

N° 462211 – Centre hospitalier de Capesterre-Belle-Eau
N° 462213 – Centre hospitalier de Capesterre-Belle-Eau

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 19 avril 2023
Lecture du 1^{er} juin 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas Labrune, rapporteur public

Les pourvois qui viennent d'être appelés vont vous conduire à mettre un point final au feuillet contentieux qui oppose depuis plus de dix ans le centre hospitalier de Capesterre-Belle-Eau, en Guadeloupe, aux sociétés Savima et Alu Couleur. Ce faisant, vous achèverez de préciser comment un maître d'ouvrage peut récupérer les avances versées à des sous-traitants dans l'hypothèse où il résilie un marché en cours d'exécution.

Un rappel des épisodes précédents n'est sans doute pas inutile pour commencer. L'histoire a commencé en 2006, lorsque le centre hospitalier de Capesterre-Belle-Eau a confié un marché de conception-réalisation à la société Alfa Bâtiment, agissant en qualité de mandataire d'un groupement d'entreprises, pour la construction d'un nouvel hôpital local. Dans ce cadre, le centre hospitalier a accepté la société Savima et la société Alu Couleur en qualité de sous-traitants pour l'exécution d'une partie du lot 4-4 « menuiserie extérieure brise soleil » et agréé leurs conditions de paiement pour des montants maximum d'environ 2 millions d'euros s'agissant de la première et 330 000 euros s'agissant de la seconde.

Conformément à leur demande, chacune de ces sociétés a obtenu une avance forfaitaire de 20 % du montant des travaux sous-traités, soit un peu plus de 446 000 euros pour l'une et de 72 000 euros pour l'autre. Vous savez en effet que l'article 87 du code des marchés publics, alors applicable et désormais repris à l'article R. 2191-3 du code de la commande publique, prévoit la possibilité pour le titulaire du marché d'obtenir des avances forfaitaires. Ce mécanisme d'avance et les règles qui le régissent ont été étendues aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct par l'article 115 du code des marchés publics (et, désormais, par les articles R. 2193-17 et suivants du code de la commande publique). Comme le précise la documentation des services du ministère de l'économie, l'avance « *facilite l'exécution des marchés publics et assure un égal accès à ces contrats à toutes les entreprises, qu'elles disposent ou ne disposent pas d'une trésorerie suffisante pour débiter l'exécution des prestations* ». Par ailleurs, « *le recours à ce préfinancement (...) améliore les conditions de la mise en concurrence et doit créer une économie pour l'acheteur* » puisque « *les titulaires ne seront (...) pas contraints de chercher un préfinancement et ne répercuteront pas cette charge dans le prix de leur offre* ».

A la suite de difficultés financières de la société Alfa, le chantier du nouvel hôpital s'est arrêté et le centre hospitalier a fini par résilier le marché, le 10 juin 2011, au tort de son co-contractant. Au moment de la résiliation, des prestations avaient déjà été exécutées par les

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

sociétés Savima et Alu Couleur, qui avaient perçues respectivement, à titre d'acompte, des sommes de 814 988 et 145 663 euros. Toutefois, comme ces montants demeuraient inférieurs à 65% du montant total des travaux dont elles avaient la charge, aucun remboursement des avances n'avait été pratiqué.

En effet, en vertu de l'article 88 du code des marchés publics et désormais des articles R. 2191-11 et R. 2191-12 du code de la commande publique, dans le silence du contrat, le remboursement des avances s'effectue par précompte du pouvoir adjudicateur sur les règlements partiels ou totaux des sommes dues au titulaire du marché ou au sous-traitant mais uniquement à partir du moment où le montant des prestations exécutées dépasse 65% du montant des prestations à sa charge. Ce remboursement par précompte doit en outre être achevé au plus tard lorsque le taux d'exécution des prestations atteint 80%. Relevons que l'article 6.3 du CCAP applicable en l'espèce reprend en substance ces règles tandis que la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance n'aborde pas, quant à elle, cette question.

