

**N° 469071 – Syndicat intercommunal d'énergies du département de la Loire (SIEL)
Territoire d'énergie Loire**

7^{ème} et 2^e chambres réunies

**Séance du 27 septembre 2023
Décision du 17 octobre 2023**

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

La présente affaire va vous conduire, comme la précédente (n°465913), à apporter une nouvelle précision quant au régime juridique de la sous-traitance. Il s'agira pour vous, ici, de déterminer les conséquences que le maître d'ouvrage doit tirer d'une opposition de l'entrepreneur principal au paiement direct du sous-traitant.

Le Syndicat intercommunal d'énergies de la Loire (SIEL), désormais dénommé « SIEL Territoire d'énergie Loire », a confié au groupement d'entreprises solidaires composé des sociétés Serpollet SA, Serpollet.com et SERP les lots n° 16 et 17 d'un marché public de travaux portant sur la desserte en fibre optique sur son territoire. Par deux contrats de sous-traitance, la société SERP a sous-traité à la société AEGE Réseaux, devenue NGE Infranet, la réalisation de prestations portant sur des « points de mutualisation » - ce sont les armoires métalliques à l'intérieur desquelles les fibres optiques des abonnés sont connectées au réseau des opérateurs. Il s'agissait, dans le cadre du lot n° 16, du point de mutualisation n° 161 et, dans le cadre du lot n° 17, des points de mutualisation n° 170 et 171. Le syndicat a accepté ce sous-traitant et agréé ses conditions de paiement pour les points de mutualisation n° 170 et 171, l'agrément concernant le troisième point de mutualisation étant quant à lui resté à l'état de projet.

Le syndicat ayant refusé de procéder au paiement direct des sommes réclamées par le sous-traitant, NGE Infranet, celui-ci s'est tourné vers le juge administratif, compétent en la matière (TC, 14 mai 1984, n° 2313, *SA SMAC-Acieroid*, p. 448 ; TC, 2 juin 2008 *Société Aravis-Enrobage /Commune de Cusy et Entreprise Grosjean*, n° 3642, p. 554). Le TA de Lyon a rejeté sa demande mais, par un arrêt du 22 septembre 2022, la CAA de Lyon a partiellement fait droit à l'appel de NGE Infranet et condamné le syndicat à lui verser une somme de près de 43 000 euros au titre des prestations réalisées sur le point de mutualisation n° 170. La cour

a revanche rejeté les conclusions qui portaient sur les prestations réalisées sur les deux autres points de mutualisation.

Le syndicat se pourvoit désormais en cassation contre cet arrêt en tant qu'il lui est défavorable. Vous êtes également saisi par la société NGE Infranet d'un pourvoi incident qui conteste l'arrêt en tant qu'il a rejeté ses conclusions relatives aux points de mutualisation n° 161 et 171.

Commençons, si vous le voulez bien, par le pourvoi principal, celui du syndicat.

C'est le premier moyen qui a justifié de porter l'affaire devant votre formation de jugement. Le syndicat repRR... en effet à la cour, sous le timbre de l'erreur de droit, de l'avoir condamné au paiement direct de NGE Infranet alors que le titulaire du marché avait régulièrement opposé un refus exprès à ce paiement. Selon le pourvoi, en effet, le maître d'ouvrage est en situation de compétence liée pour refuser le paiement direct du sous-traitant accepté lorsque, comme en l'espèce, le titulaire s'y oppose. Ou, pour le dire en des termes plus adaptés à la dimension subjective du contentieux en cause – mais cela revient à peu de choses près au même – le pourvoi soutient que l'opposition du titulaire du marché suffit à ce que le droit au paiement direct du sous-traitant ne soit pas constitué, indépendamment même du bienfondé de cette opposition, et que le maître d'ouvrage est en pareil cas fondé, pour ce seul motif, à refuser le paiement direct.

Ce moyen n'est pas nouveau en cassation, contrairement à ce qui est soutenu en défense. Il est vrai que ce n'est que dans la note en délibéré qu'il a produite devant la cour que le syndicat a particulièrement insisté sur la situation de compétence liée dans laquelle il estimait se trouver. Mais, pour autant, il nous semble que le moyen avait bel et bien été soulevé dans ses écritures antérieures, dans lesquelles le syndicat avait déjà clairement fait état de l'opposition du titulaire du marché au paiement direct du sous-traitant et de ce que son refus était fondé sur cette opposition. La cour a d'ailleurs relevé elle-même, aux points 5 et 7 de son arrêt, que le refus du syndicat était fondé sur l'opposition du titulaire du marché, ce qui témoigne de ce que cet élément était en débat devant elle.

