



5 jours pour découvrir l'essentiel  
du métier d'acheteur public



## L'application des pénalités de retard est à l'appréciation des personnes publiques

### A propos de l'auteur

**M. Romain Cayrey**

[Voir les articles de cet auteur](#)

**Le non-respect des délais d'exécution d'un marché public peut entraîner la mise en œuvre de pénalités de retard. Ces dernières, prévues contractuellement, ne sont pourtant pas automatiques et la personne publique peut même y renoncer partiellement ou totalement.**

« Il semble indispensable qu'un pouvoir adjudicateur puisse, en application de son pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution du contrat, et plus généralement du principe de liberté contractuelle, disposer d'un pouvoir d'appréciation dans l'application de pénalités », analyse Me Ana Gonzalez, avocate associée du cabinet Alma Monceau. L'application des pénalités de retard résulte de la réunion de deux éléments : d'une part, elles doivent être prévues contractuellement dans le marché, généralement dans le CCAP ou alors directement en faisant référence au CCAG. D'autre part, il faut que la circonstance ayant conduit à leur application soit imputable à l'entreprise titulaire du marché ou à un sous-traitant. A défaut, aucune pénalité ne peut être appliquée. Si ces deux conditions sont remplies, elles sont alors à la charge du cocontractant de l'administration. Pour autant, comme le rappelle Me Xavier Mouriesse, avocat associé au cabinet BRG associés, « le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'accorder une remise partielle ou totale des pénalités de retard dues par l'entreprise ». Cela peut s'expliquer particulièrement dans le cas où le cocontractant de l'administration est une PME ou TPE, et, auquel cas l'application des pénalités va avoir de lourdes conséquences financières sur elles. « Cette remise est encadrée juridiquement. Elle prendra la forme d'un avenant qui prolonge les délais d'exécution, ou alors d'une délibération valant renonciation totale ou partielle aux pénalités », ajoute Me Mouriesse. Une renonciation nécessite de façon générale l'accord de l'assemblée délibérante s'agissant des marchés passés par des collectivités territoriales



. Le comptable public se doit en effet de disposer d'une pièce justificative de la remise, car il est chargé de contrôler la mise en œuvre des pénalités contractuelles. « Et même, si dans certains cas, le juge retient que cette « renonciation » peut se faire sans formalisme, sans avenant (CE, 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux) », rappelle Me Gonzalez. Sous couvert de l'accord de l'assemblée délibérante, la renonciation à l'application des pénalités de retard est donc envisageable. Et ce d'autant plus que la « mise en œuvre d'une « automaticité » dans leur application poserait des problèmes pratiques, surtout si elles ne sont pas plafonnées, et dans tous les cas où les retards sont imputables au pouvoir adjudicateur lui-même ou à des tiers », poursuit Me Gonzalez. Enfin le pouvoir de modulation du juge dans l'application de pénalités manifestement excessives (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux) contredit l'idée même d'une automaticité dans l'application de pénalités et milite dans le sens d'un pouvoir d'appréciation qui doit être réservé au pouvoir adjudicateur.

**Le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'accorder une remise partielle ou totale des pénalités de retard dues par l'entreprise**

### Recours difficile pour les candidats évincés

« La pénalité sanctionne la bonne exécution d'un engagement, lequel a été déterminant dans l'attribution du marché », analyse Me Philippe Schmidt, avocat associé du cabinet Vedesi association d'avocats, lors d'un Club marché. La question est donc légitime de savoir si la renonciation à l'application des pénalités équivaut à remettre en cause les conditions de mise en concurrence. Pour Me Gonzalez, « la mise en concurrence du contrat et son exécution sont deux choses différentes. S'il doit exister entre elles un rapport de continuité, ce rapport n'est pas absolu. Les modalités d'exécution du contrat peuvent ainsi, dans certaines hypothèses, différer des stipulations des documents contractuels. » Et, il sera d'autant plus compliqué pour un concurrent évincé de faire valoir cet argument « qu'il est censé être au courant que le pouvoir adjudicateur peut faire une remise de pénalités ou que ces dernières peuvent être appliquées totalement ou partiellement », assure Me Mouriesse. En tout état de cause, il est nécessaire que l'exonération ne vienne pas bouleverser l'économie du marché, rare cas susceptible d'être critiqué devant le juge. la mise en concurrence du contrat et son exécution sont deux choses différentes. Un arrêt a ainsi pu retenir que, dans le cadre d'un dialogue compétitif, la modification de la formule de pénalités en cours de procédure constituait une modification substantielle de l'offre d'une société candidate (CE, 1er juillet 2015, Office public de l'habitat de Loire-Atlantique). « Dans cette espèce, le juge examine la portée de la modification de la clause », précise Me Gonzalez. Toutefois, il n'existe pas, selon cette dernière, de cas de sanction d'un pouvoir adjudicateur pour défaut d'application de pénalités, a fortiori sur recours d'un candidat évincé. D'ailleurs, sur le plan contentieux, l'introduction de ce recours serait pour le moins épineuse, puisque l'absence d'application de pénalités ne se réalise éventuellement qu'à la fin de l'exécution d'un marché, ce qui ne permet pas aux concurrents originels de former un recours. Surtout si la renonciation ne prend ni la forme d'un avenant, ni d'une « décision » formelle.

**S'il doit exister entre elles un rapport de continuité, ce rapport n'est pas absolu**