

EXÉCUTION DES MARCHÉS PUBLICS

La clause pénale dans les marchés de travaux

Comprendre et connaître les modalités de fonctionnement des pénalités qui peuvent lui être infligées est une nécessité pour toute entreprise titulaire d'un marché public de travaux.

Par **CYRIL LAROCHE**,
Docteur en droit, avocat à la Cour

Qu'est-ce qu'une clause pénale dans un marché public de travaux ?

Une clause pénale prévoit que le titulaire du marché versera au pouvoir adjudicateur une somme d'argent forfaitaire en cas de manquement à l'une de ses obligations contractuelles.

Quel est l'intérêt de prévoir une clause pénale ?

La clause pénale permet de réparer forfaitairement le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur à raison du manquement du titulaire du marché à l'une de ses obligations contractuelles. Elle a une fonction dissuasive si le montant de la pénalité est supérieur au gain que le titulaire du marché pourrait espérer réaliser en n'exécutant pas ses obligations. Le montant de la pénalité peut, toutefois, être réduit par le juge administratif s'il l'estime excessif, sous réserve que le requérant lui demande de modérer ledit montant.

Qui peut établir une clause pénale dans un marché public de travaux ?

Le pouvoir adjudicateur établit librement le régime juridique des pénalités qu'il souhaite pouvoir infliger en cas de manquement du titulaire du marché à l'une de ses obligations contractuelles dans le cahier des clauses administratives particulières du marché et/ou en prévoyant que le cahier des clauses administratives générales (CCAG) travaux est une pièce contractuelle.

Quelles sont les clauses pénales prévues par le nouveau CCAG travaux du 8 septembre 2009 ?

Le CCAG travaux se borne à prévoir, à son article 20, l'application d'une pénalité journalière d'1/3000^e du montant hors taxes de l'ensemble du marché en cas de retard imputable au titulaire du marché dans l'exécution de l'ensemble du marché ou d'une tranche dudit marché pour laquelle un délai d'exécution partiel ou une date limite a été fixée.

Comment rédiger une clause pénale ?

Une clause pénale indique le manquement du titulaire du marché à l'une des conditions d'exécution du marché, qu'elle sanctionne. Elle précise également le mode de computation des jours de retard pris pour exécuter une obligation contractuelle dont elle sanctionne l'inexécution et le taux des pénalités. La clause pénale indique si elle s'applique du seul fait du constat du manquement contractuel ou si elle ne peut être mise en œuvre qu'après l'adoption d'une décision expresse du pouvoir adjudicateur qui constate le manquement du titulaire

du marché à l'une de ses obligations. Elle précise également si l'application d'une pénalité doit être précédée ou non d'une mise en demeure.

Comment calculer le montant d'une pénalité ?

Sauf à ce que le marché prévoit un délai de carence contractuel durant lequel une inexécution contractuelle ne saurait être sanctionnée, la pénalité court à compter du jour suivant le manquement du titulaire du marché à son obligation contractuelle – ou de la décision expresse qui a constaté le manquement contractuel si le marché prévoit une telle décision pour l'application d'une pénalité – jusqu'au jour d'exécution totale de ladite obligation. En cas de résiliation du marché, l'article 20.1 du CCAG travaux stipule qu'une pénalité est appliquée jusqu'au jour inclus de la notification de la décision de résiliation ou jusqu'au jour d'arrêt d'exploitation du titulaire du marché si la résiliation est imputable à l'incapacité du cocontractant de l'administration à poursuivre l'exécution du marché. Le cahier des clauses administratives (●●●)

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Une clause pénale a une double fonction réparatrice et dissuasive :
 - elle peut être librement prévue par le pouvoir adjudicateur dans le CCAG ;
 - elle est opposable au titulaire du marché si elle indique le manquement à une obligation contractuelle qu'elle sanctionne, son mode de calcul et si elle est d'application immédiate.
- Sauf si les documents contractuels prévoient le contraire, une pénalité ne peut pas être régulièrement infligée

sans mise en demeure au préalable.

- Les pénalités sont appliquées par précompte sur les sommes dues au titre d'acompte ou payées lors de l'établissement du décompte général et définitif. Elles doivent être contestées par un mémoire en réclamation qui doit précéder la saisine du juge administratif. Les pénalités peuvent faire l'objet d'un titre exécutoire. Le recours administratif ou juridictionnel formé à l'encontre de ce titre suspend son caractère exécutoire.

FICHE PRATIQUE

(●●●) particulières du marché peut déroger à cette règle.

Qu'en est-il si la clause pénale ne précise pas si l'application d'une pénalité doit être précédée d'une mise en demeure ?

