

C O U R D ' A P P E L D E P A R I S

P A L A I S D E J U S T I C E

Vingt et unièmes Assises

"JUSTICE CONSTRUCTION"

**

Lundi 26 Mars 2007

**

"COTRAITANCE et SOUS-TRAITANCE"

dans les marchés de travaux

**

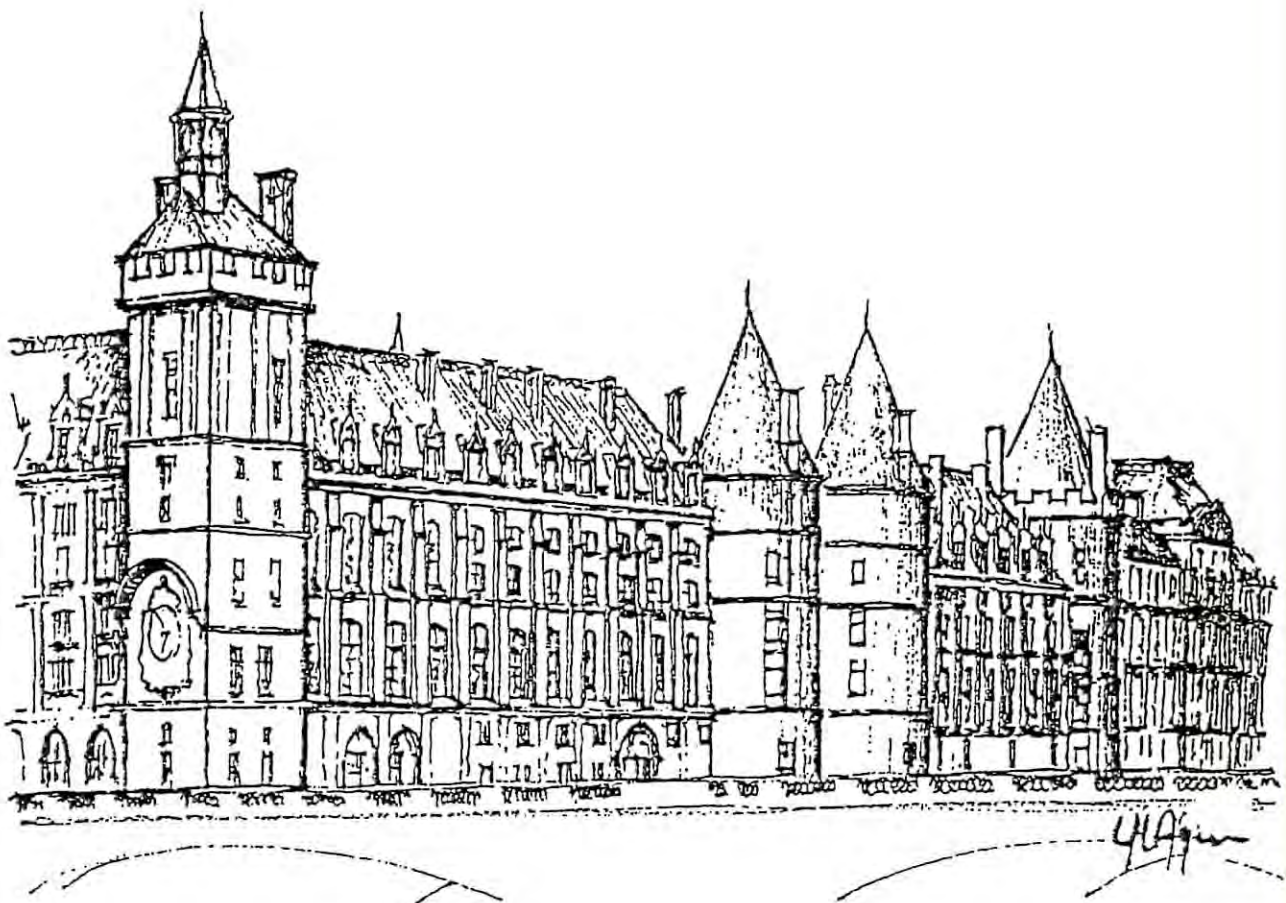


TABLE DES MATIERES

Matinée

	Pages
Ouverture des Assises par le Président Fabrice JACOMET Président de Chambre à la Cour d'Appel de PARIS	1
Allocution de Monsieur Renaud CHAZAL de MAURIAC Premier Président de la Cour d'Appel de PARIS	2
Allocution de Maître Yves REPIQUET Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de la Cour d'Appel de PARIS	4
Présentation de la journée par Monsieur Fabrice JACOMET	6
Présentation de la matinée par Monsieur Jean-Claude RIGUET Architecte Expert judiciaire Vice-Président de JUSTICE CONSTRUCTION	7
La Cotraitance dans les marchés publics par Monsieur le Professeur Christophe GUETTIER Professeur des Universités, en fonction au Conseil d'Etat	8
Débat	19
Les rapports inter entreprises Pratiques et responsabilités par Monsieur Jean-Pierre BABANDO Administrateur de JUSTICE CONSTRUCTION, Juriste d'Entreprise	21
Débat	30
La liquidation des comptes des Entreprises par Monsieur Jean-Michel ROMERO	32
Débat	41

COUR D'APPEL DE PARIS

oOo

Assises « JUSTICE-CONSTRUCTION »
« Cotraitance et Sous-traitance dans les marchés de travaux »

oOo

Lundi 26 mars 2007
(Matin)

oOo

La séance est ouverte sous la Présidence de M. Fabrice JACOMET, Président de « Justice-Construction ».

M. le Président.- Mesdames, Messieurs, nous allons ouvrir notre colloque.

Je vais passer tout de suite la parole à M. le Premier Président CHAZAL de MAURIAC.

Ouverture des Assises par M. Renaud CHAZAL de MAURIAC, Premier Président de la Cour d'Appel de Paris

M. CHAZAL DE MAURIAC.- Je suis heureux de vous accueillir pour ces XXème Assises annuelles et de constater, une nouvelle fois, le dynamisme de cette association sous la Présidence de M. Fabrice JACOMET.

Le thème de vos travaux « *cotraitance et sous-traitance dans les marchés de travaux* » est en premier lieu, cela va de soi, un thème juridique, mais il touche très concrètement l'organisation et la vie des chantiers qui requièrent la participation de nombreux acteurs.

