

## CONCLUSIONS

### M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée va vous conduire à préciser la définition du sous-traitant, en dégagant les critères permettant de le distinguer du fournisseur.

La commune de Viry-Châtillon a conclu avec la société S3C Construction un marché public de travaux portant notamment sur la réhabilitation de trois écoles maternelles. Par un acte spécial signé par la commune, cette société a confié à la société Maugin la fabrication de menuiseries, pour un montant d'un peu plus de 176 000 euros TTC. La commune a ainsi émis en faveur de la société Maugin, en cours d'exécution, plusieurs mandats de paiement. Le litige dont vous êtes saisi aujourd'hui est né de la décision de la société titulaire du marché, le 14 janvier 2014, de modifier l'acte spécial pour réduire le montant des sommes dues au vu de l'exécution des prestations et ramener ce montant aux sommes déjà payées par la commune. Après avoir vainement demandé à la société titulaire de revenir sur cette décision, la société Maugin a sollicité de la commune le paiement direct du solde des prestations qu'elle avait effectuées. Le refus de la commune a alors conduit la société à saisir la juridiction administrative.

Le débat, devant les juges du fond, n'a en réalité pas tellement porté sur la modification de l'acte spécial. Il faut dire qu'il n'y avait aucun doute à avoir quant à l'illégalité de cette modification : l'acte spécial ne peut être modifié que pour tenir compte de la modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume ou au montant des prestations dont le sous-traitant assure l'exécution, vous l'avez jugé par votre décision du 27 janvier 2017, *Société Baudin Châteauneuf Dervaux* (n° 397311, T. p. 674). C'est donc sur une question plus principielle que ce sont surtout concentrées les discussions contentieuses : la société Maugin avait-elle la qualité de sous-traitant, seule à même de lui ouvrir le droit au paiement direct de ses prestations, ou n'était-elle qu'un fournisseur, insusceptible de bénéficier de ce droit ? La CAA de Versailles, contrairement au TA, a considéré qu'elle avait bien la qualité de sous-traitant. Le pourvoi de la commune de Viry-Chatillon le conteste et c'est ce moyen qui a

justifié l'inscription de l'affaire au rôle de votre formation de jugement, dans la mesure où il va vous conduire, donc, à préciser les critères permettant de distinguer le sous-traitant du fournisseur.

Le sous-traitant, vous le savez, est défini par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1975<sup>1</sup> ainsi, désormais, que par l'article L. 2193-2 du code de la commande publique : c'est celui à qui le titulaire du marché confie « l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ». Et, comme vous l'avez jugé par la décision du 26 septembre 2007 *Département du Gard et Société d'aménagement et d'équipement du Département du Gard* (n° 255993, T. p. 943), ne peut bénéficier du régime juridique de la sous-traitance, notamment du droit au paiement direct par le maître d'ouvrage, que celui qui répond à cette définition légale : la circonstance qu'un acheteur public ait accepté une entreprise en qualité de sous-traitante et ait agréé ses conditions de paiement ne suffit pas à lui conférer la qualité de sous-traitant. Pour qualifier une entreprise de sous-traitant, la seule question est donc de savoir si cette entreprise est bien impliquée dans l'exécution même du marché. C'est là ce qui distingue le sous-traitant du fournisseur : le fournisseur intervient dans le cadre de l'exécution des marchés de travaux ou de services, en apportant les biens nécessaires à l'exécution des travaux ou des services, mais il n'exécute pas lui-même le marché. Dans les termes du droit privé, que vous avez repris dans votre décision *Département du Gard*, le contrat de fournitures n'est pas un contrat d'entreprise. Le critère, pour qualifier une entreprise de sous-traitant ou de fournisseur est donc l'objet du contrat qui la lie au titulaire du marché : ce contrat est-il de même nature ou pas que le marché ? l'entreprise est-elle chargée d'exécuter des prestations de travaux ou de service ou seulement de fournir des biens ?

