

Contestation de pénalités contractuelles : un peu de simplicité

Dans une décision du 24 novembre 2025, le Conseil d'État précise que l'application de pénalités par l'acheteur public ne saurait caractériser un différend au sens du CCAG-FCS de 2009, ce qui dispense le titulaire de produire un mémoire en réclamation.

En application d'un marché public de gestion multiservice et multitechnique de ses sites conclu le 22 février 2016, l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) a infligé à la société Engie Energie Services (Engie) des pénalités d'un montant de 287 950 euros.

Statuant sur le contentieux qui s'est noué en cours d'exécution du marché, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté la demande d'Engie tendant à la décharge de ces pénalités. Plus chanceuse en appel, la cour a fait droit à ses demandes.

Pour obtenir la cassation de cet arrêt, l'INPI a notamment développé deux moyens qui méritent une attention particulière. D'une part, la société aurait été forclosé à présenter de telles conclusions de décharge devant le tribunal dès lors qu'elle n'avait pas produit de mémoire en réclamation dans le délai de deux mois à compter de la décision de rejet de sa demande de décharge. D'autre part, la requête aurait également été irrecevable au motif que le délai raisonnable d'un an avait expiré lors de l'introduction de cette requête.

Ce premier moyen mérite d'être mis en exergue. En effet, la Haute juridiction s'est penchée sur la question de savoir si la décision unilatérale d'application de pénalité contractuelle devait être qualifiée de différend au sens du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services approuvé par l'arrêté du 19 janvier 2009.

Suivant les conclusions du rapporteur public Nicolas Labrune prononcées lors de l'audience du 5 novembre 2025, le Conseil d'État a jugé que l'application de pénalité contractuelle ne pouvait être qualifiée de différend entre les parties au sens de l'article 37 du CCAG-FCS, dispensant ainsi le titulaire de produire un mémoire en réclamation. Cette solution particulière justifie le classement en B de la décision. Cette décision constitue aussi une occasion plus générale de clarifier un certain nombre de points sur le contentieux de l'exécution des marchés publics. La

Auteurs

Antoine Heuzé

Avocat

Elise Simon

Avocate

Cabinet Symchowicz-Weissberg & Associés

Références

CE 24 novembre 2025, n° 497438, *Rec. CE* tables

décision revient sur les modalités de contestation de pénalité contractuelle dans le cas d'un CCAG qui, on le verra, n'a donc pas lieu de s'appliquer tant en ce qui concerne les rapports précontentieux avec la personne publique qu'à l'égard du juge. Elle résonnera, sans aucun doute, au-delà des marchés publics soumis au CCAG-FCS de 2009.

La temporalité de la contestation

La brèche du délai raisonnable refermée

Le Conseil d'État, par son considérant 2, rappelle une solution désormais ancrée au sujet de l'applicabilité de la décision *Czabaj* au contentieux contractuel, pour retenir que ce délai doit être neutralisé. En ce sens, le moyen soulevé par l'INPI était donc inopérant.

Après avoir rappelé qu'« il résulte du principe de sécurité juridique que le destinataire d'une décision administrative individuelle qui a reçu notification de cette décision ou en a eu connaissance dans des conditions telles que le délai de recours contentieux ne lui est pas opposable doit, s'il entend obtenir l'annulation ou la réformation de cette décision, saisir le juge dans un délai raisonnable, qui ne saurait, en règle générale et sauf circonstances particulières, excéder un an »⁽¹⁾, le Conseil d'État réaffirme que cette règle n'a pas vocation à s'appliquer à un recours tendant à l'engagement de la responsabilité contractuelle d'une personne publique.

Cette précision a le mérite d'être formulée pour la première fois dans une décision mentionnée aux Tables, ce qui vient donc parachever le champ d'application de la jurisprudence *Czabaj*. Dans l'absolu, le doute restait encore permis, l'action en contestation de validité du contrat des tiers ayant été récemment enfermée dans le délai raisonnable d'un an de la jurisprudence *Czabaj*⁽²⁾ ; de même que le Conseil d'État avait étendu le champ d'application de cette jurisprudence à plusieurs reprises dans un certain nombre de recours relevant du plein contentieux⁽³⁾.