Il permet aussi de confronter les approches différentes qui ont été retenues pour les marchés privés et pour les marchés publics.

La cotraitance est née de la triple nécessité de favoriser la réalisation de grands travaux de construction, de permettre aux maîtres d'ouvrage d'avoir des relations avec un interlocuteur unique et d'assurer un accès aisé des petites et moyennes entreprises aux marchés importants, en évitant le régime de la sous-traitance.

Dans les marchés publics, nous avons des règles précises qui ont été énoncées dans le code des marchés publics.

Dans les marchés privés, sauf recours à des groupements d'intérêt économique sur la personnalité morale qui bénéficie d'un régime particulier, la pratique à développer, en dehors de toute disposition légale, en utilisant le droit des obligations, est la création de groupements momentanés d'entreprises, les relations entre les différents acteurs étant généralement définies dans le cadre d'une convention de groupement, mais qu'il s'agisse de marchés publics ou de marchés privés, la mise en œuvre des groupements d'entreprises s'inscrit dans différentes sphères contractuelles, les rapports entre le groupement et le maître d'ouvrage, les rapports entre les entrepreneurs groupés et les rapports entre ces derniers et les tiers, les banquiers, les assureurs, les fournisseurs.

Par ailleurs, on trouvera la distinction fondamentale entre les groupements conjoints et les groupements solidaires.

Eu égard à la pluralité d'entreprises et à l'absence de personnalité morale du groupement, de multiples questions se posent sur la rémunération des différents membres, sur la prise en charge des frais communs, sur la gestion et la liquidation des comptes interentreprises.

Toutes ces problématiques seront abordées par un premier groupe d'intervenants.

La sous-traitance est une autre forme d'organisation juridique des chantiers complexes. Elle pèse lourdement sur le plan économique puisqu'elle représente environ 15 milliards d'euros de chiffre d'affaires. La loi du 31 décembre 1975 s'est efforcée tant dans les marchés publics que dans les marchés privés, d'organiser la sous-traitance et de fixer les règles applicables.