L'application de ce critère peut toutefois se révéler délicate dans le cas limite où l'entreprise fournit des biens pour l'exécution d'un marché public mais où lesdits biens ont été spécialement conçus et fabriqués pour l'exécution du marché en cause. Dans ce cas de figure, votre propre jurisprudence est vierge, mais la Cour de cassation juge quant à elle que l'entreprise n'est pas un simple fournisseur et a bien la qualité de sous-traitant. Il ressort en effet de sa jurisprudence, dont vous pourrez vous inspirer, que doit être qualifié de sous-traitant celui qui livre un produit spécialement conçu et fabriqué pour les besoins du marché. Voyez à cet égard trois arrêts de la 3<sup>e</sup> chambre civile publiés au bulletin et rendus les 19 juin 1991, 30 octobre 1991 et 9 juin 1999, ainsi que deux arrêts de la même chambre, des 17 mars et 14 décembre 2010, inédits mais assez proches de notre cas d'espèce puisqu'il s'agissait de la fabrication d'éléments de charpente métallique et de menuiseries pour fenêtres<sup>2</sup>. Certaines

---

<sup>1</sup> Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance

<sup>2</sup> 3e Civ., 19 juin 1991, n° 89-21.906, Bulletin 1991 III N° 185 ; 3e Civ., 30 octobre 1991, n° 90-11.753, Bulletin 1991 III N° 257 ; 3e Civ., 9 juin 1999, n° 98-10.291, Bull. 1999, III, n° 135 ; Civ., 3ème, 17 mars 2010, *Société Oxxo Menuiseries c/Société Général Foy Investissement*, n°09-12.208 ; Civ. 3ème, 14 décembre 2010, n°10-10312, *a contrario*.

de ces décisions<sup>3</sup> font également apparaître un second critère, tiré de la participation à la pose ou à l'installation du bien. Mais, ainsi que le précise un arrêt, toujours de la 3<sup>e</sup> chambre civile, du 7 novembre 2012, il s'agit là d'un critère subsidiaire<sup>4</sup>, qui peut induire la qualification de sous-traitance alors même que les biens fournis ne sont pas spécifiques, car il s'agit alors d'une participation directe aux travaux ou services.

Vous pourrez également trouver une source d'inspiration dans un autre champ, celui de la garantie décennale des constructeurs. Certes, le sous-traitant n'en est pas débiteur, dès lors qu'il n'est pas un constructeur, puisqu'il ne remplit pas la condition, posée par l'article 1792-1 du code civil, d'être lié au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage. Mais l'article 1792-4-2 soumet néanmoins à une prescription de dix ans à compter de la réception des travaux la responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant « *en raison de dommages affectant un ouvrage ou des éléments d'équipement d'un ouvrage* », de telle sorte que le parallèle entre constructeurs et sous-traitants ne nous semble pas illégitime.

Or, vous le savez, l'article 1792-4 du code civil assimile à un constructeur, pour le rendre débiteur de la garantie décennale, « *le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance* ». Et il nous semblerait logique qu'une prestation qui conduit, si elle est confiée directement par le maître d'ouvrage à un fabricant, à ce que ce fabricant soit qualifié de constructeur conduise aussi, si elle est confiée à un tiers non pas par le maître d'ouvrage lui-même mais par le titulaire du marché, à ce que ce tiers soit qualifié de sous-traitant. Dit autrement, il nous semblerait donc logique que le critère qui permet de distinguer entre fabricant et fournisseur pour l'application de l'article 1792-4 du code civil soit le même que celui qui permet de distinguer le sous-traitant du fournisseur. Vous avez d'ailleurs vous-même assimilé spontanément fabricant et sous-traitant en commettant, dans votre décision *Commune de Tracy-sur-Loire* du 21 octobre 2015 (n°385779, T. p. 754) ce que nous qualifierons de « lapsus jurisprudentiel » : pour juger que la responsabilité décennale n'était pas applicable à une entreprise, vous avez relevé, après avoir rappelé les dispositions relatives aux fabricants, que cette entreprise était « un fournisseur et non un sous-traitant », alors même que vous auriez dû écrire, en toute rigueur, qu'elle était « un fournisseur et non un fabricant ».