C'est donc pour récupérer les avances qu'il avait versées aux deux sociétés sous-traitantes que le centre hospitalier a émis à leur encontre deux titres de recettes rendus exécutoires les 7 octobre 2011 et 4 décembre 2012. Les sociétés ont toutefois estimé qu'elles étaient fondées à conserver les sommes avancées alors même qu'elles n'avaient pas achevé les travaux et ont contesté ces titres exécutoires devant le tribunal administratif de Guadeloupe, posant ainsi la question à laquelle vous finirez de répondre aujourd'hui : le maître d'ouvrage peut-il, sur quel fondement et selon quelles modalités, récupérer des avances versées à un sous-traitant lorsqu'il a résilié le marché avant d'entrer dans le « corridor » d'exécution des prestations dans lequel les avances sont normalement remboursées ?

Le tribunal administratif, puis la cour administrative d'appel de Bordeaux, ont rejeté les requêtes des deux sociétés, en estimant que l'acheteur public pouvait bel et bien récupérer les avances qu'il avait versées. Le tribunal fondait l'action de celui-ci sur la répétition de l'indu, la cour sur l'enrichissement sans cause. Mais, par deux décisions du 4 mars 2020 (n° 423443, T. pp. 832-835 et n° 423447, inédite) vous avez écarté ces deux fondements, en considérant qu'il ne pouvait y avoir répétition de l'indu - puisque les avances n'ont pas été versées par erreur et que leur versement était initialement justifié - et qu'il ne pouvait y avoir enrichissement sans cause - puisque les avances avaient bel et bien une cause : le marché, même s'il a été résilié, n'a pas disparu rétroactivement ; les contrats de sous-traitance et les agréments par le maître d'ouvrage, même s'ils ne peuvent plus être exécutés, existent toujours eux aussi. Vous avez, pour votre part, fondé l'action du maître d'ouvrage sur les articles 88 et 115 du code des marchés publics et jugé qu'il pouvait obtenir le remboursement de l'avance versée au titulaire du marché ou à son sous-traitant « *sous réserve des dépenses qu'ils ont exposées et qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées* ». Vous avez donc annulé les arrêts de la cour Bordeaux et lui avez renvoyé les affaires.

Statuant une seconde fois, après cassation, la cour a, cette fois-ci, annulé les titres exécutoires, au motif que les créances n'étaient pas certaines et exigibles. La cour a en effet jugé qu'« il appartenait au centre hospitalier (...) d'établir un décompte de résiliation du marché à l'occasion duquel il serait procédé, pour faire apparaître une créance certaine et exigible, au

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

mécanisme de précompte prévu aux articles 88 et 115 du code des marchés publics afin d'obtenir le remboursement de l'avance forfaitaire consentie ». Il nous semble que cette rédaction de la cour traduit sa perplexité devant le fait que le remboursement, en application de vos décisions de 2020, est fondé sur ces articles du code des marchés publics alors même que les modalités de remboursement que ces articles organisent ne sont, à l'évidence, pas adaptées au cas où le marché est résilié en début d'exécution. La cour a donc essayé, pensons-nous, de se raccrocher au fait que l'article 88 du code des marchés publics évoque le remboursement par précompte « *sur les sommes dues à titre d'acomptes ou de règlement partiel définitif ou de solde* » : elle a voulu, en exigeant un décompte de résiliation, établissant le solde du marché, faire apparaître un règlement définitif sur lequel imputer le remboursement des avances.

Mais elle a, ce faisant, ouvert la voie au moyen de cassation qu'articulent à l'identique les deux nouveaux pourvois dont vous êtes saisis aujourd'hui par le centre hospitalier, qui voit une erreur de droit dans le fait d'avoir subordonné le remboursement des avances forfaitaires à l'établissement d'un décompte de résiliation du marché.

