

LA LUTTE CONTRE LES RETARDS DE PAIEMENT DANS LES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

La [loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013](#) portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (titre IV) et le décret [n° 2013-269 du 29 mars 2013](#) relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique transposent la directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

Ce dispositif constitue une étape importante de la modernisation des relations entre les pouvoirs adjudicateurs et leurs fournisseurs :

- il soumet l'ensemble des contrats de la commande publique à un régime juridique unique pour le paiement des sommes dues, plus contraignant que les dispositions applicables aux entreprises ;
- il renforce les sanctions en cas de retard de paiement, en instaurant une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement d'un montant de 40 euros, en sus des intérêts moratoires.

1. Champ d'application organique : quels sont les pouvoirs adjudicateurs concernés ?

1.1. Ce que prévoit la directive

La directive 2011/7/UE distingue le régime des transactions entre les entreprises de celui applicable entre les entreprises et les « pouvoirs publics », respectivement prévus aux articles 3 et 4.

Elle définit les pouvoirs publics comme étant « *tout pouvoir adjudicateur, tel que défini à l'article 2, paragraphe 1, point a), de la directive 2004/17/CE et à l'article 1er, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE* ».

Il s'agit donc de l'État, des collectivités territoriales, des organismes de droit public¹ et des associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice (secteur des réseaux).

1.2. La transposition en droit interne

Le nouveau dispositif s'applique à tous les « *pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice* » (article 37 de la loi du 28 janvier 2013).

Sont concernés :

- les pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics (l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux), y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice ;
- les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance [n° 2005-649 du 6 juin 2005](#) relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (ex. : établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État, groupements d'intérêt public, sociétés d'économie mixte locales, sociétés publiques locales, sociétés publiques locales d'aménagement,

¹ Par "organisme de droit public", on entend tout organisme :

a) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;

b) doté de la personnalité juridique, et

c) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

offices publics de l'habitat, sociétés anonymes d'HLM, etc), y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice.

2. Champ d'application matériel : quels sont les contrats et les sommes concernées ?

La directive 2011/7/UE définit la transaction commerciale comme étant « *toute transaction entre des entreprises ou entre des entreprises et les pouvoirs publics qui conduit à la fourniture de marchandises ou à la prestation de services contre rémunération* ». En utilisant également à de nombreuses reprises les termes « contrat », « clauses contractuelles », « obligations contractuelles », « parties contractantes », elle présuppose une véritable relation contractuelle.

S'inspirant de la définition des contrats de la commande publique mentionnée à l'article [L. 551-1](#) du code de justice administrative², l'article 37 de la loi du 28 janvier 2013 vise les « *contrats ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public* ».

Sont notamment concernés :

- les marchés soumis au code des marchés publics ;
- les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 ;
- les partenariats publics-privés (ex : contrats de partenariat, baux emphytéotiques hospitaliers, etc) ;
- les concessions de travaux publics ;
- les délégations de service public ;
- les concessions d'aménagement.

Attention ! Les marchés expressément exclus du code des marchés publics ou de l'ordonnance entrent dans le champ d'application du dispositif relatif à la lutte contre les retards de paiement.

La Commission européenne a confirmé aux États membres que la directive n'est pas applicable aux prêts bancaires et autres contrats d'emprunt, ni aux acquisitions immobilières qui n'impliquent pas de travaux publics ou de travaux d'ingénierie civile. Par ailleurs, elle n'est pas applicable aux contrats de travail.

- Sont concernées les sommes dues par le pouvoir adjudicateur en vertu de ses obligations réglementaires ou contractuelles, par exemple :

- les avances, les acomptes, les règlements partiels définitifs, le solde, le remboursement de la retenue de garantie ;
- les loyers (ex : loyer d'investissement, loyer de maintenance / exploitation, loyer de gros entretien et réparation) ;
- les compensations financières versées par le pouvoir adjudicateur en exécution du contrat (ex : indépendamment de leur régime fiscal, les compensations d'investissement ou d'équipement, les compensations d'exploitation, les compensations pour obligations de service public, etc) ;
- les indemnités de résiliation.

3. Les délais de paiement par catégorie de pouvoirs adjudicateurs.

Conformément à l'article 4, § 3 de la directive 2011/7/UE, l'article 37 de la loi du 28 janvier 2013 dispose que les sommes dues « *sont payées, en l'absence de délai prévu au contrat, dans un délai fixé par décret qui*

² Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public.

peut être différent selon les catégories de pouvoirs adjudicateurs. Le délai de paiement prévu au contrat ne peut excéder le délai fixé par décret ».

