Les actions à mener quand les travaux prennent du retard

Publié le 07/06/2023 • Par Auteur associé • dans : Actu juridique, Analyses juridiques, France

RÉSERVÉ AUX ABONNÉS

Unclesam/Adobestock

Il arrive que les chantiers prennent du retard. Dans cette analyse, Anthony Pinto, avocat, décrypte les dispositions du cahier des clauses administratives générales (CCAG)-travaux sur les sanctions que les acheteurs publics peuvent décider d'appliquer dans un tel cas.

Anthony Pinto, Céline Buhaj
Avocats

Crise sanitaire, guerre en Ukraine et pénuries exceptionnelles et durables des matières premières et de composants électroniques : les retards de chantier s'accumulent et de nombreuses incertitudes planent quant aux délais de reprise ou de finalisation des travaux.

Les acheteurs publics sont, dans ce contexte, invités par Matignon à faire preuve de clémence vis-à-vis de leurs cocontractants, en aménageant les délais d'exécution des marchés ou en gelant les pénalités et autres sanctions contractuelles (1).

Toutefois, de telles mesures ne peuvent être concédées qu'à la condition que le titulaire soit en mesure de prouver que les retards observés sur le chantier « résultent bien directement des circonstances extérieures à l'entreprise et non de ses choix de gestion ». Une appréciation délicate, tant pour les acheteurs que pour les entreprises.

Ce contexte géopolitique et économique inédit est l'occasion de revenir sur la problématique des retards de chantier. Le retard se détermine par rapport à un délai d'exécution. Une fois ce délai déterminé, son dépassement peut donner lieu à plusieurs sanctions : pénalités de retard, résiliation et mise en régie. Cet article portera uniquement sur les marchés se référant au cahier des clauses administratives générales (CCAG)-travaux 2021.

Détermination des délais d'exécution des travaux

Le retard s'apprécie par rapport à un délai contractuel d'exécution des travaux.

Pour les marchés allotis, le CCAG-travaux prévoit que le délai, propre à chaque lot, doit être fixé par le maître d'ouvrage dans les pièces du marché (par exemple, dans l'acte d'engagement ou le cahier des clauses administratives particulières [CCAP]) [(2)].

La date de démarrage des travaux (point de départ du délai) est précisée par un ordre de service [(3)]. Le délai fixé dans le marché doit tenir compte du calendrier prévisionnel d'exécution, qui figure, en principe, dans les documents particuliers du marché (souvent annexés à l'acte d'engagement ou au CCAP).

Bien que ce calendrier soit prévisionnel, il a valeur contractuelle, dans l'attente de l'établissement d'un calendrier détaillé d'exécution [(4)]. Ce calendrier détaillé d'exécution est élaboré après la signature du marché, généralement pendant la période de préparation du chantier [(5)].

Il fixe de manière plus précise les délais d'intervention de chaque entreprise et comprend notamment des délais intermédiaires. Il est préparé par le responsable de la mission OPC (ordonnancement-pilotage-coordination) [(6)] et établi en concertation avec les titulaires des différents

lots. Il est ensuite soumis à l'approbation du maître d'ouvrage et adressé pour avis au maître d'œuvre. Puis il est notifié par ordre de service aux - titulaires de chacun des lots.

Comme indiqué plus haut, jusqu'à l'intervention d'un accord entre les titulaires concernés ou en l'absence d'accord, le calendrier prévisionnel demeure applicable.

Le CCAP peut évidemment déroger à ces stipulations et prévoir des modalités d'établissement différentes des délais d'exécution. Dans tous les cas, il faut garder à l'esprit que seul le planning contractuel – c'est-à-dire celui fixé par le marché ou élaboré conformément aux stipulations du marché – sert de référence pour apprécier l'existence de retards. Par exemple, ne peuvent être appliquées des pénalités de retard sur la base d'un planning actualisé en cours de chantier prévoyant certaines échéances pour des tâches spécifiques, alors que ce planning n'avait pas été produit et notifié dans les conditions prévues au marché [(7)].