L'opérance du moyen étant acquise, il nous faut, pour répondre à la question qu'il soulève, vous rappeler le cadre juridique dans lequel elle s'inscrit. Vous savez que l'article 6 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance¹ institue une dérogation au droit commun dans lequel c'est le titulaire du marché qui reçoit le paiement du maître d'ouvrage et rétribue ensuite lui-même le sous-traitant. Cet article prévoit en effet que « *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 (...)* ».

¹ Voir dorénavant, pour les contrats relevant du code de la commande publique, l'article L. 2193-11 de ce code

L'article 8 de cette même loi² et l'article 116 du code des marchés publics³, alors applicables, organisent la procédure que le sous-traitant, une fois qu'il a été régulièrement agréé, doit suivre pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage des prestations qu'il a exécutées : il lui appartient d'adresser sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, qui doit ensuite donner son accord ou signifier son refus dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande, son silence valant acceptation tacite à expiration de ce délai. Ce n'est qu'à l'issue de cette procédure, après accord exprès ou tacite du titulaire, que le maître d'ouvrage procède au paiement direct du sous-traitant.

La question que pose le moyen est donc celle des conséquences que le maître d'ouvrage doit tirer d'une opposition de l'entrepreneur principal. Les textes sont muets sur ce point qui, étonnamment est inédit dans votre jurisprudence⁴. Et il y a, pensons-nous, matière à hésiter.

Plusieurs arguments plaident en faveur d'un contrôle, par l'acheteur public, du bien-fondé du refus opposé par le titulaire du marché. Cette solution, qui sous-tend l'arrêt de la cour, pourrait ainsi paraître conforme à la logique de la loi de 1975, qui vise à protéger le sous-traitant des éventuels comportements abusifs du titulaire du marché. Dans le prolongement de cette logique, votre jurisprudence est traversée par l'idée que le paiement direct du sous-traitant accepté est un droit pour ce dernier et une obligation pour l'acheteur. C'est pour cette raison que vous avez jugé que le paiement au titulaire de prestations effectuées par le sous-traitant ne libère pas le maître d'ouvrage de son obligation de payer directement le sous-traitant (CE, 3 novembre 1989, *SA Jean-Michel*, T. p. 782)⁵ ou encore que le sous-traitant peut engager devant le juge administratif, en cas de désaccord avec le maître d'ouvrage sur les sommes qui lui sont dues, une action en paiement direct (CE, 18 septembre 2019, *Société communale de Saint-Martin dite Semsamar*, n° 425716 426120, T. p. 827).

Instaurer un contrôle de l'administration sur le refus du titulaire du marché pourrait, par ailleurs, paraître cohérent, par symétrie, avec le fait que vous avez consacré, dans l'hypothèse

² Voir dorénavant, pour les contrats relevant du code de la commande publique, les articles R. 2193-11 à R. 2193-16 de ce code

³ Voir désormais les articles R. 2193-11 à R. 2193-16 du code de la commande publique

⁴ Une lecture trop rapide de CE, 21 février 2011, *Communauté urbaine de Cherbourg*, n° 318364, T. p. 1013 pourrait laisser penser que votre jurisprudence est un peu engagée dans la mesure où cette décision évoque « le refus [du titulaire du marché] sur lequel le maître d'ouvrage peut régulièrement fonder son refus de payer au sous-traitant les sommes demandées ». Mais, en réalité, la question tranchée par cette décision était tout autre : il s'agissait de préciser que l'entrepreneur principal, s'il ne formule pas un refus dans un délai de 15 jours, doit être regardé comme ayant accepté définitivement la demande de paiement, et ne saurait revenir sur cette acceptation par un refus exprimé après expiration de ce délai

⁵ Voir aussi CE, 17 octobre 2003, *Commune de Chalabre*, n° 232241, inédite et CE, 23 octobre 2017, *Société Colas Ile-de-France Normandie*, n° 410235, inédite

d'une rémunération directe, d'assez larges pouvoirs de contrôle du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant. Vous jugez ainsi, dans le cas où le titulaire du marché ne s'est pas opposé au paiement direct, que le maître d'ouvrage peut 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).