Toutefois, par une décision *Centre hospitalier de Vichy*, le Conseil d'État a jugé que la règle du délai raisonnable ne s'applique pas « aux recours tendant à la mise en jeu de la responsabilité d'une personne publique »⁽⁴⁾. La doctrine autorisée du Conseil d'État a présenté cette exception au délai raisonnable comme étant plus mystérieuse que les autres⁽⁵⁾. Pourtant, en ce qui nous concerne, la généralité de la formule semblait déjà englober la responsabilité contractuelle. La Haute juridiction a jugé utile de le confirmer, par un considérant plus explicite encore, en précisant que la règle du délai raisonnable

ne s'applique pas, spécifiquement, « aux recours tendant à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle d'une personne publique » dans une décision inédite *Département de la Seine-Maritime*⁽⁶⁾.

Pour le cas particulier de la contestation de pénalités en cours d'exécution, la solution ne peut qu'être saluée. En envoyant un message clair aux praticiens des contrats publics, elle évite d'enfermer le titulaire dans des délais qui sont incompatibles avec l'exécution même du contrat. Dès lors qu'un tel contrat s'étale sur plusieurs mois ou sur plusieurs années, la priorité du titulaire – et par ricochet, de l'administration – ne peut raisonnablement être de s'assurer de contester au fur et à mesure qu'elles sont appliquées les pénalités qui lui sont infligées. Elle a la vertu, nous semble-t-il, d'éviter la multiplication de recours finalement purement conservatoires quand les stipulations contractuelles restent silencieuses sur les modalités de saisine du juge sans pour autant impliquer un accès au juge illimité.

Le rempart de la prescription quadriennale

Pour que ne puissent être remises en cause indéfiniment des situations consolidées par l'effet du temps, la prescription quadriennale est applicable aux contestations strictement relatives aux décisions unilatérales des acheteurs publics d'appliquer des pénalités contractuelles. C'est ce que rappelle la décision *INPI*.

Les règles de forclusion sont des règles procédurales susceptibles d'entraîner l'irrecevabilité de l'action contentieuse. Les différents CCAG stipulent de plusieurs délais de forclusion, le plus redouté (hors marché de travaux) étant le délai dont dispose le titulaire d'un marché public pour transmettre son mémoire en réclamation à l'acheteur en cas de différend. Si cette règle procédurale n'est pas respectée par le titulaire, l'action en justice pourra être empêchée si la personne publique veille à soulever le moyen⁽⁷⁾.

La prescription, quant à elle, est une règle de fond. En matière de pénalité contractuelle, deux délais de prescription sont susceptibles d'être mobilisés, à savoir la prescription quadriennale issue de la loi du 31 décembre 1968, et la prescription quinquennale qui résulte de l'article 2224 du Code civil.

Dans le cas d'espèce présenté à la Haute juridiction, l'INPI a décidé d'appliquer des pénalités contractuelles en dehors de tout décompte, et sans émettre de titre exécutoire. La question posée était donc une question de pure procédure administrative, et non d'exécution contractuelle, puisqu'il s'agit de déterminer la prescription applicable à la contestation d'une décision administrative.

Sans grande surprise, le Conseil d'État a jugé – en précisant sa jurisprudence *Czabaj* – que le titulaire d'un marché public dispose d'un délai de quatre ans pour présenter des conclusions tendant à la condamnation de la

(1) CE Ass. 13 juillet 2016, n° 398763.

(2) CE 19 juillet 2023, n° 465308.

(3) Par exemple : CE Sect. 31 mars 2017, n° 389842 (contentieux fiscal de l'assiette et du recouvrement) ; CE 9 mars 2018, n° 401386 (contentieux de titres exécutoires).

(4) CE 17 juin 2019, Centre hospitalier de Vichy, n° 413097, *Rec. CE*.

