

FICHE

Les pénalités dans les marchés publics

Les pénalités ont pour but de garantir à l'acheteur le respect par son cocontractant des stipulations contractuelles.

Toute méconnaissance d'une obligation sur laquelle s'est contractuellement engagé le titulaire du marché public, peut donner lieu à l'application de pénalités. Celles-ci visent à inciter les titulaires à respecter leurs engagements. Elles prennent la forme de sanctions pécuniaires forfaitaires, qui se substituent aux dommages-intérêts. Elles ont une fonction dissuasive et réparatrice. Elles sont libératoires dans la mesure où elles interdisent au pouvoir adjudicateur de réclamer toute indemnité supplémentaire au titre des préjudices qu'elles couvrent.

Les pénalités ne constituent pas la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de service. Elles sont donc situées hors du domaine d'application de la TVA¹.

Les pénalités sont fréquemment prévues par l'acheteur pour sanctionner le non-respect des délais d'exécution des prestations par le titulaire du marché. Elles peuvent néanmoins être prévues pour sanctionner la méconnaissance d'autres obligations contractuelles (absence aux réunions de chantier, non remise d'un document prévu au marché, indisponibilité de matériels, violation de clauses environnementales, etc.).

Lorsqu'il prépare la passation de son marché public, l'acheteur doit apporter une attention particulière aux clauses de pénalités. Si celles-ci doivent dissuader le futur titulaire de s'affranchir de ses obligations contractuelles, des pénalités trop fortes peuvent conduire certains opérateurs à renoncer à se porter candidats ou à augmenter leur prix pour couvrir le risque encouru.

1. Les pénalités constituent une sanction contractuelle

1.1. Les pénalités doivent nécessairement être prévues dans les clauses du marché public

Les pénalités constituent une sanction contractuelle. L'acheteur ne peut donc pas appliquer de pénalités si celles-ci n'ont pas été expressément prévues dans les clauses du marché.

L'attention particulière des acheteurs est appelée sur la rédaction des clauses relatives aux modalités de calcul des pénalités et aux délais d'exécution. Leur précision conditionne une application prévisible, efficace et sécurisée des pénalités. A titre d'exemple, si une clause prévoit une pénalité en cas d'absence à des réunions, aucun autre manquement ou retard ne pourra donner lieu à l'application de la pénalité².

¹ BOI-TVA-BASE du 15 janvier 2014, pt. 70.

² CAA Nancy, 30 septembre 2014, *Société ACE BTP*, n° 13NC00041.

Pour l'application des pénalités de retard, le délai d'exécution des prestations court à compter de la date de notification du marché, sauf stipulations contraires. Le terme des délais d'exécution (réception partielle ou totale, décision d'ajournement, livraison...) est fixé par les stipulations du [cahier des clauses administratives générales](#) (CCAG) applicable, auquel il est possible de déroger dans les documents contractuels particuliers. Il est conseillé aux acheteurs publics de déterminer avec précision le délai d'exécution, ses dates de départ et de fin, afin d'éviter tout litige sur ce point. Si le contrat prévoit des formalités de notification du calendrier d'exécution ou d'approbation par les parties, l'acheteur public ne peut ainsi appliquer les pénalités de retard qu'en ayant satisfait à ces conditions³.

Il est possible de proroger les délais d'exécution d'un marché par voie d'avenant. L'acheteur public pourra également, lorsqu'une clause du contrat le prévoit ou dans le cadre de son pouvoir de modification unilatérale, prolonger ces délais de manière unilatérale en cas, notamment, de difficultés d'exécution dues à une cause étrangère aux parties (y compris les éventuels sous-traitants). Dans de tels cas, le titulaire est exonéré de l'application des pénalités de retard⁴. La prolongation des délais ne doit cependant pas être excessive, afin de ne pas bouleverser les conditions de la mise en concurrence initiale⁵.

En cas de travaux supplémentaires décidés par ordre de service, le dépassement du délai d'exécution prévu par le marché initial peut justifier l'application des pénalités de retard prévues au contrat. Il en va autrement si le titulaire a émis des réserves sur ce délai d'exécution ou si un accord est intervenu entre les parties pour ne pas soumettre la réalisation de la prestation au délai prévu initialement ou pour les exclure du champ d'application des pénalités de retard⁶.

