

N° 396358
Société Keller Fondations
spéciales

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 29 mai 2017
Lecture du 9 juin 2017

CONCLUSIONS

M. Olivier HENRARD, rapporteur public

1. Cette affaire vous permettra de préciser la portée du contrôle du maître de l'ouvrage sur l'exécution effective des travaux réalisés par un sous-traitant.

Le marché en cause, notifié par la commune de Montereau-Fault-Yonne le 22 juin 2007, avait pour objet la conception-réalisation d'un « village associatif ». Son titulaire était un groupement conjoint dont la société Everwood était mandataire. Le 14 février 2008, le groupement a signé avec Keller fondations spéciales (KFS) un contrat de sous-traitance pour les travaux du lot n° 1 « fondations ». Ce contrat prévoyait que l'entreprise devait respecter le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du marché principal. La commune a accepté KFS comme sous-traitante par acte spécial du même jour et elle a agréé ses conditions de paiement – le montant prévisionnel à régler s'élevant à 77 033 euros TTC.

Les travaux de ce lot ont été réceptionnés par Everwood le 4 avril 2008, à la suite de quoi KFS lui a adressé une « situation n° 1 » de 77 033 euros. Faute de réponse du titulaire du marché, KFS a sollicité de la commune le paiement direct de ses prestations. La commune a refusé, en invoquant leur non-conformité aux stipulations du CCTP.

En effet, il est constant que le contrat de sous-traitance listait parmi les pièces contractuelles le CCTP du marché principal et que ce dernier renvoie directement et à plusieurs reprises, pour le lot « fondations », au document technique unifié (DTU) 13.2 qui est relatif aux « Fondations profondes pour le bâtiment ». Or, il est tout aussi constant que KFS a exécuté des fondations semi-profondes, en se référant à une autre norme – non contractuelle celle-ci – qui est le fascicule 62 du titre V du cahier des clauses techniques générales (CCTG) applicable aux marchés publics de travaux de génie civil.

Le 10 avril 2014, le tribunal administratif de Melun a fait droit à la demande de KFS en condamnant la commune à lui verser la somme demandée. En revanche, la cour administrative d'appel de Paris, par un arrêt du 24 novembre 2015, a annulé le jugement et rejeté la demande de KFS qui se pourvoit en cassation.

2. Tout l'intérêt du pourvoi porte sur la question de savoir si la cour a commis ou non une erreur de droit en jugeant – au point 2 de son arrêt – que le contrôle exercé par le maître d'ouvrage sur le sous-traitant peut notamment porter sur « *le contenu des travaux réalisés au regard des stipulations* » du marché principal.

L'entreprise sous-traitante s'est prévaluée des dispositions de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Il s'agit plus particulièrement de l'article 8 selon lequel l'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, à partir de la réception des pièces justificatives, pour signifier au sous-traitant son acceptation ou son refus motivé ; passé ce délai, il est réputé avoir accepté les pièces qu'il n'a pas expressément validées ou rejetées¹. Quant à l'article 6, il prévoit que le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par ce dernier².

La combinaison de ces dispositions est donc susceptible de faire naître un cas de figure – qui est le nôtre – dans lequel le titulaire du marché n'a pas pris position sur les travaux exécutés par son sous-traitant, dont le contrôle lui incombe pourtant au premier chef. Le maître d'ouvrage se retrouve alors en première ligne face à la créance produite par le sous-traitant. Se trouve-t-il privé de tout pouvoir de contrôle, quitte à se retourner contre le titulaire du contrat principal ? Ou peut-il, dans une certaine mesure, apprécier les justifications de la créance ? Votre jurisprudence a opté pour cette seconde solution, en cantonnant toutefois le pouvoir de contrôle du maître de l'ouvrage à l'intérieur de limites précises.

L'état du droit positif résulte de votre décision CE 28 avril 2000, *Société Peinture Normandie*, n° 181604, p. 162, ainsi fichée : « *Les procédures instituées par les dispositions (...) de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1975 (...) ne font pas obstacle au contrôle par le maître de l'ouvrage du montant de la créance du sous-traitant, compte tenu des travaux qu'il a exécutés et des prix stipulés par le marché* ». A s'en tenir aux termes employés et au rapprochement des prix, des prestations et du montant de la créance, vous semblez vous en tenir à un contrôle de l'exécution effective – non de la qualité – des prestations commandées.

