N° 397311
Société Baudin Châteauneuf
Dervaux

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 4 janvier 2017
Lecture du 27 janvier 2017

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Vous savez qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance « *le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution* ».

Cette acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de son paiement direct par le maître de l'ouvrage, auquel il doit avoir été présenté par le titulaire du marché¹, peut prendre deux formes selon le moment auquel cette présentation a lieu. Elles étaient décrites par l'article 114 du code des marchés publics, applicable à la présente espèce, et figurent aujourd'hui à l'article 134 du décret du 25 mars 2016. Lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le candidat fournit au pouvoir adjudicateur un certain nombre d'éléments relatifs à la sous-traitance, notamment les prestations sous-traitées et le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant, et « *la notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement* ». Lorsque la demande est présentée après le dépôt de l'offre, le titulaire transmet au maître d'ouvrage les mêmes renseignements. « *L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont alors constatés par un acte spécial signé des deux parties* ».

Cet acte spécial est de même nature contractuelle² que les stipulations du marché relatives à l'acceptation du sous-traitant et à l'agrément des conditions de son paiement. Il a le même objet ; il est signé par les mêmes parties – le maître d'ouvrage et le titulaire. Sa particularité est qu'il crée des droits au profit d'un tiers à ce contrat, le sous-traitant. Ce dernier n'est en effet pas plus partie à cet acte spécial qu'il n'est partie au marché conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal. Le droit qu'il tire de ces stipulations contractuelles, qu'elles figurent dans le marché ou dans l'acte spécial ultérieur, est d'être payé directement par le maître d'ouvrage des prestations qu'il a effectuées pour l'exécution du marché en exécution du contrat d'entreprise qu'il a passé avec le titulaire du marché. Ce droit au paiement direct ne trouvant sa source que dans l'acceptation du sous-traitant et l'agrément

¹ Art 3 de la loi de 1975. Le maître d'ouvrage ne peut en effet prendre l'initiative d'accepter lui-même le sous-traitant : 3 avril 1991, *Syn intercommunal d'assainissement du plateau d'Autrans-Meaudre*, n° 90552, T. p. 1047.

² Concl. N. Boulouis sur CE, 26 septembre 2007, *Département du Gard et société d'aménagement et d'équipement du département du Gard*, n° 255993, au rec.

de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage, son existence et son étendue dépendent des stipulations du marché ou de l'acte spécial qui fixent ces conditions (17 décembre 1999, *sté d'aménagement du Lot et Garonne et ville d'Agen*, n° 177806, au rec). En principe, elles devraient correspondre, tant en ce qui concerne les prestations sous-traitées que leur montant prévisionnel, au contrat d'entreprise conclu entre le titulaire et son sous-traitant. Mais si tel n'est pas le cas, parce que le marché ou l'acte spécial ont limité le droit au paiement direct à certaines prestations sous-traitées ou à un montant prévisionnel inférieur, le sous-traitant ne pourra prétendre à un paiement supérieur sur le fondement de son contrat de sous-traitance, auquel le maître d'ouvrage n'est pas partie. Il ne pourra éventuellement que rechercher la responsabilité quasi-délictuelle du maître d'ouvrage pour un manquement à son obligation légale d'accepter un sous-traitant qui lui a été régulièrement présenté ou d'inciter son cocontractant à le faire (voir, sur cette responsabilité, 13 juin 1986, *Office public départemental d'HLM du Pas-de-Calais*, n° 56350, T. p. 612). Les seules sommes non prévues par le marché ou l'acte spécial auxquelles le sous-traitant peut prétendre sont celles correspondant à des travaux indispensables ou à des sujétions imprévues (24 juin 2002, *Département de la Seine-Maritime*, n° 240271, au rec ; 3 mars 2010, *sté Presspali SpA*, n° 304604, aux T ; 1^{er} juillet 2017, *Régie des eaux du canal de Belletrud*, n° 383613, aux T, ayant précisé que ces sujétions imprévues devaient avoir bouleversé l'économie du marché principal).