Or, pour distinguer le fabricant du fournisseur, l'article 1792-4 du code civil vous donne directement le critère : est un fabricant celui qui livre un bien « *conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance* ». C'est en faisant application de ce critère que vous avez jugé que ne peuvent être qualifiés de fabricants

---

<sup>3</sup> 3e Civ., 9 juin 1999, n° 98-10.291, Bull. 1999, III, n° 135 ; Civ., 3ème, 17 mars 2010, *Société Oxxo Menuiseries c/Société Général Foy Investissement*, n°09-12.208

<sup>4</sup> L'arrêt 3e Civ., 7 novembre 2012, n° 11-18.138, Bull. 2012, III, n° 163 juge ainsi que l'absence de participation à la pose n'exclut pas la qualité de sous-traitant

ni un simple fournisseur de tuiles, ni une société ayant livré aux constructeurs un ciment dont l'épaisseur et le dosage ont certes été définis à l'avance par les clauses techniques particulières du marché, mais qui n'en est pas moins commercialisé aussi à destination d'autres sociétés ou maîtres d'ouvrage (voyez respectivement CE, 20 mars 1992, *Société Tuileries de Perrignier*, n° 97819, p. 126 et CE, 4 avril 2016, *Société Unibéton*, n° 394196, T. pp. 689-829-831-835-899).

La définition du fabricant rejoint donc la jurisprudence judiciaire sur le sous-traitant que nous avons citée et tous deux vous incitent, selon nous, à vous référer, pour qualifier le sous-traitant, à la spécificité de la prestation qui lui a été commandée, qui excède la simple fourniture de biens et le fait participer à l'exécution des travaux ou des services objet du marché. Lorsque les biens livrés répondent aux exigences particulières d'un marché déterminé et ne pourraient pas être commercialisés hors du cadre de ce marché, alors, l'entreprise qui les a produits n'est pas un simple fournisseur mais bien un sous-traitant.

Au cas d'espèce, la cour, après avoir relevé différents éléments de nature à établir la spécificité de la commande en vue du marché en cause, en a déduit que « *dans ces conditions, la société Maugin ne peut être regardée comme s'étant bornée (...) à assurer la simple fourniture de fenêtres standardisées, qui ne nécessitent pas un savoir-faire de fabrication particulier et sont susceptibles d'être réutilisées sur d'autres chantiers, mais a participé à la réalisation du marché de travaux en cause* ». Le critère de qualification qu'elle a utilisé est donc celui que nous vous proposons et vous écarterez par conséquent, si vous nous avez suivi, la branche d'erreur de droit du moyen. Le pourvoi critique aussi la façon dont la cour a fait application de ce critère à l'espèce. Mais vous laissez à l'appréciation souveraine des juges du fond la qualification de fabricant (voyez votre décision *Société Unibéton* précitée) et nous ne voyons aucune raison d'exercer un contrôle plus poussé sur la qualification de sous-traitant, d'autant plus qu'elle repose sur le même critère, qui implique une appréciation très concrète de la spécificité d'une commande. Or, en l'espèce, on peut comprendre que le tribunal et la cour aient eu des appréciations divergentes – il y avait devant eux matière à hésiter quant à la spécificité des menuiseries fournies par la société Maugin – mais justement, puisqu'il y avait matière à hésiter, c'est bien qu'il n'y a pas, dans l'arrêt de la cour, une erreur à ce point évidente que vous devriez la regarder comme une dénaturation.

Les trois autres moyens du pourvoi vous retiendront moins longtemps.

Deux d'entre eux portent sur le bienfondé de l'arrêt attaqué et tendent essentiellement à remettre en cause des appréciations souveraines portées par la cour.

Le pourvoi critique en premier lieu les motifs par lesquels la cour a jugé que la société Maugin avait adressé une demande de paiement direct à la commune le 9 avril 2014 et que cette demande devait être regardée comme définitivement acceptée, faute pour la commune de

