N° 425204, Sté Fides

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 18 novembre 2019

Lecture du 2 décembre 2019

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Vous jugez de manière constante que pour bénéficier du droit au paiement direct par le maître de l'ouvrage des prestations qu'il a effectuées dans le cadre de l'exécution du marché, que lui reconnaissent les dispositions de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance (art L. 2193-10 CCP), le sous-traitant agréé doit présenter sa demande de paiement direct au maître de l'ouvrage en temps utile, c'est à dire avant l'établissement du décompte du marché principal. L'application de cette exigence par les juges du fond révèle certains flottements quant à la question de savoir si le terme de ce "temps utile" est l'envoi du décompte général par le maître de l'ouvrage au titulaire du marché ou le moment auquel l'acceptation de ce décompte général par le titulaire le rend définitif. La présente affaire, dans laquelle une cour administrative d'appel a retenu la première branche de l'alternative, vous permettra de clarifier ce point dont l'importance pratique est loin d'être négligeable.

Les faits du litige ne vous sont pas inconnus, nous vous les avons déjà exposés en 2013, mais peut-être ne les avez vous plus très nettement à l'esprit.

La société Bianco, chargée en mars 1997 de la construction, pour le département de la Haute-Savoie, d'une galerie paravalanches sur une route départementale, a sous-traité à deux sociétés, dont la société DG Construction, la réalisation d'un certain nombre de travaux.

Elle a transmis au département, le 23 octobre 1998, un projet de décompte général de l'ensemble des travaux, y compris ceux réalisés par ses sous-traitants, intégrant les surcoûts liés aux retards pris par les travaux du fait de leur interruption pendant la période hivernale et à des travaux supplémentaires. Le décompte notifié en réponse par le département non seulement excluait ces surcoûts mais infligeait à l'entrepreneur des pénalités de retard. Après avoir vainement réclamé au département le paiement de ces travaux, la société Bianco a saisi le TA de Grenoble qui, par un jugement du 23 septembre 2010, a condamné le département à payer à la société Bianco une somme correspondant aux seuls travaux supplémentaires qu'elle avait effectués, à l'exclusion de ceux réalisés par les sous-traitants. Il

a jugé que les prestations et préjudices de ces derniers, pouvant faire l'objet d'un paiement direct du maître de l'ouvrage, ne constituaient pas des créances du titulaire du marché.

La société Bianco a interjeté appel de ce jugement en tant qu'il avait rejeté une partie de ses conclusions, relatives, donc, aux demandes de ses sous-traitants. La société DG construction est intervenue devant la Cour administrative d'appel au soutien de cet appel. Après avoir admis la recevabilité de cette intervention, la Cour a, par un arrêt du 26 avril 2012, rejeté l'appel de la société Bianco, par un autre motif que celui retenu par le tribunal, tiré de ce qu'elle n'établissait pas le préjudice dont elle demandait l'indemnisation. Vous avez, par une décision du 27 mars 2013, *SELARL EMJ* (n° 360505, aux T sur ce point), rejeté le pourvoi en cassation formé par le liquidateur judiciaire de la société DG, au motif qu'un sous-traitant ne pouvait se prévaloir d'un droit auquel le litige entre le titulaire du marché et le maître de l'ouvrage était susceptible de préjudicier.

La SELARL EMJ a alors saisi le TA de Grenoble de conclusions aux fins de condamnation du département à lui payer les sommes que le titulaire du marché réclamait au titre des travaux qu'il avait sous-traité, d'un montant total de 93 661 euros. Le tribunal puis la CAA de Lyon ont successivement rejeté sa demande. La cour s'est fondée sur la circonstance que les sommes dont la SELARL EMJ, aux droits de laquelle vient à présent la société Fides, réclame le paiement n'avaient pas fait l'objet d'une demande de paiement direct au maître de l'ouvrage avant l'établissement du décompte général de la société titulaire le 7 janvier 1999 et que sa demande était par suite tardive.