Si le droit au paiement direct est limité par les stipulations du marché ou de l'acte spécial qui l'organisent, ces stipulations ne sauraient conférer au sous-traitant plus de droits qu'il ne peut en avoir légalement. En effet, ce droit est d'une part prévu par les dispositions de la loi du 31 décembre 1975 ; il ne peut exister que dans ce cadre. Vous avez ainsi jugé que l'acceptation d'un sous-traitant ne lui donnait pas droit au paiement direct dès lors que l'article 9 de la loi du 31 décembre 1975 faisait obstacle à ce que l'entrepreneur, qui avait déjà nanti cette part du marché, la sous-traite (2 juin 1989, *SA Phinalec*, n° 67152, aux T). De même, l'acceptation d'un fournisseur que les parties ont regardé à tort comme un sous-traitant, ne lui ouvre pas droit à paiement direct (26 septembre 2007, *Département du Gard et société d'aménagement et d'équipement du département du Gard*, n° 255993, au rec). D'autre part, le droit au paiement direct n'est qu'un droit au paiement des prestations réellement exécutées. Il ne s'agit en aucun cas d'un mécanisme de paiement indépendant du contrat de sous-traitance, tel par exemple qu'une garantie à la première demande.

En résumé, les stipulations du marché ou de l'acte spécial relatives à l'acceptation du sous-traitant et à l'agrément des conditions de son paiement délimitent les contours d'un droit du sous-traitant au paiement direct prévu par la loi et dont la réalisation est subordonnée à l'exécution effective des prestations qui sont à sa charge.

Tel est le cadre juridique général dans lequel s'inscrit le présent litige, qui pose la question inédite de la possibilité pour le maître d'ouvrage et le titulaire du marché de modifier en défaveur du sous-traitant les termes de son acceptation et de l'agrément des conditions de son paiement qu'ils avaient fixé dans le marché ou dans l'acte spécial.

Elles l'ont été en l'occurrence par un acte spécial. Le Port autonome de Marseille, devenu le Grand port maritime de Marseille, a, par un marché conclu le 17 janvier 2003, confié la construction d'un atelier à la société Gardiol, laquelle a sous-traité les lots n° 2 (charpentes métallique, bacs acier et bardage) et 3 (menuiseries métalliques et serrurerie) à la société Dervaux, pour un montant total de plus de 122 000 euros HT. L'acceptation et les modalités du paiement de ce sous-traitant ont fait l'objet d'un acte spécial signé le 28 février

suyvant par le maître d'ouvrage et le titulaire, pour un montant prévisionnel d'un peu plus de 116 000 euros HT. Le 19 juin 2003, la société Gardiol a demandé au maître d'ouvrage de réduire le montant prévu pour le paiement direct de son sous-traitant, au motif qu'il aurait été défaillant et que les prestations non effectuées seraient confiées à une autre société. Le Port a dans un premier temps rejeté cette demande. Il a même versé le 30 septembre à la société Dervaux une somme de plus de 72 000 euros en acompte sur sa créance. Puis, ressaisi, il y a accédé et les parties ont signé le 18 janvier 2005 un nouvel acte spécial réduisant le montant du droit au paiement direct à un peu moins de 60 000 euros. Les travaux ayant été réceptionnés en octobre 2003, un litige s'est engagé sur le paiement du solde du contrat de sous-traitance, la société Dervaux, aux droits de laquelle vient la société Baudin Châteauneuf Dervaux, a réclamé au maître d'ouvrage le paiement d'une somme de 83 651 euros, correspondant à la différence entre ce qui lui avait été versé par avance et ce à quoi elle estime avoir droit au titre de l'exécution de son contrat, ainsi que d'une somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts. N'ayant pas obtenu gain de cause, elle a saisi le TA de Marseille qui a rejeté sa demande. La CAA de Marseille a fait de même, par un premier arrêt que vous avez annulé en tant qu'il statuait sur les conclusions de la société tendant au paiement direct des sommes réclamées en exécution du contrat d'entreprise, puis par un second arrêt, dont vous êtes à présent saisis.

