

Renonciation volontaire aux pénalités contractuelles : vers un formalisme accru

Si l'on fait le bilan de l'année 2022 du droit de la commande publique, l'un des changements les plus significatifs pour les acheteurs publics se sera paradoxalement réalisé à bas bruit, sans nouvelle loi et sans décision emblématique du Conseil d'État.

Ce changement concerne un aspect très sensible de l'exécution des contrats publics : l'application des pénalités.

Aux termes de la jurisprudence administrative, la personne publique n'est pas tenue de faire application des pénalités prévues au contrat et peut donc, par un choix d'opportunité, y renoncer totalement ou en réduire le montant. Cette « liberté de ne pas sanctionner », consacrée notamment par une décision du Conseil d'État du 15 mars 1999⁽¹⁾, résulte de la liberté des 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⁽²⁾.

Dans ces conditions, il semblait que la décision de l'acheteur public de renoncer totalement ou partiellement aux pénalités dues pouvait prendre n'importe quelle forme, y compris une décision implicite de l'acheteur prise unilatéralement.

Et, dans la pratique, il est d'ailleurs très fréquent que les pénalités ne soient pas appliquées par les acheteurs publics alors qu'elles pourraient l'être, et ce sans que cette non-application ne soit actée par une décision expresse.

Cependant, cette jurisprudence et cette pratique « non-formaliste » sont rapidement entrées en contradiction avec les règles de la comptabilité publique⁽³⁾.

En effet, dès 2007, le pouvoir réglementaire a, par décret fixant la liste des pièces justificatives des dépenses publi-

ques locales⁽⁴⁾, imposé que les exonérations ou réductions de pénalités soient justifiées par une décision motivée de l'autorité compétente (délibération ou, pour les établissements publics de santé et les établissements sociaux et médico-sociaux, décision du directeur)⁽⁵⁾. Cette exigence figure toujours dans cette liste, récemment mise à jour par le décret n° 2022-505 du 23 mars 2022.

Surtout, le non-recouvrement des pénalités dues par le cocontractant de l'administration, dans un cas où celle-ci n'y avait pas expressément renoncé, a récemment conduit à la condamnation du comptable public et de la personne responsable de l'exécution du marché par la Cour de discipline budgétaire et financière qui les a, par un arrêt du 27 novembre 2022, reconnus coupables d'octroi d'un avantage injustifié et d'infraction aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses publiques⁽⁶⁾.

Dans ce contexte, il est probable que les comptables publics vont de plus en plus refuser d'exécuter les paiements induisant une renonciation totale ou partielle aux pénalités exigibles tant qu'ils ne disposeront pas du justificatif (avenant ou décision expresse) actant ladite renonciation. En outre, le justificatif devra, par sa motivation, démontrer que la renonciation ne correspond pas à l'octroi d'un avantage injustifié.

Il en résulte, pour les acheteurs publics, une restriction significative de la « liberté de ne pas sanctionner » – qui avait été pourtant consacrée par le Conseil d'État – et une contrainte supplémentaire qu'il leur faudra désormais intégrer au suivi de l'exécution de leurs contrats.

Guillaume Gauch

Avocat associé

Romain Millard

Avocat

Seban Avocats

(1) CE 15 mars 1999, req. n° 190720.

(2) CE 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux, req. n° 308676 ; CE 9 novembre 2018, Société Savoie Frères, req. n° 413533.

(3) En ce sens : M. Terraux et A. Véran, « Non-application des pénalités de retard : dans quels cas... ? », *Contrats Publics – Le Moniteur*, n° 232, juin 2022, pp. 28 à 31.

(4) CGCT, annexe I.

(5) Décret n° 2007-450 du 25 mars 2007, inchangé sur ce point par les décrets n° 2014-552 du 27 mai 2014 et n° 2016-33 du 20 janvier 2016.

(6) CDBF, 23 novembre 2022, Établissement de communication et de production audiovisuelle de la défense (ECPAD), n° 263-796.