Le premier moyen du pourvoi de la société Fides est dirigé contre la partie de son arrêt par laquelle la cour a indiqué la règle de droit dont elle devait faire application. Il est à la limite de l'opérance et nous ne l'évoquerons rapidement que parce qu'il nous permet de poser le cadre du litige. Après avoir cité les dispositions pertinentes de la loi de 1975 relative à la sous-traitance et des articles 115 et 186 ter du code des marchés publics, dans leur version antérieure au 9 septembre 2001 applicable au litige, elle a indiqué que pour obtenir le paiement direct par le maître de l'ouvrage, "le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et au maître de l'ouvrage". Or, comme le soutient la société requérante, l'article 186 ter du code des marchés publics disposait que la demande de paiement direct était adressée au titulaire, à charge pour lui de le transmettre au maître de l'ouvrage et que ce n'était que dans le cas où le titulaire refusait ou s'abstenait de le faire dans un délai de 15 jours, que le sous-traitant devait transmettre sa demande au maître de l'ouvrage (jurisprudence constante : CE, 28 décembre 1988, *SA Prométal*, n° 69850, au rec; 11 octobre 1999, *AP-HP*, n° 189580, aux T; 10 déc 2003, *Etbs Cabrol Frères*, n° 248773; 5 octobre 2007, *sté de viabilité*, n° 268494). Ce n'est qu'à compter de la modification de 2001 que le code des marchés publics a prévu la transmission simultanée de la demande de paiement direct au titulaire, qui doit donner son avis au maître de l'ouvrage, et à ce dernier (article 116 du CMP; art R. 2193-14 du CCP).

Cette erreur, qui n'est peut-être due qu'à une rédaction trop synthétique, n'a en tout état de cause par eu d'influence sur le motif du rejet des conclusions du sous-traitant qui est tiré de ce que sa demande de paiement direct au maître de l'ouvrage était arrivée après

l'établissement du décompte général. La cour ne s'est pas fondée sur l'absence de simultanéité de la transmission de la demande au titulaire et au maître de l'ouvrage mais sur le fait qu'elle a été transmise à ce dernier après l'établissement du décompte général. Or cette question du terme du temps utile durant lequel elle doit parvenir au maître de l'ouvrage se pose de la même manière en application des anciennes dispositions applicables au litige et de celles actuellement en vigueur.

Elle fait l'objet du second moyen du pourvoi, tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en se fondant, comme nous l'avons dit, sur le fait que les sommes dont le sous-traitant réclamait le paiement n'avait pas fait l'objet d'une demande de paiement direct au maître de l'ouvrage avant l'établissement du décompte général par ce dernier le 7 janvier 1999.

Rappelons quelques précisions terminologiques : la procédure d'établissement du décompte d'un marché organise la négociation entre le titulaire et le maître de l'ouvrage pour l'établissement définitif de leurs droits et obligations nées de l'exécution du marché. Elle se déroule en plusieurs phases, précisément décrites par le CCAG : le titulaire établit un projet de décompte final qui formule ses créances et le notifie au maître de l'ouvrage par l'intermédiaire du maître d'œuvre ; sur proposition de ce dernier, le maître de l'ouvrage arrête un projet de décompte général, qui comporte éventuellement des pénalités de retard ou les créances qu'il estime avoir sur le titulaire, au titre de sa responsabilité contractuelle. Ce projet est envoyé au titulaire qui soit l'accepte, et il devient alors le décompte général et définitif, soit le conteste, faisant obstacle à ce qu'il devienne définitif sur les postes contestés (sur cette précision, voyez CE, 6 novembre 2013, *Région Auvergne*, n° 361837).

La question que vous devez trancher est celle de savoir si le sous-traitant peut encore transmettre sa demande de paiement au maître de l'ouvrage postérieurement à la notification au titulaire du décompte général mais avant que celui-ci soit devenu définitif par l'effet de l'accord du titulaire, expresse ou tacite.