Comme l'avait fait le tribunal, la cour a jugé que le sous-traitant ne pouvait prétendre au paiement direct d'un montant supérieur à celui figurant dans l'acte spécial modifié, sans que la circonstance que le sous-traitant n'ait pas donné son accord à cet acte ait d'incidence sur sa validité, ni le code des marchés publics ni la loi du 31 décembre 1975 ne posant une telle condition.

La société requérante soutient que ces motifs sont entachés d'erreur de droit dès lors que, selon elle, l'acte spécial initial, conclu au regard du contrat de sous-traitance, ne peut être modifié sans l'accord du sous-traitant que pour tenir compte d'une modification des prestations sous-traitées, laquelle n'a pas eu lieu.

Ni la loi du 31 décembre 1975, ni le code des marchés publics n'encadrent la modification des termes de l'acceptation du sous-traitant et de l'agrément des conditions du paiement direct de ses prestations. Le 3° de l'article 114 du code des marchés publics, notamment, ne traite le cas où « *postérieurement à la notification du marché, le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial* » qu'au regard des effets d'une telle évolution sur les cessions ou les nantissements des créances du titulaire sur le maître d'ouvrage au titre du marché. Il prévoit ainsi que le titulaire doit demander « *la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article 106 du présent code* », c'est-à-dire de la copie unique du marché délivrée par le maître d'ouvrage au titulaire afin de lui permettre de céder ou de nantir les créances résultant du marché. Ces dispositions ne concernent donc pas directement la modification de l'acte spécial mais visent à assurer le maître d'ouvrage que des cessions ou nantissement de créances ne feront pas obstacle au paiement direct des sous-traitants, puisque le titulaire ne peut sous-traiter une partie du marché qui a déjà fait l'objet d'un nantissement ou d'une cession de créances.

Précisons tout d'abord que la circonstance que les termes de l'acceptation du sous-traitant figurent dans le marché ou dans l'acte spécial est, comme nous l'avons vu, sans incidence sur les conditions d'une telle modification et nous ne parlerons par la suite, pour

simplifier, que de l'acte spécial, sachant que cela vaudra aussi pour les clauses du marché relatives au sous-traitant.

Avant de s'interroger sur la portée d'un éventuel accord du sous-traitant à une telle modification, il faut se demander si elle est possible et sous quelles conditions. Rappelons en effet que l'acte spécial est un contrat conclu entre le maître d'ouvrage et le titulaire du marché qui ne requiert aucun accord du sous-traitant pour produire des effets à son égard. Il lui est opposable dès qu'il lui est notifié (28 décembre 1988, *SA Prométal*, n° 69850, aux T). La question des modalités de sa contestation contentieuse par le sous-traitant demeure controversée, mais il est certain qu'il engage la responsabilité quasi-délictuelle du maître d'ouvrage et de l'entrepreneur, chacun au titre des obligations légales qui lui incombent vis-à-vis du sous-traitant. Par conséquent, si elle est possible, la modification de l'acte spécial ne devrait en principe pas davantage avoir besoin de recueillir l'assentiment du sous-traitant que sa conclusion.

Nous ne voyons aucun obstacle de principe à ce que les clauses du marché relatives à la sous-traitance ou celles de l'acte spécial soient modifiées par les parties qui les ont conclues. En revanche, une telle modification, dès lors qu'elle affecte les droits du sous-traitant, ne saurait être laissée à la discrétion des parties, pas davantage que ne l'est l'acceptation initiale du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement. En effet, nous l'avons dit, la loi du 31 décembre 1975 institue un droit pour le sous-traitant à être payé directement par le maître d'ouvrage lorsqu'il a été accepté, dont vous avez déduit aussi un droit à être accepté et agréé quand les conditions légales sont remplies. Ainsi, le maître d'ouvrage engage sa responsabilité s'il refuse d'accepter un sous-traitant ou même s'il ne met pas tout en œuvre pour contraindre le titulaire du marché à lui présenter son sous-traitant (28 mai 2001, *sté Bernard Travaux Polynésie*, n° 205449). Le maître d'ouvrage et le titulaire sont donc légalement tenus d'accepter le sous-traitant et de prévoir les conditions de son paiement direct.

