

Clauses pénales : entre stabilité des principes et précisions des modalités d'application

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 260 - Janvier
2025

Dossier - Responsabilité des acteurs : prévenir et gérer

Philippe Guellier

Avocat au barreau de Lyon
Cabinet SEBAN & Associés

Les clauses pénales continuent de soulever de nombreuses interrogations, notamment sur l'identification du débiteur des pénalités. Concernant leur application, la jurisprudence récente met en évidence la persistance ou le renouvellement des problématiques liées à l'imputabilité et à l'exigibilité. Par ailleurs, des précisions significatives ont été apportées quant aux modalités d'application des pénalités dans le temps. Enfin, l'exercice par le juge de son pouvoir de modération ou d'augmentation du montant des pénalités contractuelles suscite, comme on peut s'y attendre, des débats.

Les modalités d'application des pénalités prévues dans les contrats de la commande publique relèvent d'un régime prétorien par excellence ⁽¹⁾. Peu évoquées dans le Code de la commande publique, lequel n'impose aux acheteurs que deux cas dans lesquels ils doivent prévoir des pénalités à l'encontre de leurs cocontractants ⁽²⁾, les pénalités ont fait l'objet de principes définis par le juge administratif de longue date. Ainsi que le résumait les professeurs Richer et Lichère, « Les pénalités ont un caractère forfaitaire. Cela signifie d'abord que le cocontractant ne peut invoquer l'absence de preuve du préjudice (...). Le seul moyen de se faire décharger des pénalités est d'établir l'absence de faute ou l'irrégularité procédurale. Du caractère forfaitaire il résulte ensuite que l'administration ne peut se prévaloir d'un préjudice supérieur au montant de la pénalité pour obtenir une réparation complémentaire (...) » ⁽³⁾. Ces principes sont appliqués de manière constante par le Conseil d'État ⁽⁴⁾ comme par les juridictions du fond ⁽⁵⁾. Pour autant, la jurisprudence administrative ne manque pas d'apporter régulièrement de nouvelles précisions relatives aux modalités d'application des pénalités dans les contrats administratifs en général et dans les contrats de la commande publique en particulier. Les apports jurisprudentiels récents ne sont sans doute pas étrangers à l'évolution des cahiers des clauses administratives générales (ci-après « CCAG ») des différents marchés publics en 2021, laquelle, en introduisant des conditions d'application plus strictes des clauses pénales, a conduit des cocontractants de l'administration à tenter de généraliser ces conditions aux contrats de la commande publique ne visant pas ces CCAG.

Pour autant, si des précisions notables ont été apportées récemment par la jurisprudence, les principes définis par le Conseil d'État demeurent, tant s'agissant des conditions d'exigibilité des pénalités que de leur application au cocontractant sanctionné.

Précisions relatives aux conditions d'exigibilité des pénalités dans les contrats de la commande publique

L'un des principes fondamentaux applicable à toute sanction pécuniaire d'un titulaire d'un contrat de la commande publique est la nécessaire existence d'une clause contractuelle à cet effet : « pas de pénalités sans clause » ⁽⁶⁾. Ainsi, faute de fixer dans l'ordre de service une date contractuelle d'achèvement d'une partie des travaux, le maître d'ouvrage « ne justifie pas, même partiellement, du bien-fondé des pénalités de retard » ⁽⁷⁾.

Ceci étant précisé, l'identification du débiteur des pénalités appliquées par l'administration a soulevé plusieurs problématiques en cas de création par l'attributaire du contrat d'une société dédiée à son exécution et en cas de groupement titulaire du contrat. Par ailleurs, bien que régulièrement contestée, la possibilité de déroger à toute mise en demeure préalable à l'application des pénalités demeure.