Nous n'avons trouvé que deux décisions, non fichées sur ce point, qui font application de cette règle, sans se prononcer précisément sur la situation que vous devez régler. La première est une décision *société Jacqmin* du 3 juin 2005 (n° 275061, aux T sur un autre point) qui juge qu'une demande a été présentée en temps utile après avoir relevé qu'elle l'avait été avant la notification au titulaire du décompte général et définitif. Cette formulation est ambiguë car ce qui est notifié au titulaire est en principe le décompte général et non le décompte définitif, qui résulte de son acceptation. La seconde est plus récente et plus claire : il s'agit de la décision *société Colas Ile-de-France* du 23 octobre 2017 (n° 410235) qui affirme "qu'une demande adressée avant l'établissement du décompte général et définitif du marché doit être regardée comme effectuée en temps utile". Mais vous n'avez pas, par cette formulation, entendu répondre à la question qui se pose à vous aujourd'hui de la demande parvenue postérieurement à la notification du décompte général, le maître de l'ouvrage ayant, dans cette affaire, payé le titulaire avant même d'avoir établi le projet de décompte général. Cette décision, au demeurant inédite, ne nous paraît donc pas constituer un précédent par rapport auquel vous devriez vous positionner aujourd'hui.

La question est donc très ouverte et l'hésitation permise. Ce n'est certainement pas la garantie du droit à un recours juridictionnel effectif reconnu par la CEDH, dont se prévaut de manière tout à fait inopérante la requérante, qui peut permettre de la trancher.

La règle selon laquelle la demande de paiement direct doit intervenir avant l'établissement du décompte a pour fonction de permettre au maître de l'ouvrage d'intégrer dans le décompte le prix de la prestation du sous-traitant qu'il a réellement payé, et pas seulement celui qu'indique le titulaire dans son projet de décompte final.

Il est donc certain que la demande de paiement direct doit intervenir avant que le décompte général devienne définitif du fait de son acceptation par le titulaire. Le principe de l'intangibilité du décompte définitif fait obstacle à ce que les créances qu'il consacre soient ultérieurement remises en cause, en l'absence de fraude ou d'erreur matérielle. Par ailleurs, le paiement direct est un droit pour le sous-traitant et une obligation pour le maître de l'ouvrage, si les prestations ont été correctement effectuées. Permettre le paiement direct du sous-traitant après que le décompte est devenu définitif présenterait donc le risque que le maître de l'ouvrage se trouve obligé de payer une prestation exécutée par un sous-traitant que le titulaire aurait inscrite dans son projet de décompte final pour un montant plus élevé et que le maître de l'ouvrage, en l'absence de demande de paiement direct parvenue avant l'acceptation du décompte, n'aurait pas contestée.

La question de savoir si cette demande parvient en temps utile au maître de l'ouvrage alors qu'il a déjà notifié le décompte général au titulaire est plus délicate. Y répondre par l'affirmative implique d'admettre que le maître de l'ouvrage puisse alors notifier un décompte général modificatif pour prendre éventuellement en compte cette demande de paiement direct, au cas où il en ressortirait que le prix de la prestation effectuée par le sous-traitant est inférieure à celle inscrite dans le projet de décompte. Ce n'est pas impossible, mais cela nous paraît compliqué. Car la réception d'une demande de paiement direct déclenche un échange entre le maître de l'ouvrage et le titulaire qui doit approuver le montant figurant dans cette demande. Il dispose d'un délai réglementaire de quinze jours pour ce faire (art R 2193-12 CCP). Or, à partir du moment où le décompte général a été notifié au titulaire, celui-ci peut l'accepter à tout moment. Il lui suffirait ainsi d'accepter le décompte dans ce délai de 15 jours pour faire échec à la possibilité pour le maître de l'ouvrage de lui notifier un décompte général rectificatif pour tenir compte de la demande de paiement direct.

De manière plus générale, même si nous ne voyons pas d'obstacle textuel à une telle pratique, la possibilité de notifier un décompte général modificatif ne nous paraît pas très opportune. La procédure d'établissement du décompte est très normée, avec des délais contraignants qui peuvent aujourd'hui conduire à des acceptations tacites, de sorte que, sauf pour rectifier une erreur matérielle, la règle devrait être qu'un projet notifié, qu'il s'agisse du décompte final ou du décompte général, qui peut être accepté à tout moment, l'est définitivement, sans que son émetteur puisse revenir dessus.

