

**N° 392707,
Centre hospitalier
interdépartemental de
psychiatrie de l'enfant et de
l'adolescent**

**7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 10 mai 2017
Lecture du 19 juillet 2017**

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Vous avez, par votre décision du 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux* (n° 296930, au rec), reconnu au juge administratif le pouvoir de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard prévues par le contrat si « elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché ». Vous avez fondé ce pouvoir sur les principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, devenu aujourd'hui 1231-5 du même code, sans en reprendre exactement la rédaction. Ainsi, vous avez exclu la possibilité d'une modulation d'office, prévue par le code civil et vous avez précisé que le caractère manifestement disproportionné du montant des pénalités s'apprécie « eu égard au montant du marché ». Si votre jurisprudence comporte un certain nombre d'illustrations de cette condition de mise en œuvre de cette faculté, très utilisée par les juges du fond, vous n'avez encore jamais eu l'occasion de fixer les limites qui s'imposent au juge dans l'exercice de son pouvoir de modulation. La présente affaire vous permettra de le faire en ce qui concerne la modulation à la baisse d'un montant manifestement excessif.

Le Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent (CHIPEA) a confié à la société GBR Ile de France, pour un prix de 840 000 euros HT, la réalisation du lot n° 1 – démolitions, gros œuvre, raccords d'étanchéité – des travaux d'aménagement d'un centre médico-psychologique et d'un centre d'accueil thérapeutique à temps partiel. Le contrat ayant été exécuté avec trois ans de retard, le maître de l'ouvrage a notifié à son cocontractant un projet de décompte général comportant des pénalités de retard d'environ 990 000 euros, supérieures donc au prix du marché, qui a donné lieu à une réclamation de l'entreprise qui conteste être à l'origine des retards. Le litige a été porté devant le TA de Melun qui a estimé que le retard dans le commencement du chantier n'était imputable à l'entrepreneur qu'à compter du 27 novembre 2008 (et non du 10 octobre 2007, date de la fin du délai de préparation du chantier retenue par le CHIPEA) mais qu'il était responsable de la totalité du retard d'exécution. Saisie par les deux parties, la CAA de Paris a confirmé les périodes de retard imputables à l'entreprise et, après avoir corrigé une erreur de date, constaté que le montant des pénalités de retard s'élevait à 513 657 euros, soit 61,15 % du montant du marché. Estimant ce montant manifestement excessif, elle l'a ramené à 210 000 euros. Le CHIPEA, à titre principal, et la société GBR, à titre incident, se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

Il nous faudra, avant d'aborder la question des limites au pouvoir de modulation mis en œuvre par la cour, examiner les moyens que les parties soulèvent à l'encontre des motifs, en partie adoptés du jugement, par lesquels la cour a estimé que le titulaire du marché n'était responsable des retards d'exécution qu'à compter du 27 novembre 2008, soit un an après la date fixée pour le commencement des travaux. Il s'agit de critiques de dénaturation et d'insuffisance de motivation que nous exposerons le plus rapidement possible.

Celles du CHIPEA tendent à remettre en cause l'appréciation souveraine portée par les juges du fond sur l'absence d'imputabilité à la société GBR de la première année de retard. L'origine de ce retard réside dans les erreurs commises par le bureau d'études techniques dans la conception des ouvrages tels qu'ils étaient décrits dans les documents de la consultation, qui rendaient irréalisable le projet en l'état. Les juges du fond ont considéré, par des motifs qui sont suffisamment développés et que nous simplifions beaucoup, que la société titulaire du marché n'avait pas commis de faute en ne détectant pas le problème lors de l'élaboration de son offre, puis en ne proposant pas une solution de rechange en phase de préparation du chantier. Nous ne voyons dans ces affirmations aucune déformation grossière des pièces du dossier : le caractère détectable des erreurs n'avait rien d'évident, ce que confirme le fait qu'aucun candidat ne l'a signalé, non plus que le groupement de maîtrise d'œuvre et l'économiste de la construction, pourtant en charge de la rédaction des documents de la consultation ; il appartenait certes à l'entreprise titulaire de déterminer le dimensionnement définitif des ouvrages, mais il ne ressort pas non plus avec évidence des documents de la consultation qu'elle était tenue de se substituer aux concepteurs de l'ouvrage en présence d'erreurs importantes, qu'elle a signalées.

