



L'Avocat, essentiel au quotidien.



La juste fixation des pénalités de retard

Prévenir un litige sur le décompte général et définitif



L'Avocat, essentiel au quotidien.



Les pénalités peuvent être définies comme des « dommages et intérêts forfaitaires en réponse à une violation du marché ».

- Fonction dissuasive
- Fonction réparatrice



L'Avocat, essentiel au quotidien.



Elles sont le plus souvent prévues en cas de retard dans l'exécution du marché.

- CCAG Travaux (art. 20)
- CCAG FCS (art. 14)
- CCAP



L'Avocat, essentiel au quotidien.



Les litiges sur le montant des pénalités sont très fréquents:

- Modalités d'infliction: simple constatation du retard par le maître d'œuvre
- Pénalité plancher de 1000 euros (travaux) ou 300 euros (fournitures et services), mais pas de plafond
- Le montant total peut s'avérer considérable



L'Avocat, essentiel au quotidien.



Le montant des pénalités s'apprécie au regard du montant du marché:

- Pénalité journalière de $1/3000$ du montant HT de l'ensemble du marché (travaux)
- Pénalité forfaitaire de $1 / 1000$ du prix de la prestation (fournitures et services)



L'Avocat, essentiel au quotidien.



Etant de nature contractuelle, les parties peuvent décider dans le contrat, ou en cours d'exécution du marché, d'en restreindre le montant :

- Un prix plafond
- Un pourcentage du montant du marché

Aucun avenant n'est nécessaire ; possibilité d'accorder des reports de délais



L'Avocat, essentiel au quotidien.



Un montant exorbitant des pénalités implique régulièrement un litige sur le DGD, puisque le juge dispose du pouvoir d'en moduler le montant.

- Marchés privés de travaux : art. 1152 du code civil (1975), devenu 1231-5 (2016)
- Marchés publics : CE, 29 déc. 2008, OPHLM de Puteaux, n° 296930



L'Avocat, essentiel au quotidien.



La modération des pénalités par le juge administratif est ordonnée en fonction :

- De son montant manifestement excessif au regard du montant du marché
- De l'ampleur du retard d'exécution
- Indépendamment du préjudice subi par l'administration (le juge favorise la fonction dissuasive de la pénalité)



L'Avocat, essentiel au quotidien.



Pour modérer la pénalité, le juge exige de l'entreprise qu'elle produise : « tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige » (CE, 19 juillet 2017, CHI de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n° 392707)



L'Avocat, essentiel au quotidien.



L'application mécanique des pénalités de retard est tentante pour l'administration:

- Application simple : constatation par le maître d'œuvre et inscription dans le décompte
- Pas de nécessité de justifier d'un préjudice résultant du retard
- Perception d'une indemnité en l'absence de préjudice

Les effets mécaniques pervers qui en résultent:

- Contentieux très probable du décompte par l'entreprise
- Difficultés financières considérables pour l'entreprise lorsque le montant des pénalités est supérieur à sa marge bénéficiaire
- Possibilité d'évocation en justice d'une « politique » différente des pénalités entre collectivités ou entre différents partenaires contractuels



L'Avocat, essentiel au quotidien.



Lorsque le préjudice effectivement subi par la collectivité est restreint, il est opportun de modérer contractuellement le montant de la pénalité de retard :

- Eviter un contentieux devant le juge administratif
- Préserver la santé financière des entreprises et la situation de l'emploi
- Conforter l'image de la collectivité (adéquation entre le préjudice subi et la pénalité infligée ; politique uniforme dans les différents marchés de la collectivité et avec les autres collectivités)