En revanche, alors même qu'aucun calendrier détaillé d'exécution n'aurait été établi ou accepté par l'entreprise, des pénalités de retard pourront être appliquées sur la base du délai global fixé au marché ou du calendrier prévisionnel d'exécution [(8)].

Sanction du retard

Le retard peut être sanctionné par des pénalités de retard, la résiliation du marché ou la mise en régie.

Pénalités de retard

En cas de retard sur le délai global des travaux, l'article 19.2.3 du CCAG-travaux prévoit l'application d'une pénalité journalière de 1/3 000 du montant hors taxes de l'ensemble du marché (ou du montant de la tranche

considérée ou du bon de commande en cas de retard pris dans l'exécution d'une tranche ou d'un bon de commande).

Ainsi, pour les marchés qui se réfèrent au CCAG-travaux, la pénalité mentionnée ci-dessus est applicable de plein droit, sans qu'il soit besoin de prévoir dans les documents une clause de pénalité. Toutefois, l'acheteur peut vouloir déroger à cette stipulation et prévoir, par exemple, une pénalité plus dissuasive.

En revanche, les pénalités de retard pour non-respect d'un délai partiel (délais intermédiaires d'exécution de certains travaux ou prestations du marché) doivent être expressément stipulées dans les documents particuliers du marché (par exemple le CCAP) (9). Il faut également que des délais partiels aient été fixés par le marché (par exemple, dans un calendrier détaillé d'exécution à condition qu'il ait acquis valeur contractuelle, cf. supra).

Imputabilité du retard

Pour appliquer des pénalités à une entreprise, il faut que le retard lui soit imputable (10). Afin d'y échapper, l'entreprise peut ainsi se prévaloir du retard causé par le titulaire d'un autre lot, par le maître d'œuvre (11), ou même d'un retard causé par le maître d'ouvrage lui-même (12).

En revanche, le titulaire du marché ne peut pas se prévaloir du retard imputable à l'un de ses sous-traitants.

De même, les pénalités ne peuvent être appliquées si l'entreprise a fait face à des sujétions techniques imprévues (difficultés techniques imprévisibles) (13).

Dans le contexte actuel de pénurie des matières premières, la Première ministre (14) a invité les acheteurs à ne pas appliquer de pénalités tant que l'entreprise « est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales ».

Les entreprises devront toutefois, pour bénéficier de cette exonération de pénalités, être à même de justifier que leurs retards résultent directement de circonstances qui leur sont extérieures.

Si le retard n'est que partiellement imputable au titulaire, les pénalités doivent être calculées uniquement d'après le nombre de jours de retard qui peuvent directement lui être imputés [(15)].

Sur cette question de l'imputabilité, le CCAG prévoit une procédure contradictoire avant l'application des pénalités. Le maître d'ouvrage doit inviter le titulaire du marché à présenter des observations, en prévoyant un délai d'au moins quinze jours.

A défaut de réponse du titulaire, ou si les observations de ce dernier n'ont su emporter la conviction de l'acheteur, les pénalités de retard s'appliquent et sont calculées à compter du lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations a expiré [(16)].

Le titulaire aura la possibilité de les contester dans le cadre d'un mémoire en réclamation qui devra, sauf stipulations contractuelles contraires, être transmis au maître d'ouvrage au plus tard dans un délai de trente jours suivant la notification du décompte général [(17)]. Précisons que les pénalités peuvent être appliquées alors même que l'acheteur n'aurait subi aucun - préjudice [(18)].

Enfin, sous réserve de l'invitation à présenter des observations mentionnées plus haut, les marchés se référant au CCAG-travaux peuvent procéder à l'application des pénalités alors même que le cocontractant n'aurait pas été mis en demeure d'avoir à respecter les délais [(19)].

Plafonnement et modulation des pénalités de retard

Afin de prévenir l'application de pénalités démesurées et dissuasives, notamment pour les plus petites entreprises, les articles 9.2.1 et 19.2.2 du CCAG prévoient que le titulaire doit être exonéré des pénalités dont le

montant ne dépasserait pas 1 000 euros pour l'ensemble du marché et plafonnent à ces mêmes pénalités, à 10 % du montant HT du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande.

