

Précisions sur le fondement juridique du remboursement des avances versées à un sous-traitant en cas de résiliation d'un marché public

En cas de résiliation pour faute d'un marché public 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. Le remboursement de cette avance au pouvoir adjudicateur ne fait pas obstacle à ce que le sous-traitant engage une action en responsabilité contre le titulaire du marché.

A l'heure d'une économie largement mondialisée et fonctionnant en grande majorité à flux tendu, la trésorerie des entreprises est devenue une variable dont la gestion efficiente conditionne leur pérennité.

Les avances représentent à cet égard un droit particulièrement important pour les entrepreneurs dès lors qu'elles constituent une somme d'argent versée aux titulaires de marchés publics afin de leur fournir une trésorerie suffisante destinée à assurer le préfinancement de l'exécution des prestations qui leur sont été confiées. Au regard de leur importance, le législateur a imposé le versement d'avances au titulaire de marchés publics, ainsi qu'à leur sous-traitant, lorsque le montant initial du marché excède le montant de 50 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. Par ailleurs, le législateur a encadré le régime de leur versement et de leur remboursement. Le Conseil d'État a précisé, dans le cadre d'une décision du 4 mars 2020, objet du présent commentaire, le principe et les modalités du remboursement des avances par le sous-traitant en cas de résiliation du marché public pour faute de l'entrepreneur principal et les recours ouverts à ce dernier dans cette hypothèse.

En l'espèce, le centre hospitalier de la commune de Capesterre-Belle-Eau (ci-après, le « Centre hospitalier ») a attribué un marché public de conception-réalisation pour la construction d'un hôpital à un groupement conjoint d'entreprises dont la société Alfa Bâtiment était le mandataire solidaire. Le Centre hospitalier a, par un acte spécial du 16 décembre 2008, accepté la société Savima en qualité de sous-traitant pour l'exécution d'une partie d'un lot du marché et agréé ses conditions de paiement. Conformément à la législation en vigueur et aux stipulations du marché, cette société a obtenu

Auteur

Laurent Bonnard
Avocat à la Cour
Cabinet Seban et Associés

Références

CE 4 mars 2020, Société Savima, req. n° 423443

Mots clés

Exécution financière • Rémunération du titulaire et du sous-traitant • Avances • Remboursement • Responsabilité

une avance forfaitaire de 20 % du montant des travaux sous-traités. La société Alfa Bâtiment a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire laquelle a entraîné l'arrêt du chantier du nouvel hôpital. Dans le prolongement de la procédure de redressement judiciaire, une cession partielle portant sur les actifs de la société Alfa Bâtiment relatifs au chantier du marché de conception-réalisation a été opérée au profit de la société Saint Landry.

À l'issue de cette opération le Centre hospitalier a constaté l'absence de reprise du chantier et a donc procédé à la résiliation du marché aux torts de la société Saint Landry le 10 juin 2011. Par un courrier du 31 août 2011, le Centre hospitalier a averti la société sous-traitante de cette résiliation et a ultérieurement émis un titre de recettes d'un montant correspondant à celui de l'avance forfaitaire qui lui avait été versée en sa qualité de sous-traitant agréé.

La société Savima a demandé au tribunal administratif de la Guadeloupe d'annuler le titre de recettes litigieux mais ce dernier a rejeté sa demande par un jugement du 19 novembre 2015. Par un arrêt du 21 juin 2018, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel formé par la société Savima contre ce jugement. La société Savima a alors introduit un pourvoi en cassation au terme duquel elle a demandé au Conseil d'État d'annuler cet arrêt et de régler l'affaire au fond en faisant droit à sa demande d'annulation du titre exécutoire.

La problématique juridique qui se posait au Conseil d'État à l'occasion de ce pourvoi portait sur les modalités de remboursement des avances versées à un sous-traitant lorsque le marché est résilié avant même d'avoir été exécuté ou alors qu'il n'a fait l'objet que d'une exécution partielle. La cour administrative d'appel de Bordeaux avait jugé que le remboursement de l'avance était dû au titre de l'enrichissement sans cause. Par une décision du 4 mars 2020, le Conseil d'État a censuré le raisonnement de la cour administrative d'appel en jugeant que le fondement du remboursement des avances par le sous-traitant, à raison d'une absence totale ou partielle de réalisation de ses prestations, n'était pas l'enrichissement sans cause mais les articles 88 et 115 du Code des marchés publics applicable au litige.