Dans les marchés publics, une procédure de paiement direct a été prévue, une responsabilité du maître d'ouvrage si les conditions de paiement ne sont pas respectées et en outre le sous-traitant peut bénéficier, dans certaines conditions, de l'exercice d'un privilège dont d'un régime de paiement préférentiel.

Dans les marchés privés, des garanties de paiement sont prévues, appel de nullité, en imposant la mise en place d'un cautionnement solidaire ou d'une délégation de paiement. Une responsabilité quasi délictuelle du maître d'ouvrage lorsqu'il a eu connaissance de la présence du sous-traitant est également imposée. Enfin, une action directe du sous-traitant agréé, dont les conditions de paiement ont été acceptées et prévues, contre le maître de l'ouvrage ; mais la pratique a fait apparaître de nombreuses difficultés, qu'il s'agisse de la définition de l'activité

de sous-traitance elle-même, qu'il s'agisse de la mise en place du cautionnement solidaire ou de la délégation de paiement.

Cela a eu pour effet de générer un contentieux judiciaire et les organisations professionnelles tentent aujourd'hui de trouver des solutions pour palier ces difficultés. Ces questions seront traitées par le deuxième groupe d'intervenants.

L'importance de ces sujets, leur richesse, leur complexité juridique, me permettent d'affirmer que cette journée d'échanges sera riche et fructueuse.

Mes obligations ne me permettront malheureusement pas d'assister à vos travaux, mais c'est une grande satisfaction pour la Cour d'Appel de Paris que de faciliter ce type de colloque.

Une meilleure compréhension des contraintes des différents intervenants, des différents acteurs de terrain, une réflexion commune sur les exigences du droit et une information sur l'évolution des pratiques, en réalité une mutualisation des connaissances, ne peuvent qu'améliorer la recherche de solutions efficaces et adaptées.

Je vous souhaite une excellente journée.
(*applaudissements*)

M. le Président.- Monsieur le Premier Président, je vous remercie infiniment de ces propos introductifs extrêmement concrets sur le thème du colloque, que vous avez présenté.

Effectivement, après avoir développé plusieurs colloques sur des thèmes d'ouverture, handicap et construction, reconstruction après des catastrophes collectives, l'association a souhaité revenir à des sujets plus juridiques et aujourd'hui, nous traiterons donc des problèmes de cotraitance/sous-traitance.

L'association se réjouit également de la présence personnelle du Bâtonnier qui a bien voulu accepter de dire quelques mots à l'ouverture de ce colloque.

Monsieur le Bâtonnier, je vous passe la parole.

Intervention de Maître Yves REPIQUET, Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de la Cour d'Appel de Paris.

Me REPIQUET.- Merci Monsieur le Président.

En effet, quelques mots pour vous dire dans cette salle de justice – Monsieur le Premier Président merci de nous y accueillir – qu'il ne peut y avoir de justice sans avocat, alors que cette salle symbolise le contentieux absolu, il y a aussi d'autres voies que celle des différends tranchés par la justice.

Depuis vingt ans, l'association « *Justice Construction* » qu'a présidée d'abord M. AQUENIN, Conseiller à la Cour d'Appel, puis sous votre Présidence, Monsieur Fabrice JACOMET que je salue avec chaleur, le travail au rapprochement des différents intervenants à l'opération de construction immobilière, architectes, entrepreneurs, experts judiciaires, en vue justement de la prévention et du règlement des conflits dans le domaine spécifique et hautement spécialisé du droit de la construction.

Vous savez que l'Ordre des Avocats est lui-même très attaché à l'approfondissement de ses relations avec le monde de l'entreprise.

Le mois dernier, au Salon des Entrepreneurs, les exposés, qui ont été faits par mes confrères, ont remporté un très grand succès et la fréquentation a été considérablement augmentée.

S'il me paraît très important que depuis la création de votre association des avocats aient constamment participé à vos travaux, aux côtés des Magistrats, Professeurs d'Université, Experts Judiciaires, il est unanimement admis que vos travaux vont dans le sens d'une amélioration de la doctrine et de la jurisprudence.

Il est donc essentiel, à mes yeux, qu'ils puissent se poursuivre et s'intensifier dans l'intérêt de la défense légitime des droits tant des consommateurs que des constructeurs.

C'est la raison pour laquelle ils ont d'ailleurs été validés au titre de la formation continue des avocats qui doivent être toujours à la pointe de l'évolution et toujours dans le vent non pas de l'histoire, mais de la vie.