Cette lecture est confortée par une toute récente décision CE 27 janvier 2017, *Société Baudin Châteauneuf Dervaux*, n° 397311, aux Tables, par laquelle vous jugez « *que dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant* ». Nous sommes donc bien toujours sur le terrain de la réalité des prestations.

Toute la question aujourd'hui posée est de savoir si le contrôle de l'exécution effective des prestations inclut ou non celui de la conformité de leur consistance par rapport au marché.

¹ « *L'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation. / Passé ce délai, l'entrepreneur principal est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées (...)* ».

² « *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 (...) Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites (...)* ».

3. A vrai dire, les termes du débat nous semblent avoir peu évolué depuis les conclusions de notre collègue H. Savoie dans l'affaire *Société Peinture Normandie*, qui vous invitait à juger que « *le maître d'ouvrage a toujours la faculté de vérifier que les travaux pour lesquels le sous-traitant demande à être rémunéré correspondent aux stipulations* ».

A l'appui de la solution proposée il relevait à juste titre les quatre considérations suivantes.

La première était tirée de ce que la loi de 1975 est destinée à atténuer le risque économique pour le sous-traitant en cas de défaillance de l'entrepreneur principal. Le mécanisme de paiement direct qu'elle met en place n'a donc pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de dessaisir le maître de l'ouvrage de son pouvoir général de contrôle de la conformité des prestations au contrat qu'il a passé.

En deuxième lieu, force est de constater que si aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit ce pouvoir de contrôle du maître de l'ouvrage, aucune ne l'exclut. Vous avez d'ailleurs jugé, postérieurement à la décision *Société Peinture Normandie*, que le maître de l'ouvrage peut contrôler le montant de la créance du sous-traitant « *même en l'absence d'opposition de l'entreprise principale au paiement de celle-ci* » et rattaché cette faculté au pouvoir général de contrôle du maître d'ouvrage : CE, 29 juin 2005, *Société des établissements Cabrol Frères*, n°265592.

En troisième lieu, s'agissant de l'étendue de ce pouvoir, vous aviez déjà admis avant *Société Peinture Normandie* que le maître de l'ouvrage doit s'assurer que le montant à payer est conforme à certaines stipulations du contrat de sous-traitance, en l'occurrence la consistance des travaux prévues par ce contrat ; le sous-traitant ne peut donc prétendre au paiement direct de travaux réalisés antérieurement : CE, 3 avril 1991, *Syndicat intercommunal d'assainissement du plateau d'Autrans-Meaudre*, n°90552, T. p. 1047.

Enfin, en termes d'opportunité, la consécration d'une absence de contrôle de la conformité des prestations aux stipulations contractuelles exposerait le maître de l'ouvrage à un risque d'entente frauduleuse entre l'entrepreneur principal et ses sous-traitants – et ce risque vaut aussi bien pour la non-exécution que pour la non-conformité des travaux.

Nous ajouterons, pour notre part, l'observation suivante.

En réalité, la distinction entre « *exécution effective* » des prestations, pour reprendre les termes de votre décision *Société Baudin Châteauneuf Dervaux* et conformité de la consistance de celles-ci au marché nous semble largement théorique. En effet, nous ne voyons pas comment l'exécution de quelque chose d'autre que ce qui a été commandé, pourrait être regardée comme valant exécution du contrat, dès lors que celui-ci a opéré des choix explicites et contraignants s'agissant des solutions techniques retenues.

Toute autre chose serait un contrôle portant sur la qualité de la prestation, c'est-à-dire sur son degré d'excellence relative, sa valeur sur une échelle de référence que constituent, par exemple, les règles de l'art. Une telle appréciation ne pourrait en effet relever que de l'entrepreneur principal, qui engage ainsi sa responsabilité vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Mais en deçà, il y a bien matière, dans le cadre du contrôle portant sur l'exécution des travaux, à vérification de leur concordance avec les stipulations contractuelles.

Votre décision permettra de préciser ce point, même si la solution nous semble consubstantielle à la jurisprudence *Société Peinture Normandie*. La formulation lapidaire de cette dernière décision ne s'explique sans doute que par la configuration d'espèce, où était en cause l'absence totale d'une partie de la prestation prévue au contrat.

4. Les arguments soulevés par le pourvoi de KFS à l'appui de la thèse inverse nous semblent, en revanche, peu convaincants.