Afin d'aboutir à cette solution, le Conseil d'État commence par rappeler le régime des avances dans le cadre d'une exécution normale du marché public. Il précise ensuite le régime des avances et les recours ouverts au sous-traitant à la suite d'une résiliation pour faute du marché public.

Le régime des avances dans le cadre d'une exécution normale du marché public

Le Conseil d'État évoque tout d'abord l'objet et la définition des avances dans le cadre des marchés publics et présente, ensuite, le principe et les modalités de leur remboursement par les titulaires de marchés publics et leurs sous-traitants dans le cadre de l'exécution normale du marché public.

L'objet et la définition des avances dans les marchés publics

Le Conseil d'État commence par définir l'avance en énonçant dans le considérant de principe de la décision commentée que « 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 ».

La Haute juridiction rappelle ici l'objet des avances et les distingue par là même implicitement des acomptes. En effet, l'avance est « une provision qui est versée à l'entreprise titulaire sans lien avec l'état d'avancement du marché. Elle correspond à un avaloir sur la rémunération d'une prestation à fournir par le titulaire du marché »⁽¹⁾. En revanche, un acompte constitue un « paiement partiel de prestations se rapportant au marché déjà effectuées par cette entreprise. Le montant de l'acompte (établi à partir de décomptes mensuels) ne pouvant excéder la valeur de ces prestations faites par l'entreprise »⁽²⁾. Ainsi, contrairement à l'acompte qui rémunère un service fait⁽³⁾, l'avance déroge à cette règle puisqu'elle a vocation à fournir au cocontractant une trésorerie suffisante pour lui permettre d'assurer la bonne exécution du marché antérieurement à la réalisation de tout service.

Cette avance est obligatoirement accordée au titulaire d'un marché public sur le fondement d'une disposition légale, l'ancien article 87 du Code des marchés publics dont les dispositions sont aujourd'hui reprises par les articles L. 2191-2 et L. 2192-3 du Code de la commande publique.

Il découle effectivement de l'article L. 2192-3 du Code de la commande publique que l'acheteur public est tenu d'accorder « une avance au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché est supérieur à 50 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois ». L'acheteur public étant toujours libre de verser une avance facultative sur le fondement des dispositions de l'article R. 2191-4 du Code de la commande publique ou de modifier le taux définissant le montant de l'avance à verser au titulaire du marché⁽⁴⁾.

L'avance constituant un avaloir sur la rémunération d'une prestation à fournir par le titulaire du marché, ce dernier demeure donc débiteur vis-à-vis du pouvoir adjudicateur du montant de l'avance qui lui a été accordée et doit procéder à son remboursement. Le Conseil d'État poursuit donc son raisonnement pour détailler les modalités et le principe de ce remboursement dans le cadre d'une exécution normale du marché public.

(1) E. Delacour, « Marchés publics : Le régime des avances », *Contrats et Marchés publics* n° 12, décembre 2001, prat. 11.

(2) *Ibid.*

(3) Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 art. 31.

(4) CCP, art. R. 2191-7.

Le remboursement des avances dans le cadre d'une exécution normale des marchés publics

Les avances ne constituant pas la rémunération d'un service fait, elles doivent être remboursées au pouvoir adjudicateur. Le Conseil d'État rappelle les dispositions légales relatives à ce remboursement en précisant que « 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'ancien article 88 du Code des marchés publics encadrait strictement les modalités de remboursement de l'avance. Les dispositions de cet article sont aujourd'hui reprises par l'article R. 2191-11 du Code de la commande publique qui dispose que le « remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixées par les clauses du marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde ». Il résultait également de l'article 88 du Code des marchés publics en vigueur au moment de la décision commentée que « dans le silence du marché, ce remboursement s'impute sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées atteint 65 % du montant toutes taxes comprises du marché »^[5]. Et ce même article prévoyait également que le remboursement des avances « doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises des prestations qui lui sont confiées au titre du marché »^[6].

[5] Cet article est aujourd'hui repris en substance par l'article R. 2191-11 du Code de la commande publique, tel que modifié postérieurement à la décision commentée par le décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020 relatif aux avances dans les marchés publics, et qui dispose désormais en second alinéa que « Dans le silence du marché, ce remboursement s'impute : 1° Pour les avances inférieures ou égales à 30 % du montant toutes taxes comprises du marché, sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées atteint 65 % du montant toutes taxes comprises du marché ; 2° Pour les avances supérieures à 30 % du montant toutes taxes comprises du marché, sur les sommes dues au titulaire dès la première demande de paiement ».

