



## LES PENALITES DANS LES MARCHES PUBLICS

### • LE CONTEXTE •

Les industriels de la Chambre syndicale nationale des Fabricants de Matériels de Nettoyement, de collecte et de traitement des Déchets (FAMAD) constatent l'augmentation des pénalités prévues, la multiplication à l'excès des causes de pénalités, et leur application croissante.

Les fabricants souhaitent mieux communiquer avec leur clientèle à ce sujet, l'impact de pénalités importantes pouvant être grave compte tenu des marges nettes moyennes de leurs entreprises. Alors même que le maximum possible aura été fait pour satisfaire les donneurs d'ordre publics, les contraintes et réalités de la production ou de la prestation de services sont souvent complexes.

Il y existe des aléas nombreux notamment d'approvisionnement, de délais de coordination et de livraison, qui sont accentués lors de quantités ou de particularités imprévisibles devant être fournies dans des délais courts.

L'entreprise a pour objectif naturel de livrer et de se faire régler le plus rapidement possible sans litige, et l'application de pénalités doit rester un recours ultime pour les parties.

## I • LE CHOIX DE LA PENALITE

Les pénalités sont des sanctions pécuniaires forfaitaires indépendantes du préjudice réellement subi par le donneur d'ordre.

### 1 • La nécessaire proportionnalité des pénalités à l'enjeu de la prestation

Les pénalités prévues s'avèrent fréquemment disproportionnées, voire inadaptées, par rapport aux besoins de la collectivité et au préjudice réellement subi.

- Les pénalités de retard ne doivent pas avoir vocation à / sanctionner des délais irréalistes / pénaliser abusivement des retards très faibles / sanctionner de manière excessive une malfaçon qui peut être corrigée ou sans lien avec la fonctionnalité ou l'objet de la prestation / compromettre la santé financière de l'entreprise.

Les pénalités s'avèrent disproportionnées lorsque le donneur d'ordre fixe :

- des délais, irréalistes, par exemple au regard des quantités demandées et / ou des conditions concrètes de production.
- et / ou des pénalités disproportionnées au regard des besoins réels et fonctionnels de la collectivité et de l'objet de la prestation.

Un marché public, reste un contrat dont l'équilibre pour les deux parties est indispensable à sa bonne exécution.

Les pénalités ne doivent être ni trop faibles pour permettre à la collectivité de conserver son pouvoir de contrainte, ni excessives afin de ne pas compromettre la santé financière de l'entreprise : l'équité doit être le mot d'ordre.

### 2 • Conséquences des pénalités disproportionnées

Des pénalités excessives peuvent :

- décourager les entreprises compétitives qui ne répondront pas compte tenu du risque trop élevé ;
- inciter les entreprises à inclure dans le prix des prestations, le coût prévisible des pénalités ;
- compromettre la santé financière de l'entreprise, sans motivation objective et compromettre ainsi la bonne exécution du marché.

Des pénalités excessives auront ainsi un effet inverse de celui recherché par le pouvoir adjudicateur et ne permettront pas d'assurer, ni le meilleur prix, ni le choix du meilleur prestataire, ni la bonne exécution du marché.

### 3 • Les alternatives aux pénalités

Le pouvoir adjudicateur peut privilégier d'autres solutions pour assurer la bonne exécution du marché :

- une mise en demeure préalable, avant l'émission de toute pénalité ;
- des clauses incitatives : une prime de réalisation anticipée des prestations, apparaît beaucoup plus efficace ;
- permettre à l'entreprise de fixer les délais d'exécution qu'elle estime réalistes. La collectivité pourra préférer le choix d'un critère « délai d'exécution ou de livraison ».

### 4 • Mode de calcul de pénalités : simple et équitable

**Rappel** : le CCAG FCS prévoit une pénalité de 1/1000 de la valeur (HT) des prestations concernées par jour de retard, selon la formule suivante :  $P = V * R / 1\ 000$ .

Encore une fois, l'équité doit guider la collectivité dans son choix des montants de pénalités, des délais et des situations sanctionnées par des pénalités.

