

5 Le caractère libératoire des pénalités

Sous la direction de
Stéphane BRACONNIER,
professeur à l'université Paris II (Panthéon Assas),
directeur du JurisClasseur Contrats et Marchés Publics

Romain LAURET,
avocat associé,
Cabinet Symchowicz-Weissberg & Associés

CONTEXTE

Le régime des pénalités contractuelles est un point d'attention des praticiens, notamment lors de négociations. Confrontés à la clause contractuelle définissant les pénalités applicables, leur premier réflexe consiste souvent à préciser que « les pénalités sont libératoires ». Tous les contrats de la commande publique (marchés publics, dont les marchés de partenariat, anciennes formules contractuelles reposant sur des montages aller-retour, concessions de services ou de travaux) sont susceptibles d'être concernés par cette mention contractuelle de plus en plus répandue. La portée de cet ajout n'est pourtant pas toujours bien mesurée, ni par les acheteurs ni par les opérateurs économiques, chacun pouvant, à tort, craindre ou espérer que le paiement de la pénalité libère le titulaire du contrat de ses obligations contractuelles et, au-delà, que sa responsabilité ne puisse plus être recherchée. Ce n'est cependant pas le cas, le caractère libératoire des pénalités ayant une portée relativement limitée.

COMMENTAIRES

A. - La portée du caractère libératoire

Dans le silence du contrat, les pénalités, qui ont par nature un double objet de sanction/réparation, sont forfaitaires et exhaustives. On dit alors qu'elles sont libératoires.

De manière classique, il est admis que leur application n'est pas conditionnée à l'existence d'un préjudice subi par l'acheteur. La seule caractérisation du manquement contractuel suffit (CE, 10 déc. 1965, *Sté Grands Travaux de l'Est : Lebon*, p. 682). L'acheteur peut donc appliquer des pénalités alors même qu'il n'aurait subi aucun préjudice (CE, 19 juill. 2017, n° 392707, *Sté GBR Île-de-France : JurisData n° 2017-014576*). En revanche, il ne peut pas prétendre à une réparation complémentaire dans l'hypothèse où le montant de la pénalité s'avérerait insuffisant pour couvrir le préjudice effectivement subi (CE, 15 mai 1987, n° 41974, *Hôpital rural de Breil-sur-Roya*). L'acheteur ne peut ainsi pas solliciter l'indemnisation d'autres « préjudices de toute nature » causés par le manquement déjà sanctionné par la pénalité (CE, 14 avr. 1995, n° 75330, *Sté d'aménagement de la région de Rouen*. – CAA Versailles, 23 juin 2011, n° 08VE03571, *Min. Culture et Communication*. – CAA Nancy, 26 janv. 2006, n° 01NC00555, *Sté Ronzat et cie, revenant sur la décision critiquable*. – TA Nancy, 20 févr. 2001, n° 991564, *SA Ronzat et cie*). Il est « tenu » par la pénalité prévue par le contrat et cette pénalité est censée épuiser le sujet des conséquences indemnitaires du manquement.

L'acheteur ne devrait, du reste, pas pouvoir « choisir » et décider, en cours d'exécution du contrat, de renoncer à l'application de pénalités insuffisamment protectrices au profit d'une action en responsabilité contractuelle susceptible d'ouvrir droit à la réparation intégrale de son préjudice. En ce sens, ce ne serait pas l'application effective des pénalités qui serait libératoire mais leur simple stipulation au contrat.

Il y a bien quelques décisions, isolées et, à notre sens, critiquables, qui reconnaissent la possibilité offerte à l'acheteur, après avoir octroyé des délais complémentaires à son cocontractant et s'être indirectement privé de la possibilité d'appliquer des pénalités, de solliciter le versement de dommages-intérêts au titre de la livraison retardée d'un ouvrage (CAA Nantes, 20 juin 2003, n° 99NT00762, *Sté SPIE Citra Ouest*. – CAA Nancy, 31 déc. 1992, n° 89NC00363, *CCI*

Lille-Roubaix-Tourcoing : JurisData n° 1992-050175). Certains auteurs paraissent aller dans le même sens (*S. Majerowicz, J.-F. Sestier, Les pénalités, les contrats administratifs et le Code civil : Contrats publ. n° 169, oct. 2016, p. 49*).