[6] Cet article est aujourd'hui repris en substance par l'article R. 2191-11 du Code de la commande publique, tel que modifié postérieurement à la décision commentée par le décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020 relatif aux avances dans les marchés publics, et qui dispose désormais que « Lorsque le montant de l'avance est inférieur à 80 % du montant toutes taxes comprises du marché, son remboursement doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises du marché. Dans les autres cas, dans le silence du marché, l'avance est intégralement remboursée lorsque le montant toutes taxes comprises des prestations exécutées atteint le montant de l'avance accordée ».

Le litige de l'espèce concernant une avance versée à un sous-traitant, le Conseil d'État prend soin de relever que les dispositions précitées sont applicables aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct en application de 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.

L'absence de lien contractuel entre le sous-traitant et l'acheteur public^[7] ne fait effectivement pas obstacle à ce que le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées puisse bénéficier d'une avance dont l'assiette correspond au montant des prestations qui lui sont sous-traitées, telles qu'elles figurent dans le marché public ou dans l'acte spécial de sous-traitance. Et, il résulte de l'article R. 2193-17 du Code de la commande publique que les modalités de remboursement de cette avance sont identiques à celles prévues pour l'entrepreneur principal. On soulignera également que le contentieux du paiement des travaux exécutés en sous-traitance pour les marchés publics passés par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics relève, ainsi que le montre le cas d'espèce, de la compétence de la juridiction administrative^[8] que la sous-traitance soit régulière ou irrégulière.

Le problème de droit propre au cas d'espèce résulte de la rigidité des modalités de remboursement des avances prévues par les textes. En effet, le remboursement des avances par précompte sur les sommes dues au titulaire du marché, ou à son sous-traitant, intervient durant une période restreinte. Et, dans l'hypothèse d'un marché résilié avant que ne soit atteint le seuil prédéterminé déclenchant le remboursement de l'avance, il est apparu nécessaire que le Conseil d'État clarifie le fondement du remboursement des avances et se prononce le régime des avances et les recours ouverts au sous-traitant contre l'entrepreneur principal à la suite d'une résiliation pour faute du marché public.

Le régime des avances et les recours ouverts au sous-traitant à la suite d'une résiliation pour faute du marché public

Le Conseil d'État va juger que les dispositions du Code des marchés publics, aujourd'hui reprises par le Code de la commande publique, constituent le fondement juridique du remboursement des avances versées au titulaire ou à son sous-traitant en cas de résiliation du marché public. Et, il évoque une action ouverte au sous-traitant à l'encontre du titulaire du marché public en cas de résiliation pour faute pour permettre à ce dernier d'obtenir réparation du préjudice qu'il aurait potentiellement subi.

[7] CE 6 mars 1987, OPHLM de Châtillon-sous-Bagneux, req. n° 37731.

[8] TC 14 mai 1984, Société Smac-Acieroid c./ Commune de Mirande, req. n° 02313.

Les dispositions du Code des marchés publics constituent le fondement du remboursement des avances versées au sous-traitant en cas de résiliation du marché

En l'espèce, le marché public a été résilié antérieurement à la réalisation de toute prestation par le sous-traitant et le maître d'ouvrage n'avait donc pas pu commencer à obtenir le remboursement des avances versées à ce dernier.

Confronté à la question du fondement juridique permettant au maître d'ouvrage de poursuivre le recouvrement de ces avances, la cour administrative d'appel de Bordeaux a adopté une lecture littérale des articles 88 et 115 du Code des marchés publics en jugeant 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 ». Ce faisant, la cour administrative d'appel de Bordeaux a implicitement considéré que la résiliation du marché public antérieurement au seuil prévu par ces articles pour le déclenchement du remboursement des acomptes faisait obstacle à leur application. Elle a également jugé qu'en raison de la résiliation du marché public, le remboursement de ces avances ne pouvait pas davantage être poursuivi sur le fondement des stipulations du cahier des clauses administratives particulières du marché définissant le régime des avances.

Ni les articles du Code des marchés publics, ni les stipulations contractuelles ne trouvant plus à s'appliquer faute de fondement contractuel, la cour administrative d'appel s'est donc déportée sur le terrain quasi contractuel pour permettre au maître d'ouvrage de recouvrer les avances versées au sous-traitant. La cour a effectivement jugé que 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 ». En d'autres termes, la cour a jugé qu'à défaut de recouvrer les avances dans la courte fenêtre prévue par les dispositions précitées et faute de fondement contractuel à la suite de la résiliation du contrat, le maître d'ouvrage devait agir sur le terrain quasi contractuel pour recouvrer ces avances.