(5) A. Goin, L. Cadin, « Czabaj en terre inconnue », *AJDA* 2024, p. 1210.

(6) CE 21 octobre 2024, n° 474443.

(7) CE 29 septembre 2000, n° 186916.

personne publique à réparer les préjudices qui lui sont imputés, étant rappelé que ce délai court à compter de la date à laquelle la réalité et l'étendue de ces préjudices ont été entièrement révélées^[8].

Il est intéressant de noter que la cour administrative d'appel de Versailles s'était permis une légère modification du considérant *Czabaj*, en précisant, de manière au demeurant parfaitement conforme à la jurisprudence du Conseil d'État, que les règles de prescription peuvent être modifiées par des stipulations contractuelles.

En pratique, les pénalités sont majoritairement contestées durant les discussions sur le décompte général, établissant définitivement les droits et obligations financiers entre les parties. Le rapporteur public N. Labrune précise opportunément que le titulaire d'un marché public peut naturellement contester des pénalités contractuelles jusqu'au décompte du marché.

Ce délai de quatre ans, finalement assez confortable, doit cependant faire l'objet de vigilance tant, son écoulement, quand il est applicable, est préjudiciable au titulaire qui aura de plus en plus de difficultés à réunir les preuves susceptibles de venir étayer sa demande de décharge de pénalités.

La matérialité de la contestation

Pas de mémoire en réclamation...

L'identification d'un différend, au sens des stipulations contractuelles, relève de l'appréciation souveraine des juges^[9]. Le Conseil d'État a toutefois considéré dans la décision *INPI* que l'application unilatérale par un acheteur public de pénalités en cours d'exécution d'un marché public ne pouvait être qualifiée de différend au sens du CCAG-FCS (2009).

L'identification d'un différend n'est pas si évidente et la faiblesse des CCAG sur la notion, rendant le point de départ du délai de forclusion particulièrement incertain, a toujours été dénoncée, notamment par le président N. Boulouis^[10]. Cette faiblesse a, entre temps, été corrigée, puisque les CCAG ont intégré les acquis jurisprudentiels^[11]. On sait en effet qu'un différend résulte d'une prise de position écrite, explicite et non équivoque émanant de l'acheteur et faisant apparaître le désaccord^[12] ou de l'absence de réponse à une mise en demeure adressée à l'acheteur par le titulaire^[13]. Mais en matière d'application de pénalités, la question de la naissance d'un éventuel différend à cette occasion restait entière, les juges du fond ayant retenu, comme le soulignait N. Labrune dans ses conclusions, des solutions contradictoires entre elles.

Dans notre cas d'espèce, la cour administrative d'appel de Versailles^[14] a considéré que la décision initiale de notification des pénalités faisait naître un différend. Le courrier de contestation adressé ensuite par la société Engie constituait ainsi un mémoire en réclamation.

L'INPI soutenait devant le Conseil d'État que le différend était né, non pas de sa décision d'appliquer les pénalités litigieuses, mais de sa décision rejetant la demande de décharge de ces pénalités, qui n'avait pas été suivie d'un mémoire en réclamation.

N. Labrune proposait à la formation de jugement les quatre propositions alternatives suivantes :

- la première hypothèse consistait à retenir que la réception par le titulaire d'un marché d'un courrier lui notifiant des pénalités caractériserait l'existence d'un différend, faisant ainsi courir le délai laissé aux titulaires par les CCAG pour présenter un mémoire en réclamation ;
- la deuxième hypothèse envisageable tendait à considérer que le différend naissait de la décision de refus de réduire ou de décharger le titulaire des pénalités appliquées, d'ores et déjà contestées par ce dernier. En d'autres termes, le rejet de contestation par le titulaire était susceptible d'emporter la qualification de différend ;
- la troisième hypothèse repose sur la qualification du refus du titulaire de s'acquitter des pénalités comme étant la naissance du différend ;
- la dernière hypothèse - celle retenue par les juges - devait être de regarder la décision d'infliction de pénalités comme une décision unilatérale de l'acheteur ne pouvant revêtir la qualification de différend au sens des stipulations du CCAG-FCS (2009).