Enfin, les pénalités ne peuvent pas constituer un critère ou un sous-critère de jugement des offres. En effet, le Conseil d'Etat a jugé « *qu'un sous-critère relatif au montant des pénalités à infliger en cas de retard dans l'exécution des prestations, qui n'a ni pour objet ni pour effet de différencier les offres au regard du délai d'exécution des travaux, ne permet pas de mesurer la capacité technique des entreprises candidates à respecter des délais d'exécution du marché ni d'évaluer la qualité technique de leur offre* »⁷.

1.2. Les CCAG prévoient des clauses-type de pénalités que l'acheteur est libre d'aménager

L'article 20 du CCAG « Travaux », l'article 14 du CCAG « Fournitures courantes et services » (FCS), l'article 15 du CCAG « Marchés industriels » (MI), l'article 14 du CCAG « Techniques de l'information et de la communication » (TIC) et l'article 14 du CCAG « Prestations intellectuelles » (PI) prévoient les modalités d'application et de calcul des pénalités de retard.

Les CCAG Travaux, MI et PI prévoient une exonération des pénalités lorsque leur montant ne dépasse pas 1 000 euros HT. Les CCAG-FCS et TIC permettent cette exonération dès 300 euros HT.

Les articles 14 des CCAG FCS et TIC prévoient également les modalités d'application et de calcul de pénalités applicables en cas d'indisponibilité de matériel faisant l'objet du contrat.

Les acheteurs publics peuvent toujours déroger aux stipulations des CCAG auxquels ils choisissent de se référer par une stipulation expresse dans les documents contractuels. En effet, les acheteurs publics sont libres de se référer mais également d'adapter les clauses prévues par les CCAG en fonction de leur besoin. Ces clause-type ont donc vocation à être complétés par les stipulations des pièces particulières du marché.

2. Les modalités d'application des pénalités

2.1. Les pénalités sont applicables à la personne à laquelle est imputable la violation des clauses contractuelles

L'acheteur ne peut appliquer des pénalités à son cocontractant que si la méconnaissance des obligations contractuelles justifiant l'application de telles pénalités est imputable au titulaire du marché ou à l'un de ses sous-traitants.

³ A titre d'exemple : [CAA Marseille, 26 mai 2014, Communauté de Haute-Provence, n° 12MA01159](#).

⁴ [CAA Douai, 15 mai 2018, Commune d'Harfleur, n° 16DA01392](#).

⁵ Voir sur ce point la fiche « [Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#) ».

⁶ Voir par exemple : [CE, 16 mai 2012, Communauté d'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe, n° 345137](#).

⁷ [CE, 9 novembre 2018, SAS Savoie, n° 413533](#).

En cas de litige, le juge vérifiera si cette condition est remplie⁸. En cas d'application des pénalités de retard, le juge vérifiera en particulier que le retard n'est pas imputable à une faute du maître d'ouvrage ou d'un autre intervenant sur le chantier. Si tel est le cas, et selon que le retard est ou non partiellement imputable au titulaire du marché, il prononcera une décharge totale ou partielle des pénalités⁹.

En revanche, le cocontractant ne peut se prévaloir de la méconnaissance par l'acheteur du principe de loyauté des relations contractuelles au motif qu'il aurait mis tardivement à sa charge des pénalités de retard qui résultent de la mise en œuvre de stipulations convenues entre les parties pour solliciter leur décharge¹⁰.

Les retards d'exécution doivent avoir été dûment constatés. Il est important que les pénalités aient été établies sur la base d'un décompte précis du nombre de jours de retard, compte tenu des prolongations de délais accordées et déduction faite des jours d'intempéries.