Sauf si le marché prévoit expressément le contraire, une pénalité n'est régulière que si le pouvoir adjudicateur a préalablement mis en demeure son cocontractant de remédier aux manquements contractuels qu'il a constatés. La mise en demeure doit être notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception au titulaire du marché. Elle lui est opposable si elle indique le manquement qui lui est reproché et si elle fixe un délai raisonnable pour y mettre fin. Elle doit menacer le titulaire du marché de l'application d'une pénalité si elle ne devait pas être suivie d'effet.

Comment une pénalité est-elle appliquée par le pouvoir adjudicateur à l'encontre du titulaire du marché ?

Sauf si le cahier des clauses administratives particulières prévoit le contraire, l'article 13.2.1 du CCAG travaux stipule que le maître d'œuvre fait ressortir les pénalités appliquées au titulaire du marché sur les états d'acomptes mensuels qu'il établit à partir des projets de décompte mensuel présentés par le titulaire du marché. Le maître d'œuvre détermine ainsi le montant de l'acompte mensuel à régler au titulaire. Les pénalités sont, ensuite, réglées par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes. Elles peuvent également être payées lors de la procédure d'établissement du décompte général et définitif. Si le montant des pénalités excède le montant de l'acompte ou même le montant du solde du marché, le pouvoir adjudicateur peut émettre un titre exécutoire à l'encontre du titulaire du marché pour exiger leur paiement.

A qui le pouvoir adjudicateur peut-il infliger une pénalité ?

Une pénalité est infligée au titulaire du marché :

- En cas de groupement momentané d'entreprises, l'article 51 du Code des marchés publics détermine les créanciers du pouvoir adjudicateur. Si le groupement est solidaire, les entreprises sont solidairement tenues de payer au pouvoir adjudicateur la pénalité ;
- En cas de groupement conjoint, l'entreprise qui a justifié l'application de la pénalité du fait d'un manquement à ses obligations

contractuelles est tenue de payer ladite pénalité, sauf à ce que le marché prévoit que le mandataire du groupement est solidairement tenu de prendre en charge avec cette entreprise son paiement. L'article 20.6 du CCAG travaux déroge à ces dispositions en stipulant que, dans le cas d'entrepreneurs groupés pour lesquels le paiement est effectué à des comptes séparés, les pénalités sont réparties conformément aux instructions du mandataire de ce groupement. Dans l'attente de ces instructions, la pénalité sera retenue en totalité sur les sommes dues au mandataire. Le cahier des clauses administratives particulières peut déroger à cette stipulation.

Comment contester une pénalité payée par précompte sur les sommes versées à titre d'acompte ?

La pénalité payée par précompte sur les sommes versées à titre d'acompte par le pouvoir adjudicateur figure sur un état d'acompte mensuel établi par le maître d'œuvre. Le titulaire du marché conteste cet état d'acompte mensuel par un mémoire en réclamation qui est transmis au représentant du pouvoir adjudicateur. Ce mémoire comprend les justifications nécessaires pour contester la pénalité dans son principe et dans son montant. Une copie de ce mémoire est notifiée au maître d'œuvre. Le représentant du pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de quarante-cinq jours pour répondre au titulaire du marché. En cas de silence de sa part dans ce délai, il doit être considéré comme ayant rejeté le mémoire en réclamation. Une décision de rejet du mémoire en réclamation doit faire l'objet d'un recours devant la juridiction administrative. Le titulaire du marché sollicitera le remboursement des sommes payées au titre des pénalités et le paiement des intérêts moratoires y afférents.

Comment contester une pénalité réglée lors de l'établissement du décompte général du marché ?

Il résulte de l'article 50 du CCAG travaux que le titulaire du marché conteste le décompte général en transmettant au représentant du pouvoir adjudicateur un mémoire en réclamation, avec copie au maître d'œuvre dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la notification du décompte. En cas de rejet de son mémoire en réclamation intervenu dans un délai qui ne saurait excéder quarante-cinq jours, le titulaire

du marché dispose d'un délai de six mois pour saisir la juridiction administrative et demander le règlement des sommes irrégulièrement payées au titre de la pénalité.

Comment contester une pénalité infligée par un titre exécutoire ?

Le titulaire du marché doit saisir le juge administratif pour solliciter l'annulation du titre exécutoire dans un délai de deux mois commençant à courir à compter du jour où le titre lui a été notifié. Si le titre exécutoire a été émis par l'Etat, le recours juridictionnel doit être précédé d'un recours gracieux dans le délai de deux mois qui suit la notification du titre. Ces recours gracieux ou juridictionnels auront pour effet de suspendre le caractère exécutoire du titre.

TEXTES DE RÉFÉRENCES

- Article 1152 du Code civil.
- Article 51 du Code des marchés publics.
- CCAG travaux du 8 septembre 2009 : articles 13, 20, 40, 47.2.2 et 50 (publiés en cahier détaché n°2 du « Moniteur » du 9 octobre 2009).