Enfin, à suivre le raisonnement de l'arrêt attaqué vous rejoindriez la Cour de cassation qui, dans un arrêt de la troisième chambre civile du 23 janvier 2002 (n° 00-16.750) - inédit mais remarqué par la doctrine⁶ - semble avoir estimé en substance que le maître de l'ouvrage est tenu de payer le sous-traitant lorsque le refus de l'entrepreneur principal ne se fonde sur aucun motif sérieux, ce qui supposerait donc que le maître d'ouvrage contrôle le bien-fondé de ce refus.

Tous ces éléments ne suffisent pourtant pas à nous convaincre et nous pensons au contraire que lorsque le titulaire du marché oppose un refus motivé dans le délai qui lui est imparti, ce refus suffit à fonder le refus du maître d'ouvrage, qui peut se borner à constater l'opposition du titulaire sans porter sur elle aucune appréciation, pour reprendre la terminologie que vous utilisez lorsque vous caractérisez une situation de compétence liée (CE, Section, 3 février 1999, *M...*, n°s 149722 152848, p. 6). Plusieurs éléments nous déterminent en ce sens.

Nous voulons, en premier lieu, souligner que, si la loi du 31 décembre 1975 a entendu protéger le sous-traitant, elle n'a certainement pas entendu substituer totalement le maître d'ouvrage au titulaire du marché alors que seul ce dernier a une relation contractuelle avec le sous-traitant et que le sous-traitant n'a d'obligation, en ce qui concerne l'exécution du marché, qu'envers lui (voyez à cet égard, entre autres, CE, 28 juillet 1951 *Société La Callendrite*, p. 465 et CE, 6 mars 1987, *O.P.H.L.M. de Châtillon-sous-Bagneux*, n° 37731, T. p. 824⁷). Au contraire, c'est bien la loi qui prévoit expressément, avant un paiement direct au sous-traitant, que la demande de paiement soit transmise au titulaire du marché⁸. Et cette

⁶ Cf. commentaire de F. Llorens, *Quand le maître de l'ouvrage a l'obligation de payer le sous-traitant malgré l'opposition du titulaire du marché...* Contrats et Marchés publics n° 5, mai 2002, comm. 118

⁷ 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 ; CE 11 juillet 1988, *Chambre des métiers d'Ille-et-Vilaine*, n° 56360, T. p. 900

⁸ Notons à cet égard que, comme l'expliquait Gilles Pellissier dans ses conclusions sur CE, 19 avril 2017, *Département de l'Hérault*, n° 396174, T. p. 674 : « (...) 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. ». Mais, pour autant, « si le pouvoir adjudicateur est désormais directement

procédure nous semble bien avoir pour objet de conférer à l'entrepreneur principal, pendant un délai de 15 jours, un véritable droit de veto sur le paiement direct : aux termes mêmes de la loi, ce n'est pas l'avis du titulaire du marché qui doit être recueilli mais bien son acceptation ou son refus motivé.

C'est bien pour cela que vous avez jugé que le sous-traitant qui n'a pas respecté cette procédure et n'a ainsi pas mis le titulaire du marché en mesure d'exercer son droit d'opposition ne peut se prévaloir d'un droit au paiement direct (CE, 19 avril 2017, *Département de l'Hérault*, n° 396174, T. p. 674). Vous êtes d'ailleurs tellement attentifs aux droits du titulaire du marché que vous avez été jusqu'à imposer, de façon prétorienne, qu'il soit consulté par le maître d'ouvrage lorsque celui-ci demande au sous-traitant, en cas de résiliation du marché, le remboursement des avances perçues (CE, 1^{er} juin 2023, *Centre hospitalier de Capesterre Belle-Eau*, n° 462211, à mentionner aux Tables).

En deuxième lieu, nous pensons qu'il faut relativiser l'argument, que nous avons exposé tout à l'heure et qui est tiré de la symétrie avec les pouvoirs de contrôle du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant. Ces pouvoirs de contrôle, en effet, restent limités : le maître d'ouvrage peut certes contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant mais, ainsi que vous l'expliquait Olivier Henrard dans ses conclusions dans l'affaire *Société Keller Fondations spéciales* précitée, il ne saurait contrôler la qualité de la prestation du sous-traitant non plus que le respect des délais, ce rôle étant l'apanage de l'entrepreneur principal, qui en assume la responsabilité vis-à-vis du maître d'ouvrage. Or, si vous admettiez un contrôle de la personne publique sur le bien-fondé du refus opposé par le titulaire du marché au paiement direct, cela reviendrait, dans bien des cas, à ce qu'elle contrôle la qualité des travaux effectués par le sous-traitant.