Si les titres exécutoires en litige avaient été dirigés non pas contre des sous-traitants mais contre le titulaire du marché, nous pensons que la cour aurait pu exiger à bon droit l'établissement préalable d'un décompte. Il n'est pas besoin de vous rappeler que vous admettez, par dérogation à votre célèbre jurisprudence *Préfet de l'Eure* (30 mai 1913, n° 49241, p. 583)¹, que l'administration qui souhaite recouvrer une créance contractuelle puisse, au choix, soit saisir le juge soit émettre elle-même un titre exécutoire (voyez, entre autres exemples CE, 26 décembre 1924, *Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain*, p. 1065 ; CE Section, 5 novembre 1982, *Sté Propétrol*, n° 19413, p. 380 ou, pour un rappel récent, CE, 10 juillet 2020, *Commune de la Remaudière*, n° 429522, T. p. 840)². Mais l'administration ne peut choisir cette dernière option, le titre exécutoire, que si les conditions pour émettre un tel titre sont réunies : il faut que la créance soit certaine, liquide et exigible. Or, lorsque le contrat prévoit l'établissement d'un décompte général et définitif – et c'est notamment le cas si le marché renvoie au CCAG Travaux - lorsque le contrat prévoit l'établissement d'un décompte général et définitif, donc, une créance contractuelle ne présente pas un caractère certain et exigible en l'absence de décompte régulièrement établi et ne saurait par conséquent, en pareil cas, faire l'objet d'un titre exécutoire. Vous l'avez jugé par votre décision du 27 octobre 2010, *Centre hospitalier des Quatre villes* (n° 332056, T. p. 852). C'est sur un autre point que cette décision est fichée, ce qui explique d'ailleurs sans doute l'existence de quelques décisions divergentes des juges du fond³, mais il n'en reste pas moins que vous avez tranché la

¹ Laquelle a consacré l'idée que l'administration n'est pas recevable à solliciter du juge le prononcé de mesures qu'elle peut-elle-même prendre

² Voir également CE, 24 février 2016, *Département de l'Eure*, n° 395194, p. 44 ou CE, 15 décembre 2017, *Société Ryanair Designated Activity Company et société Airport Marketing Services Limited*, n° 408550, aux Tables pp. 683-731.

³ Si la jurisprudence *Centre hospitalier des Quatre villes* semble majoritairement appliquée par les juges du fond (voir par exemple CAA Paris 4 octobre 2013, n° 10PA01260 Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 314, obs. M. Ubaud-Bergeron ; ou CAA Nancy 28 mai 2019, n° 18NC00501 et 18NC00502, Cne Gandrange (...) Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 262, note M. Ubaud-Bergeron), on trouve néanmoins des arrêts en sens inverse (et, si CAA Nancy 3 décembre 2009, n° 08NC00242, est antérieur à la décision *Centre hospitalier des Quatre villes*, ce n'est pas le cas de CAA Paris 22 juin 2018 n° 17PA02717)

question. Et nous ne voyons aucune raison de remettre en cause la solution que vous avez retenue dans ce précédent de 2010, au contraire. Cette solution, tout d'abord, n'était pas une innovation puisqu'elle constitue en réalité une reprise de ce que vous aviez déjà jugé dans une décision de Section *Ministre de l'Economie et des Finances c/ Société Heurtey* du 28 janvier 1977 (n° 99449, p. 50), décision certes bien plus connue pour les autres points qu'elle tranche. Et cette solution, surtout, nous semble découler logiquement du principe d'unicité du décompte en vertu duquel, selon la formule classique de votre jurisprudence « *l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché, notamment de travaux publics, est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte général et définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties* » (CE 8 décembre 1961, *Sté Nouvelle Compagnie générale des travaux*, p. 701 ; CE, 4 décembre 1987, *Commune de Ricamarie*, p. 399 ; CE, 2 avril 2004, *Sté Imhoff*, n° 257392, p. 149)⁴.