De même qu'ils n'ont aucun choix quant à l'acceptation du sous-traitant, ils ne nous paraissent pas avoir davantage de choix dans la détermination de l'objet et des conditions du paiement direct. L'acte spécial qui décrit le contenu du droit au paiement direct reflète le contrat de sous-traitance, de sorte que les parties ne peuvent que prévoir le paiement direct de l'intégralité des prestations sous-traitées au prix prévisionnel figurant dans le contrat de sous-traitance. Ces données sont transmises, en application de l'article 114 du code des marchés publics, par le titulaire au maître d'ouvrage. L'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 précise même que celui-ci peut demander à l'entrepreneur principal, qui est tenu de s'exécuter, de lui transmettre le ou les contrats de sous-traitance. Comme l'ont relevé certains auteurs, « l'acte spécial ... n'est qu'un acte reconnaissant de l'accord contractuel conclu entre l'entreprise principale et son sous-traitant »³.

Par conséquent, l'acte spécial peut être modifié lorsque le contrat de sous-traitance l'est, qu'il s'agisse d'étendre le périmètre de la sous-traitance ou de le réduire. Par modification du contrat, nous entendons toute modification des droits nés du contrat de sous-traitance, indépendamment des modalités formelles de cette modification. Dans le premier cas, nous pensons même qu'il doit l'être, car le sous-traitant n'ayant droit au paiement direct que de ce qui figure dans l'acte spécial (28 mai 2001, *sté Bernard travaux Polynésie*, précitée), le fait pour le maître d'ouvrage qui en aurait connaissance et pour le titulaire de ne

³ S. Palmier, « Sur la nature juridique de l'acte spécial de sous-traitance », AJDA 2015, p. 2358.

pas modifier en conséquence l'acte spécial serait aussi fautif que d'établir un acte spécial initial qui ne tiendrait pas compte de l'intégralité des prestations sous-traitées. L'absence de modification de l'acte spécial en cas de réduction du périmètre de la sous-traitance est moins grave puisque quel que soit le contenu de l'acte spécial, le sous-traitant n'aura pas droit au paiement de prestations qu'il n'a pas effectuées ou qu'il a effectuées irrégulièrement.

Cette analyse vaut également à nos yeux pour une modification non plus du volume des prestations sous-traitées mais de leur montant. Le montant prévisionnel des prestations n'est pas davantage que l'objet des prestations sous-traitées laissé à l'appréciation discrétionnaire du maître d'ouvrage et du titulaire du marché. Il doit correspondre aux prestations sous-traitées et une sous-évaluation de leur montant, qui priverait le sous-traitant d'une partie de son droit au paiement direct, puisque comme nous l'avons dit il ne saurait prétendre à un paiement direct au-delà de ce qui est prévu par l'acte spécial, engagerait la responsabilité du maître de l'ouvrage et du titulaire du marché. Par conséquent, ils ne peuvent réduire le montant prévisionnel qu'en raison d'une diminution du volume des prestations sous-traitées ou de leur valeur.

Plus délicate est la question de savoir si l'acte spécial peut également être modifié en fonction des conditions réelles d'exécution des prestations sous-traitées. Autrement dit, le maître d'ouvrage et le titulaire peuvent-ils se prévaloir de difficultés d'exécution par le sous-traitant de ses obligations pour réduire son droit à paiement direct, sans que son contrat ait été modifié ? Cette question est précisément celle que présente à juger le cas d'espèce, le titulaire du marché ayant fondé sa demande de réduction du montant du paiement direct de son sous-traitant sur sa défaillance à exécuter une partie des prestations sous-traitées.