La cotraitance et la sous-traitance que vous abordez aujourd'hui, est un sujet fondamental du droit de la construction. Il tend en effet au bon déroulement d'un chantier de construction et, en définitive, à la prévention des risques inhérents à tout programme immobilier, d'une manière d'autant plus efficace qu'avant réception des travaux ceux-ci ne bénéficient en principe que d'une assurance limitée et que le régime de nos garanties d'achèvement est encore très imparfait.

La souscription de police d'assurance en cours de chantier n'est généralement que facultative et les garanties de terminaison des travaux par un assureur ou un établissement financier demeurent, nous le savons, l'exception.

Le succès du programme de construction dépend dès lors surtout d'une organisation efficace des tâches de chacun, dans le cadre de la cotraitance et de la sous-traitance, entre maîtres d'œuvre et entrepreneurs.

C'est dire l'importance que revêt le colloque qui s'ouvre aujourd'hui.

Permettez-moi de vous exprimer mes vœux de plein succès et je sais qu'il sera très fructueux.

Merci.

(applaudissements)

M. le Président.- Monsieur le Bâtonnier, je vous remercie infiniment des propos que vous avez bien voulu développer.

Nous essaierons effectivement de répondre à votre attente comme à celle du Premier Président durant le colloque de façon précise.

Je ne vais pas abuser de votre temps, je vais donc suspendre la séance pour permettre à M. le Premier Président et à vous-même de vous retirer.

(Départ de M. le Premier Président de la Cour d'Appel de Paris et de M. le Bâtonnier de l'Ordre des avocats de la Cour d'Appel de Paris)

Présentation de la journée par M. Fabrice JACOMET

M. le Président.- Nous allons entrer maintenant dans la phase technique de notre Colloque.

Juste quelques précisions relatives au déroulement de la journée et indiquer les raisons du choix de ce thème.

Après quelques années durant lesquelles l'association a développé des thèmes d'ouverture, handicap et construction, procédures collectives et travaux de construction, reconstruction après une catastrophe collective, le besoin s'est fait sentir de revenir à des sujets plus juridiques.

Il nous est apparu intéressant d'aborder le problème de la cotraitance et de la sous-traitance, parce que ceci nous permettait à la fois de voir deux thèmes qui se rattachaient à l'organisation de chantier complexes et aux choix qui pouvaient se présenter aux différents intervenants.

Ces choix profondément différents, l'un d'ailleurs n'excluant pas l'autre, permettent d'allier une réflexion à la fois sur les marchés publics et sur les marchés privés et de voir les avantages que l'on peut retirer soit de l'organisation suivant les règles purement contractuelles, soit en ayant recours à des dispositifs d'ordre public, de voir quelles sont les conséquences qui peuvent en être tirées. C'est ce qui nous a guidés.

J'indique tout de suite que de nombreux avocats se sont inscrits dans le cadre de la formation permanente. Lors de l'intervention du Professeur GUETTIER circulera une liste des avocats qui se sont préalablement inscrits. Il convient d'émarguer à côté de leur nom. Ceux qui ne verront pas leur nom figurer, pourront s'inscrire sur une feuille jointe.

J'insiste sur l'existence de la feuille jointe, qui ne s'insère pas à l'intérieur de la liste, pour permettre une exploitation plus facile.

Vous dire également que la matinée sera consacrée à la cotraitance, l'après-midi à la sous-traitance.

Je vais passer directement la parole maintenant à M. RIGUET qui va vous présenter les différents intervenants de la matinée.

Présentation de la matinée par M. Jean-Claude RIGUET, vice-président de Justice Construction.

M. RIGUET.- Merci Monsieur le Président.

Cette matinée est donc consacrée à la cotraitance. Trois exposés traiteront ce sujet, apportant un éclairage sur des points particuliers.

La cotraitance dans les marchés publics, tout d'abord, en définissant au préalable ce qu'elle représente.

Ensuite, les rapports inter-entreprises et enfin la liquidation des comptes inter entreprises qui présente souvent dans la pratique des sources de difficulté tant en ce qui concerne le fond et la forme que les délais eux-mêmes.

