



Lexbase Hebdo édition publique n°465 du 29 juin 2017

[Marchés publics] Jurisprudence**L'étendue du pouvoir de contrôle du maître d'ouvrage sur les prestations du sous-traitant**

N° Lexbase : Ng068BWR

*par Ana Gonzalez, Avocat associé, Alma Monceau AARPI***Réf. :** CE 2° et 7° ch. – r., 9 juin 2017, n° 396 358, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A3913WHE)

Dans un arrêt du 9 juin 2017, le Conseil d'Etat précise l'étendue du pouvoir de contrôle du maître d'ouvrage sur les prestations du sous-traitant. Dans le silence du titulaire sur une demande de paiement, le maître d'ouvrage est fondé à contrôler la "consistance" des prestations du sous-traitant pour, le cas échéant, lui en refuser le paiement.

Une commune a conclu un marché public ayant pour objet la conception-réalisation d'un "village associatif". L'entreprise titulaire a sous-traité le lot "fondations".

La commune avait accepté ce sous-traitant et en avait agréé les conditions de paiement.

Au terme de l'exécution des travaux qui lui incombait, le sous-traitant a adressé sa demande de paiement au titulaire, et faute de réponse, a sollicité le paiement direct de ses prestations auprès de la commune.

Il s'est heurté à un refus du maître d'ouvrage au motif que les travaux effectués n'étaient pas conformes au CCTP.

Le Conseil d'Etat valide ce refus de paiement et étend, ce faisant, le contrôle du maître d'ouvrage à la conformité des prestations sous-traitées au marché.

Cet arrêt est l'occasion de rappeler la procédure de paiement direct du sous-traitant dans les marchés publics (I), mais surtout de souligner l'extension du pouvoir de contrôle du maître d'ouvrage à la conformité des prestations au marché (II).

I — La procédure de paiement des sous-traitants dans un marché public

A — Contrôle *a priori* du sous-traitant : acceptation et agrément des conditions de paiement

Le droit de sous-traiter certaines parties de l'exécution d'un marché public est subordonné à l'acceptation du sous-traitant et à l'agrément (1) de ses conditions de paiement (2).

L'acceptation a vocation à protéger les intérêts du maître d'ouvrage en lui permettant de connaître le sous-traitant auquel le titulaire envisage de confier une partie des prestations.

L'agrément des conditions de paiement répond essentiellement à un souci de protection des sous-traitants ; il constitue, grâce à la possibilité de se faire communiquer le contrat de sous-traitance, un moyen de s'assurer de la régularité et de l'équilibre des relations entre l'entreprise et son sous-traitant, mais aussi l'assurance pour les sous-traitants d'être réglés directement par la personne publique.

Le maître d'ouvrage contrôle alors notamment la nature des prestations sous-traitées, le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant par paiement direct, les conditions de paiement, et les capacités techniques, professionnelles et financières du sous-traitant (3).

Lorsque la demande est présentée lors de la soumission au marché, la notification du marché vaut acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement.

Lorsque cette déclaration intervient en cours de marché, l'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont alors constatés par un acte spécial signé des deux parties (4).

Une fois accepté et ses conditions de paiement agréées, le sous-traitant peut prétendre à un paiement direct.

B — Paiement direct et contrôle des opérations sous-traitées par l'entreprise titulaire

Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 Euros TTC, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le pouvoir adjudicateur, est payé directement, pour la partie du marché dont il assure l'exécution.

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement au titulaire du marché, lequel dispose d'un délai de quinze jours pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, au pouvoir adjudicateur.

Le contrôle des prestations incombe en principe à l'entreprise, qui examine la demande de paiement afin de déterminer si elle correspond bien à des prestations réellement exécutées. L'entreprise donne son accord sur la demande (sous la forme d'une attestation à son projet de décompte). Mais en cas de silence, elle est réputée avoir accepté la demande de paiement.