Le débiteur des pénalités en cas de création par l'attributaire du contrat d'une société dédiée à l'exécution du contrat ou d'attribution du contrat à un groupement

En cas d'engagement de l'attributaire d'un contrat de la commande publique à créer une société dédiée à l'exécution dudit contrat (surnommée en général société *ad hoc* ou dédiée), pratique courante en matière de concessions et de marchés de partenariat, plusieurs situations peuvent interroger selon le moment auquel les pénalités ont été appliquées par l'administration :

- lorsque les pénalités sont appliquées par l'administration avant que l'attributaire n'ait créé la société dédiée ;
- lorsque des pénalités sont dues par la société dédiée mais que celle-ci est liquidée.

Pour le premier cas, la cour administrative d'appel de Toulouse a, par deux arrêts du 19 mars 2024 et du 1^{er} octobre 2024, précisé que la substitution d'une société *ad hoc* dans les droits et obligations de l'attributaire du contrat d'une convention de délégation de service public impliquait le transfert des droits et obligations résultant des titres de recettes de pénalités émis par l'administration vers l'attributaire avant la date d'effet de la substitution. Par suite, la Cour a jugé que la possibilité de contester les titres de recettes appartenait en tant que débitrice à la seule société *ad hoc*. Cette solution, bien que découlant directement des termes propres au contrat afférent, paraît cohérente avec les principes dégagés par le Conseil d'État ⁽⁸⁾ relatifs à la substitution de cocontractant et aux effets attachés à la cession des marchés publics et des délégations de service public.

Pour le second cas, la Haute juridiction a appliqué les clauses d'un contrat de concession, par lesquelles l'attributaire s'engageait à demeurer solidaire des engagements incombant à la société *ad hoc* au long de l'exécution du contrat et, en cas de défaillance de la société *ad hoc*, à apporter sa garantie solidaire au délégant, pour considérer que la liquidation de la société *ad hoc* et la résiliation subséquente du contrat n'avaient pas d'effet sur les liens contractuels entre le délégant et l'attributaire initial. En conséquence, les titres de recettes relatifs aux pénalités affligées par le délégant ont été jugés comme émis à juste titre contre cet attributaire ⁽⁹⁾.

Enfin, par un considérant de principe, le Conseil d'État est venu préciser les modalités d'application des pénalités au titulaire membre du groupement solidaire d'un marché public, lorsque ce dernier fixe la part de prestations de chaque membre : « Lorsqu'une convention, à laquelle le maître d'ouvrage est partie, fixe la part qui revient à chaque membre d'un groupement solidaire dans l'exécution d'une prestation, et lorsque le juge est saisi par l'un de ces membres de conclusions tendant à ce que soient modérées les pénalités mises à sa charge en raison des retards dans l'exécution de la part des prestations dont il avait la charge, il appartient au juge, pour apprécier leur caractère manifestement excessif eu égard au montant du marché, de prendre en compte la seule part de ce marché qui lui est attribuée en application de cette convention. » [\(10\)](#).

Sur la possibilité de déroger à la mise en demeure du cocontractant préalablement à l'application des pénalités et l'absence d'obligation de mettre en œuvre la procédure de règlement amiable des différends

De jurisprudence constante, l'absence de mise en demeure préalable du titulaire défaillant doit être explicitement prévue dans le contrat pour être valide [\(11\)](#). Dans une jurisprudence relative aux marchés publics, la cour administrative d'appel de Paris avait considéré « que la dispense de mise en demeure ne saurait résulter que de la volonté explicitement formulée par les parties ou déterminée par le juge d'après les circonstances particulières de chaque affaire, en tenant compte, par exemple de la nature du contrat et des termes employés par la stipulation de la clause pénale » [\(12\)](#). Plus récemment, la cour administrative d'appel de Nancy a jugé, à propos d'une concession, que, « sauf stipulation contraire, les pénalités de retard sont dues de plein droit sans mise en demeure préalable » [\(13\)](#). Une telle solution paraît toutefois isolée, la rédaction utilisée semblant issue de contentieux relatif aux marchés soumis à l'ancien CCAG travaux [\(14\)](#). D'autres juridictions recherchent la volonté des parties à cet égard [\(15\)](#). Il convient donc de rester prudent dans la rédaction des contrats.