Les moyens soulevés à l'encontre des motifs adoptés par la cour par lesquels le tribunal a relevé qu'il ne résultait pas de l'instruction que la société GBR n'aurait pas réalisé les études d'exécution prévues par les stipulations contractuelles sont inopérants, ces motifs représentant une partie surabondante d'une réponse à l'argumentation de l'établissement qui soutenait que l'entreprise avait manifesté l'intention d'interrompre l'exécution du chantier, réponse principalement fondée sur d'autres constatations non contestées.

Le pourvoi incident de la société GBR discute également les appréciations souveraines des juges du fond sur sa responsabilité dans les retards à compter du mois de novembre 2008. Ils ont considéré qu'elle était à partir de cette date en mesure de commencer la réalisation des travaux. La société titulaire fait valoir qu'aucune solution technique n'avait été trouvée en juin 2008, date de l'ordre de service n° 4 et qu'elle ne pouvait exécuter les travaux en l'absence de maîtrise d'œuvre, le cabinet d'architecte ayant été mis en liquidation judiciaire. Toutefois, les pièces du dossier contredisent la première affirmation et la seconde circonstance ne faisait pas obstacle au démarrage du chantier : une solution technique avait été trouvée et validée avant la mise en liquidation du cabinet d'architecte, lequel faisait en tout état de cause partie d'un groupement de maîtrise d'œuvre qui continuait d'assurer les missions qui leur avaient été confiées. Aucune dénaturation n'entache donc des motifs par ailleurs tout à fait suffisants.

Les moyens dirigés contre le fait générateur des pénalités infligées à la société titulaire du marché étant écartés, nous pouvons aborder la question intéressante que présente à juger le pourvoi principal en soutenant que la cour a commis une erreur de droit dans l'exercice de son pouvoir de modulation du montant des pénalités de retard en ne s'assurant pas que ce montant était au moins égal au préjudice réellement subi par le maître d'ouvrage. L'argument était bien présenté à la Cour qui n'y a pas spécifiquement répondu. Ce silence ne sera critiquable

que si vous estimez qu'elle devait tenir compte, dans l'exercice de son pouvoir de modulation, du préjudice que le retard a causé au maître d'ouvrage.

Cette question conduit à s'interroger sur la fonction des clauses pénales, dont relèvent les pénalités de retard (Cass. Com., 18 juin 2013, n° 12-18420). En droit civil, elle est clairement double : elle vise à la fois à réparer le préjudice subi du fait d'un défaut d'exécution et, par son caractère forfaitaire, à le prévenir. Cette dualité ressort de la définition qu'en donne le code civil au premier alinéa de l'article 1231-5 (ancien 1152) : « *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.* » La rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 est très légèrement différente de celle de l'article 1152, mais nous relevons qu'elle n'a pas modifié la cause de l'obligation ainsi stipulée, qui demeure des dommages-intérêts, autrement dit la réparation d'un préjudice.

La jurisprudence judiciaire a, au moins depuis 1978, très nettement placé le préjudice comme un élément déterminant de la modulation du montant des pénalités. Dans un arrêt du 24 juillet 1978 (n° 77-11170), la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation juge ainsi « qu'il appartient aux juges du fond, souverains dans l'appréciation du préjudice subi par le créancier, de fixer librement le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale dès lors qu'ils l'estiment manifestement excessive, sans pouvoir toutefois allouer une somme inférieure au montant du dommage » (cette solution a été confirmée par la suite par la chambre commerciale (03 février 1982, n° 80-13061 ; 16 juillet 1991, n° 89-19080 ; 11 février 1997, n°95-10851 ; 16 février 2010, n° 09-13380 ; 18 juin 2013, n°12-18420), ainsi que par la 3^{ème} chambre civile (29 septembre 2016, n° 14-24964)). Le juge peut ainsi réduire à un montant symbolique l'application de la clause pénale en l'absence totale de préjudice (Cass. Com., 11 février 1997, n° 95-10.851), voire en écarter l'application (Com, 8 avril 2015, n° 13-26734).

Bien que certains auteurs, et non des moindres (D. Mazeaud, *Qualification de la clause pénale : encore et toujours...*, Dalloz 2016, p. 1628), aient pu déplorer que cette dernière jurisprudence affaiblissait la fonction comminatoire de la clause pénale, celle-ci n'est pas pour autant absente de la jurisprudence judiciaire. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le montant de la clause pénale n'était pas nécessairement égal à celui du préjudice et que, si le juge peut la réduire considérablement en l'absence de préjudice, il n'est pas non plus tenu de le faire de ce seul fait (3^{ème} chambre civile, 12 janvier 1994, n°91-19540 au Bulletin). L'application de la clause pénale n'est d'ailleurs pas subordonnée à la preuve d'un préjudice (même arrêt).