Je donnerai tout d'abord la parole à M. Jean-Christophe GUETTIER, Professeur des Universités, en fonction au Conseil d'Etat, qui traitera de la définition de la cotraitance dans les marchés publics.

Il s'agit bien de partager des compétences, mais selon quels types de groupements, pour quels objectifs et quelles responsabilités de chacun en fonction de leur degré de solidarité envers le maître d'ouvrage, notamment après la réception des travaux ; autant de points délicats sur lesquels M. le Professeur GUETTIER nous présente son analyse et ses réflexions.

La Cotraitance dans les marchés publics
Par M. le Professeur Christophe GUETTIER, Professeur des Universités.

M. GUETTIER.- Mesdames, Messieurs, merci.

Il y a deux cents ans, une loi des 16 et 24 août 1792 avait interdit au juge judiciaire de s'occuper des affaires administratives. Nous sommes deux cents ans plus tard, heureusement il n'en est plus ainsi. Je suis particulièrement heureux en tant que publiciste d'être parmi vous et également en tant que chargé des fonctions de Maître des Requêtes au Conseil d'Etat, plus spécialement affecté à la 7^{ème} sous-section qui traite des contentieux, notamment des marchés publics.

Les marchés publics et la cotraitance, quel est le regard du publiciste sur cette question ?

L'article 46-1 du code des marchés publics, issu du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992, a été le premier texte réglementaire reconnaissant aux entreprises le droit à co-traiter un marché.

Auparavant, le groupement d'entreprises avait un fondement purement conventionnel, notamment dans l'article 3.31 du cahier des clauses administratives générales (CCAG travaux).

Ces dispositions ont été depuis remplacées par l'article 51 du code des marchés publics, notamment dans sa dernière rédaction issue du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 (entré en vigueur le 1^{er} septembre 2006). C'est à cet article 51 que nous nous proposons de consacrer l'essentiel des développements qui vont suivre.

Quel est l'encadrement juridique prévu dans le droit des marchés publics à propos des groupements d'entreprises ? L'accent va être mis sur les 5 points suivants :

- le respect des règles relatives à la concurrence ;
- les deux types de groupements sous lesquels peuvent se présenter les opérateurs économiques ;
- les variantes possibles du groupement d'entreprises selon l'existence et l'étendue de la solidarité liant ses membres ;
- le mandataire ;
- la solidarité dans les groupements d'entreprises.

1. – Le respect des règles relatives à la concurrence
--

Selon l'article 51-I, alinéa 1^{er}, du code des marchés publics : « *Les opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidats sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence* ». Ce respect s'impose donc aux opérateurs économiques lorsqu'ils décident de se porter candidats de façon groupée à l'attribution d'un marché public.

Ici, qu'il nous soit permis d'évoquer une interrogation et la réponse donnée par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, en décembre 2003 (mais toujours d'actualité) :

• **Question :** Dans le cadre d'un appel d'offres restreint, à l'issue de la réunion d'ouverture des plis, des candidats ont été retenus. Il s'agit de groupements solidaires dans lesquels figurent le cas échéant des architectes, bureaux d'études, scénographes, acousticiens... A l'analyse des dossiers, il est apparu que les mêmes scénographes ou acousticiens figuraient dans plusieurs groupements en qualité de co-traitants non mandataires et pouvaient donc être, en définitive, choisis plusieurs fois au sein des équipes retenues. Sachant que le règlement de consultation n'a apporté aucune interdiction en la matière, la situation rencontrée pourrait-elle faire l'objet de contestation ultérieure ?

A cette question, le Ministère de l'Economie et des Finances est venu apporter la réponse suivante : l'article 51-VII du code des marchés publics (il s'agit aujourd'hui de l'article 51-VI dans la version 2006 du CMP) dispose que : « *Le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché ou un de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels ou de membres d'un ou plusieurs groupements* ».

Comme l'a indiqué l'instruction d'application du code des marchés publics : « L'objectif est d'éviter à l'acheteur public de se trouver face à de multiples candidatures de la même entreprise sous plusieurs formes, aboutissant en fait à restreindre la concurrence.

Il ne s'agit pas d'une interdiction générale mais d'une possibilité laissée à l'appréciation de la personne publique de refuser au cas par cas les candidatures multiples ; elle trouvera essentiellement à s'appliquer dans les secteurs où des dysfonctionnements concurrentiels sont constatés de façon habituelle.