Le cas inverse de la réalisation de prestations supplémentaires ne pose pas de problème : soit elles ont été prévues par le contrat de sous-traitance qui a été modifié, et l'acte spécial doit être modifié en conséquence ; soit elles n'ont pas fait l'objet d'un avenant et elles n'ouvrent droit à paiement que si elles sont indispensables à la réalisation des ouvrages dans les règles de l'art ou si elles procèdent de sujétions imprévues, que l'acte spécial soit modifié ou pas.

On pourrait dans un premier temps songer à admettre une modification de l'acte spécial en raison d'une défaillance du sous-traitant à exécuter l'ensemble des prestations prévues au motif que le sous-traitant n'aura en tout état de cause pas droit au paiement des prestations qu'il n'a pas effectuées. Comme nous l'avons dit, son acceptation par le maître d'ouvrage ne lui ouvre droit qu'au paiement par celui-ci des prestations qu'il a effectivement réalisées. Vous avez très explicitement jugé que le droit au paiement direct ne faisait pas obstacle au contrôle par le maître d'ouvrage du montant de la créance du sous-traitant, compte tenu des travaux qu'il a exécutés et des prix stipulés par le marché (28 avril 2000, *sté Peinture Normandie*, n° 181604, au rec p. 162). Il semblerait logique que s'il apparaît que le sous-traitant n'est pas en mesure d'exécuter l'ensemble de ses obligations contractuelles et qu'il n'aura pas droit au paiement de la totalité de son contrat, son cocontractant demande au maître d'ouvrage de modifier l'acte spécial afin de tenir compte de ce fait.

Nous pensons cependant qu'une telle solution ne correspond pas à l'esprit du dispositif mis en place par la loi de 1975 et comporte plus d'inconvénients que d'avantages. Ce dispositif n'a d'autre finalité que de substituer le maître d'ouvrage au titulaire du marché pour le paiement des prestations sous-traitées. L'acte spécial n'interfère pas sur les obligations contractuelles du sous-traitant envers son cocontractant ; il n'en perçoit que le reflet pour

définir les obligations du maître d'ouvrage au titre du paiement direct. Le montant du paiement direct n'est d'ailleurs qu'un montant prévisionnel, qui est celui du contrat de sous-traitance. L'acceptation du sous-traitant ne lui donne droit qu'à être payé par le maître d'ouvrage des prestations qu'il aura réellement effectuées. Tant le contrat de sous-traitance que l'acte spécial définissent des obligations dont la mise en œuvre dépendra des conditions réelles d'exécution des prestations sous-traitées. Il nous semble donc que faire rejallir ces conditions réelles sur l'acte spécial mélange la détermination des obligations et les conditions de leur réalisation. Si ces difficultés d'exécution se traduisent par une modification du contrat de sous-traitance, il est logique que cette modification de la source du droit à paiement entraîne une modification de l'acte qui organise une modalité d'exécution de ce droit.

En revanche, tant que ces difficultés d'exécution demeurent dans le cadre du contrat de sous-traitance initiale, il nous paraît préférable qu'elles se règlent en fin de contrat, lors de l'établissement du décompte et des sommes dues au sous-traitant. C'est alors qu'il appartiendra au titulaire de faire valoir auprès du maître d'ouvrage qu'il ne doit pas payer directement des prestations non exécutées. Certes, le titulaire peut légitimement vouloir se prémunir contre un risque de paiement direct précipité en faisant modifier en cours d'exécution l'acte spécial. Mais, d'une part, il n'est pas toujours possible d'arrêter en cours d'exécution le montant des sommes qui seront finalement dues ; d'autre part, cette possibilité présente un risque d'instrumentalisation du dispositif de paiement direct par le titulaire dans le cadre de ses relations avec son sous-traitant, dont ce n'est pas l'objet.