Le décret du 29 mars 2013 fixe les délais suivants :

- **30 jours** pour :

- l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ;
- les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à [l'article 3](#) de l'ordonnance du 6 juin 2005.

- **50 jours** pour :

- les établissements publics de santé ;
- les établissements du service de santé des armées.

- **60 jours** pour les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui sont des entreprises publiques au sens du [II de l'article 1^{er}](#) de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.

La référence à la notion d'entreprise publique n'est pas utilisée pour souligner la différence avec les entreprises privées mais pour prendre en compte le caractère d'entreprise de ces pouvoirs adjudicateurs. En effet, comme l'indique le considérant 24 de la directive 2011/7/UE, il faut tenir compte de la situation particulière des pouvoirs adjudicateurs exerçant des activités économiques consistant à offrir des marchandises ou des services sur le marché. C'est pourquoi, le paragraphe 4 de l'article 4 autorise les États membres à fixer ce délai à 60 jours pour les pouvoirs adjudicateurs qui entrent dans le champ d'application de la définition de l'entreprise publique au sens de la directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques³.

Attention ! Le décret du 29 mars 2013 dispose que ce délai de 60 jours n'est pas applicable à ceux de ces pouvoirs adjudicateurs qui sont des établissements publics locaux (ex : offices publics de l'habitat). Il est, en revanche, applicable aux entreprises publiques locales⁴ (ex : sociétés d'économie mixte locales, sociétés publiques locales et sociétés publiques locales d'aménagement) et aux sociétés anonymes d'HLM⁵ ;

L'existence d'une relation de quasi-régie entre un pouvoir adjudicateur et un organisme, par exemple un groupement d'intérêt public, fait obstacle à la qualification d'entreprise publique de ce dernier. En effet, il ne peut être regardé comme un opérateur économique agissant de sa propre initiative et sur un marché concurrentiel⁶. L'organisme est donc soumis au délai de 30 jours.

Tableau récapitulatif des délais de paiement

Pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice	Délais antérieurs	Délais depuis le 1 ^{er} mai 2013
- État, ses établissements publics (autres qu'EPIC) - Collectivités territoriales et établissements publics locaux	30 jours (art. 98 CMP)	30 jours
Établissements publics de santé et établissements du service de santé des armées	50 jours (art. 98 CMP)	50 jours
Pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005	60 jours ⁷ (art. L. 441-6 code de commerce)	30 jours

³ Cette définition est transposée par l'ordonnance du 7 juin 2004 précitée : « tout organisme qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel une ou des personnes publiques exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence des personnes publiques est réputée dominante lorsque celles-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ».

⁴ Rép. min. [n° 5096](#), JO Sénat, 25 avr. 2013, p. 1344.

⁵ Rép. min. [n° 28980](#), JO AN, 10 sept. 2013, p. 9467.

⁶ Conclusions Anne Courrèges sous CE, 4 mars 2009, SNIIS, n° 300481 et CE Sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736.

⁷ Sauf pour les établissements publics de recherche, qui sont soumis à un délai de paiement de 45 jours pour les marchés passés dans le cadre de leurs activités de recherche (article 6 du décret n° 2007-590 du 25 avril 2007, abrogé par le décret du 29 mars 2013).

Pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice	Délais antérieurs	Délais depuis le 1 ^{er} mai 2013
Pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance de 2005 qui sont des entreprises publiques au sens du II de l'article 1 ^{er} de l'ordonnance du 7 juin 2004, à l'exception de ceux qui sont des établissements publics locaux	60 jours (art. L. 441-6 code de commerce)	60 jours

Attention ! Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en toute liberté, mener une politique de paiement plus dynamique en s'engageant contractuellement à honorer plus rapidement les factures de leurs fournisseurs. Les pouvoirs publics encouragent les efforts en ce sens, notamment en faveur des petites et moyennes entreprises.

Le délai de paiement applicable au sous-traitant bénéficiant du paiement direct par le pouvoir adjudicateur est identique à celui applicable au titulaire.

4. Les modalités de calcul du délai de paiement.

4.1. Les cas généraux de point de départ du délai de paiement.

Le décret du 29 mars 2013 fixe les différents points de départ (art. 2) :

- en principe, le délai de paiement court à compter de la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur ou, si le contrat le prévoit, par le maître d'œuvre ou toute autre personne habilitée à cet effet ;

- toutefois, le délai court :

- à compter de la date d'exécution des prestations, lorsque la date de réception de la demande de paiement est incertaine ou antérieure à cette date ;
- pour le paiement du solde des marchés de travaux soumis au code des marchés publics, à compter de la date de réception par le maître de l'ouvrage du décompte général et définitif établi dans les conditions fixées par le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux ;

Les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 ne peuvent pas appliquer les dispositions de l'article 2, I-2° du décret du 29 mars 2013, spécifiques aux marchés de travaux soumis au code des marchés publics.