## II • LA MISE EN OEUVRE DES PENALITES : EVITER LES CONFLITS

### 1 • Conditions : des pénalités claires et raisonnables

- Le marché doit mentionner clairement les délais impartis et leur point de départ,
- Les modalités de constatation de l'achèvement des prestations doivent être prévues,
- Des évènements extérieurs peuvent justifier une demande de sursis de livraison,
- Le retard ne doit pas être imputable au titulaire d'un autre lot du marché,
- Le titulaire n'est pas responsable du fait du donneur d'ordres : ex : modifications imposées qui ont des conséquences sur les délais et conditions d'exécution,
- Le retard ou la mauvaise exécution ne doit pas résulter d'un évènement revêtant le caractère de la force majeure, soit imprévisible, irrésistible et extérieur.

### 2 • Modification des délais

Le titulaire informe le pouvoir adjudicateur des difficultés rencontrées, (délais, etc.), sous quinzaine, soit de la réception de l'ordre de service (Art 3.7.2 du CCAG FCS), soit de la survenance de ces difficultés (Art 13.3.2 du CCAG FCS).

Le pouvoir adjudicateur peut en conséquence allouer des reports de délais au prestataire<sup>1</sup> en fonction des circonstances exposées.

## 3 • L'abandon des pénalités dans certaines conditions

L'abandon des pénalités (Art 14.1.1 et 25.1 du CCAG FCS) peut résulter de discussions avant leur application :

- l'entreprise a été mise en demeure mais n'a pas fait l'objet de pénalités
- les parties se sont mises d'accord sur un nouveau calendrier faisant disparaître le retard y compris a posteriori.

Le juge administratif a rappelé que le pouvoir adjudicateur pouvait renoncer expressément sous la forme d'un acte unilatéral ou d'un avenant au marché, aux pénalités infligées<sup>2</sup>.

Une fois les pénalités appliquées, leur abandon peut aussi résulter aussi d'un accord des parties suite à la contestation des pénalités (réalité du délai, du dépassement du manquement peuvent être contestables).

## 4 • Emission des pénalités et contestations

En l'absence de solution amiable, la collectivité peut émettre les pénalités. L'entreprise peut alors contester le bien fondé de la pénalité (réalité du délai, du dépassement du manquement peuvent être contestables).

- Le CCRA

Pour une nouvelle tentative de solution amiable, la collectivité et le titulaire du marché pourront soumettre leur différend au Comité Consultatif de Règlement Amiable des litiges (CCRA) dans le cadre d'une **procédure de conciliation**, selon le CCAG FCS.

L'objectif du CCRA sera alors d'établir les éléments de droit et de fait en vue de la recherche d'une **solution amiable et équitable**<sup>3</sup>.

- Le pouvoir de modulation du juge : recours ultime

En l'absence de tout règlement amiable, l'entreprise pourra encore exercer un recours juridictionnel en saisissant le juge administratif qui peut moduler le montant des pénalités lorsque celles-ci présentent un caractère excessif.

**L'équité des pénalités permet ainsi pour la collectivité, de s'assurer du choix du meilleur prestataire et de la bonne exécution du marché et, pour le titulaire, du maintien de l'équilibre financier du contrat indispensable à la poursuite de son activité.**

Contact : [info@famad.fr](mailto:info@famad.fr) ou [www.famad.fr](http://www.famad.fr)  
ou tél : 01 53 04 32 90  
33, rue de Naples - 75008 Paris  
Publié le 02-10-2014 - N° SIREN : 510 810 468

1. CE, 17 mars 2010, n°308676, Cne d'Issy-les-Moulineaux.  
2. CE, 28 oct. 1953, Sté Comptoir textiles bruts et manufacturés, Rec. p. 721.  
3. La saisine du comité suspend les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par la collectivité après avis du comité.

Retrouvez sur le site de FAMAD les deux autres publications juridiques connexes :  
- Les critères d'attribution dans les marchés publics (contexte, choix, mise en œuvre,...)  
- L'admission dans les marchés publics de fourniture et de services (enjeux, phasage, effets,...).