Nous pensons donc que le maître d'ouvrage et le titulaire du marché ne peuvent modifier les conditions d'acceptation du sous-traitant et d'agrément des conditions du paiement direct de ses prestations qu'en cas de modification du contrat de sous-traitance et dans la seule mesure de cette modification.

Si vous nous suivez jusque là, vous devrez répondre à la question subsidiaire de savoir s'ils peuvent les modifier en dehors de ce cas avec l'accord du sous-traitant. La question est quelque peu théorique car on voit mal un sous-traitant accepter une réduction de ses droits au paiement direct. Par ailleurs, nous avons vu qu'il ne peut tirer de ce droit au paiement direct davantage de droits que de son contrat de sous-traitance.

La CAA de Bordeaux l'a admis (CAA Bx, 12 déc 2013, *SCP Silvestri Baujet*, n° 12BX00185) et on peut être tenté de la suivre dans la mesure où le paiement direct est un droit que le législateur a institué au profit du sous-traitant, pour le protéger, dont on pourrait considérer qu'il a la disposition. Nous craignons cependant que reconnaître au sous-traitant la faculté d'accepter une réduction de son droit à paiement direct se heurte à la loi du 31 décembre 1975 qui a entendu soustraire ce régime à la liberté contractuelle des intéressés. Ainsi, l'article 7 dispose que « toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite » tandis que l'article 15 prévoit que « sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi ». Le caractère d'ordre public de ces dispositions renforce la protection qu'elles assurent aux sous-traitants, en les mettant à l'abri de toute pression de la part de leurs cocontractants titulaires du marché.

Vous pourriez certes faire des dispositions que nous venons de citer une interprétation stricte qui en limiterait l'application à ce qu'elles interdisent expressément, comme vous l'avez fait, sur le fondement de la liberté contractuelle, pour les dispositions de l'article L. 2131-10 du CGCT qui interdisent à une personne publique de renoncer à exercer toute

action en responsabilité, dont vous avez jugé qu'elles ne s'appliquent pas aux clauses qui se bornent à prévoir un aménagement ou une limitation de la responsabilité (sect, 28 janv 1998, *Sté Borg Warner*, n° 138650, au rec). Cette solution pourrait être transposée à l'article 7, une réduction du périmètre du droit à paiement direct pouvant être regardé comme aménageant l'exercice du droit sans y renoncer. Mais elle nous paraît plus difficile à appliquer au regard de l'article 15. Certes, la loi de 1975 n'encadre pas la modification des clauses du marché relatives à la sous-traitance ou celles de l'acte spécial. Mais les règles que nous vous proposons de poser découlent directement du droit au paiement direct qu'elle prévoit et de l'esprit du dispositif qu'elle a institué. Il nous semble donc que toute modification de l'acte spécial pour une autre cause que pour tenir compte de la modification du contrat de sous-traitance aurait pour effet de faire échec à l'application de la loi de 1975 et entrerait dans le champ de l'interdiction de l'article 15.

Ajoutons pour conclure sur ce point qu'il ne nous paraît pas nécessaire de faire un effort pour circonscrire des dispositions législatives protectrices dans le seul but de réserver un cas de figure qui s'apparente comme nous l'avons dit à un cas d'école.

Les développements qui précèdent ont conduit à déterminer les règles qui s'imposent aux parties signataires de l'acte spécial – maître d'ouvrage et titulaire du marché – lorsqu'elles envisagent de le modifier. Il convient à présent de dire un mot de l'office du juge du contrat saisi d'un litige relatif à l'application de l'acte spécial modifié.

Une première approche, qui était probablement celle de la cour, consisterait à considérer que le sous-traitant n'ayant de droits au paiement direct que ceux que prévoient l'acte spécial, le juge doit appliquer l'acte spécial en vigueur, c'est-à-dire modifié, même si cette modification méconnaît les règles que nous avons évoquées. Il appartiendra au sous-traitant ainsi lésé dans ses droits d'engager, sur le terrain quasi-contractuel, la responsabilité du maître d'ouvrage pour manquement à ses obligations légales, ou celle du titulaire.

