

Marchés publics : les pénalités en 10 points

► Par Etienne COLSON, avocat au Barreau de Lille (contactcolson-avocat.fr)

S'il est un sujet récurrent dans les marchés publics, c'est bien celui des pénalités. Récurrent et, cependant, mal connu. Car, de fait, un tel sujet charrie nombre de croyances, habitudes et autres déviances d'un rapport souvent lointain avec la règle. On la rappelle ici.

1. Une pénalité est une somme d'argent forfaitaire que le titulaire du marché devra verser à l'acheteur public en cas de manquement à l'une de ses obligations contractuelles. Cette pénalité doit impérativement être contenue dans une clause du marché. A défaut, elle ne pourra être appliquée.

2. Le plus souvent, les pénalités sanctionnent des retards dans l'exécution des prestations. Toutefois, rien n'interdit d'envisager des pénalités pour d'autres comportements fautifs (ex : indisponibilité du matériel, niveau de qualité non atteint).

3. Sauf clause contraire, une pénalité ne peut être appliquée sans mise en demeure préalable. Les différents CCAG (cahiers des clauses administratives générales) en dispensent expressément en prévoyant, en outre, des modalités d'application et de calcul spécifiques des pénalités. De nouveau, rien n'empêche l'acheteur public d'y déroger dans un CCAP (cahier des clauses administratives particulières) stipulant à la fois l'exclusion de toute mise en demeure et des pénalités d'un montant supérieur à celles figées au CCAG.

4. L'imputabilité étant une condition d'application des pénalités, celles-ci ne peuvent être infligées lorsque le comportement incriminé est uniquement dû à un fait extérieur à l'entreprise mise en cause : responsabilité exclusive d'un autre intervenant (autre entreprise, maître d'œuvre), sujétions imprévues, cas de force majeure, sans oublier le comportement éventuellement fautif de l'acheteur public. Dans l'hypothèse d'une soustraction, c'est au titulaire du marché et non à son sous-traitant qu'elles doivent être appliquées.

5. Les pénalités de retard supposent la fixation précise d'un délai d'exécution. Vu le nombre de pénalités annulées pour irrespect d'une telle exigence, l'acheteur public a donc tout intérêt à déterminer clairement les délais d'exécution, son point de départ et son échéance. En principe, le point de départ du décompte de retard est le lendemain du jour prévu au marché, jusqu'au jour inclus de l'achèvement constaté de la prestation.

6. A condition que le marché le prévoie, les pénalités peuvent être déduites des acomptes versés au titulaire

tout au long du marché. Mais si le contrat est muet sur ce point, les pénalités ne pourront être infligées qu'en fin de contrat, lors de l'établissement du décompte général.

7. En tout état de cause, l'acheteur public ne peut jamais émettre un titre de recettes correspondant au montant des pénalités avant l'établissement du décompte général.

8. La contestation par le titulaire du marché des pénalités qui lui sont infligées peut prendre trois formes : d'abord, si la pénalité est déduite de l'acompte que lui a versé l'acheteur public, le titulaire adressera un mémoire de réclamation à l'acheteur public tel que prévu, par exemple, par l'article 50.1 du CCAG travaux. En cas de refus de l'administration de lui rembourser ladite pénalité, l'entreprise pourra alors saisir le juge administratif, le cas échéant, par la voie du référé-provision. Ensuite, si la pénalité n'a été déduite qu'à l'occasion du décompte général du marché, le titulaire contestera alors ledit décompte par, là encore, un mémoire de réclamation. En cas de rejet de l'acheteur public, le titulaire saisira la juridiction adminis-

trative. Enfin, si la pénalité est infligée au titulaire du marché par un titre exécutoire, l'entreprise devra saisir le juge administratif pour solliciter l'annulation de ce titre dans un délai de deux mois à compter du jour où le titre lui est notifié. En toute hypothèse, le titulaire sera fondé à réclamer au juge, à tout le moins, une minoration des pénalités qui lui ont été infligées. Pour cela, il lui faudra démontrer que ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif au regard du montant du marché. 30% du montant du marché semble être, à ce jour, le seuil à partir duquel le juge tendrait à modérer les pénalités.

9. L'acheteur public peut renoncer totalement ou partiellement à la mise en œuvre de la pénalité à condition que cet abandon de créance ne soit pas assimilable à un avantage injustifié (s'agissant des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, une délibération doit autoriser l'exécutif local à cet abandon).

10. Les pénalités sont hors du champ d'application de la TVA. L'assiette de calcul des pénalités prévues est donc le montant hors taxe. ■