Il en résulte que si les pénalités ne sont pas contestées durant la période d'exécution contractuelle, elles pourront l'être lors de la procédure d'établissement du décompte général. Au risque de se répéter, la solution permet sans doute d'éviter d'inciter le titulaire à affecter des ressources à la présentation d'autant de mémoire en réclamation que de pénalité appliquée durant toute l'exécution du contrat. Elle permet donc, en théorie, de laisser au titulaire l'opportunité de se concentrer sur le contrat, qui doit en principe être exécuté quoiqu'il en coûte, alors qu'il pourra contester en bloc l'ensemble des pénalités appliquées à l'occasion du règlement définitif des comptes.

En matière de pénalité, le débat est désormais clos et la solution proposée a le mérite d'établir un certain niveau de symétrie entre le titulaire et l'acheteur. La personne publique peut appliquer unilatéralement des pénalités et procéder à leur recouvrement par compensation dans un décompte intermédiaire ou en émettant un titre sans faire naître un différend^[15]. Parallèlement, le titulaire se trouve libéré d'une formalité dont l'utilité paraissait douteuse pour pouvoir accéder au juge qui exige néanmoins toujours une réclamation préalable.

[8] CE 21 octobre 2024, n° 474443.

[9] CE 22 novembre 2019, n° 417752, *Rec. CE tables*.

[10] Concl. N. Boulouis sur CE 23 janvier 2012, n° 348725, *Rec. CE tables*.

[11] V. par exemple : CCAG-FCS (2021), art. 46.1.

[12] CE 22 novembre 2019, n° 417752, *Rec. CE tables*.

[13] CE 23 janvier 2012, n° 348725.

[14] CAA Versailles 1^{er} juillet 2024, n° 21VE02325.

[15] CE 12 octobre 2020, n° 431903.

... mais une réclamation préalable

Il est acquis que l'obligation de lier le contentieux aujourd'hui prévue à l'article R. 421-1 du Code de justice administrative s'applique bien en matière contractuelle^[16]. Tout comme il est acquis que ces mêmes dispositions cèdent en présence de stipulations contractuelles ayant pour objet d'aménager l'accès au juge^[17]. La décision *INPI* réaffirme le principe, sans référence à l'article R. 421-1 du Code de justice administrative en soulignant que la recevabilité de l'action du titulaire est subordonnée « à la condition d'avoir présenté au préalable une demande et s'être heurté à une décision de rejet ».

Une contradiction apparente semble s'être glissée dans la jurisprudence du Conseil d'État sur ce point. En effet, par sa décision *Département de la Seine-Maritime*, la Haute juridiction a affirmé le principe d'une réclamation préalable en visant expressément l'article R. 421-1 du Code de justice administrative, à rebours de la position du rapporteur public G. Pellissier qui avait pu soutenir dans ses conclusions sur la décision *SARL Bernard Leclerc* du 23 octobre 2013 qu'il existait « une règle générale d'inapplicabilité de l'article R. 421-1 aux actes de nature conventionnelle, qui doit également conduire à exclure les actions en responsabilité contractuelle »^[18].

À la faveur des dernières évolutions de la rédaction de l'article R. 421-1^[19], lesquelles indiquaient par une lecture *a contrario* que cet article s'applique bien partiellement aux mesures prises pour l'exécution d'un contrat, le Conseil d'État paraît faire évoluer progressivement son considérant de principe afin qu'il épouse à la fois sa jurisprudence, mais également la lettre du texte. Quand bien même la rédaction retenue par la décision *INPI* laisse penser que l'obligation de présenter une réclamation préalable réside dans sa propre jurisprudence, il apparaît désormais que la recevabilité d'une requête demandant la décharge de pénalités s'appréciera au visa des conditions posées à l'article R. 421-1 du Code de justice administrative.

Cela étant remarqué, le Conseil d'État a, s'il était besoin de le relever, clarifié par une formulation inédite, la nécessité de déférer une « décision de rejet ». Comment peut-elle se matérialiser ? La question se pose en pratique peu, car la réponse est sans doute évidente dans la plupart des cas.