Nous pensons cependant que le caractère d'ordre public des dispositions de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 implique que le juge vérifie, avant de l'appliquer, que l'acte spécial modifié ne réduise pas illégalement les droits au paiement direct du sous-traitant, autrement dit qu'il s'assure que cette modification a bien pour objet de tenir compte d'une modification des prestations sous-traitées et, dans la négative, qu'il écarte l'acte spécial modifié pour faire application de l'acte spécial initial.

Si vous partagez les analyses qui précèdent, vous jugerez, sans avoir besoin d'examiner les deux autres moyens du pourvoi, qui ne sont pas fondés, que la CAA de Marseille a commis une erreur de droit en faisant application de l'acte spécial modifié alors qu'il ne l'avait pas été pour tenir compte d'une modification des prestations sous-traitées ni de leur évaluation.

S'agissant d'une seconde cassation, vous devrez régler l'affaire au fond.

Vous commencerez par écarter les deux fins de non recevoir opposées par le Grand port maritime de Marseille : d'une part, contrairement à ce qu'il soutient, la société Baudin Châteauneuf Dervaux justifie venir aux droits de la société Dervaux. D'autre part, à la date à laquelle la société requérante a introduit sa demande, l'article R. 421-1 du code de justice administrative dispensait les demandes présentées en matière de travaux publics du respect du délai de deux mois qu'il prévoyait.

Pour la raison que nous venons de dire, le maître d'ouvrage n'est pas fondé à opposer à la demande de paiement direct qui lui est faite l'acte spécial modifié qui fixe le montant de ce paiement à 59 796 euros, au lieu des 116 375 euros HT initialement prévus.

En revanche, comme nous l'avons vu, il n'est pas tenu par la reconnaissance du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement à payer les sommes indiquées au titre prévisionnel du montant du contrat de sous-traitance si celui-ci n'a pas été exécuté dans des conditions ouvrant droit à rémunération du sous-traitant.

En l'espèce, si le Grand port maritime de Marseille soutient qu'une grande partie des prestations sous-traitées à la société Dervaux n'auraient pas été exécutées, il ne l'établit pas. Il ressort de l'annexe I à la proposition d'avenant au contrat de sous-traitance en date du 2 décembre 2003 que des prestations de menuiseries aluminium d'un montant de 3 869 euros HT n'ont pas été exécutées, ce que la société ne conteste pas. Pour le reste, le maître d'ouvrage se borne à se prévaloir des déclarations du titulaire du marché, sans les étayer d'aucune justification, ainsi que des réserves émises lors de la réception de l'ouvrage. De telles allégations ne suffisent pas à démontrer que la société Dervaux n'aurait pas réalisé les prestations dont elle demande le paiement.

Le Grand port maritime de Marseille tente enfin de justifier son refus de verser au sous-traitant les sommes qu'il réclame par des retards qui lui seraient imputables dans l'exécution des prestations qui lui étaient sous-traitées. Ces retards représentaient d'ailleurs l'essentiel des reproches formulés à l'encontre de la société Dervaux par l'entrepreneur principal.

Or, si le maître d'ouvrage débiteur du paiement direct du sous-traitant accepté est fondé à vérifier lors du paiement que les prestations sous-traitées ont été effectuées, nous ne pensons pas qu'il puisse infliger des pénalités de retard au sous-traitant. De telles pénalités sanctionnent la méconnaissance d'une obligation contractuelle qui lie le sous-traitant à l'entrepreneur principal, son seul cocontractant. Elles ne peuvent être infligées que parce que le contrat de sous-traitance les prévoit et dans la mesure où il les prévoit.