Ajoutons que nous pensons que ce n'est pas parce que le maître d'ouvrage dispose de pouvoirs de contrôle en cas d'acceptation du titulaire qu'il faudrait, de façon symétrique, juger qu'il lui revient de procéder au même contrôle dans l'hypothèse inverse d'un refus du titulaire, et payer le sous-traitant, s'il estime, après contrôle, que ce dernier y a bien droit. Il nous semble en effet que le refus du titulaire se situe pour ainsi dire « en amont » et fait obstacle à ce que le sous-traitant puisse se prévaloir d'un droit au paiement direct par le maître d'ouvrage indépendamment de l'appréciation que celui-ci pourrait porter sur l'exécution par le sous-traitant de sa prestation.

Enfin, nous pensons que, s'il passait outre l'opposition formée par le titulaire, le pouvoir adjudicateur s'immiscerait dans la relation contractuelle de droit privé entre le titulaire et son sous-traitant, laquelle relève du juge judiciaire (TC 16 novembre 2015, *Métropole européenne*

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».

de Lille c/ sté Strabag Umweltangen Gmbh et autres, n° 4029, T. pp. 599-755). Une telle immixtion, au surplus aurait pour résultat de translater entre le maître d'ouvrage et le titulaire du marché un litige qui, fondamentalement, se situe entre le titulaire et son sous-traitant. Rappelons en effet que le paiement direct du sous-traitant vient au débit du décompte général du titulaire du marché. Si la personne publique paie directement le sous-traitant malgré l'opposition du titulaire, il y a donc fort à parier que cela suscitera, au moment de l'établissement du décompte, un litige entre le titulaire et le maître d'ouvrage. En effet, lorsque le titulaire refuse le paiement direct du sous-traitant, c'est généralement qu'il n'est pas satisfait de sa prestation. Or, si le sous-traitant est néanmoins payé directement, alors que sa prestation est véritablement problématique, cela reviendra *in fine*, dès lors que le titulaire du marché est responsable, à l'égard du maître de l'ouvrage, de la qualité des travaux, à faire payer à ce titulaire les défaillances de son sous-traitant. Mieux vaut donc, à notre sens, laisser l'acheteur public en dehors du conflit entre le titulaire et le sous-traitant, et laisser ce conflit là où il est, devant son juge naturel, le juge judiciaire.

Par ailleurs, on pourrait craindre que la solution que nous vous proposons soit exagérément défavorable au sous-traitant en ce qu'elle pourrait permettre à l'entrepreneur principal, par son pouvoir d'opposition au paiement direct, de vider de sa substance l'acceptation du sous-traitant par le maître d'ouvrage. Mais, à la réflexion, nous pensons que le risque est limité.

Il faut, tout d'abord, relever que cette solution que nous vous proposons constitue, peu ou prou, la doctrine du ministère chargé de l'économie, affirmée dans la fiche « conseils aux acheteurs et aux autorités concédantes » de la direction des affaires juridiques de ce ministère, qui reprend sur ce point ce qui figurait déjà dans une circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics⁹. Cette solution correspond donc, *a priori*, à la pratique générale des acheteurs publics. Or le fait que vous n'ayez jamais eu à vous pencher dessus jusqu'à aujourd'hui nous semble témoigner de ce que cette pratique ne pose pas de réelle difficulté et que les refus abusifs des titulaires de marché sont rares. Au demeurant, en cas d'opposition abusive de l'entrepreneur principal, le sous-traitant n'est pas sans recours puisqu'il pourra, comme nous vous l'avons dit, contester devant le juge judiciaire le refus du titulaire. Ajoutons que le refus du titulaire doit, en vertu de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1975, être motivé, ce qui constitue une garantie pour le sous-traitant¹⁰. Et nous

⁹ A noter que la circulaire du 7 octobre 1976 après avoir énoncé que « *la personne responsable du marché n'a pas à apprécier la validité du motif invoqué par le titulaire à l'appui de son refus* », ajoutait que « *Tout au plus est-il possible d'admettre qu'il n'y a pas lieu de tenir compte d'un motif manifestement erroné* ». Cette « *soupage* » a disparu dans la fiche « conseil aux acheteurs » actuellement en vigueur, laquelle énonce simplement, en se référant à l'ancienne circulaire, que « *L'acheteur n'a pas à apprécier la légalité du motif invoqué par le titulaire à l'appui de son refus* »