En revanche, le contrat peut prévoir que le point de départ du délai de paiement est la date à laquelle le solde des travaux est définitivement arrêté (réception du DGD par le maître d'ouvrage). En effet, la procédure d'établissement du solde est une procédure de constatation de la conformité des prestations aux stipulations contractuelles telle que prévue à l'article 2, I-3° du décret du 29 mars 2013 (ex : constat du retard dans l'achèvement des travaux et application des pénalités de retard, vérifications liées aux travaux supplémentaires). Cette procédure ne peut excéder trente jours, sauf si le contrat prévoit une durée plus longue et que ceci ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques.

- lorsqu'est prévue une procédure de constatation de la conformité des prestations aux stipulations contractuelles et si le contrat le prévoit, à compter de la date à laquelle cette conformité est constatée, si cette date est postérieure à la date de réception de la demande de paiement. Cette procédure de constatation ne peut excéder 30 jours. Toutefois, une durée plus longue peut être prévue par le contrat, à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques. Pour lutter contre les délais cachés préjudiciables aux entreprises, à défaut de décision expresse dans le délai de 30 jours ou dans celui prévu au contrat, les prestations sont réputées conformes et le délai de paiement commence à courir.

Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) relatifs aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication (NTIC) et aux marchés publics de prestations intellectuelles (PI) prévoient des délais de vérification d'une durée supérieure à 30 jours. Ces délais plus longs, négociés avec les professionnels concernés, sont conformes à l'usage et aux bonnes pratiques de ces secteurs.

Attention ! Comme l'exige la directive, le décret dispose que la date de réception de la demande de paiement ne peut faire l'objet d'un accord contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son créancier. Il n'est donc pas possible d'exiger que le créancier envoie sa facture après la date de constatation de la conformité des prestations.

4.2. Les cas particuliers de point de départ du délai de paiement.

Les articles 2 et 3 du décret prévoient des cas particuliers de point de départ du délai de paiement :

- les avances :

- pour les avances versées en application du [I de l'article 87](#) du code des marchés publics, le délai de paiement de celles-ci court à compter de la date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution des prestations qui correspondent à l'avance, si un tel acte est prévu ou, à défaut, de la date de notification du contrat ;
- dans les autres cas, le délai de paiement court à compter de la date à laquelle les conditions prévues au contrat pour le versement de l'avance sont remplies ou, dans le silence du contrat, à compter de la date mentionnée dans le cas précédent.

Attention ! Lorsque la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire est exigée, le délai de paiement de l'avance ne peut courir avant la réception de cette garantie ou de cette caution.

- les indemnités de résiliation : le délai de paiement de cette indemnité court à compter de la date à laquelle, la décision de résiliation étant notifiée, le montant de l'indemnité est arrêté.

- la retenue de garantie : celle-ci est remboursée dans un délai de 30 jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie. Toutefois, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de 30 jours après la date de leur levée.

Attention ! Ce délai de 30 jours est applicable à tous les pouvoirs adjudicateurs (art. 3 du décret).

4.3. La suspension du délai de paiement par le pouvoir adjudicateur.

Si le pouvoir adjudicateur constate que la demande de paiement du créancier ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le contrat ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes, il peut suspendre le délai de paiement, dans la limite d'une fois (art. 4 du décret).

Le pouvoir adjudicateur doit préciser au créancier, à l'occasion de cette suspension unique, toutes les raisons qui s'opposent au paiement. A compter de la réception de la totalité des éléments demandés, un nouveau délai de paiement est ouvert. Il est de 30 jours ou égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de la suspension si ce solde est supérieur à 30 jours.

4.4. La computation des délais.

Les délais fixés par la directive 2011/7/UE, et transposés par le décret du 29 mars 2013, doivent être computés conformément au règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes.

Le §1 de l'article 3 de ce règlement dispose que « si un délai exprimé en jours [...] est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte, le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas compté dans le délai ».

Le §2 b) du même article prévoit qu'« un délai exprimé en jours commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai ». Cependant, le § 4 précise que « si le dernier jour [...] est un jour férié, un dimanche ou un samedi, le délai prend fin à l'expiration de la dernière heure du jour ouvrable suivant ».