Le Conseil d'État censure ce raisonnement en jugeant qu'il résulte de la combinaison des articles 88 et 115 du Code des marchés publics 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 » sur le fondement desdits articles.

Autrement dit, le Conseil d'État paraît considérer que le versement des avances et leur remboursement reposent sur un fondement légal bénéficiant d'une certaine autonomie vis-à-vis du contrat. En effet, contrairement à la cour administrative qui avait jugé que la résiliation du contrat imposait de rechercher le remboursement des avances sur un fondement quasi contractuel (répétition de l'indu ou enrichissement sans cause), le Conseil d'État fonde le remboursement des avances sur les seules dispositions du Code des marchés publics public puisqu'il juge que « 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 ».

En outre, le Conseil d'État semble adopter une interprétation extensive de ces articles. En effet, il résulte de ces dispositions que dans le silence du marché, le remboursement des avances doit s'imputer sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées atteint 65 % du montant toutes taxes comprises du marché et doit s'achever lorsque ce montant atteint 80 %. Dès lors que le marché public est résilié avant que ce seuil ne soit atteint, les dispositions précitées devraient, en principe, rester lettre morte. Le Conseil d'État juge cependant que nonobstant l'impossibilité de pouvoir atteindre ledit seuil en raison de la résiliation du marché public, le maître d'ouvrage demeure fondé, par exception, à recouvrer le remboursement des avances sur leur fondement.

Il convient enfin de souligner que ce remboursement s'opère sous réserve des dépenses que le titulaire du marché et ses sous-traitants ont exposées et qui « correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées ». L'entrepreneur a toujours le droit au paiement de ces travaux^[9]. Afin d'éviter un double paiement de l'entrepreneur, il convient en principe de déduire du montant représentatif des dépenses engagées par cette société à la date de résiliation du marché les avances versées par le maître d'ouvrage^[10]. Le Conseil d'État semble ici rappeler cette règle mais cette fois-ci afin de prévenir toute absence de rémunération de l'entrepreneur pour les travaux effectivement réalisés dans l'hypothèse où celui-ci n'aurait pas été rémunéré pour les prestations prévues au marché et effectivement réalisées.

Le sous-traitant subissant les conséquences de la résiliation du contrat principal pour faute de l'entrepreneur principal, le Conseil d'État lui réserve une voie de recours contre ce dernier.

[9] CE 29 septembre 2000, Société Dezellus Métal Industrie, req. n° 186916.

[10] CE 3 octobre 2008, Société Établissements Paul Mathis, req. n° 291919 et n° 291978.

Le recours ouvert contre le sous-traitant contre l'entrepreneur principal en raison de la résiliation pour faute du marché public

Le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître d'ouvrage public aussi il est en principe et, à notre connaissance, dépourvu de recours à l'encontre du contrat principal. Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'une société ne justifie pas, en sa seule qualité de société susceptible d'intervenir comme sous-traitante d'un candidat évincé, d'un intérêt lésé pouvant la rendre recevable à contester la validité du contrat en cause⁽¹¹⁾. Il a seulement été admis par la cour administrative d'appel de Lyon qu'en « leur qualité de tiers à l'acte spécial de sous-traitance, conclu entre le titulaire du marché public et le maître d'ouvrage, les sous-traitants, qui justifient être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision du maître d'ouvrage mettant un terme à leur agrément avant la fin de l'exécution des travaux, sont recevables à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à la contestation de la validité de cette mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles entre

le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal en ce qui les concerne »⁽¹²⁾.

Confronté à la résiliation du marché public principal pour faute de l'entrepreneur principal, le sous-traitant se révèle dans une position inconfortable puisqu'il ne dispose d'aucun recours contre la décision de résiliation du marché principal, se retrouve privé de sa part du marché public sans avoir pour sa part commis la moindre faute et doit également rembourser les avances perçues alors qu'il a potentiellement engagé des frais pour exécuter la part du marché qui lui a été confiée.

Le Conseil d'État prend donc soin de ménager les intérêts du sous-traitant et précise 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 préjudice que cette résiliation lui a causé à raison des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations prévues initialement au marché ». Il convient néanmoins de relever qu'il appartiendra en principe au juge judiciaire de connaître du contentieux en responsabilité entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal⁽¹³⁾ au titre du préjudice que la faute de celui-ci a causé à celui-là.

[11] CE 14 octobre 2015, Région Réunion, req. n° 391183.

[12] CAA Lyon 14 janvier 2019, Société Prestosid, req. n° 16LY04384.

[13] TC 10 juillet 1990, SEMARELP, req. n° 02622.