¹⁰ A noter que si l'article 8 de la loi de 1975 est toujours en vigueur, l'article 4 de la même loi a, depuis, exclu de son champ d'application les marchés qui entrent dans le champ du code de la commande publique. Or l'obligation de motivation du refus du titulaire, prévue par l'article 8 de la loi de 1975 applicable au présent litige (les marchés en cause sont antérieurs au code de la commande publique), ne figure pas explicitement dans les

pensons qu'il appartient à l'acheteur public de veiller à ce que cette garantie soit respectée : le maître d'ouvrage, selon nous, n'a pas à contrôler le bienfondé de l'opposition du titulaire, mais il doit en revanche de contrôler son caractère motivé. En l'absence de motivation, il ne pourra que constater l'absence de « refus motivé » au sens de la loi de 1975, et devra donc payer le sous-traitant. Et nous pensons qu'il y aurait d'ailleurs place pour un débat devant le juge administratif sur ce point le cas échéant, par parallélisme avec ce que vous jugez quant à l'application de la théorie de la compétence liée, qui ne dispense pas le juge de statuer sur les moyens qui mettent en cause le bien-fondé de l'application de cette théorie aux circonstances de l'espèce (CE, 30 avril 2004, *Association « Radio télédiffusion Triomphe »*, n° 249693, p. 182). Un sous-traitant pourrait donc utilement soutenir devant vous que l'opposition du titulaire n'est pas motivée et ne saurait ainsi fonder le refus de paiement direct par le maître d'ouvrage.

On peut même imaginer que le contrôle du caractère motivé du refus du titulaire puisse occasionnellement être mobilisé pour faire échec à une opposition du titulaire qui serait manifestement abusive, en assimilant une telle opposition abusive à une opposition non motivée. Cet équilibre est justement celui trouvé par la CAA de Lyon qui, dans un arrêt *Prodireg* du 15 octobre 1998 (CAA Lyon, 15 octobre 1998, *société Prodireg*, n° 95LY00629 C + BJDCP n° 3/1999, p. 309, obs. R. Schwartz) avait simultanément jugé que l'administration a l'obligation de s'assurer que l'opposition de l'entrepreneur principal comporte des motifs de nature à la faire regarder comme un refus motivé, et qu'elle ne peut en contrôler le bien fondé, ce qui reviendrait à s'immiscer dans le litige entre le titulaire et le sous-traitant. Et, comme l'écrivait le président Schwartz en commentant et approuvant cet arrêt, cet équilibre « *permet au maître d'ouvrage de faire obstacle à l'obstruction systématique ou de mauvaise foi de la part de l'entrepreneur principal* ».

Au bénéfice de ces observations, d'ailleurs, il nous semble que l'arrêt de la Cour de cassation que nous avons cité tout à l'heure – arrêt au demeurant inédit et isolé – n'est peut-être pas si éloigné de la position que nous défendons. En effet, si cet arrêt a été lu comme consacrant la possibilité pour le maître d'ouvrage de passer outre l'opposition de l'entrepreneur principal, sa motivation est moins catégorique qu'elle n'en a l'air et un commentateur avait fort justement relevé que, dans l'affaire en cause « *le défaut de précision du refus de l'entrepreneur principal confinait au défaut de motivation* » et qu' « *il est donc possible que, selon la haute juridiction judiciaire elle-même, l'obligation pour le maître de l'ouvrage de payer directement le sous-traitant nonobstant l'opposition du titulaire du marché se limite à l'hypothèse où cette opposition est manifestement injustifiée* »¹¹.

textes codifiés dans le code de la commande publique. Il semble donc qu'il n'y ait désormais plus, pour les marchés entrant dans le champ de ce code, d'obligation formelle de motivation du refus du titulaire. Les développements qui suivent et qui reposent sur l'exigence de motivation du refus du titulaire devront donc être réexaminés le jour où sera en cause un marché soumis au code de la commande publique

¹¹ Cf. commentaire précité de F. Llorens, *Quand le maître de l'ouvrage a l'obligation de payer le sous-traitant*

