

a présenté aux préfets, par une circulaire du 30 mars 2022, des recommandations en matière d'exécution des contrats de la commande publique. Il y formule sa volonté d'un gel des pénalités contractuelles eu égard à la flambée des prix des matières premières :

« Je souhaite que l'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire soient suspendue tant que celui-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales »<sup>[5]</sup>.

Toutefois, à la différence d'une ordonnance ratifiée ayant force obligatoire, les dispositions d'une circulaire, fussent-elles du Premier ministre, ne peuvent mettre à la charge des personnes publiques une obligation d'abandon de recettes. Les personnes publiques contractantes peuvent donc, si elles le souhaitent, prendre en considération la volonté gouvernementale mais ne sont en aucun cas liées par les dispositions de ladite circulaire.

## Causes exonératoires de responsabilité en dehors du contrat et de toute disposition législative ou réglementaire : la question de l'imputabilité

Comme cela a été rappelé ci-avant, les pénalités constituent par principe une modalité de sanction d'une inexécution contractuelle.

Dans ces conditions, et comme l'indique clairement le Conseil d'État, « lorsque le cocontractant n'est que partiellement responsable d'un retard dans l'exécution du contrat, les pénalités applicables doivent être calculées seulement d'après le nombre de jours de retard imputables au cocontractant lui-même »<sup>[6]</sup>.

Ainsi, par principe, il n'y aura pas application de pénalités de retard si ce retard trouve sa cause dans le fait de la personne publique cocontractante<sup>[7]</sup>.

De même, si le retard trouve sa cause dans le fait d'un tiers par rapport au titulaire du contrat administratif, les pénalités ne trouveront pas non plus à s'appliquer. Ainsi, les pénalités ne trouveront pas à s'appliquer si le retard trouve sa cause dans le fait du maître d'œuvre<sup>[8]</sup>.

En revanche, les agissements des cocontractants du titulaire du contrat administratif ne constituent pas des causes exonératoires de responsabilité.

En effet, comme l'indique l'article L. 2193-3 du Code de la commande publique s'agissant des marchés publics,

[2] CE 19 juillet 2017, Centre hospitalier de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, req. n° 392707.

[3] CCAG-Travaux (2021), art. 19.2 ; les articles 14.1 des CCAG-PI (2021), CCAG-FCS (2021), CCAG-TIC (2021) ; CCAG-MI (2021), art. 15.

[4] Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 6 2° a).

[5] Circulaire n° 6338/SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte de hausse des prix de certaines matières premières.

[6] CE 1<sup>er</sup> février 2019, Société Brisset, req. n° 414068.

[7] Cf arrêt précédent.

[8] CAA Marseille 27 septembre 2021, Société OCBAT, req. n° 19MA00055.

« le titulaire reste en effet personnellement responsable de l'exécution des obligations résultant du marché ».

Bien entendu, si le fait du tiers ou la faute de la personne publique n'ont que partiellement causé le retard et que les agissements du cocontractant ont également participé au retard, les pénalités trouveront à s'appliquer à hauteur de la participation du cocontractant à la survenance du désordre.

Enfin, les pénalités ne trouveront pas non plus à s'appliquer si le retard (ou toute autre inexécution contractuelle) trouve sa cause dans un cas de force majeure. On rappellera que constitue un cas de force majeure un événement extérieur, imprévisible et irrésistible.

L'évènement doit être extérieur aux parties ou à l'ouvrage. Tel pourrait par exemple de la hausse du prix de matière premières.

En revanche, un événement trouvant sa cause dans un fait du cocontractant d'une des parties ne constitue pas un événement de force majeure. Ainsi, un événement trouvant sa cause dans l'inexécution de ses obligations par un cocontractant d'une partie, et alors même que cette partie n'était pas en mesure de pallier cette inexécution, ne constitue par un cas de force majeure<sup>(9)</sup>.

Par ailleurs, la rupture d'un barrage causé par des phénomènes de mécaniques de roches, et sans que les constructeurs n'aient commis de fautes n'est pas extérieure au barrage lui-même et n'est donc pas susceptible de constituer un événement de force majeure<sup>(10)</sup>.

L'évènement doit également être imprévisible. Ainsi, des intempéries d'une violence et d'une durée exceptionnelle présentent un caractère imprévisible<sup>(11)</sup>. En revanche, tel ne sera pas le cas d'intempéries dont l'intensité et les conséquences ne sont pas exceptionnelles au regard des précédentes<sup>(12)</sup>.

Enfin, l'évènement doit être irrésistible. Cela implique que les parties ne puissent empêcher l'évènement ni dans sa survenance, ni dans ses effets.

S'il est possible d'empêcher l'évènement ou ses effets, même à des conditions économiques non acceptables, l'évènement ne constitue pas un événement de force majeure. Le cocontractant pourra, en revanche, si cet événement non irrésistible a bouleversé l'économie générale du contrat, demandé à être indemnisé au titre de l'imprévision<sup>(13)</sup>.

En l'espèce, et comme le Premier ministre le reconnaît explicitement dans la circulaire précitée, l'augmentation des prix ne conduit pas, en elle-même, à un événement de force majeure de nature à justifier de la non-application des pénalités. Et c'est fort de ce constat que le Premier ministre a émis le souhait que l'exécution des pénalités soit suspendue « tant que [le titulaire du marché] est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales ».

## Non-application des pénalités de retard dans le cadre d'une décision prise en opportunité

La jurisprudence considère de longue date que l'application des pénalités de retard n'est jamais une obligation pour les personnes publiques cocontractantes<sup>(14)</sup>. Au contraire, les pénalités n'ayant « aucun caractère obligatoire », l'administration peut toujours y renoncer par pure opportunité<sup>(15)</sup>.