Mais cette logique n'apparaît pas juridiquement fondée et pourrait, du reste, renforcer le sentiment – pas toujours justifié – d'une relation contractuelle déséquilibrée au profit de l'acheteur. Ces décisions semblent d'abord confondre préjudice distinct et fait générateur distinct (un même fait pouvant générer des préjudices variés – cf. *infra*). Ensuite, et surtout, l'acheteur ne devrait pas pouvoir décider librement – sauf à contourner le caractère exhaustif et forfaitaire de la pénalité – de renoncer (plus ou moins directement) à l'application de pénalités pour, une fois la prestation réalisée, obtenir la réparation du préjudice résultant directement du manquement « régularisé », pour un montant potentiellement supérieur à celui sur lequel les parties se sont entendues. Sauf à ce que le contrat le prévoit explicitement (auquel cas le cocontractant de l'acheteur y aurait consenti), chacun pourra admettre que cette pratique est assez éloignée de toute considération de loyauté des relations contractuelles.

Du reste, la position du Conseil d'État, jamais réellement remise en cause, consiste à faire du montant des pénalités un « plafond » d'indemnisation de la personne publique pour le préjudice concerné. Le Conseil d'État ne juge certes pas impossible l'engagement d'une action en responsabilité contractuelle tendant au versement de dommages-intérêts à la personne publique en lieu et place de l'application des pénalités prévues au contrat. Il juge que les pénalités « n'ont que le caractère d'une évaluation forfaitaire de l'indemnité » et donc que, même lorsque l'acheteur parviendrait à faire état d'un préjudice d'un montant supérieur à celui de la pénalité prévue au contrat (et non appliquée), « le montant de ces dommages-intérêts est en tout état de cause limité à celui qui eût résulté de l'application de la clause du marché instituant les pénalités » (CE, 3 mai 1961, n° 41232, *Sté Entreprise Thomas Kotland et Office HLM du dpt de la Seine : Lebon*, p. 290. – CE, 10 déc. 1965, *Sté Grands Travaux de l'Est : Lebon*, p. 682). Autant, dans ces circonstances, faire application des pénalités prévues au marché.

B. - Les limites du caractère libératoire

Ce caractère libératoire n'est, pour autant, pas sans limite.

Premièrement, l'application de pénalités ne libère pas le titulaire du contrat de l'obligation de réaliser les prestations. Qu'elle sanctionne un retard ou une malfaçon, et sauf autre prévision des parties, le titulaire reste tenu par l'engagement qu'il a pris de faire. À défaut, la pénalité serait neutre pour le cocontractant qui « achèterait » sa liberté.

Deuxièmement, pour un même manquement, l'application de pénalités n'empêche pas la mise en œuvre d'autres sanctions. Un acheteur peut ainsi, après avoir appliqué des pénalités pour sanctionner un retard dans un premier temps « acceptable », résilier le contrat pour faute de son titulaire pour un retard qui ne le serait plus. Dans ce cas, le titulaire est redevable des pénalités applicables jusqu'à la date de prise d'effet de la résiliation et l'acheteur peut, au surplus, prétendre à l'indemnisation du préjudice causé par la résiliation (CE, 21 mars 1986, n° 46973, M. Y.). C'est d'ailleurs dans cette logique que les parties s'inscrivent lorsqu'elles stipulent un plafond de pénalités dont l'atteinte ouvre droit à une résiliation pour faute du contrat.

Troisièmement, le caractère libératoire des pénalités peut, dans certaines circonstances, ne pas faire obstacle à la sollicitation de dommages-intérêts complémentaires.

D'abord, rien ne fait obstacle – notamment pas l'article 1231-5 du Code civil dont seuls les principes sont appliqués par le juge administratif et qui ne devrait pas, devant ce juge et pour les contrats administratifs, être d'ordre public – à un accord des parties sur le caractère non-libératoire de certaines pénalités ou sur la possibilité pour la personne publique de renoncer à l'application des pénalités pour préférer la recherche de dommages-intérêts.

Ensuite, les pénalités ne sont pas libératoires lorsqu'il s'agit de réparer un « préjudice distinct », pour certains, « résultant d'une faute distincte », ajoutent d'autres. En dépit des incertitudes nées de la rédaction des décisions ainsi que de leur rareté, deux points peuvent être retenus.