Comme le relève N. Labrune dans ses conclusions, les contestations « sèches » de pénalités sont moins fréquentes que des contestations globales portant à la fois sur l'application de pénalités, mais aussi sur l'étendue du service fait. En cours d'exécution, dans le cas où le titulaire entend contester à la fois des pénalités, mais également des éléments facturés, en cours d'exécution du contrat, les règles relatives au traitement des

différents trouveront classiquement à s'appliquer. À la naissance du différend (cf. *supra*), ce dernier devra, pour le cas d'un marché soumis au CCAG-FCS, adresser un mémoire en réclamation détaillant en droit et en fait les motifs de sa demande^[20]. Si l'acheteur ne statue pas expressément sur le mémoire en réclamation dans un délai de deux mois, une décision implicite de rejet naîtra. Le titulaire aura, par le truchement de l'application des stipulations contractuelles, donc bien une « décision de rejet » à déférer au juge, aux côtés de ses conclusions indemnitaires. Le contentieux aura été valablement lié.

À l'inverse, la rareté pratique d'une contestation portant uniquement sur l'application de pénalités rend la réponse moins évidente. Si les modalités précontentieuses d'accès au juge prévues par les différents CCAG n'ont pas vocation à s'appliquer, la demande préalable et la décision de rejet restent donc à créer.

À l'égard de la première, il aurait pu être estimé que la demande de paiement d'une facture constituait une demande préalable au sens de l'article R. 421-1 du Code de justice administrative. En forçant le trait, en effet, la facture présentée fait bien état d'une demande chiffrée, établie en application du contrat. Toutefois, le Conseil d'État a tout récemment estimé l'inverse^[21], notamment dans l'intérêt du cocontractant de l'administration afin de prévenir le départ intempestif de délais de recours. Il reviendra donc au titulaire de formaliser sa demande de décharge de pénalités avant de saisir le juge, presque comme il le ferait dans son mémoire en réclamation. Au fond, la proximité du contenu du mémoire en réclamation et de la réclamation préalable commandait en toute hypothèse de devoir renoncer à l'un ou l'autre.

Pour ce qui est de la « décision de rejet », ici, le titulaire ne pourra, par construction, se prévaloir d'aucune décision implicite de rejet d'origine contractuelle. Dans ce cas, il semblerait que l'article L. 231-4 4° du Code des relations entre le public et l'administration aux termes duquel une telle décision naît du silence gardé par l'administration pendant deux mois à la suite d'une demande présentant un caractère financier puisse venir en aide au titulaire. La jurisprudence semble aller en ce sens en dépit de la rareté des précédents disponibles^[22]. S'il est vrai que la généralité des termes de l'article L. 231-4 paraît inclure les actes de nature contractuelle et que le principe du « silence vaut rejet » est solidement ancré dans la jurisprudence constitutionnelle^[23] et administrative^[24] comme un principe général du droit, la question mérite d'être posée pour éviter tout piège contentieux inutile au titulaire, alors que le contentieux n'est plus susceptible de se lier avec les observations en défense produite par l'administration^[25]. Des précisions du Conseil d'État sur ce point seraient précieuses, mais il s'agit là d'un autre débat.

[16] CE 18 janvier 1985, n° 51534.

[17] CE 29 décembre 2008, n° 296948.

[18] Concl. G. Pellissier sur CE 23 octobre 2013, n° 362437.

[19] Décret n° 2019-82 du 7 février 2019 ; décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019.

[20] CCAG FCS [2021], art 46 ; CCAG FCS [2009], art. 37.

[21] CE 21 octobre 2024, n° 474443.

[22] CAA Paris 17 avril 2020, n° 17PA02842 ; CAA Nantes 29 novembre 2024, n° 23NT01797.

[23] Cons. const., 26 juin 1969, décision n° 69-55 L.

[24] CE 14 février 2001, n° 202830.

[25] CE avis 27 mars 2019, n° 426472.