La conséquence de la place importante voire prépondérante de la fonction réparatrice dans la conception civiliste de la clause pénale est, comme l'indique l'arrêt précité de 1978, que la modulation du montant de la pénalité ne peut avoir pour effet de le fixer à un montant inférieur au préjudice subi.

Qu'en est-il en droit administratif ? Si la fonction comminatoire ou dissuasive de la clause pénale tient certainement une place plus importante qu'en droit civil, elle n'exclut pas complètement sa fonction réparatrice.

Le poids de la fonction dissuasive de la clause pénale dans les contrats administratifs est à la mesure de l'importance de leur bonne exécution, qu'elle a pour finalité de garantir. En d'autres termes, c'est parce que l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat administratif est également la cause d'un préjudice qui dépasse la personne du maître d'ouvrage pour affecter le fonctionnement du service public pour l'exécution duquel il est passé, que la clause pénale ne saurait se réduire à la réparation d'un préjudice patrimonial. La force de sa fonction préventive, que la possibilité d'une modulation est déjà de nature à affaiblir¹, le serait bien davantage si son application était trop étroitement liée au dommage subi.

C'est pourquoi vous avez exclu toute prise en compte du préjudice subi dans le déclenchement du pouvoir de modulation. Comme nous l'avons dit, vous avez précisé, ce que ne fait pas le code civil, que le caractère manifestement disproportionné du montant de la pénalité s'apprécie « eu égard au montant du marché » et non, par conséquent, du préjudice subi. L'une de vos décisions récentes en offre une illustration en refusant de moduler des pénalités de retard représentant 26 % du montant total du marché au motif qu'elles n'atteignaient pas un montant manifestement excessif et en ignorant l'argument selon lequel le maître d'ouvrage n'avait subi aucun préjudice réel du fait des retards survenus dans l'exécution des travaux (20 juin 2016, *Sté Eurovia Haute-Normandie*, n° 376235, aux T). L'absence de preuve d'un préjudice est ainsi sans incidence sur l'application de ces pénalités (10 février 1971, n°78594, *Sieur B...*, aux Tables p. 1104 ; 4 juin 1976, *Sté toulousaine immobilière*, n° 85342, au rec).

Le pouvoir de modulation qui vise à permettre au juge de pouvoir corriger, dans un souci d'équité, les effets manifestement excessifs de l'application mécanique de la clause pénale, n'a donc pas pour objet d'indexer son montant sur le préjudice réellement subi. Comme le soulignait B. Dacosta dans ses conclusions sur la décision *OPHLM de Puteaux*, « Il doit être clair que l'acclimatation du pouvoir de modulation des pénalités au droit des contrats administratifs ne saurait conduire le juge, dans le cas où les pénalités seraient excessives, à en fixer systématiquement le montant au niveau du préjudice réel, sauf à priver ces sanctions de tout effet dissuasif. » Elle ne doit conduire le juge qu'à réduire cet excès, dans un sens ou dans l'autre.

La fonction réparatrice de la pénalité de retard n'est pas pour autant absente de votre conception de cette stipulation. Vous avez jugé à plusieurs reprises que le maître d'ouvrage qui bénéficiait de pénalités de retard ne pouvait demander l'indemnisation des préjudices de toute nature causés par ces retards (14 avril 1995, *Sté d'aménagement de la région de Rouen*, req. n° 75330, C), ni se prévaloir d'un préjudice supérieur au montant de la pénalité pour obtenir une réparation complémentaire du préjudice résultant de la faute sanctionnée par la pénalité (28 mars 1945, *Clauzier*, Rec. p. 69 ; 15 mai 1987, *Hôpital rural de Beril-sur-Roya*, req. n° 41974, C), sauf à démontrer l'existence d'un préjudice résultant d'une faute distincte.

Dès lors que la mise en œuvre de la clause pénale non seulement répare le préjudice causé par l'inexécution qui en est le fait générateur mais le fait de manière exclusive, la modulation du montant de la pénalité ne doit pas pouvoir conduire à le fixer à une somme inférieure au préjudice subi. En juger autrement conduirait à priver le maître d'ouvrage de la possibilité d'obtenir la réparation de son préjudice, alors que la responsabilité de son cocontractant est établie, et à permettre au juge, en modulant le montant des pénalités,

¹ C'est la raison, exposée par B. Dacosta dans ses conclusions sur la décision OPHLM de Puteaux, pour laquelle vous avez longtemps refusé de l'admettre.

d'appauvrir la personne publique. Elle risquerait de conduire nombre de personnes publiques à renoncer à insérer de telles clauses pénales, afin d'être assurées de pouvoir obtenir la réparation de leur préjudice, ce qui aboutirait indirectement à compromettre la fonction dissuasive de ces clauses.