Le sous-traitant adresse également sa demande de paiement au pouvoir adjudicateur, accompagnée des factures et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande de paiement. Cette démarche simultanée permet au sous-traitant de se faire régler en cas de silence de l'entreprise au terme d'un délai de quinze jours.

Le pouvoir adjudicateur adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.

Le pouvoir adjudicateur procède alors au paiement du sous-traitant conformément aux dispositions relatives aux délais de paiement. Il en informe le titulaire (5).

A la lecture de cette procédure, l'on constate que le contrôle des prestations sous-traitées est en principe dévolu à l'entreprise, qui se voit communiquer la demande de paiement du sous-traitant qu'elle peut refuser.

Il existe en réalité un second "échelon" de contrôle en cas de silence de l'entreprise : celui du maître d'ouvrage.

II — Le droit de contrôle du maître d'ouvrage sur la conformité des prestations au marché

Jusqu'ici, la jurisprudence avait consacré un droit de contrôle du maître d'ouvrage sur l'effectivité des prestations sous-traitées (A), qui s'est mué en un contrôle renforcé de la "consistance" des prestations (B).

A — Droit de contrôle du maître d'ouvrage sur l'"effectivité" des prestations

Le Conseil d'Etat reconnaissait au maître d'ouvrage un pouvoir de contrôle sur l'effectivité des prestations du sous-traitant. Ainsi, *"pour annuler le jugement du tribunal administratif d'Amiens, la cour administrative d'appel de Nancy, qui a suffisamment motivé son arrêt, a relevé que la société [X] n'établissait pas avoir effectivement réalisé les travaux dont elle demandait le paiement mais se bornait à invoquer les dispositions précitées des articles 8 de la loi du 31 décembre 1975 et 359-ter du Code des marchés publics concernant les délais impartis au titulaire du marché pour accepter ou refuser les pièces justificatives produites par le sous-traitant ; que les procédures instituées par les dispositions précitées de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article 359-ter du Code des marchés publics ne font pas obstacle au contrôle par le maître de l'ouvrage du montant de la créance du sous-traitant, compte tenu des travaux qu'il a exécutés et des prix stipulés par le marché ; que, dès lors, la cour a pu déduire de ses constatations, sans entacher son arrêt d'une erreur de droit, que la demande de la société [X] ne pouvait qu'être rejetée"* (6).

Dans le même sens, plus récemment, le Conseil d'Etat retient *"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"* (7).

Cette solution est régulièrement appliquée (8).

Certaines décisions avaient même admis que le maître d'ouvrage réduise le montant du paiement direct en cas de malfaçons : *"compte tenu du refus motivé de l'entreprise principale de verser le solde du marché eu égard au caractère défectueux des travaux réalisés par la société [X] et de la carence du sous-traitant à mettre fin à ces malfaçons, le département des Hauts-de-Seine, maître d'ouvrage, a pu, à bon droit, estimer que le montant de ces travaux de reprise devait venir en déduction de la créance détenue par le sous-traitant, avant la résiliation de son contrat, et refuser de verser au sous-traitant le solde de son marché"* (9).

Reprenant la formule de principe, la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé en ce sens : *"les procédures instituées par les dispositions précitées de la loi du 31 décembre 1975 ne font pas obstacle au contrôle par le maître de l'ouvrage du montant de la créance du sous-traitant, compte tenu des travaux qu'il a exécutés et des prix stipulés par le marché ; qu'eu égard aux importantes réserves relatives aux voies et réseaux divers dont la réalisation avait été sous-traitée par la SNC [X] et mentionnées sur le procès-verbal de réception du 28 avril 1997 faisant état de désordres, le maître de l'ouvrage était en droit de réduire le montant des sommes dont le paiement avait été demandé dans les courriers des 28 et 29 juin 1995 du montant des travaux qui n'avaient pas été exécutés conformément au marché"* (10).

Ces décisions annonçaient une extension du pouvoir de contrôle du maître d'ouvrage.