Si les titres exécutoires avaient été dirigés contre le titulaire du marché, donc, nous n'aurions eu aucun doute à vous proposer de juger que la légalité de ces titres était subordonnée à l'établissement d'un décompte de résiliation, dans la mesure où le CCAG Travaux, qui prévoit un tel décompte, est bien applicable au marché en litige. Mais, c'est contre deux sous-traitants que ces titres ont été émis et la question se pose donc bien différemment. En effet, vous le savez, le décompte est un acte contractuel qu'aucune norme supérieure au marché n'impose et, si les parties peuvent convenir d'en établir un, elles n'y sont pas tenues (CE, 3 novembre 2014, *Société Bancillon*, n°372040, T. p. 743 ; CE, 12 novembre 2015, *Société Linagora* n° 384052, T. pp. 753-759-827). Et, par ailleurs, vous le savez aussi, l'acceptation par le maître d'ouvrage des sous-traitants n'a d'autre objet que de garantir à ces derniers un paiement direct et ne crée entre eux aucun lien contractuel, le sous-traitant n'ayant d'obligation, en ce qui concerne l'exécution du marché, qu'envers le titulaire (voyez entre autres CE, 28 juillet 1951 *Société La Callendrite*, p. 465 ; CE, 6 mars 1987, *O.P.H.L.M. de Châtillon-sous-Bagneux*, n° 37731, T. p. 824 ; CE 11 juillet 1988, *Chambre des métiers d'Ille-et-Vilaine*, T. p. 900)⁵. Il ne saurait donc y avoir de décompte entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. Quant au décompte entre le maître d'ouvrage et le titulaire du marché, il constitue certes le terme avant lequel la demande de paiement direct doit être adressée par le sous-traitant (CE, 2 décembre 2019, *Société Fides*, n° 425204, T. p. 827), mais il est sans aucune incidence sur le paiement direct du sous-traitant agréé, qui est un droit pour ce dernier et une obligation pour l'acheteur. C'est bien pour cela que vous avez jugé que le paiement au titulaire de prestations effectuées par le sous-traitant ne libérait pas le maître d'ouvrage de son obligation de payer directement le sous-traitant (CE, 3 novembre 1989, *SA Jean-Michel*, T. p. 782 ; ou, pour une confirmation plus récente, CE, 23 octobre 2017, *Société Colas Ile-de-France Normandie*, n° 410235, inédite)⁶. Et c'est aussi pour cette raison qu'un arrêt de cour, qui a eu les honneurs des tables du Recueil, a précisé que le décompte général et définitif d'un marché n'était pas opposable au sous-traitant admis au paiement direct (CAA Bordeaux, 12

⁴ Voir aussi CE, 12 mai 1982, *SAPRR*, p. 175 ; CE, 21 juin 1999, *Banque populaire Bretagne Atlantique*, n° 151917, p. 206 ; ou encore CE, 20 mars 2013, *CH de Versailles*, n° 357636, T. p. 698

⁵ Voir aussi CE, 5 juin 1957, *Société Georges et Cie*, p. 382 ; CE, Section 24 mai 1974, *Société Paul Millet et Cie*, p. 310 ; CE, 2 février 1979, *Société "Entreprise Roul"*, T. p. 798 ;

⁶ Voir aussi CE, 17 octobre 2003, *Commune de Chalabre*, n° 232241, inédite

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

décembre 1995, *Commune d'Agen et société d'aménagement de Lot-et-Garonne (SEM 47)*, n°94BX01680, 94BX01693, T. p. 902). Ainsi, au total, nous ne voyons aucun texte ni aucun principe, et, en définitive, aucune raison, que l'exigibilité d'une créance que détient le maître d'ouvrage sur le sous-traitant soit subordonnée à l'établissement préalable d'un décompte, et ce d'une façon générale, donc *a fortiori*, en particulier, lorsqu'est en cause comme en l'espèce le remboursement d'avances. En jugeant le contraire, nous pensons que la cour a commis l'erreur de droit qui lui est reprochée et que vous devrez, pour ce motif, annuler ses arrêts.

Il vous faudra, puisqu'il s'agira d'une seconde cassation, régler les affaires au fond.