Certains titulaires de contrats de la commande publique vont plus loin en contestant la légalité même des clauses dérogeant à l'exigence d'une mise en demeure préalable. Néanmoins, une juridiction du fond a récemment considéré qu'« il ne résulte ni d'une stipulation contractuelle, ni d'aucune disposition législative ou réglementaire, qu'une procédure contradictoire préalable à l'émission d'un titre visant à recouvrer des pénalités infligées à un cocontractant qui méconnaît ses obligations contractuelles devait être mise en œuvre. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des droits de la défense doit être écarté » [\(16\)](#).

Dans le même sens, la jurisprudence excluant les titres de recettes des catégories d'actes devant être motivés conformément aux dispositions de l'article L. 211-2 du Code des relations entre le public et l'administration [\(17\)](#) a été appliquée aux titres ayant pour objet d'assurer le recouvrement de pénalités contractuelles [\(18\)](#).

En revanche, lorsqu'il n'est pas dérogé à l'exigence d'une mise en demeure préalable à l'application de pénalités, celle-ci doit comporter la description des manquements du titulaire à ses obligations contractuelles et lui laisser un délai pour y remédier, sans toutefois qu'il soit requis que cette mise en demeure mentionne les pénalités encourues en raison des manquements [\(19\)](#).

Enfin, le Conseil d'État a expressément jugé que l'émission de titres exécutoires visant à recouvrer des pénalités contractuelles n'était pas subordonnée à la mise en œuvre d'une procédure de conciliation préalable dès lors qu'il s'agit d'une exécution du contrat et non d'un différend ou d'une contestation sur l'exécution du contrat [\(20\)](#).

Précisions relatives à l'application des pénalités au cocontractant sanctionné

Bien que l'application des pénalités prévues dans les contrats de la commande publique ne soit pas un sujet novateur, la jurisprudence récente démontre que les questions d'imputabilité et d'exigibilité perdurent ou se renouvellent. Des précisions importantes ont également été apportées à propos des modalités d'application des pénalités dans le temps. Enfin, la mise en œuvre par le juge de son pouvoir de modération ou d'augmentation du montant des pénalités contractuelles donne lieu, de manière logique, à des débats.

Sur l'imputabilité des manquements au titulaire du contrat de la commande publique et l'exigibilité des pénalités dues

De manière classique, les manquements du titulaire d'un contrat de la commande publique dont la cause se trouve dans un cas de force majeure ou dans la faute du maître d'ouvrage ou du délégant justifient l'exonération, totale ou partielle, des pénalités contractuelles. Il en va ainsi, par exemple, de la remise tardive des plans rectifiés d'un ouvrage ayant pour cause des modifications demandées par le maître d'ouvrage [\(21\)](#).

En revanche, le juge contrôle strictement le caractère imprévisible des événements invoqués par le titulaire sanctionné, ce que ne constitue pas, par exemple, la difficulté d'obtenir des tiers toutes autorisations nécessaires pour l'implantation de l'ouvrage objet d'un contrat de délégation de service public [\(22\)](#).

Une jurisprudence s'est également forgée à la suite de la crise sanitaire du COVID-19, certains cocontractants de l'administration invoquant cette crise pour solliciter l'exonération de pénalités de retard. Dans ce cadre, la cour administrative d'appel de Toulouse a jugé que l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 *relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période* ne pouvait être invoquée par un délégataire défaillant dès lors que ladite ordonnance « n'a pas été prise au visa du Code de la commande publique (...) et que les pénalités de retard en matière de contrats publics ont fait l'objet d'adaptations particulières à travers les dispositions précitées de l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 ». Plusieurs juridictions du fond ont aussi considéré que l'entreprise qui ne justifie pas avoir adressé à l'autorité délégante, avant l'expiration des délais contractuels, une demande sur le fondement du 1° de l'article 6 de 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* ne pouvait pas s'en prévaloir [\(23\)](#), qui plus est si cette entreprise a accumulé un retard au titre de jalons contractuels bien avant la proclamation de l'état d'urgence sanitaire [\(24\)](#).