B – L'extension à un contrôle de la "consistance" des travaux

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat confirme son acception compréhensive du pouvoir de contrôle du maître d'ouvrage sur la consistance des travaux effectués par le sous-traitant : *"en jugeant que le maître d'ouvrage pouvait, au titre de ce contrôle, s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspondait à ce qui était prévu par le marché, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit ; qu'elle n'a pas davantage commis d'erreur de droit en jugeant qu'alors même que les travaux réalisés par la société [X] auraient été conformes aux règles de l'art, la commune était fondée à refuser de procéder au paiement direct de la somme sollicitée par cette société, dès lors qu'il ressortait des éléments qu'elle avait souverainement relevés, sans dénaturation, que la consistance des travaux de fondation réalisés par la société [X] ne correspondait pas à ce que prévoyait le marché ; que la société [X] n'est, par suite, pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque"*.

Ainsi, même des travaux conformes aux règles de l'art, mais non conformes aux stipulations contractuelles peuvent donner lieu à un refus de paiement par le maître d'ouvrage.

Au cas d'espèce, il est vrai que les travaux réalisés étaient très éloignés de ce qui avait été commandé, situation qui pouvait s'apparenter à un défaut d'exécution (autrement dit procédant d'un contrôle de "l'effectivité" des prestations) (11).

Cette prérogative s'accompagne d'une importante responsabilité pour le maître d'ouvrage qui peut (et certainement doit) désormais contrôler la consistance des travaux réalisés dans le silence de l'entreprise principale, et peut (et certainement doit) corrélativement refuser le paiement de prestations qu'elle estimera non conformes.

Il faut noter que ce pouvoir de contrôle de la conformité des prestations au contrat renforce les prérogatives du maître d'ouvrage sur le sous-traitant alors même qu'il n'entretient pas de relation contractuelle avec celui-ci.

D'une manière générale, cet arrêt confirme le renforcement du pouvoir de contrôle du maître d'ouvrage sur le sous-traitant qui s'exprime dès la déclaration de sous-traitance s'agissant des garanties offertes, du prix proposé par le

sous-traitant (soumis depuis la réforme au contrôle de l'offre anormalement basse (12)), et désormais de la conformité au marché des prestations exécutées.

(1) A défaut de l'existence cumulative d'une acceptation du sous-traitant et d'un agrément de ses conditions de paiement, la sous-traitance n'est pas valablement établie : CE, 13 juin 1986, n° 56 360 (N° Lexbase : A1062AQE).

(2) C. marchés publ., art. 112, alors en vigueur (N° Lexbase : L2772HPD) : *"le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement"*.

(3) C. marchés publ., art. 114, alors en vigueur (N° Lexbase : L1073IR8).

(4) Ces dispositions figurent aujourd'hui aux articles 133 et suivants du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics (N° Lexbase : L3006K7H).

(5) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, art. 136.

(6) CE, 28 avril 2000, n° 181 604 (N° Lexbase : A9254AGT).

(7) CE, 27 janvier 2017, n° 397 311 (N° Lexbase : A5634TAW).

(8) CAA Lyon, 15 août 2015, n° 14LY03 605 (N° Lexbase : A5958NNY).

(9) CAA Paris, 31 janvier 2006, n° 02PA03 435 (N° Lexbase : A7019DMW).

(10) CAA Bordeaux, 5 mai 2009, n° 08BX01 238 (N° Lexbase : A3923EUT).

(11) Ainsi que l'avait relevé la cour administrative d'appel : *"les travaux de fondation réalisés par la société [X], quelle que soit par ailleurs leur conformité aux règles de l'art, ne respectent pas les stipulations du cahier des clauses techniques particulières du marché de conception-réalisation en litige, établi par la société [Y] et accepté par la commune [...], qui imposaient le respect de la norme DTU 13-2 'fondations profondes', ainsi que des préconisations du rapport géotechnique auquel il était expressément renvoyé ; que de ce fait, la commune était fondée à refuser de procéder au paiement de la somme de 77 032,95 euros TTC sollicitée par la société [X] dans le cadre de son droit au paiement direct"*.

(12) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, art. 60.