s'y être opposée dans le délai de 15 jours qui lui était imparti par l'article 116 du code des marchés publics alors applicable. Mais, si la société Maugin avait bien adressé antérieurement un premier courrier, le 3 février 2014, celui-ci portait sur une somme de près de 35 000 euros alors que sa demande du 9 avril 2014 portait sur un montant différent, ramené à un peu plus de 23 000 euros après prise en compte des moins-values qu'elle avait acceptées. La cour a donc pu, sans dénaturation, considérer que cette dernière demande du 9 avril 2014 était distincte de la demande précédente du 3 février 2014 et que, dès lors, le refus opposé par le titulaire du marché le 24 février 2014 n'était pas opposé à cette dernière demande du 9 avril. La cour a ensuite pu, sans erreur de droit, déduire de ces constats non dénaturés que, faute de refus motivé dans le délai imparti, le titulaire du marché devait être regardé comme ayant définitivement accepté la demande de paiement direct du 9 avril 2014 et que la commune n'était donc pas fondée à se prévaloir d'un refus du titulaire du marché pour rejeter cette demande de paiement direct. Il s'agit là d'une simple application de votre jurisprudence *Communauté urbaine de Cherbourg* du 21 février 2011 (n° 318364, T. p. 1013).

En second lieu, vous savez que, lorsque le titulaire du marché ne s'est pas opposé au paiement direct, le maître d'ouvrage peut, avant de payer, contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant et qu'il peut, à ce titre, s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspond à ce qui est prévu par le marché (CE, 28 avril 2000, *Société Peinture Normandie*, n° 181604, p. 162 ; CE, 9 juin 2017, *Société Keller Fondations spéciales*, n° 396358, T. p. 674). Mais, en l'espèce, c'est sans dénaturation ni erreur de droit que la cour a jugé qu'il n'était pas établi que la société Maugin n'aurait pas réalisé les travaux qui lui avaient été confiés ou que leur consistance ne correspondrait pas aux stipulations du marché. En effet, ainsi que la cour l'a relevé dans son arrêt, il n'était ni établi ni même allégué devant elle que la commune aurait fait usage de ses pouvoirs de contrôle. Et, pour soutenir que les prestations sous-traitées n'avaient pas toutes été accomplies, la commune se bornait à soutenir que la société Maugin ne prouvait pas l'exécution des travaux dont elle demandait le paiement.

Enfin, le dernier moyen du pourvoi, tiré de l'irrégularité dont serait entaché l'arrêt, est manifestement infondé. Certes, vous veillez scrupuleusement au respect de la prescription posée par l'article R. 741-2 du code de justice administrative : il suffit qu'il manque, dans la décision d'une juridiction administrative, la mention d'un moyen pour que cette décision soit jugée irrégulière (voyez par exemple CE, 26 mars 2003, *R...*, n° 227667, T. p. 939). Mais, pour autant, vous écarterez, dans la mise en œuvre de cette exigence, tout formalisme tatillon pour vous en tenir à un contrôle pragmatique et substantiel. C'est ainsi que vous jugez que l'analyse des moyens peut régulièrement apparaître dans les motifs de la décision si elle ne figure pas dans les visas (CE, 13 juillet 1963, *Sieur C...*, p. 467 ; CE, 8 février 1980, *M. X*, n° 99992, T. pp. 655-664-680-698 ; CE, 8 décembre 1982, *B...*, p. 412). Et, de la même façon, si vous exigez que tous les moyens soient analysés, vous admettez bien sûr que cette analyse par

les juges du fond soit synthétique. Vous jugez ainsi, par exemple, qu'il convient d'analyser en tant que tels les « vrais » moyens de défense, tels que les fins de non-recevoir, mais qu'un mémoire en défense qui se limite à la réfutation des moyens présentés par le requérant peut être régulièrement visé et analysé par l'indication synthétique que ce mémoire fait valoir qu'aucun des moyens du requérant n'est fondé, sans que le juge du fond soit tenu de détailler chacun des arguments (CE, 3 octobre 2012, *Société Valterra et société Champagne Epandage*, n° 349281, T. p. 926 ; CE, 29 décembre 2014, *Elections municipales de la Croix-Valmer*, n° 383127, p. 414). Or, en l'espèce, et contrairement à ce qui est soutenu, la cour a analysé de façon synthétique mais suffisamment circonstancié tous les moyens soulevés en demande par la société Maugin et analysé, selon la formule d'usage que nous venons de rappeler, l'argumentation en défense de la commune.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que vous mettiez à la charge de la commune la somme de 3000 euros à verser à la société Maugin au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.