La requérante invoque en effet, de façon assez générale, l'effet relatif des contrats et l'absence de lien entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Il en résulte, notamment, que le maître de l'ouvrage ne peut rechercher la responsabilité du sous-traitant que sur le terrain quasi-délictuel : CE 7 décembre 2015, *Commune de Bihorel*, n° 380419, p. 425.

Elle ajoute que le contrat de sous-traitance à une nature de droit privé, qui doit conduire le juge administratif à la prudence dans les appréciations portées sur son exécution.

L'entreprise cite enfin plusieurs arrêts de cours administratives d'appel, refusant au maître de l'ouvrage la possibilité de procéder à des réfections sur la somme due au sous-traitant en invoquant des défauts d'exécution (CAA Bordeaux 31 octobre 2013, *SAS JBI*, n° 12BX00098, ou encore CAA Paris 15 avril 2014, n° 13PA00178).

S'agissant de ce dernier point, nous venons de souligner la différence qui existe entre un contrôle de la qualité de l'exécution – que nous ne proposons pas – et un contrôle de conformité. Nous n'y revenons pas.

S'agissant du contrat de droit privé qui lie le sous-traitant à l'entrepreneur principal, nous nous bornerons à rappeler que sur le point qui nous occupe, son contenu reprend celui des stipulations du marché auquel la commune est partie, en s'y référant explicitement.

S'agissant enfin de l'effet relatif des contrats, nous ne sommes pas persuadés de l'opérance de l'argument. En effet, le maître de l'ouvrage ne s'immisce pas dans la relation contractuelle entre l'entrepreneur principal et son sous-traitant. Il se livre à un simple contrôle de conformité, dépourvu d'appréciations qualitatives, portant sur les prestations issues de cette relation, dans le cadre de l'application de l'acte spécial auquel lui-même et l'entrepreneur principal sont parties et dont le sous-traitant réclame l'exécution. Ajoutons, au surplus, qu'en cas de sujétions imprévues ayant donné lieu à l'exécution de travaux supplémentaires indispensables à la réalisation de l'ouvrage, le sous-traitant est en droit de requérir leur paiement direct par le maître d'ouvrage, alors même qu'ils ne figurent pas dans l'acte spécial : CE, 13 février 1987, *Société Ponticelli frères*, n° 67314, ou CE, 3 mars 2010, *Société Presspali SpA*, n° 304604, T. p. XX sur un autre point, ou encore CE, 1^{er} juillet 2015, *Régie des eaux du canal de Belletrud*, n° 383613, T. pp. 750-753. Vous ménagez donc des accommodements raisonnables avec le principe de l'effet relatif. Nous ne voyons pas de raison pour réserver ce pragmatisme au seul bénéficiaire du sous-traitant.

Vous écarterez donc ce premier moyen : la cour n'a pas commis d'erreur de droit en considérant que la commune pouvait vérifier que les travaux pour lesquels KFS demandait à être rémunérée directement étaient conformes aux stipulations du marché.

5. Les deux autres moyens seront écartés rapidement, par voie de conséquence.

La cour n'a d'abord pas commis d'erreur de droit en jugeant, au point 3 de son arrêt, qu'alors même que les travaux réalisés par la société KFS auraient été conformes aux règles de l'art, la commune était fondée à refuser de procéder au paiement direct de la somme.

Il est en effet bien évident que, si les prestations ne sont pas conformes à la commande, peut importe qu'elles satisfassent aux règles de l'art applicables à d'autres contrats.

La cour n'a pas non plus dénaturé les pièces du dossier en jugeant que les travaux ne respectaient pas les stipulations du marché qui renvoyaient directement au DTU 13-2 « fondations profondes » pour déterminer le type de pieux à installer. Il est constant, nous l'avons dit, que KFS s'est bornée à des fondations semi-profondes en se référant à une autre norme. Ce choix figurait d'ailleurs dans l'offre qu'elle avait présentée à l'entreprise Everwood – assorti de la précision que cette modification du CCTP était conditionnée à la validation préalable du bureau de contrôle et du géotechnicien. Le dossier ne contient cependant aucune approbation de ce type, pas plus de la part d'Everwood que de ses prestataires. Une supposée seconde version du CCTP, dont fait état KFS, fait toujours référence pour les pieux des fondations à une « Exécution conforme au DTU 13.2 ».

EPCMNC :

- au rejet du pourvoi ;

- à ce que la société KFS verse à la commune de Montereau-Fault-Yonne une somme 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 et au rejet des conclusions présentées par KFS sur ce même fondement.