Même si cette configuration pourrait être largement remise en cause par la jurisprudence Région Haute-Normandie revenant, au moins pour les marchés de travaux à prix forfaitaire, sur l'idée d'un acheteur « guichet unique » (CE,

5 juin 2013, n° 352917 : *JurisData* n° 2013-011332), l'acheteur est recevable à solliciter une indemnisation complémentaire auprès de son cocontractant au titre du préjudice subi par des tiers (le plus souvent d'autres cocontractants) qu'il a dû indemniser (CE, 24 mai 1968, n° 69597, *Sté chimique et routière de la Gironde*, p. 334). Dans ce cas, par exception au caractère libératoire de la pénalité sur le fondement duquel il aurait pu être jugé que le préjudice du tiers est un préjudice « de toute nature » couvert par la pénalité contractuelle, le juge accepte la condamnation à des dommages-intérêts pour un même manquement contractuel (le retard) au titre d'un préjudice distinct. Sans doute faut-il y voir, plutôt qu'une remise en cause directe du caractère libératoire, une mesure d'équité tendant à éviter que l'acheteur supporte, *in fine*, les conséquences des préjudices qui lui sont propres et ceux des autres.

Pour le reste, c'est bien, au-delà d'un préjudice distinct, une faute distincte que l'acheteur doit caractériser pour ne pas se voir opposer le caractère libératoire des pénalités prévues au contrat. Malgré l'application de pénalités de retard, l'acheteur peut, en effet, solliciter des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice qui « trouve sa cause » dans un autre manquement contractuel (CAA Lyon, 1^{er} avr. 1999, n° 95LY00633, *Cne Valence*), ce que rappelle d'ailleurs le rapporteur public G. Pellissier dans ses conclusions sur la décision Société GBR Île-de-France, soulignant que le caractère libératoire de la pénalité cède devant « l'existence d'un préjudice résultant d'une faute distincte ». Il faut donc, à notre sens, comprendre que, en dehors de l'hypothèse des tiers, il ne suffit pas d'établir un préjudice distinct ; il faut avant tout, pour respecter l'intention initiale des parties de prévoir une réparation forfaitaire, établir un fait générateur distinct de celui déjà sanctionné par la pénalité.

Quatrièmement, même si, à la différence du juge judiciaire, le juge administratif ne s'est jamais prononcé sur ce point, la faute lourde ou la faute dolosive devrait également permettre à l'acheteur, sur le même modèle que ce qui est jugé en matière de clauses limitatives de responsabilité (CE, 29 juin 1973, *Min. Équipement c/ Sté parisienne pour l'industrie électrique : Lebon*, p. 456), d'écarter l'application du principe du caractère libératoire de la pénalité.

RECOMMANDATIONS

Prévoir que les pénalités sont « libératoires » n'est sans doute pas indispensable (le principe vaut dans le silence du contrat) mais peut être vu, par le cocontractant de l'acheteur, comme une sécurité. Les parties, et notamment les acheteurs, ont, pour autant, tout intérêt à bien circonscrire la portée d'une telle mention. En dehors de l'hypothèse dans laquelle les parties s'entendraient pour prévoir que les pénalités ne sont pas libératoires, il serait de bonne pratique, d'une part, de prévoir

que les pénalités sont libératoires, vis-à-vis de l'acheteur, de toute forme d'indemnisation complémentaire susceptible de naître du manquement contractuel qu'elles sanctionnent et, d'autre part, de stipuler que ce caractère libératoire cède, *a minima*, devant le préjudice subi par les tiers.

Mots-Clés : Procédure contentieuse - Pénalités - Caractère libératoire - Préjudice/Indemnisation

Pour aller plus loin

JURISPRUDENCE

- CE, 19 juill. 2017, n° 392707, Sté GBR Île-de-France : *JurisData* n° 2017-014576
- CE, 10 déc. 1965, Sté Grands Travaux de l'Est : *Lebon*, p. 682
- CE, 15 mai 1987, n° 41974, Hôpital rural de Breil-sur-Roya
- CE, 14 avr. 1995, n° 75330, Sté d'aménagement de la région de Rouen
- CE, 24 mai 1968, n° 69597, Sté chimique et routière de la Gironde : *Lebon*, p. 334

BIBLIOGRAPHIE

- F. Llorens, Pénalités de retard en matière de marchés : *Contrats-Marchés publ.* 2002, prat. 9
- Ph. Delelis, Pénalités de retard et préjudice non couvert par les pénalités : *Contrats-Marchés publ.* 2001, comm. 135
- S. Majerowicz, J.-F. Sestier, Les pénalités, les contrats administratifs et le Code civil : *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 169
- J.-F. Oum-Oum, La responsabilité contractuelle en droit administratif : *LGDJ* 2008, p. 245 et s.