Cette renonciation aux pénalités ne semble pas nécessiter d'exigences de formes particulières, dès lors que le Conseil d'État a jugé, dans une décision de 2010 « qu'il est toujours loisible aux parties de s'accorder, même sans formaliser cet accord par un avenant, pour déroger aux stipulations du contrat initial, y compris en ce qui concerne les pénalités de retard ; que la cour administrative d'appel de Paris n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, qu'en ayant accordé à la société Sicra des reports successifs de délais (...); la commune devait être réputée avoir renoncé à lui infliger des pénalités de retard »<sup>(16)</sup>.

Compte tenu de la jurisprudence de la Haute juridiction administrative, la personne publique pourrait ainsi y renoncer implicitement ou par l'édition d'une décision unilatérale ou encore par avenant<sup>(17)</sup>.

Toutefois, si cette jurisprudence semble établie du côté du juge administratif, elle a appelé certaines réserves de la part du juge financier.

Les juridictions financières estiment, en effet, que la renonciation aux pénalités peut être considérée comme un abandon de recette et doit ainsi, à ce titre, être justifiée auprès du comptable public<sup>(18)</sup>. À défaut, les comptes publics sont susceptibles d'engager leur responsabilité personnelle et pécuniaire s'ils ne suspendent pas le paiement d'un marché alors que des pénalités sont dues.

(9) CE 4 octobre 2021, Société sportive professionnelle Olympique de Marseille, req. n° 440428, commentaire L. Bonnard, « Condition d'extériorité de la force majeure et appel en garantie contractuelle de l'occupant du domaine public », *Contrats publics – Le Moniteur*, janvier 2022.

(10) CE ass. 28 mai 1971, Département du Var, req. n° 76216.

(11) CE 13 mars 1991, Entreprise Labaudinière, req. n° 80846.

(12) CE 27 janvier 1989, Compagnie d'assurances Le groupe Drouot, req. n° 80064.

(13) CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage du gaz de Bordeaux, req. n° 59928.

(14) CE 28 octobre 1953, Société Comptoir des textiles bruts et manufacturés, *Rec. CE* p. 721 ; *RDP* 1954, p. 198.

(15) CE 15 mars 1999, Jarnac, req. n° 190720.

(16) CE 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux, req. n° 308676.

(17) TA Melun 13 mai 2005, Société Laporte, req. n° 01-805/2, *BJCP* 2005 p. 478.

(18) Par ex. CRC Pays de La Loire, 31 octobre 2019, Commune de Vallet, n° 2019-017.

Cette position a également été soutenue par le ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire dans le cadre d'une réponse à une question parlementaire datant de 2006<sup>(19)</sup>. Si le ministère de l'Intérieur y reconnaît la faculté de la personne publique de renoncer partiellement ou totalement aux pénalités de retard, c'est toutefois sous réserve que celle-ci modifie les délais d'exécution par la voie d'un avenant approuvé par son organe délibérant (i) ou bien prononce l'exonération par une délibération expresse servant de pièce justificative au sens de l'article D.1617-19 du Code général des collectivités territoriales (ii).

Selon le Gouvernement, à défaut d'accomplissement de telles formalités, l'abandon de la créance pourrait être assimilé à un délit d'octroi d'avantage injustifié au sens de l'article 432-14 du Code pénal (en sus, donc, du possible engagement de la responsabilité du comptable public).

On soulignera que cette réponse de l'exécutif est antérieure à la décision du Conseil d'État *Commune d'Issy les Mouligneaux* précitée dans laquelle le juge admet expressément la possibilité pour la personne publique de reporter les délais d'exécution et ainsi de renoncer implicitement aux pénalités de retard.

Quoi qu'il en soit, la renonciation des pénalités de retard, en pure opportunité, est ainsi à nuancer notamment au regard de la stricte position du juge financier.

Dès lors, si l'administration souhaite suspendre l'application des pénalités de retard eu égard à la hausse significative des prix des matières premières (notamment au regard de la circulaire du Premier ministre précitée), il serait prudent de concrétiser cette volonté par le biais d'un avenant au contrat ou par une délibération expresse.

[19] Rép. min. n° 20975 : *JO Sénat Q. 1<sup>er</sup> juin 2006*, p. 1533 (Q. 22 déc. 2005, M. Jean-Louis Masson).

## Le pouvoir du juge sur les conditions d'application des pénalités

Les conditions dans lesquelles les pénalités sont appliquées se font bien entendu sous le contrôle du juge. Celui-ci contrôle avant tout si les pénalités qui sont appliquées trouvent bien leur cause dans un fait du contractant.

Mais depuis 2008, le juge contrôle également si le montant des pénalités n'est pas manifestement disproportionné<sup>(20)</sup>. Ainsi, il vérifiera si ces pénalités atteignent un montant manifestement dérisoire ou excessif eu égard au montant du marché, compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations<sup>(21)</sup>.

À titre d'illustration, ont été jugées non excessives les pénalités de retard d'un montant équivalent à 26 % du montant total d'un marché public de travaux et de fournitures<sup>(22)</sup>. Inversement, ont été jugées excessives les pénalités représentant 60 % du montant total d'un marché public<sup>(23)</sup>.

Au total, donc, si la non-application des pénalités, ou leur modulation, n'est pas exclue dans la vie d'un contrat, elle doit nécessairement être maniée avec précaution. Et au-delà du droit, la position des personnes publiques tiendra bien entendu compte des conditions d'exécution du contrat par ailleurs.

[20] CE 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, req. n° 296930.

[21] CE 19 juillet 2017, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, req. n° 392707.

[22] CE 20 juin 2016, Société Eurovia Haute-Normandie, req. n° 376235.

[23] CAA Marseille 5 décembre 2011, Société Méditerranéenne de démolition, req. n° 09MA01002.