



Quels droits pour le sous-traitant tenu au remboursement d'une avance du fait d'une faute du titulaire du marché ?

CE 4 mars 2020, Sté Savima, n°423443

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat rappelle que lorsqu'un marché public est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, l'acheteur public peut 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. Et lorsque le sous-traitant est obligé de rembourser l'avance du fait d'une faute du titulaire, il peut engager sa responsabilité à hauteur des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations envisagées.

Ce qu'il faut retenir :

Point n°1 : Le sous-traitant d'un marché public a droit au versement d'une avance y compris lorsque le titulaire y renonce

Les avances accordées et versées au titulaire ou au sous-traitant sur le fondement des dispositions de l'article R. 2191-3 du code de la commande publique ont pour objet de fournir un préfinancement de l'exécution des prestations du marché. L'avance est le versement d'une partie du montant d'un contrat au titulaire avant tout commencement d'exécution des prestations et constitue à ce titre une dérogation à la règle du « *service fait* ».

L'article R. 2193-19 du code de la commande publique rappelle que dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance alors le sous-traitant agréé bénéficiant du paiement direct est également en droit d'en bénéficier sur simple demande dès la notification du marché public ou de l'acte spécial de sous-traitance. Il convient de souligner que le renoncement par le titulaire au bénéfice de l'avance n'empêche pas le sous-traitant d'en obtenir le versement.

Les montants qui conditionnent le versement de l'avance visé par l'article R. 2191-3 du code de la commande publique qui s'apprécie par rapport au montant global du marché public et non par rapport au montant des prestations sous-traitées. Ainsi l'avance est de droit si le montant total du marché public, et non le seul montant des prestations sous-traitées est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution du marché public est supérieur à 2 mois. L'assiette de l'avance versée au sous-traitant qui bénéficie du paiement direct correspond quant à elle au montant des prestations sous-traitées telles qu'elles figurent dans le marché public ou dans l'acte spécial de sous-traitance

L'avance versée s'impute sur les sommes dues au titulaire ou au sous-traitant, selon un rythme et des modalités fixés par le marché public, par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde. Si l'acheteur a omis de préciser dans le marché public les modalités de remboursement de l'avance, le remboursement, effectué par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire, commence lorsque le montant des prestations exécutées au titre du marché public atteint ou dépasse 65% du montant du marché public. Le remboursement complet de l'avance doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80% du montant TTC des prestations qui lui sont confiées au titre du marché public.

Dans son arrêt du 4 mars 2020, Sté Savima, le Conseil d'Etat rappelle que l'avance ne constitue pas un paiement définitif par l'acheteur public de sorte que ce dernier a l'obligation de recouvrer auprès de son cocontractant défaillant les fonds qu'il lui a versé au titre d'avances pour des prestations qui n'ont pas été réalisées. Ainsi, le Conseil d'Etat pose la règle selon laquelle « **lorsque le marché est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, le maître d'ouvrage peut**

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 ».

Point n°2 : Le sous-traitant obligé de rembourser l'avance du fait d'une faute du titulaire peut engager la responsabilité de ce dernier

Dans son arrêt du 4 mars 2020, Sté Savima, le Conseil d'Etat rappelle également que lorsque le sous-traitant est obligé de rembourser l'avance du fait d'une faute du titulaire peut engager la responsabilité de ce dernier à hauteur des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations envisagées. Le Conseil d'Etat précise en effet que lorsque par exemple un marché public est résilié du fait d'une faute grave commise par le titulaire, alors le sous-traitant est en droit de rechercher sa responsabilité pour obtenir la réparation des préjudices que cette résiliation a pu lui causé à raison des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations prévues initialement au marché : **“ 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 préjudice que cette résiliation lui a causé à raison des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations prévues initialement au marché”**