Modalités d'application des pénalités dans le temps

Plusieurs éléments limitent la capacité de l'administration d'appliquer des pénalités sur le plan temporel.

Tout d'abord, le report des échéances contractuelles s'imposant au titulaire d'un contrat de la commande publique est un motif reconnu de renonciation aux pénalités par le maître d'ouvrage ou l'acheteur [\(25\)](#). Le juge administratif contrôle cependant que la renonciation, qu'elle soit explicite ou implicite, résulte du comportement de l'administration. À cet égard, le fait pour une commune de n'avoir pas infligé des pénalités

dans un bref délai à compter de manquements successifs ne traduit pas l'existence d'une renonciation de sa part à les infliger ⁽²⁶⁾.

Il est de jurisprudence constante, ensuite, que les pénalités ne courent plus à compter de la fin des relations contractuelles ⁽²⁷⁾. Pour les marchés publics de travaux, il convient néanmoins de distinguer l'effet de la réception des travaux avec réserves ou sous réserve : « Lorsque la réception a été prononcée sous réserve de la réalisation de prestations manquantes, les travaux ne peuvent être regardés comme ayant été exécutés au sens de l'article 20.1 du CCAG applicables aux marchés publics de travaux, et les pénalités de retard dans l'exécution des travaux prévues par ces dispositions continuent par conséquent à courir jusqu'à l'achèvement de ces prestations manquantes. » ⁽²⁸⁾.

Enfin, l'établissement du décompte général et définitif d'un marché public empêche le maître d'ouvrage d'appliquer de nouvelles pénalités ⁽²⁹⁾. La jurisprudence a en outre considéré que, « lorsque les clauses du contrat ont organisé une procédure contractuelle de règlement des différends des litiges portant sur le règlement financier d'un contrat que les parties ont négligé de mettre en œuvre et que les comptes de ce marché sont ainsi contractuellement devenus définitifs, le juge du contrat ne peut plus exercer son office » en matière de modération ou d'augmentation des pénalités ⁽³⁰⁾.

Du côté des titulaires de contrats de la commande publique, les délais de contestation des titres exécutoires sont limités, avec toutefois une distinction qui est esquissée par la jurisprudence entre marchés publics et concessions, sans doute du fait du régime financier propre aux marchés.

En matière de marchés publics, le juge administratif a considéré que les dispositions de l'article R.421-1 du Code de justice administrative « ne sont pas applicables à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat, en particulier à la décision par laquelle l'administration applique des pénalités à son cocontractant » et a aussi écarté le délai raisonnable d'un an de la jurisprudence du Conseil d'État *Czabaj* ⁽³¹⁾ pour appliquer, en lieu et place, le délai de prescription de quatre ans par la loi du 31 décembre 1968 *relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics* ⁽³²⁾.

En matière de concessions, le juge administratif applique le délai de deux mois de l'article R. 421-1 du Code de justice administrative, y compris lorsque le titre de recettes a été envoyé à une mauvaise adresse dès lors que le concessionnaire admet avoir reçu le titre ⁽³³⁾. Faute de démontrer la notification au concessionnaire des voies et délais de recours à l'encontre d'un titre exécutoire de pénalités, le juge administratif fait application du principe de sécurité juridique tiré de la jurisprudence du Conseil d'État *Czabaj* ⁽³⁴⁾ en retenant comme point de départ du délai raisonnable d'un an la date à laquelle le concessionnaire a eu connaissance du titre, laquelle peut être la date à laquelle il a adressé une réclamation à la paierie départementale tendant à la contestation d'une compensation opérée par le payeur ⁽³⁵⁾.