Comme nous l'avons dit, l'acceptation du sous-traitant par le maître d'ouvrage ne fait pas naître entre eux de liens contractuels. Elle ne subroge pas non plus le maître d'ouvrage dans les droits du titulaire du marché vis à vis du sous-traitant. Le mécanisme légal du paiement direct est limité à son objet, qui est d'offrir au sous-traitant la garantie d'une rémunération par le maître d'ouvrage. Le contrôle que peut exercer celui-ci sur l'exécution des prestations ne porte pas sur la bonne exécution des prestations mais sur leur réalisation effective, c'est à dire sur le fondement de la créance. Vous avez ainsi jugé par la décision précitée *Sté d'aménagement de Lot et Garonne et ville d'Agen*, du 17 décembre 1999, que seul l'acte spécial pouvant définir et agréer les conditions de paiement direct du sous-traitant, les stipulations du contrat de sous-traitance n'étaient pas applicables au paiement direct.

L'entrepreneur principal demeure quant à lui responsable envers le maître d'ouvrage de la bonne exécution des prestations sous-traitées et ce dernier peut lui infliger des pénalités pour des retards imputables à ses sous-traitants (25 juil 1975, *L...*, n° 93342, aux T).

Nous ne pensons donc pas que le maître d'ouvrage puisse invoquer des retards dans l'exécution du contrat de sous-traitance dans le cadre de sa propre obligation légale de procéder au paiement direct du sous-traitant.

Le pourrait-il sur le fondement quasi-délictuel sur lequel vous avez permis au maître d'ouvrage de se placer de manière subsidiaire par votre décision *Cne de Bihorel* du 7 décembre 2015 (n° 380419, au rec) ? Rappelons que vous avez jugé par cette décision que "s'il appartient, en principe, au maître d'ouvrage qui entend obtenir la réparation des conséquences dommageables d'un vice imputable à la conception ou à l'exécution d'un ouvrage de diriger son action contre le ou les constructeurs avec lesquels il a conclu un contrat de louage d'ouvrage, il lui est toutefois loisible, dans le cas où la responsabilité du ou des cocontractants ne pourrait pas être utilement recherchée, de mettre en cause, sur le terrain quasi-délictuel, la responsabilité des participants à une opération de construction avec lesquels il n'a pas conclu de contrat de louage d'ouvrage, mais qui sont intervenus sur le fondement d'un contrat conclu avec l'un des constructeurs. Il peut, à ce titre, invoquer, notamment, la violation des règles de l'art ou la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires mais ne saurait se prévaloir de fautes résultant de la seule inexécution, par les personnes intéressées, de leurs propres obligations contractuelles."

Nous ne le pensons pas, du moins dans les circonstances de l'espèce.

En premier lieu, il nous semble que seuls des retards d'une importance exceptionnelle pourraient être regardés comme une violation des règles de l'art. En règle générale, les délais d'exécution des prestations étant des délais contractuels, leurs dépassements sont des fautes exclusivement contractuelles. En l'occurrence, non seulement il n'est pas allégué que les retards seraient exceptionnels, mais ceux-ci ne sont même pas établis.

En second lieu, rien dans le dossier ne permet d'affirmer que le maître d'ouvrage ne pourrait utilement rechercher la responsabilité de son cocontractant, responsable en première ligne de la bonne exécution des prestations qui lui ont été confiées par le marché et qu'il a sous-traitées.

Si vous nous suivez, vous jugerez que le Grand port maritime de Marseille n'est fondé à opposer à la demande de paiement direct de la société Dervaux que l'inexécution des prestations qui lui avaient été sous-traitées pour un montant de 3 869 euros HT. La société a donc droit au paiement direct de 112 506 euros HT. Vous annulerez donc le jugement qui a rejeté sa demande et, le port autonome lui ayant déjà versé 60 377, 02 euros en 2003, vous pourrez le condamner à lui payer 52 128, 98 euros HT, augmentés des intérêts au taux légal à compter du 9 mars 2007, date de sa réclamation.

Enfin, vous pourrez mettre à la charge du Grand port maritime de Marseille le versement à la société Baudin Châteauneuf Dervaux d'une somme de 6 000 euros au titre des frais exposés au cours des différentes instances devant la juridiction administrative.

Tel est le sens de nos conclusions.