Au total, donc, nous vous proposons de censurer l'erreur de droit commise par la cour à avoir condamné le syndicat requérant au paiement direct de la société NGE Infranet alors même que le groupement titulaire du marché avait manifesté en temps utile son opposition, ce qui suffisait à fonder le refus du syndicat. Ce faisant, vous n'aurez donc pas à répondre au second moyen du pourvoi qui, au demeurant, est infondé : comme nous vous l'avons expliqué, il ressort de votre jurisprudence que le maître d'ouvrage se livre à l'égard du sous-traitant à un simple contrôle de l'exécution effective des travaux et de leur consistance mais qu'il ne peut se fonder sur un problème de qualité des travaux ou de retard dans leur réalisation pour refuser le paiement direct. La CAA n'a donc commis aucune erreur de droit en jugeant que les désordres affectant les travaux effectués par la société NGE Infranet sur le point de mutualisation n°170 ne pouvaient justifier un refus du syndicat de payer ces prestations.

Mais, si vous nous avez suivi, vous ferez donc droit, en retenant le premier moyen, au pourvoi principal. Vous pourrez ensuite, dans les limites de cette cassation partielle, régler l'affaire au fond et rejeter l'appel de la société NGE Infranet en tant qu'il porte sur les prestations qu'elle a réalisées pour le point de mutualisation n° 170 : puisque l'opposition du titulaire du marché suffisait à elle seule à fonder le rejet, par le SIEL Territoire d'énergie, de la demande de paiement direct de cette société, alors, tous les moyens soulevés par cette dernière et tendant à démontrer le bien-fondé de sa demande sont inopérants.

Venons-en au pourvoi incident de la société NGE Infranet, pourvoi incident qui porte donc sur les prestations qu'elle a réalisées sur les deux autres points de mutualisation, les n°s 161 et 171. Dès lors qu'il porte ainsi sur des créances distinctes de celles en cause dans le pourvoi principal, ce pourvoi incident conserve son objet. Sa recevabilité, en revanche, est moins évidente. Il n'est pas besoin de vous rappeler qu'un pourvoi incident n'est recevable qu'à condition de ne pas soulever un litige distinct de celui qui a fait l'objet du pourvoi principal.

Vous savez également que vous admettez assez généreusement, en matière contractuelle, la recevabilité des conclusions incidentes et que vous retenez en général le contrat comme unité pour apprécier la notion de litige distinct, ce qui est au demeurant fort logique puisqu'il y a *in fine*, dans le cadre de l'établissement du décompte, compensation entre toutes les créances des parties au contrat.

C'est ainsi que le pourvoi incident qui porte sur un contrat différent de celui mis en cause par le pourvoi principal soulève un litige distinct, et ce quand bien même les contrats auraient un objet identique ou similaire et quand bien même ils auraient fait l'objet d'un jugement commun en première instance (CE, 5 mars 1969, *R... et L...*, n° 70032, p.135 ; CE, 21 octobre 1992, *Société Setec-Travaux Publics*, n° 115355, T. pp. 1124-1260-1264).

malgré l'opposition du titulaire du marché...

Vous avez, un temps, semblé ajouter à cette condition d'unicité du contrat d'autres critères provenant de ce que vous jugez plus généralement en plein contentieux indemnitaire. Certaines de vos décisions ont ainsi retenu qu'il y avait litige distinct, alors même qu'était en cause le même contrat, lorsque le pourvoi incident portait sur des chefs de préjudice différents de ceux en cause au principal (CE, Section, 25 juin 2004, *Société Philippe Filippini et Compagnie*, n° 234687, p. 271 ; CE, 21 octobre 1992, *Société Setec-Travaux Publics*, n° 115355, T. pp. 1124-1260-1264 ; CE, 11 juillet 2008, *Société Quillery Méditerranée*, n° 284796, inédite).

Mais vous avez ensuite clarifié les choses et réaffirmé nettement qu'en principe, c'est l'unicité du contrat qui prime, de telle sorte que, même si elles portent sur des chefs de préjudice distincts, des conclusions incidentes se rattachent au même litige si elles sont fondées sur l'exécution du même contrat (CE, 3 mars 2010, *Office public communal d'habitations à loyers modérés de Toulon*, n° 316515, T. p. 860). Et vous avez décliné la même logique dans le cas où la demande incidente porte sur l'exécution du contrat alors que le litige principal est relatif à sa résiliation : là aussi, le litige est le même (CE, 26 octobre 2011, *société d'architecture Bical-Courcier-Martinelli et Société Michel Forgue*, n° 334098, T. pp. 1026-1094-1106).