2.2. Selon les stipulations du contrat, les pénalités sont applicables avec ou sans mise en demeure du titulaire

Pour l'application des pénalités de retard, les différents CCAG dispensent l'acheteur de procéder à une mise en demeure préalable. En l'absence de stipulation contraire dans les documents particuliers du marché, l'application de ces pénalités de retard est de plein droit et sans mise en demeure du seul fait de la constatation du retard¹¹. En revanche, lorsque le marché ne fait pas référence à un CCAG ou lorsque les documents contractuels prévoient expressément une mise en demeure préalable, le pouvoir adjudicateur ne peut s'exonérer de cette obligation¹². Par ailleurs, dès lors que l'acheteur détermine dans les pièces contractuelles une procédure à suivre lorsqu'il fait application des pénalités, alors cette procédure doit être respectée, sous peine de voir le titre exécutoire émis annulé par le juge administratif¹³.

L'acheteur qui souhaite faire application des pénalités de retard dispose d'un choix, à savoir celui de saisir le juge ou d'émettre un titre exécutoire à l'effet de fixer les sommes qu'il estime lui être dues. *« Toutefois, lorsqu'il décide d'émettre un titre exécutoire et a, de ce fait, mis en œuvre les pouvoirs dont il dispose pour obtenir que son débiteur lui reverse lesdites sommes, il n'est dès lors pas recevable à demander au juge de réitérer une telle mesure »*¹⁴.

S'agissant des autres pénalités éventuellement prévues au contrat, il est conseillé de prévoir dans les documents contractuels si celles-ci devront ou non donner lieu à une mise en demeure préalable.

Indépendamment des clauses du contrat, il peut être utile d'échanger avec son cocontractant pour comprendre les causes du non-respect par celui-ci de ses engagements contractuels. Ce contradictoire préalable permettra en effet d'éviter l'application de pénalités pour des manquements échappant en réalité à la responsabilité du titulaire. Ce dialogue pourra par ailleurs être aussi l'occasion de trouver des solutions appropriées à des difficultés structurelles d'exécution de la prestation.

2.3. Les pénalités peuvent être appliquées avant ou au moment du règlement définitif du marché

Lorsque le principe des pénalités est prévu au marché, les pénalités peuvent être précomptées sur les acomptes versés au titulaire tout au long du marché, lors de l'établissement des états d'acompte. Dans le cadre d'un marché de travaux ne dérogeant pas à l'article 13.2 du CCAG-Travaux, les pénalités de retard sont incluses dans l'état d'acompte mensuel. Pour les autres marchés publics, les stipulations contractuelles doivent prévoir la possibilité de précompter et la périodicité des états d'acompte.

Lorsque le marché ne prévoit pas que les pénalités puissent être précomptées sur les acomptes, les pénalités constituent un élément du décompte général du marché qui ne peut pas être isolé du solde¹⁵.

⁸ CE, 15 novembre 2012, n°350867, cons. 5.

⁹ À titre d'exemple CAA Nantes, 19 septembre 2014, SNC Entreprises Morillon Corvol Courbot, n° 12NT03032.

¹⁰ CE, 20 juin 2016, Société Eurovia Haute-Normandie, n° 376235.

¹¹ CE, 15 novembre 2012, Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue, n° 350867, cons. 4.

¹² CE, 24 avril 1992, Syndicat mixte pour la géothermie à la Courneuve, n° 112679.

¹³ CAA Lyon, 22 mars 2018, Communauté de communes de la Côte à Montluel, n° 16LY00894.

¹⁴ CAA Douai, 4 octobre 2018, Société Nord Constructions Nouvelles, n° 17DA00844.

¹⁵ CAA Bordeaux, 4 octobre 2007, Société Les grands travaux du bassin aquitain, n° 04BX01178.

Il résulte du principe d'unicité du décompte général, que la contestation des pénalités ne peut se faire distinctement de celle du décompte. Enfin, ce n'est que lors de l'établissement du décompte général que l'émission d'un titre de recettes peut avoir lieu¹⁶.

2.4. Selon ce qui est prévu par le contrat, des pénalités peuvent être appliquées en cas de retard de livraisons ou de réceptions partielles

Des pénalités de retard sanctionnant la méconnaissance de délais partiels d'exécution (livraison échelonnée, réceptions partielles...) peuvent être prévues de manière expresse¹⁷. Les stipulations contractuelles peuvent cependant prévoir que ces pénalités ne sont appliquées que lorsque le dépassement d'un délai d'exécution partiel a pour effet un dépassement du délai global du marché¹⁸.