Vous écarterez sans peine les moyens qui critiquent la régularité du jugement du TA. En effet, alors que les sociétés requérantes se prévalaient, à l'appui de leurs demandes, de l'absence de tout lien contractuel avec le centre hospitalier, le tribunal a écarté ce moyen en relevant que cette circonstance ne faisait pas obstacle à ce que l'hôpital, en qualité de maître de l'ouvrage et dans le cadre d'une action extra-contractuelle, réclame à ses sous-traitants le remboursement des sommes versées à titre d'avances forfaitaires. Mais, contrairement à ce qui est soutenu, nous ne croyons pas que le tribunal ait, ce faisant, soulevé d'office un moyen qui n'est pas d'ordre public. Il s'est, tout simplement, borné à exercer son office, en répondant au moyen dont il était saisi. A titre de comparaison, vous savez que le juge administratif, saisi de conclusions mettant en jeu la responsabilité de la puissance publique, ne soulève pas d'office un moyen d'ordre public lorsqu'il constate qu'une des conditions d'engagement de la responsabilité n'est pas remplie et cela alors même qu'il fonde ce constat sur des dispositions législatives ou réglementaires non invoquées en défense (CE, 30 novembre 2005, *A...et autres*, n° 269546, T. p. 1059).

Vous penchant ensuite sur le bien-fondé du jugement attaqué, vous devrez faire vous-même application des principes que vous avez dégagés lors de la première cassation. Rappelons que vous avez consacré à cette occasion, lorsque le marché est résilié précocément, une action extra-contractuelle spécifique du maître d'ouvrage contre le sous-traitant⁷, qui constitue en quelque sorte le miroir du mécanisme d'avance. Et, si cette action en récupération des avances a un fondement légal et réglementaire, dans les articles 88 et 115 du code des marchés publics, il ne faut pas en déduire pour autant que ce sont les dispositions de ces articles qui décriraient précisément les modalités de cette action en récupération. Plus simplement, la solution que vous avez retenue est que le maître d'ouvrage peut obtenir le remboursement de toutes les avances qu'il a consenties, déduction faite des seules dépenses des sous-traitants « qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées ». Ce

⁷ A noter que l'existence d'une voie d'action directe contre les sous-traitants n'est en rien exclue par principe. On trouve en effet dans la jurisprudence des exemples dans lesquels l'action à l'encontre des sous-traitants a été reconnue, sous certaines conditions, à la suite de la décision *Commune de Bihorel* (CE, 7 décembre 2015, n° 380419, p. 425, s'agissant de l'action du maître d'ouvrage à l'encontre des différents participants à une opération). Il a ainsi été retenu 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 (CE, 9 juin 2017, *Société Keller Fondations spéciales*, n° 396358, T. p. 674 ; CE, 28 avril 2000, *Société Peinture Normandie*, n° 181604, p. 162 ; CE, 26 juillet 2018, *Société Axa France Iard et société Simon Bonis*, n° 415139, T. pp. 775-829).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

critère particulier de déductibilité, plus large que le critère d'utilité pour la personne publique des dépenses - que vous mobilisez lorsqu'il est question d'enrichissement sans cause - montre d'ailleurs bien le caractère *sui generis* de la voie d'action que vous avez reconnue.

Le principe même des titres exécutoires ne pose aucune difficulté compte tenu de ce que nous vous avons déjà exposé : d'une part, la circonstance que les avances n'aient pas pu être remboursées par précompte sur les prestations dues, comme cela aurait été le cas si le marché n'avait pas été résilié, ne fait aucunement obstacle à ce que le maître d'ouvrage puisse en obtenir le remboursement par la voie d'action que vous avez consacrée et, d'autre part, il résulte du motif de cassation des arrêts que les créances du centre hospitalier peuvent être certaines et exigibles sans que l'établissement du décompte de résiliation du marché ait d'incidence à cet égard.