CE 4 mars 2020, Sté Savima, n°423443

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, dans le cadre d'un marché de conception-réalisation passé entre le centre hospitalier de la commune de Capesterre-Belle-Eau (Guadeloupe) et la société Alfa Bâtiment, agissant en qualité de mandataire solidaire d'un groupement conjoint d'entreprises, pour la construction d'un nouvel hôpital local, le pouvoir adjudicateur a, par un acte spécial du 16 décembre 2008, accepté la société Savima en qualité de sous-traitant pour l'exécution d'une partie du lot 4-4 " Menuiserie extérieure brise soleil " et agréé ses conditions de paiement pour un montant maximum de 2 056 253,86 euros HT. Conformément à sa demande, cette société a obtenu une avance forfaitaire de 20 % du montant des travaux sous-traités, soit la somme de 446 207,09 euros TTC. A la suite de la cession partielle, au profit de la société Saint Landry, des actifs de la société Alfa Bâtiment relatifs au chantier du nouvel hôpital, mise en redressement judiciaire, le centre hospitalier a constaté l'absence de reprise du chantier. Par un courrier du 31 août 2011, le directeur du centre hospitalier a informé la société Savima de la résiliation du marché aux torts de la société Saint Landry, survenue le 10 juin 2011. Par un titre de recettes émis et rendu exécutoire le 4 décembre 2012, le centre hospitalier a réclamé à la société Savima la somme de 446 207,09 euros TTC, correspondant au remboursement de l'avance forfaitaire sur travaux qui lui avait été versée. Par un arrêt du 21 juin 2018 contre lequel la société Savima se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel que la société avait formé contre le jugement du tribunal administratif de la Guadeloupe rejetant sa demande tendant à l'annulation de ce titre exécutoire.
2. *Les avances accordées et versées au titulaire d'un marché sur le fondement des dispositions de l'article 87 du code des marchés publics, applicable au litige, ont pour objet de lui fournir une trésorerie suffisante destinée à assurer le préfinancement de l'exécution des prestations qui lui ont été confiées. Le principe et les modalités de leur remboursement sont prévus par les dispositions de l'article 88 de ce code, dont la substance a été reprise aux articles R. 2191-11 et R. 2191-12 du code de la commande publique, qui permettent au maître d'ouvrage d'imputer le remboursement des avances par précompte sur les sommes dues au titulaire du marché à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde. L'article 115 du même code, dont la substance a été reprise aux articles R. 2193-17 et suivants du code de la commande publique, prévoit que ces dispositions s'appliquent aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct. **Il résulte de la combinaison de ces dispositions que lorsque le marché est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, le maître d'ouvrage peut 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. 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 préjudice que cette résiliation lui a causé à raison des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations prévues initialement au marché.***
3. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour a tout d'abord estimé que le maître d'ouvrage ne pouvait en l'espèce obtenir le remboursement de l'avance qu'il avait versée à la société sous-traitante par précompte sur les sommes dues au sous-traitant, sur le fondement des dispositions des articles 88 et 115 du code des marchés publics alors applicable et de l'article 6.3 du cahier des clauses administratives particulières, dès lors que cette société n'avait pas exécuté, ne serait-ce que partiellement, les prestations qui lui avaient été confiées. La cour administrative d'appel a

ensuite estimé que, dans les circonstances de l'espèce, les conditions de la répétition d'un indu n'étaient pas réunies mais que le centre hospitalier pouvait, pour émettre le titre de recettes en litige, se fonder sur la théorie de l'enrichissement sans cause. Ce faisant, la cour a commis une erreur de droit dès lors que, ainsi qu'il a été dit au point 2, le fondement du remboursement des avances par le sous-traitant, à raison d'une absence totale ou partielle de réalisation de ses prestations, repose sur les articles 88 et 115 du code des marchés publics applicable au litige alors même que le marché résilié n'aurait pas été exécuté.

4. Il résulte de ce qui précède que la société Savima est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué.
5. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du centre hospitalier de Capesterre-Belle-Eau la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, les mêmes dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Savima une somme à ce titre.

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt du 21 juin 2018 de la cour administrative d'appel de Bordeaux est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Bordeaux.

Article 3 : Le centre hospitalier de Capesterre-Belle-Eau versera à la société Savima la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par le centre hospitalier de Capesterre-Belle-Eau au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.