Nous pensons donc que le temps utile pour qu'une demande de paiement direct puisse être prise en compte dans l'établissement du décompte est qu'elle parvienne au maître de l'ouvrage avant qu'il ait notifié le décompte général au titulaire.

Cette solution est certes légèrement moins favorable au sous-traitant que le terme de la procédure d'établissement du décompte. Mais le sous-traitant, qui a nécessairement effectué ses prestations avant la réception des ouvrages et parfois, pour ceux qui n'interviennent pas à la fin des opérations, bien avant, n'a aucune raison valable de ne pas transmettre sa demande de paiement direct immédiatement après avoir achevé sa part dans l'exécution du marché. Il a donc largement le temps d'envoyer en temps utile sa demande pendant la période au cours de laquelle ont lieu les opérations de réception des travaux, la préparation et l'envoi par le titulaire de son projet de décompte final et la préparation du projet de décompte général par le maître de l'ouvrage. Le sous-traitant qui n'a pas transmis sa demande de paiement direct avant la notification du décompte général, même s'il n'a pas de visibilité sur cette procédure, fait à nos yeux preuve d'une négligence qui ne mérite pas de prendre le risque de perturber la procédure d'établissement du décompte dans sa phase finale pour lui permettre de le faire.

Deux précisions pour finir : la première pour rappeler qu'en transmettant trop tard sa demande au maître de l'ouvrage il ne perd pas son droit au paiement de ses prétentions par le titulaire, son cocontractant, mais seulement la possibilité de l'obtenir du maître de l'ouvrage. Si vous nous suivez, cette solution devrait inciter les sous-traitants à transmettre le plus tôt possible leurs demandes de paiement au maître de l'ouvrage, ce qui ne peut avoir que des avantages.

La seconde pour souligner que la tardiveté de la transmission de la demande de paiement direct n'empêche pas le maître de l'ouvrage de payer directement le sous-traitant. Elle fait seulement obstacle à ce que le paiement qu'il aura pu faire au titulaire soit considéré comme fautif et à ce qu'il soit obligé de payer tout de même le sous-traitant. Mais, tant qu'il n'a pas payé le titulaire, et si la demande de paiement direct ne rencontre aucune objection de la part de ce dernier, il doit y faire droit à quelque moment qu'elle lui parvienne. Au cas où cette somme aurait été inscrite au crédit du titulaire dans le décompte devenu définitif, il serait prudent de la part du maître de l'ouvrage d'obtenir du titulaire qu'il accepte une modification du décompte sur ce point avant de payer le sous-traitant, pour que le titulaire ne lui oppose pas ensuite le décompte définitif pour l'obliger à lui verser cette somme.

Nous nous sommes enfin demandés si cette règle générale devait jouer en cas de contestation du décompte général par le titulaire, contestation qui fait obstacle à ce qu'il devienne définitif. Là encore non sans hésitations, nous pensons qu'elle doit s'appliquer.

Certes, la contestation du décompte général sur certains points ouvre une phase de règlement amiable puis éventuellement contentieux du différend pendant laquelle on pourrait admettre que le sous-traitant produise sa demande afin qu'elle soit prise en compte par les parties dans le cadre de leurs échanges. Mais, comme précédemment, permettre cette transmission tardive nous semble introduire de la complexité dans le déroulement d'un processus qui l'est déjà, puisqu'il donne lieu à un différend, pour traiter une demande qui traduit une négligence du sous-traitant. Il nous semble donc plus clair et plus simple que le droit du sous-traitant au paiement direct ne soit garanti que jusqu'à la notification par le maître de l'ouvrage du projet de décompte général. Elle ne sera pas impossible ensuite, dans

le même cas que nous venons d'évoquer, mais il ne pourra simplement pas reprocher au maître de l'ouvrage d'avoir payé au titulaire sans attendre sa demande de paiement direct.

Si vous partagez cet avis, vous jugerez que la cour n'a pas commis d'erreur de droit en appréciant la transmission de la demande de paiement direct en temps utile au regard de la date de notification du décompte général et rejetterez le pourvoi.

Vous pourrez mettre à la charge de la société Fides le versement au département de la Haute-Savoie d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.

Tel est le sens de nos conclusions.