Si vous partagez cet avis, vous jugerez que le juge qui envisage de moduler le montant de la pénalité ne peut donc le faire sans avoir pris la mesure du préjudice subi afin d'éviter de fixer un montant inférieur au préjudice réellement subi.

Ce plancher ne s'imposera au juge que lorsqu'il envisage d'exercer son pouvoir de modulation. Il ne saurait avoir pour effet de l'obliger à moduler à la hausse une pénalité qui, mal calibrée par le maître de l'ouvrage, ne lui permettrait pas d'obtenir l'indemnisation du préjudice subi du fait du retard dans l'exécution du marché. Le juge peut le faire mais, comme nous l'avons vu, le caractère manifestement dérisoire du montant des pénalités n'étant pas fonction du préjudice subi, non seulement il n'y est pas tenu, mais ce n'est pas à cette aune qu'il doit décider de mettre en œuvre son pouvoir de modulation. Il appartient à la personne publique de veiller à ce que les pénalités de retard stipulées dans les contrats qu'elle conclut couvrent au moins son préjudice et, pour avoir également une fonction dissuasive, le dépassent.

Précisons enfin que le juge ne sera limité par ce plancher que pour autant et dans la mesure où le maître de l'ouvrage s'en prévaut et en établira le montant, comme il devrait le faire en l'absence de pénalités de retard s'il demandait la réparation du préjudice que lui ont causé les retards dans l'exécution des travaux. Le juge ne devra donc d'office ni s'interroger sur l'existence ni établir le montant d'un préjudice que le maître d'ouvrage n'invoquerait pas en réponse à la demande de modulation que le titulaire du marché a du présenter au juge pour que celui-ci puisse faire usage de son pouvoir. En effet, vous avez, contrairement au code civil, subordonné l'exercice de ce pouvoir à une demande en ce sens du débiteur des pénalités. Le maître d'ouvrage ne peut donc être surpris par une modulation dont l'éventualité n'aurait pas été en débat.

L'institution de ce plancher dans l'exercice du pouvoir de modulation pourra ainsi donner lieu à une discussion entre les parties sur le montant du préjudice, ce qui limite certainement l'effet forfaitaire du mécanisme des pénalités. Mais cette limite est elle-même doublement circonscrite : d'une part, elle ne s'impose que dans l'exercice du pouvoir de modulation, c'est à dire lorsque le montant des pénalités était manifestement excessif. Lorsque ce n'est pas le cas, ce qui correspond à la plupart des situations, l'effet forfaitaire joue pleinement et aboutit à mettre à la charge du titulaire des sommes supérieures au montant du préjudice; d'autre part, ce n'est qu'un plancher qui a priori ne devrait qu'être rarement atteint, puisque le juge doit utiliser son pouvoir de modulation pour corriger ce qui était manifestement excessif ou dérisoire dans l'application de la clause pénale tout en préservant son caractère forfaitaire. Pour le dire autrement et au risque de l'évidence, ce plancher est une limite au pouvoir et non la norme de son exercice. C'est pourquoi la personne publique n'aura pas besoin de justifier précisément son préjudice : il suffira qu'elle indique les éléments qui lui permettent d'évaluer son préjudice, même grossièrement, dès lors qu'il ne s'agit que de donner au juge l'idée du seuil au-dessous duquel il ne doit pas descendre. Dans ces conditions, nous ne pensons pas que cette limite porte au caractère forfaitaire de la pénalité de retard une atteinte plus importante que le pouvoir de modulation que vous avez reconnu au juge.

L'application de ces principes au cas d'espèce vous conduira à annuler l'arrêt en tant que la cour a fait usage de son pouvoir de modulation des pénalités de retard, puisqu'elle l'a fait sans prendre en compte le préjudice allégué par le maître d'ouvrage, auquel elle n'a pas répondu sur ce point. Cette annulation partielle ne remettra pas en cause le bien fondé des pénalités retenues par la cour mais seulement la modulation de leur montant.

EPCMNC : - Annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il se prononce sur la modulation des pénalités de retard et renvoi de l'affaire à la Cour dans cette mesure ;

- Rejet du surplus des conclusions du pourvoi, y compris, dans les circonstances de l'espèce, au titre des frais exposés et du pourvoi incident de la société GBR.