Sur la mise en œuvre par le juge de son pouvoir de modération ou d'augmentation du montant des pénalités du cocontractant sanctionné

Il est désormais largement établi dans la jurisprudence « qu'il est 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 » ⁽³⁶⁾.

Un premier degré de précisions a concerné le niveau à partir duquel des pénalités sont considérées, ou non, comme excessives. Les juridictions administratives ont déjà pu considérer que :

- – un montant de pénalités représentant 46 % du montant total HT d'un marché n'était pas manifestement excessif compte tenu des manquements du titulaire dans cette espèce ⁽³⁷⁾, étant précisé qu'en cas d'accord-cadre à bons de commande, « le caractère manifestement excessif du montant des pénalités de retard (...) doit être apprécié non pas au regard du montant total des prestations objet de l'accord-cadre en litige, mais en tenant compte des seules prestations dont l'exécution est requise par le bon de commande en litige » ⁽³⁸⁾ ;
- – des pénalités représentant 6,8 %, 17,6 %, voire 26 % des recettes prévisionnelles d'une concession n'étaient pas suffisamment élevées pour considérer qu'elles auraient atteint un montant manifestement excessif ⁽³⁹⁾.

Un autre apport intéressant de la jurisprudence concerne l'effet de l'existence d'un plafond contractuel des pénalités sur le caractère manifestement excessif ou dérisoire du montant des pénalités. D'une part, l'existence d'un tel plafond des pénalités ne prive pas le juge de son pouvoir d'appréhender le caractère potentiellement excessif des pénalités, y compris lorsque le montant de ces dernières est inférieur au plafond ⁽⁴⁰⁾. D'autre part, une juridiction du fond a refusé de faire droit à une demande de modulation des pénalités, nonobstant le dépassement d'un plafond prévu dans le contrat de concession ⁽⁴¹⁾. Ces deux solutions apparaissent cohérentes avec les indications formulées par le rapporteur public, M. Bertrand Dacosta, sous l'affaire *OPHLM de Puteaux* à propos du pouvoir de modulation du juge : « En outre, cette soupape de sécurité, au moins en théorie, pourrait jouer non seulement en faveur du cocontractant de l'administration, mais aussi en faveur de celle-ci. On peut parfaitement imaginer un contrat conclu entre une collectivité locale mal conseillée et un gros opérateur qui contiendrait des clauses aboutissant à des pénalités de retard manifestement dérisoires. Le juge pourrait, alors, augmenter leur montant ; le principe n'est pas univoque. ».

Enfin, le Conseil d'État a jugé que l'effet suspensif de l'opposition à état exécutoire ne porte que sur le caractère exécutoire des titres mais non sur l'exigibilité de la créance ⁽⁴²⁾. En matière pénalités de nature réglementaire, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, comme celui de Nancy, ont récemment fait droit à des demandes reconventionnelles tendant à la condamnation du requérant au paiement d'intérêts moratoires relatifs à des pénalités (non-contractuelles) et à leur capitalisation ⁽⁴³⁾. Cette jurisprudence nous paraît transposable aux pénalités contractuelles.

1) Le présent article ne traitera que des pénalités prévues dans les contrats de la commande publique qualifiables de contrats administratifs par application de l'article L. 6 du Code de la commande publique.

2) L'article L. 2422-7 du CCP relatif au contenu du contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage et l'article R. 2192-21 du même code relatif aux dispositions propres à l'intervention d'un tiers habilité à recevoir les demandes de paiement.

3) L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 11^e édition, n° 545.

4) CE 12 octobre 2020, Société Vert Marine, req. n° 431903 ; CE 12 avril 2023, Société Art et Build Architectes, req. n° 461576.

5) Pour un exemple récent : TA Dijon 19 décembre 2024, Orange SA, req. n° 2300474.

