

N° 396174

Département de l'Hérault

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 27 mars 2017

Lecture du 19 avril 2017

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Les modalités d'exercice par le sous-traitant agréé du droit au paiement direct des prestations qu'il a effectuées pour l'exécution d'un marché public, que lui reconnaît l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, sont précisément décrites par les dispositions de l'article 136 du décret du 25 mars 2016, qui reprennent celles de l'article 116 du code des marchés publics antérieurement en vigueur et applicables au présent litige. Il ressort de ces dispositions que le sous-traitant doit transmettre la demande de paiement direct qu'il adresse au pouvoir adjudicateur à l'entrepreneur titulaire du marché, qui l'approuve ou la refuse. Quelles sont les conséquences de ce défaut de transmission sur le droit du sous-traitant au paiement direct ? Telle est la question que l'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à trancher.

Elle s'inscrit dans le cadre du règlement d'un marché de travaux publics conclu le 15 mai 2008 par le département de l'Hérault avec la société Kairos pour l'extension du centre d'exploitation du Caylar et la construction d'un bâtiment pour forestiers sapeurs. La société Angles et Fils a été agréée le lendemain par le département en qualité de sous-traitante de la société Kairos. La liquidation judiciaire de cette dernière, au mois de novembre de la même année, a entraîné la résiliation anticipée du marché en janvier 2009. Le décompte général et définitif a été notifié par le département au liquidateur de la société Kairos au mois de juin suivant. Trois mois plus tard, la société Angles et Fils a demandé au département le paiement d'une somme d'un peu plus de 87 000 euros correspondant au reliquat des situations de travaux n° 1, 2 et 3 et à la totalité de la situation de travaux n° 4. Le département a rejeté cette demande. La société Angles et Fils a alors saisi le TA de Montpellier de conclusions tendant à ce que le maître d'ouvrage soit condamné à lui verser cette somme. Le tribunal a rejeté cette demande mais la CAA de Marseille y a partiellement fait droit en condamnant le département à verser au sous-traitant une somme de 62 220 euros correspondant à la situation de travaux n° 4.

Elle a posé en principe que l'absence de transmission de la demande de paiement direct au titulaire du marché ne faisait pas obstacle à ce que le sous-traitant prétende au paiement direct par le maître d'ouvrage dès lors que la demande lui est parvenue avant qu'il ne règle les prestations correspondantes au titulaire du marché.

Elle a ensuite constaté que si le département avait réglé au titulaire le solde des situations n° 1, 2 et 3 avant d'être saisi de la demande de paiement direct, qu'il était donc fondé à rejeter, il n'avait pas réglé la situation n° 4, qui n'était d'ailleurs pas mentionnée dans le décompte général et définitif, de sorte qu'il devait faire droit à la demande de paiement qui lui était directement adressée par le sous-traitant.

Le principal moyen du pourvoi du département de l'Hérault critique, sur le terrain de l'erreur de droit, le principe sur lequel s'est fondée la cour.

Ce principe est la transposition dans le cas de l'absence de transmission par le sous-traitant de sa demande de paiement direct au titulaire de la règle que vous avez posée lorsque ce dernier n'a pas notifié, comme il doit le faire, au maître d'ouvrage son accord ou son refus de la demande de paiement direct.

Vous avez jugé, sous l'empire des dispositions de l'article 186 ter du code dans sa rédaction de 1976, que si le sous-traitant, après avoir saisi le titulaire du marché qui ne lui a pas opposé un refus mais n'a pas transmis sa demande au maître d'ouvrage, s'abstient de transmettre lui-même sa demande de paiement au maître d'ouvrage, celui-ci ne commet aucune faute en réglant dans les délais normaux la totalité du solde du marché à l'entreprise titulaire (CE, 28 décembre 1988, *S.A. Prométal*, n° 69850, A ; CE, 10 décembre 2003, *Etablissements Cabrol Frères*, n° 248773, C). En revanche, si le sous-traitant a saisi le maître d'ouvrage avant que celui-ci n'ait réglé les prestations au titulaire, il a droit au paiement des sommes qui lui sont dues, alors même que le titulaire du marché ne lui a rien transmis (CE, 3 juin 2005, *Société Jacqmin*, n° 275061, B, mais fiché sur un autre point).