Au cas d'espèce, le pourvoi principal, rappelons-le, portait sur la demande de paiement au titre des travaux effectués pour le point de mutualisation n° 170. Il nous semble qu'il faut donc distinguer entre les deux pans du pourvoi incident :

- En tant qu'il porte sur la demande de paiement au titre des travaux effectués pour le point de mutualisation n° 161, qui a fait l'objet d'un contrat de sous-traitance distinct¹², le pourvoi incident soulève un litige distinct et n'est donc pas recevable ;
- En revanche, en tant qu'il porte sur la demande relative aux travaux concernant le point de mutualisation n° 171, qui relève du même contrat de sous-traitance, nous pensons que vous pourrez admettre la recevabilité du pourvoi incident.

Celui-ci, dans la mesure où il est recevable, ne saurait toutefois prospérer. Vous pourrez en effet substituer aux motifs retenus par la cour pour rejeter au fond l'appel de NGE Infranet le motif tiré de l'inopérance des moyens soulevés par cette société, dès lors que, comme pour le point de mutualisation n° 170 en cause au principal, l'opposition du titulaire du marché suffisait à justifier le rejet par le syndicat de la demande de paiement direct au titre des prestations réalisées pour le point de mutualisation n° 171 (en ce qui concerne la possibilité pour le juge de cassation de procéder à une substitution de motifs en écartant un moyen au

¹² Il est vrai que les contrats de sous-traitance sont de droit privé, de sorte que la jurisprudence sur la notion de litiges distincts lorsqu'il est question de l'exécution d'un même contrat administratif n'est pas – *stricto sensu* – directement applicable. Mais, par souci de simplicité, nous proposons de raisonner, pour apprécier la recevabilité de conclusions incidentes, contrat par contrat, qu'il s'agisse de contrats administratifs ou, comme en l'espèce, de contrats de sous-traitance.

motif qu'il est inopérant, alors que le juge du fond l'avait rejeté au fond, et ce sans même censurer l'arrêt attaqué voyez CE, 20 mai 1994, *G...*, n° 143680, p. 251).

Si vous nous suivez, vous rejetterez donc le pourvoi incident sans même avoir besoin d'examiner les moyens qu'il soulève, moyens qui, au demeurant, nous semblent infondés.

Il nous reste donc juste, avant de conclure, à vous dire un mot de la société Serpollet, mandataire du groupement d'entrepreneurs titulaire du marché principal, qui a produit devant vous un mémoire. Cette société avait à l'évidence la qualité de partie devant la CAA, le SIEL l'ayant appelée en garantie par la voie de l'appel provoqué. La cour a expressément rejeté ces conclusions d'appel provoqué, mettant ainsi hors de cause la société Serpollet, qui n'avait donc aucun intérêt à se pourvoir en cassation. Ni le SIEL, à l'appui de son pourvoi principal, ni la société NGE Infranet, à l'appui de son pourvoi incident, ne contestent cette partie divisible de l'arrêt, qui est par conséquent devenue définitive. Et, plus largement, aucune conclusion, ni du pourvoi principal ni du pourvoi incident, n'est dirigée contre la société Serpollet. Enfin, vous avez certes mis en cause cette société en lui communiquant les pourvois mais, cela ne suffit pas à lui conférer la qualité de partie en cassation, quand bien même elle avait cette qualité devant la cour (CE, 20 décembre 2000, *Commune de Ville d'Avray*, n° 209329, T. p. 1194 ; CE, Section, 3 octobre 2008, *RR...*, n° 291928, p. 339). Nous pensons donc que la société Serpollet n'a pas devant vous la qualité de partie mais simplement d'observateur, qui ne peut pas vous saisir de conclusions ou de moyens propres. Vous pourrez donc vous contenter de viser son mémoire, sans tenir compte des conclusions qu'elle entendait présenter au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

PCMNC :

- à l'annulation des articles 1^{er}, 2 et 3 de l'arrêt attaqué ;
- au rejet des conclusions présentées par la société NGE Infranet devant la cour administrative d'appel de Lyon au titre des prestations qu'elle a réalisées pour le point de mutualisation n° 170, au rejet de son pourvoi incident et au rejet de ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- enfin à ce que la société NGE Infranet verse au SIEL Territoire d'énergie Loire une somme de 3 000 euros au titre de ce même article.