Exemple pour un délai de paiement fixé à 30 jours :

- une facture reçue le lundi 2 septembre 2013 doit être payée avant le mardi 2 octobre 2013 à minuit (le lundi 2 septembre n'est pas inclus et 30 jours se sont écoulés entre le mardi 3 septembre zéro heure et le mardi 2 octobre minuit) ;
- une facture reçue le jeudi 19 septembre 2013 doit être payée avant le lundi 21 octobre 2013 à minuit (le jeudi 19 septembre n'est pas inclus, 30 jours se sont écoulés entre le vendredi 20 septembre zéro heure et le samedi 19 octobre, cependant les 19 et 20 octobre étant respectivement un samedi et un dimanche, le délai prend fin le lundi 21 octobre 2013 à minuit).

5. Les conséquences du retard de paiement.

Le retard de paiement :

- fait courir, de plein droit et sans autre formalité, des intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai de paiement ou l'échéance prévue au contrat (art. [39](#) de la loi du 28 janvier 2013) ;
- donne lieu, de plein droit et sans autre formalité, au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement (art. [40](#) de la loi du 28 janvier 2013).

5.1. Le taux des intérêts moratoires

Le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de 8 points de pourcentage.

Attention ! Pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées, le taux des intérêts moratoires ne pourra plus être le taux de l'intérêt légal.

5.2. Le versement d'une indemnité forfaitaire automatique.

Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, due pour tout retard de paiement, en sus des intérêts moratoires, est fixé à 40 euros.

5.3. La possibilité de demander une indemnisation complémentaire, sur justification.

Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de l'indemnité forfaitaire, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire. Il doit adresser sa demande au pouvoir adjudicateur et y joindre les justificatifs nécessaires (ex : note d'honoraires d'un avocat, facture d'une entreprise de recouvrement).

5.4. Intérêts moratoires et indemnité forfaitaire doivent être payés dans un délai de 45 jours.

Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement doivent être payés dans un délai de 45 jours suivant la mise en paiement du principal (art. 10 du décret).

Ce délai tient compte du délai de 30 jours dont disposent les collectivités territoriales et les établissements de santé pour ordonnancer les sommes dues et du délai du comptable public pour procéder au paiement.

Le dépassement du délai de 45 jours peut donner lieu au versement d'intérêts au taux de l'intérêt légal, dans les conditions de [l'article 1153](#) du code civil⁸.

⁸ Le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 prévoyait, pour les marchés soumis au code des marchés publics, le paiement d'intérêts moratoires complémentaires au taux des intérêts moratoires d'origine, majoré de 2 points de pourcentage.

6. Les dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public.

Le titre II du décret du 29 mars 2013 ne s'applique qu'aux pouvoirs adjudicateurs soumis au décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

Il répartit les délais d'intervention de l'ordonnateur et du comptable public (articles 12 à 14). Il permet à ce dernier de suspendre le délai de paiement dans certains cas strictement limités, s'il ne possède pas les pièces justificatives nécessaires au paiement de la dépense (article 15).

Les articles 39 et 40 de la loi du 28 janvier 2013 disposent que les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, ainsi que les établissements publics de santé sont remboursés par l'État, de façon récursoire, de la part des intérêts moratoires, de l'indemnité forfaitaire et, le cas échéant, de l'indemnisation complémentaire, versés imputable à un comptable de l'État. L'article 16 du décret du 29 mars 2013 dispose que cette action récursoire est exercée auprès du directeur régional ou départemental des finances publiques.

7. Entrée en vigueur.

Le décret est entré en vigueur le 1^{er} mai 2013 et s'applique aux contrats conclus à compter du 16 mars 2013. Les créances dont le délai de paiement a commencé à courir entre le 16 mars et le 1^{er} mai 2013 sont réglées conformément aux dispositions antérieurement en vigueur. Celles dont le délai de paiement a commencé à courir à compter du 1^{er} mai 2013 sont réglées conformément au nouveau dispositif.

Les créances nées de l'exécution des contrats signés avant le 16 mars 2013 sont réglées conformément au dispositif antérieur.

Les dispositions de la loi du 28 janvier 2013 et du décret du 29 mars 2013 étant d'ordre public, il n'est pas nécessaire de prévoir la signature d'un avenant aux contrats conclus entre le 16 mars et le 1^{er} mai 2013.

En principe, la date de conclusion est la date de signature du contrat ou de tout document écrit établissant l'accord de volonté entre les deux parties. Pour les contrats oraux, il appartient au pouvoir adjudicateur d'apporter la preuve de la date de conclusion du contrat, c'est-à-dire de l'accord sur le prix et les conditions des prestations à fournir, par exemple en établissant un certificat administratif. Concernant les accords-cadres, la date à prendre en compte est celle de la conclusion des marchés subséquents qui vont donner lieu à un paiement.