L'arrêt attaqué n'est pas le premier à transposer cette solution à l'absence de transmission par le sous-traitant de sa demande au titulaire. L'initiative en revient à la Cour administrative d'appel de Lyon qui, dans un arrêt *C...* du 22 septembre 2011 (n° 10LY00844, aux T), a posé le principe repris par la cour selon lequel cette transmission « n'est pas prescrite à peine d'irrecevabilité de cette demande ; que le sous-traitant régulièrement agréé, qui n'a pas respecté cette procédure, ne saurait pour autant être définitivement privé du bénéfice du paiement direct que si le maître d'ouvrage justifie que, faute d'avoir été saisi par lui en temps utile d'une demande de paiement, il a été amené à payer les prestations réalisés par le sous-traitant à l'entreprise principale ».

Cette transposition ne va pourtant pas de soi, car les situations sont différentes au regard du droit au paiement direct du sous-traitant dont il s'agit d'assurer l'effectivité et les réponses à leur apporter ne poursuivent pas les mêmes finalités.

La jurisprudence *Prométal-Jacqmin* concerne l'hypothèse dans laquelle le titulaire manque à son obligation d'indiquer au maître d'ouvrage son accord pour le paiement direct. Elle vise à éviter que ce manquement du titulaire ne fasse échec au droit du sous-traitant, qui a accompli les formalités qui lui incombent, au paiement direct. La condition tenant à ce que le maître d'ouvrage n'ait pas encore réglé les prestations au titulaire participe de la même logique : n'ayant reçu aucune demande de paiement direct, ni du titulaire, ni du sous-traitant, il ne saurait être reproché au maître d'ouvrage d'avoir réglé son cocontractant. Il appartient donc au sous-traitant d'être suffisamment diligent pour transmettre le plus vite possible sa demande au maître d'ouvrage.

En revanche, dans le cas de la règle dégagée par la CAA de Lyon et sur laquelle se fonde l'arrêt attaqué, le sous-traitant n'a pas respecté la procédure qu'il doit suivre pour obtenir le paiement qu'il réclame. Il ne s'agit donc pas, comme précédemment, de circonscrire les effets du manquement du titulaire sur les droits du sous-traitant, mais de déterminer les effets sur les droits du sous-traitant de ses propres manquements. En d'autres termes, la question n'est pas ici de traiter un effet collatéral du manquement à une règle de procédure mais d'en définir la portée pour celui auquel elle s'applique, c'est-à-dire la valeur. Car, comme nous allons le voir, il n'y a que deux solutions : soit vous imposez le respect de la règle de procédure posée par le texte, soit vous la marginalisez.

La position des cours de Lyon et de Marseille aboutit pratiquement à l'anéantir, puisque la saisine exclusive du maître d'ouvrage suffit à l'obliger à effectuer le paiement direct, sous la seule réserve qu'il n'ait pas déjà payé les prestations au titulaire. Cette réserve conserve la même fonction que dans l'autre hypothèse. Elle est étrangère à la finalité de l'obligation de transmission au titulaire, qui est de permettre une vérification par ce dernier, qui est le mieux placé pour l'accomplir, des prestations effectuées par son sous-traitant et de ses prétentions.