En revanche, elle ne trouvera pas à s'appliquer lorsque la participation d'une même entreprise à plusieurs groupements est objectivement incontournable, par exemple parce que cette entreprise sera seule capable de réaliser une partie des prestations demandées ».

Au cas d'espèce, pour en revenir à notre marché, la personne responsable n'a pas souhaité a priori introduire dans son règlement de consultation la possibilité offerte par le code des marchés publics d'interdire les candidatures à divers titres. Cela emporte deux conséquences :

- l'ensemble des concurrents est donc informé, à travers le règlement de consultation tel qu'il est rédigé, qu'il n'y a aucune restriction dans les modalités de présentation des candidatures et que les candidatures à divers titres sont autorisées. L'égalité de traitement des candidats au regard de l'information en la matière est donc préservée. Dès lors, un candidat s'estimant lésé ne pourrait se prévaloir de cette situation pour entamer un recours contre la collectivité.

- la commission d'appel d'offres (CAO) ne peut se prévaloir de cette interdiction pour évincer tel ou tel candidat dans le cadre de l'examen des offres.

Pour autant, en se privant de cette possibilité, la collectivité s'expose tant à une restriction de la concurrence qu'à des risques de pratiques anticoncurrentielles du fait de certains soumissionnaires (ententes, partage de marchés, échanges d'informations, etc.), et par suite à d'éventuels litiges avec des candidats évincés, voire à des risques d'annulation du marché par le juge administratif qui pourrait en connaître, notamment à travers la technique du référé non contractuel.

Voilà un premier éclairage sur une question qui est loin d'être inintéressante, qui est en tout cas devenu source d'un certain contentieux, notamment devant les juridictions administratives.

2. — Les deux types de groupements sous lesquels peuvent se présenter les opérateurs économiques

Sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence, l'article 51 CMP (2006) prévoit les deux types de groupements sous lesquels peuvent se présenter les opérateurs économiques : il s'agit du groupement solidaire et du groupement conjoint.

- « Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché. »

- « Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché. »

L'article 51-I, alinéa 2, du code des marchés publics reprend la définition posée par l'article 2.31, alinéa 4, du cahier des clauses administratives générales (CCAG-Travaux). Pour que le groupement soit conjoint, il faut que la répartition des prestations de chacun de ses membres dans le cadre du marché soit précisée et que l'un d'entre eux soit désigné mandataire dans l'acte d'engagement (CAA Bordeaux, 27 mai 2003, *Sté Grands travaux de l'océan Indien et Sté Bourbonnaise de travaux publics et de construction*, req. n° 99BX02302).

Observons à ce stade que s'agissant du groupement conjoint, la jurisprudence administrative avait eu l'occasion de préciser que si la candidature des groupements d'entreprises à forme conjointe suppose, en vertu du I de l'article 51 du code des marchés publics, que le maître d'ouvrage ait décomposé le marché en plusieurs ensembles de prestations techniques susceptibles, chacun, d'être attribué à un membre du groupement, cette décomposition en « lots » techniques devait être entendue comme consistant en une opération différente de celle de « l'allotissement » prévue par ailleurs par le code des marchés publics, lequel « allotissement » consiste à conclure plusieurs marchés séparés.

Autrement dit, il résultait de la jurisprudence que cette décomposition en « lots » techniques ne faisait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique. En ce sens, voir : CE, 30 juin 2004, *OPHLM de la ville de Nantes*, req. n° 261472 où l'on peut lire le considérant suivant :

« Considérant (...) que si la candidature des groupements d'entreprises à forme conjointe suppose, en vertu du I de l'article 51 du code des marchés publics, que le maître d'ouvrage ait décomposé le marché en plusieurs ensembles de prestations techniques susceptibles, chacun, d'être attribué à un membre du groupement, cette décomposition en lots techniques, - qui est une opération différente de celle de l'allotissement prévu à l'article 10 (...) du même code, lequel consiste à conclure plusieurs marchés séparés - ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique ; qu'ainsi, en se fondant sur la circonstance que le marché litigieux avait le caractère d'un marché unique pour juger que la collectivité publique ne pouvait pas réserver ce marché aux groupements conjoints, le premier juge a entaché son ordonnance d'une erreur de droit ; (...) »

Relevons qu'afin d'éviter toute confusion, la notion de « lot » n'apparaît plus à propos du groupement conjoint dans la rédaction de l'article 51-I CMP 2006.