2.5. L'acheteur applique les pénalités en tenant compte de leurs conséquences pour l'entreprise

L'application des pénalités de retard est un droit contractuel de l'administration, à l'application duquel elle peut renoncer¹⁹. Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, pour lesquelles la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières. La renonciation peut être unilatérale (par décision motivée de l'autorité compétente) ou contractuelle²⁰.

La jurisprudence invite désormais l'acheteur à faire une application raisonnée des pénalités de retard. Le juge administratif s'est en effet reconnu le pouvoir de moduler leur montant, « si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations », rejoignant ainsi la position du juge judiciaire²¹.

Le titulaire du marché public qui conteste le montant des pénalités mis à sa charge et en demande une modulation doit prouver le caractère manifestement excessif des pénalités²².

À titre d'exemple, le juge a pu considérer que des pénalités correspondant à plus de 55% du montant total du marché étaient manifestement excessives²³.

À l'inverse, le juge a refusé d'analyser comme manifestement excessif un montant de pénalité de retard correspondant à 26 % du montant total du marché, quand bien même celui-ci avait pour effet de priver le requérant de sa marge bénéficiaire et que le préjudice de la collectivité consécutif à ce retard était par ailleurs assez faible²⁴.

Pour le juge administratif en effet, « les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus. Elles sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi »²⁵.

¹⁶ CAA Lyon, 27 décembre 2007, *Société Copibat*, n° 03LY01501 ; CAA Nancy, 7 mai 2002, *SARL Gil Ignace*, n° 97NC00840.

¹⁷ CE, 23 février 2004, *Région Réunion*, n° 246622 ; CAA Nantes, 9 mai 2014, *Commune de La Chaussée d'Ivry*, n° 12NT02982.

¹⁸ CE, 20 septembre 1991, *Administration générale de l'Assistance Publique à Paris*, n° 77184.

¹⁹ CE, 9 novembre 2018, *SAS Savoie*, n° 413533, préc. C'est notamment pour ce motif que le montant des pénalités ne peut être un critère d'évaluation des offres.

²⁰ CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, n° 308676 ; prendre garde dans tous les cas à formaliser cette décision pour le contrôle du comptable public.

²¹ CE, 29 déc. 2008, *OPHLM de Puteaux*, n° 296930 et CE, 19 juillet 2017, *Centre hospitalier de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, n° 392707 : « Si, lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat, il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations ».

²² CAA Paris, 10 avril 2018, *Société d'économie mixte Paris Seine*, n° 16PA00341.

²³ CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n° 296930, préc.

²⁴ CE, 20 juin 2016, *Société Enrovia Haute-Normandie*, n° 376235, préc.

²⁵ CE, 19 juillet 2017, *Centre hospitalier de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, n° 392707, préc.

Les pénalités ne sont pas le seul mécanisme de sanction. Ainsi, lorsque le montant des pénalités atteint un montant excessif, l'acheteur doit s'interroger sur la possibilité de poursuivre le marché et faire usage, si l'exécution du contrat dans des conditions acceptables n'apparaît plus possible, d'autres outils prévus par le droit de la commande publique : mise en régie ou résiliation pour faute, le cas échéant, aux frais et risques du titulaire.

Afin d'encourager les titulaires des marchés publics à une meilleure réalisation des prestations objet du contrat, voire à une réalisation anticipée du marché, l'acheteur peut également faire usage du mécanisme des clauses incitatives. À cette fin, les pièces du marché public peuvent prévoir des primes d'avance (pour réalisation anticipée de la prestation, à ne pas confondre avec les avances versées au titre des articles [R. 2191-3](#) à [R. 2191-19](#) du code de la commande publique), des primes pour dépassement de performance ou encore des clauses d'intéressement²⁶.

²⁶ Voir sur ce sujet le [guide sur le prix dans les marchés publics](#), avril 2013, pt. 4.2.