La position inverse, qui subordonne le droit au paiement direct au respect de la procédure mise en place par les dispositions du code, est certes rigoureuse, puisque le défaut de saisine du titulaire peut compromettre sérieusement l'exercice de ce droit. Elle pourrait apparaître excessivement rigoureuse dans l'application d'un régime qui a été mis en place par le législateur de 1975 pour protéger les droits des sous-traitants et dont le code de 2006 a entendu simplifier la procédure en renforçant les relations directes entre le sous-traitant et le maître d'ouvrage. Alors qu'auparavant le titulaire transmettait au pouvoir adjudicateur les pièces justificatives fournies par le sous-traitant après les avoir approuvées, il est désormais prévu que le sous-traitant adresse sa demande de paiement au pouvoir adjudicateur, accompagnée des factures et de la preuve de ce que le titulaire a bien reçu la demande de paiement direct dès réception de cette dernière par le titulaire, qui dispose d'un délai de 15 jours pour donner son accord ou notifier son refus. *« Le pouvoir adjudicateur procède au paiement du sous-traitant dans le délai prévu par l'article 98. Ce délai court à compter de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord, total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé, ou de l'expiration du délai mentionné au deuxième alinéa [délai de 15 jours] si, pendant ce délai, le titulaire n'a notifié aucun accord ni aucun refus, ou encore de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'avis postal mentionné au troisième alinéa. / Le pouvoir adjudicateur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant. »*

Toutefois, si le pouvoir adjudicateur est désormais directement destinataire des factures, qui n'ont plus à être approuvées par le titulaire, la transmission au titulaire du marché de la demande de paiement direct et son approbation demeurent des éléments essentiels du dispositif. Dans ces conditions, il nous paraît difficile de valider une solution qui permet au sous-traitant de s'en affranchir purement et simplement.

Par ailleurs, si la solution consistant à s'en tenir à l'application des textes est rigoureuse dans ses effets, elle ne l'est pas spécialement dans les conditions de sa mise en œuvre, qui sont entièrement entre les mains du sous-traitant auquel il appartient simplement de notifier sa demande au titulaire. Cette formalité ne présente aucune difficulté, y compris lorsque le titulaire est en liquidation judiciaire, puisqu'il est alors représenté par un liquidateur auprès duquel elle peut être accomplie. Dans le pire des cas, la notification reviendra à son

expéditeur qui pourra alors saisir immédiatement le pouvoir adjudicateur, comme le prévoient les dispositions précitées.

Compte tenu de leur facilité d'application, nous ne voyons aucune raison de ne pas faire respecter les conditions posées pour la mise en œuvre du droit du sous-traitant au paiement direct, qui garantissent les autres parties contre des paiements indus. Et ce respect conduit nécessairement à subordonner le paiement direct à la transmission de la demande au titulaire. Nous n'avons pas trouvé de solution intermédiaire entre celle de la cour, qui aboutit à faire de la saisine du titulaire une faculté pour le sous-traitant, et celle, que nous vous proposons, qui la rend obligatoire, ce qui résulte de la lettre même de l'article 116 du code des marchés publics.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt attaqué en tant qu'il a condamné le département de l'Hérault à payer à la société Angles et Fils le montant de la situation n° 4. Vous n'aurez pas à examiner les autres moyens du pourvoi, qui ne sont pas fondés : il ne saurait être reproché à la cour de n'avoir pas répondu à un moyen qui n'était pas soulevé devant elle ; la circonstance que le décompte général et définitif ne mentionne pas cette situation est sans incidence sur le droit du sous-traitant, auquel le décompte n'est pas opposable, au paiement des prestations qu'il a effectuées ; la qualification de demande de paiement du courrier du sous-traitant adressé au maître de l'ouvrage ne peut être utilement discutée en cassation.

Le pourvoi incident de la société Angles et Fils ne nous retiendra guère : il porte sur le rejet de ses conclusions tendant au paiement des trois premières situations de travaux. La société conteste uniquement, sous les angles de l'insuffisante motivation et de la dénaturation, l'affirmation de la cour selon laquelle les sommes demandées avaient été réglées au titulaire. L'arrêt est sur ce point suffisamment motivé et aucune pièce du dossier soumis à cour ne dément le constat sur lequel est fondé son arrêt.

EPCMNC : - Annulation des articles 1 à 3 et 5 de l'arrêt de la CAA de Marseille et au renvoi de l'affaire à la cour, dans cette mesure ;

- Au rejet du pourvoi incident de la société Angles et Fils ;
- A ce que vous mettiez à la charge de la société Angles et Fils le versement au département de l'Hérault d'une somme de 3000 euros au titre des frais exposés.