Selon la rédaction en vigueur auparavant : « *Le groupement est conjoint lorsque, l'opération étant divisée en lots, chacun des prestataires membres du groupement s'engage à exécuter le ou les lots qui sont susceptibles de lui être attribués dans le marché.* » Dans le code des marchés publics de 2006, voici la nouvelle rédaction donnée à l'article 51-I : « *Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché.* »

L'expression « lots » figure toutefois toujours dans le CCAG-Travaux dont l'article 2.31 dispose que « *les entrepreneurs groupés sont conjoints lorsque, les travaux étant divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs, chacun d'eux est engagé pour le ou les lots qui lui sont assignés* ». Il convient d'interpréter cette expression au sens que lui a donné la jurisprudence et désormais le pouvoir réglementaire selon la dernière rédaction en date de l'article 51-I du code des marchés publics.

Notons, par ailleurs, que l'acte d'engagement peut ne pas indiquer expressément si les entrepreneurs groupés sont solidaires ou conjoints. Comment alors le savoir ?

D'abord, précisons ce qu'est l'acte d'engagement. Il s'agit d'un document unique mais dont le contenu varie selon que le groupement est précisément conjoint ou solidaire. En effet, selon l'article 51-III CMP (2006) :

- « En cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement (...) indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter.

- En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement (...) indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser. »

Ainsi, dans le cas où l'acte d'engagement n'indiquerait pas expressément si les entrepreneurs groupés sont solidaires ou conjoints, il conviendra de rechercher, comme l'indique d'ailleurs l'article 2.31 du CCAG :

- si les travaux sont divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs et si l'un de ces derniers est désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire – auquel cas les entrepreneurs sont conjoints ;

- si les travaux ne sont pas divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs ou si l'acte d'engagement ne désigne pas l'un de ces derniers comme mandataire – auquel cas les entrepreneurs sont solidaires.

Mais ces formes de groupements ne sont pas figées. Notons ainsi que selon l'article 51-VII CMP 2006 : « Le passage d'un groupement d'une forme à une autre ne peut être exigé pour la présentation de l'offre, mais le groupement peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué, si cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché. Dans ce cas, la forme imposée après attribution est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. »

Quant à la composition interne du groupement, elle n'est pas non plus sans pouvoir évoluer. Certes, selon l'article 51-V CMP 2006 : « La composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché. » Mais il est immédiatement ajouté : « Toutefois, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous-traitants.

Le pouvoir adjudicateur se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement (ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation. »)

S'agissant de cette évolution de la composition du groupement en cours d'existence, s'est posée devant la juridiction administrative la question du cas d'une entreprise membre d'un groupement conjoint placée en redressement judiciaire et qui décide de sortir du groupement conjoint dont elle faisait partie. Peut-elle le faire ? Si oui, quelles conséquences en tirer ? Evoquons ici l'arrêt : CAA Paris, 31 janvier 2006, *Société Etablissements Paul Mathis*, req. n° 02PA00364 :

➤ Les faits :

Par acte d'engagement du 28 avril 1995, l'Agence pour le développement de la culture Kanak a conclu un marché en vue de la construction, en Nouvelle-Calédonie, du centre culturel Jean-Marie Tjibaou, dessiné par l'architecte Renzo Piano ; cet ensemble est composé de dix ouvrages, de 22 mètres de hauteur, évoquant les cases traditionnelles kanakes, en bois lamellé collé d'iroko et en acier ; la maîtrise d'ouvrage de l'opération a été assurée par le bureau Renzo Piano Building Workshop ; l'acte d'engagement a confié la construction de l'ensemble, divisé en 36 lots, à un groupement d'entreprises conjointes, représenté par la société Glauser International en qualité de mandataire commun ; les lots n° 3, 4 et 5 « charpente métallique » « charpente en lamellé collé » et « habillage », ont été confiés à la société Etablissements PAUL MATHIS et à la société Parisot réunies en groupement conjoint ; mais l'administrateur de la société MATHIS, placée en redressement judiciaire le 30 avril 1996, a notifié, le 11 juillet 1996, son intention de ne pas poursuivre l'exécution du marché ; toutefois,