Par ailleurs, le titulaire, comme l'acheteur, dispose de la faculté de solliciter du juge administratif une modulation des pénalités de retard. En effet, le juge peut, à titre exceptionnel, modérer ou augmenter les pénalités de retard atteignant un montant manifestement excessif ou dérisoire [(20)].

Le caractère manifestement excessif est apprécié par la juridiction en tenant compte du montant du marché, de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations, mais également par comparaison aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques - particulières du marché en litige [(21)].

Résiliation et mise en régie

Outre l'application de pénalités de retard, le maître d'ouvrage peut procéder à la résiliation du marché pour faute et à une mise en régie.

En effet, l'acheteur peut, d'une part, décider de mettre prématurément un terme au contrat [(22)]. La résiliation du marché peut s'accompagner d'une exécution de ce dernier par un tiers, aux frais et risques du titulaire initial [(23)].

Le maître d'ouvrage peut également choisir de faire exécuter provisoirement les prestations souffrant de retards, par un tiers aux frais et risques du titulaire défaillant [(24)] (mise en régie).

La mise en régie se distingue de la résiliation aux frais et risques dans la mesure où elle suspend provisoirement et, le cas échéant, partiellement l'exécution du marché, ce dernier ayant vocation à se poursuivre une fois les prestations faisant l'objet de retards, exécutées par un tiers.

Compte tenu de la gravité de ces sanctions, la résiliation du marché comme la mise en régie doivent impérativement et, sauf disposition contractuelle

contraire, être précédées d'une mise en demeure adressée au titulaire. Enfin, l'article L.2141-7 du code de la commande publique ouvre la possibilité aux acheteurs publics d'exclure de la procédure d'attribution d'un marché un candidat qui, au préalable, aura été invité à présenter ses observations, en raison de sa défaillance notoire dans l'exécution d'un contrat antérieur.

RÉFÉRENCES

- Circulaire n° 6374/SG du 29 septembre 2022.

Cet article est en relation avec le dossier

- Tout savoir sur les nouveaux CCAG de 2021

Notes

Note 01 Circulaire n° 6374/SG, 29 septembre 2022. Retour au texte

Note 02 Cahier des clauses administratives générales, CCAG, art. 18.1.4. Retour au texte

Note 03 CCAG, art. 18.1.1. Retour au texte

Note 04 CCAG, art. 28.2.3. Retour au texte

Note 05 Ibid. Retour au texte

Note 06 Ibid. Retour au texte

Note 07 CAA de Douai, 10 décembre 2020, req. n° 19DA01660. Retour au texte

Note 08 CAA de Nantes, 21 juin 2019, req. n° 18NT02910. Retour au texte

Note 09 CCAG-travaux, art. 19.2.5. Retour au texte

Note 10 CCAG, art. 19.2.4 et CE, 28 janvier 1976, req. n° 88914. Retour au texte

Note 11 CE, 26 mai 1982, req. n° 16488. Retour au texte

Note 12 CE, 28 mai 2001, req. n° 203674. Retour au texte

Note 13 CE, 15 décembre 2000, req. n° 204457. Retour au texte

Note 14Circulaire n° 6374/SG précitée. Retour au texte

Note 15CE, 1er février 2019, req. n° 414068. Retour au texte

Note 16CCAG, art. 19.2.4. Retour au texte

Note 17CCAG, art. 55.1.1. Retour au texte

Note 18CE, 19 juillet 2017, req. n° 392707. Retour au texte

Note 19CE, 15 novembre 2012, req. n° 350867. Retour au texte

Note 20CE, 29 décembre 2008, req. n° 296930. Retour au texte

Note 21CE, 19 juillet 2017, req. n° 392707 ; CAA de Bordeaux, 19 janvier 2016, req. n° 14BX01375. Retour au texte

Note 22CCAG, art. 50.3.1 c). Retour au texte

Note 23Ibid. et CCAG, art. 52-4 à 52-7. Retour au texte

Note 24CCAG, art. 52.2. Retour au texte