Reste à examiner le montant des créances en cause. En effet, si le montant des avances versées par le centre hospitalier à ses sous-traitants n'est pas contesté, les sociétés se prévalent de plusieurs dépenses dont elles soutiennent qu'elles devraient venir en déduction des sommes à rembourser.

La société Alu Couleur, si elle écrit se réserver la possibilité de chiffrer l'indemnisation du préjudice qu'elle a subi du fait de la résiliation, n'invoque qu'une somme de 7 845 euros, au titre de la retenue de garantie qui a été prélevée sur les acomptes qu'elle a perçus à raison des prestations réalisées avant la résiliation du marché.

Mais la société Savima, quant à elle, se prévaut non seulement de la retenue de garantie sur les acomptes qu'elle a reçus, à hauteur de 47 034 euros, mais également de plusieurs créances indemnitaires :

- 432 584 euros au titre de sa perte de marge brute du fait de la résiliation du marché ;
- 120 960 euros au titre des coûts qu'elle a engagés pour stocker, après l'arrêt du chantier, du matériel qu'elle avait acquis en prévision de l'exécution du marché ;
- Enfin, 11 454 euros au titre de ceux des frais d'étude qu'elle avait engagés pour le marché et qui correspondent aux travaux non réalisés⁸.

Mais nous pensons qu'à part les retenues de garantie – sur lesquelles nous reviendrons dans un instant – aucune de ces sommes ne doit venir en déduction des avances à rembourser à l'acheteur public. Ces sommes, en effet, ne vérifient pas le critère que vous avez posé lors de la première cassation : elles ne constituent aucunement des dépenses exposées par les sous-traitants et « *qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées* ». Ces sommes correspondent, en réalité, à des demandes indemnitaires des sous-traitants qui pourraient, le cas échéant, faire l'objet d'un autre litige, lequel devrait d'ailleurs les opposer plutôt au titulaire du marché qu'au maître d'ouvrage. Vous avez en effet jugé, lors de votre première cassation, qu'« *en cas de résiliation pour faute du marché, le remboursement de l'avance par le sous-traitant ne fait pas obstacle à ce que celui-ci engage une action contre le titulaire du marché et lui demande, le cas échéant, réparation du*

⁸ La part de ces frais d'étude correspondant aux travaux réalisés ayant été couvert par les acomptes versés

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

préjudice que cette résiliation lui a causé à raison des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations prévues initialement au marché. »

Par ailleurs, outre que ces sommes dont se prévalent les sociétés ne correspondent pas à des prestations effectivement réalisées, il ne saurait être question d'envisager une compensation entre ces sommes et les créances détenues par le centre hospitalier sur les sous-traitants au titre des avances. Vous savez en effet qu'une jurisprudence très ancienne dénie aux créanciers de l'administration la possibilité de lui opposer la compensation (voyez entre autres CE, 11 février 1898, *B...* p. 111 ; CE Section, 18 juin 1976, *Dame C...*p. 320 et, plus récemment, mentionnant un « principe de non compensation des créances publiques » ; CE, 26 juillet 2011, *MM D...*, n°322234, T. pp. 857-1154)⁹. Le droit des marchés déroge pour partie à ce principe, puisqu'il y a contraction des dettes au moment de l'établissement du décompte, mais cette dérogation, fondée sur l'unicité de compte, ne joue que pour les créances contractuelles et, donc pas, comme en l'espèce entre un acheteur public et un sous-traitant. Enfin, précisons que le principe de non-compensation présente un caractère d'ordre public (CE, 29 mai 1963, *E...*, T. p. 965) et que la cour avait bien communiqué aux parties ce moyen de défense qu'elle entendait relever.

Venons-en au cas, plus délicat, des retenues de garantie opérées sur les acomptes perçus par les sous-traitants à raison des prestations réalisées avant la résiliation du marché. L'article 101 du code des marchés publics alors applicable – et désormais les articles R. 2191-32 et suivants du code de la commande publique - disposent en effet que le marché peut prévoir qu'une retenue de garantie est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance, dans la limite de 5% des sommes dues. Cette retenue a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie et doit être remboursée, en application de l'article 103, un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie¹⁰.