- 6) E. Pourcel, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 120 : Sanctions. – Exécution, avril 2024, n° 13.
- 7) CAA Nancy 4 octobre 1994, req. n° 93NC00799.
- 8) CE avis 8 juin 2000, n° 364803.
- 9) CE 12 octobre 2020, Société Vert Marine, req. n° 431903.
- 10) CE 12 avril 2023, Société Art et Build Architectes, req. n° 461576.
- 11) CE 10 juillet 1972, Société BOEUF DE FRANCE, req. n° 82282.
- 12) CAA Paris 7 novembre 1989, req. n° 89PA00083.
- 13) CAA Nancy 19 décembre 2023, Suez Eau France, req. n° 21NC01378.
- 14) E. Muller, « Pénalités de rendement insuffisant applicables sans mise en demeure préalable », *Contrats et Marchés publics* n° 3, mars 2024, comm. 82.
- 15) CAA Toulouse 2 avril 2024, SUEZ Eau France, req. n° 22TL21129.
- 16) TA Toulouse 25 avril 2024, Société Tarn Fibre, req. n° 2105648.
- 17) CAA Marseille 16 juillet 2015, SA Polyclinique Saint-Jean, req. n° 15MA00226.
- 18) TA Toulouse 4 avril 2024, Société Tarn Fibre, req. n° 2105649.
- 19) TA Toulouse 25 avril 2024, Société Tarn Fibre, req. n° 2200642.
- 20) CE 12 octobre 2020, Commune d'Antibes, req. n° 431903.
- 21) CAA Bordeaux 5 novembre 2020, SARL Chaumont Architectes, req. n° 18BX03346.
- 22) CAA Toulouse 3 décembre 2024, SAS Hérault THD, req. n° 22TL22329.
- 23) TA Bordeaux 3 mai 2023, Société Ginger CEBTP, req. n° 2101983.
- 24) CAA Toulouse 25 juin 2024, Société Tarn Fibre, req. n° 23TL01824.
- 25) CE 17 mars 2010, Commune d'Issy-Les-Moulineaux, req. n° 308676.
- 26) TA Nîmes 4 mars 2022, Société Suez Eau France, req. n° 1903908, confirmé par CAA Toulouse 2 avril 2024, SUEZ Eau France, req. n° 22TL21129.
- 27) CE 21 mars 1986, req. n° 46973.
- 28) CAA Marseille 7 février 2024, SAS Climatech, req. n° 22MA00138.
- 29) CE 17 mai 2017, Commune de REILHAC, req. n° 396241.
- 30) TA Dijon 30 mai 2024, Société Bonglet, req. n° 2203321.
- 31) CE 13 juillet 2016, M. Czabaj, req. n° 387763.
- 32) CAA Versailles 1^{er} juillet 2024, Société Engie Énergie Services - Engie Cofely, req. n° 21VE02325.
- 33) TA Pau, Ord. 27 décembre 2023, SAS THD 64, req. n° 2100394.
- 34) CE 13 juillet 2016, M. Czabaj, req. n° 387763.
- 35) TA Toulouse 26 juin 2024, Société Tarn Fibre, req. n° 2303654.
- 36) CE 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, req. n° 296930.
- 37) CAA Nancy 22 mars 2022, SOPREMA Entreprises, req. n° 19NC01635.
- 38) TA Bordeaux 3 mai 2023, Société Ginger CEBTP, req. n° 2101983.
- 39) CE 12 octobre 2020, Commune d'Antibes, req. n° 431903 ; TA Nîmes 4 mars 2022, Société Suez Eau France, req. n° 1903908 et CE 20 juin 2016, Société Eurovia Haute-Normandie, req. n° 376235.
- 40) CAA Toulouse 25 juin 2024, Société Tarn Fibre, req. n° 23TL01489.
- 41) TA Toulouse 4 avril 2024, Société Tarn Fibre, req. n° 2107105.
- 42) CE, Sect., 15 mars 2002, Office des migrations internationales, req. n° 221020.
- 43) TA Châlons-en-Champagne 28 juin 2024, Société AM Trust International Underwriters DAC, req. n° 2300160 ; TA Nancy 6 juillet 2023, SHAM, req. n° 2101361.