Nous pensons que la retenue de garantie prélevée sur des sommes versées au titre de prestations exécutées avant la résiliation du marché doit être regardée comme faisant partie intégrante des dépenses correspondant à des « *prestations prévues au marché et effectivement réalisées* », et doit donc venir en déduction des avances à rembourser au maître d'ouvrage. Il nous semble, en effet, que cette retenue de garantie, même si elle n'a pas été décaissée par le maître d'ouvrage, est bel et bien due au sous-traitant à raison des prestations qu'il a exécutées, sauf dans l'hypothèse où le maître d'ouvrage émettrait des réserves. Les textes sont en ce sens : couvrir les éventuelles réserves est le « seul objet » de cette retenue qui, sinon, « doit être remboursée ». Et vous avez d'ailleurs une conception très restrictive des cas où la retenue

⁹ Voir aussi par exemple CE, 13 février 1935, *F...*, p. 181 ; CE, 24 avril 1968, *Compagnie de Navigation Denis frères et autres*, p. 257 ; CE, 23 avril 1975, *SCI le Clos des Loges*, p. 259 ou encore CE, 23 mai 2012, *Société SPIE SCGPM*, n° 346352, T. pp. 854-927-928-930. Nous renvoyons aux conclusions du Pdt Boulouis sur cette dernière décision pour un panorama complet du principe de non-compensation

¹⁰ Notons que ces articles ne traitent en réalité que du cas de la retenue de garantie à la charge du titulaire, et que, sauf erreur, aucune disposition ne prévoit qu'ils sont applicables aux sous-traitants. Mais le mécanisme de la retenue de garantie peut bien être prévu, selon des modalités similaires, dans les conditions de paiement du sous-traitant que le pouvoir adjudicateur doit agréer. En l'espèce, il est en tout cas constant qu'une retenue de garantie a bien été pratiquée sur les acomptes versés aux sous-traitants par le centre hospitalier

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

de garantie n'est pas due : un désordre mineur ne permettant pas au maître d'ouvrage de refuser la réception définitive ne justifie ainsi pas que le maître d'ouvrage conserve la retenue (CE, 27 mai 1983, *Commune de La Queue-en-Brie*, n° 23757, 35285, T. p. 783), pas plus qu'un manquement de l'entrepreneur à son obligation d'assurance (CE, 2 juin 1989, *Ville de Boissy-Saint-Léger c/ Société Nouvelle de Constructions Industrialisées*, n° 65631, T. pp. 782-785). Tout cela est cohérent avec le fait que « *le prix constitue dans son entier, y compris la retenue de garantie pratiquée par le maître de l'ouvrage (...) une créance sur le maître de l'ouvrage* ». Vous l'avez jugé, certes à propos d'un marché d'entreprise et non d'un marché public – mais le raisonnement nous semble transposable – par votre décision du 12 mai 1980 *SARL X* (n° 11176, T. p. 682). Si vous nous suivez, vous jugerez donc que les retenues de garantie dont se prévalent les sociétés sous-traitantes peuvent bien être déduites des avances à rembourser au centre hospitalier. Mais c'est dans cette seule mesure que vous ferez droit à leurs conclusions.

PCMNC :

- à l'annulation des deux arrêts attaqués ;
- à l'annulation à hauteur de 47 034,26 euros du titre de recettes n° 212477 rendu exécutoire le 4 décembre 2012 et à ce que la société Savima soit déchargée de l'obligation de payer cette somme ;
- à l'annulation à hauteur de 7 845,07 euros du titre de recettes n° 211942 rendu exécutoire le 7 octobre 2011 et à ce que la société Alu Couleur soit déchargée de l'obligation de payer cette somme ;
- à ce que les jugements du tribunal administratif soient réformés en ce qu'ils ont de contraire à ce qui précède ;
- au rejet du surplus des conclusions des sociétés requérantes et des conclusions présentées par les parties au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.