la société MATHIS a été désignée en qualité de sous-traitant de la société Parisot par acte spécial du 9 décembre 1996 et a repris l'exécution du lot n° 4 ; les ouvrages ont été réceptionnés le 30 avril 1998 ; et le 4 octobre 1999, la société Etablissements PAUL MATHIS a adressé à la personne responsable du marché, son projet de décompte final pour la période du 28 avril 1995 au 11 juillet 1996 au cours de laquelle elle était titulaire des lots n° 3, 4 et 5 et elle a, le 22 décembre 1999, mis en demeure le maître d'ouvrage de dresser le décompte du marché ; ce dernier n'ayant pas répondu à sa demande, la société Etablissements PAUL MATHIS a saisi le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'une demande tendant à l'établissement dudit décompte ; mais le tribunal administratif a déclaré sa demande irrecevable ; la société MATHIS a donc fait appel.

Nous nous trouvons donc devant la Cour Administrative d'Appel de Paris le 31 janvier 2006.

➤ **La solution apportée à ce litige :**

D'abord, la CAA Paris relève qu'aux termes de l'article 47.3 du cahier des clauses administratives générales : « *En cas de redressement judiciaire (...) le marché peut être résilié dans les conditions prévues par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 modifiée* ».

Ensuite, après avoir rappelé que, conformément aux dispositions de l'article 47.3 précité, le marché concernant les lots 3, 4 et 5 dont l'exécution était assurée par la société Etablissements PAUL MATHIS, a été résilié le 11 juillet 1996 à la demande de l'administrateur de la société qui avait été mise en redressement judiciaire le 30 avril 1996, la cour juge que cette résiliation a mis fin aux relations contractuelles entre l'entreprise et le maître d'ouvrage.

Enfin, la cour décide que, en décembre 1996, l'entreprise Parisot ayant été désignée comme titulaire des lots 3, 4 et 5, auparavant confiés aux sociétés MATHIS et Parisot, et étant ainsi devenue seule membre du groupement conjoint d'entreprises, représenté par la société Glauser International en qualité de mandataire, par suite, à compter du 11 juillet 1996, date de résiliation de son marché, la société Etablissements PAUL MATHIS a cessé de plein droit d'être engagée sur les lots qui lui avaient été assignés par l'acte d'engagement et de faire partie du groupement d'entreprises conjointes.

Qu'ainsi, dit la Cour, en jugeant qu'à la date du 8 juillet 1999 à laquelle la société Glauser International a signé une transaction au nom du groupement, la société MATHIS faisait partie dudit groupement et en rejetant la demande de la société MATHIS comme irrecevable au motif que la transaction du 8 juillet 1999 lui était opposable, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a commis une erreur de droit. Il résulte donc de ce qui précède que le jugement du tribunal administratif doit donc être annulé. C'est ce qu'a fait la Cour Administrative d'Appel de Paris.

Voilà un certain nombre d'aspects qui nous éclairent sur la façon dont le droit des marchés publics aborde un certain nombre de questions concernant les formes de groupement.

3. – Les variantes possibles du groupement d'entreprises selon l'existence et l'étendue de la solidarité liant ses membres

L'article 51 du CMP 2006 distingue trois variantes possibles du groupement d'entreprises selon l'existence et l'étendue de la solidarité liant certains de ses membres.

- En ce qui concerne, tout d'abord, le groupement solidaire : en l'espèce, chacun des membres est engagé financièrement « pour la totalité du marché », c'est-à-dire pour la totalité des prestations attribuées au groupement.

La constitution d'un groupement solidaire vaut effectivement engagement de chacun de ses membres à l'égard du maître de l'ouvrage pour la totalité de la prestation contractuelle commandée (en ce sens, CE, 25 juin 2004, *Syndicat intercommunal de la Vallée Ondaine*, req. n° 250573, Rec. CE, tables, p. 770) : chaque membre du groupement est co-débiteur solidaire de l'ensemble de la prestation prévue au contrat, même si, par une convention à laquelle le maître de l'ouvrage est étranger, les intéressés se sont répartis les lots .

Ainsi, par exemple, lorsque la responsabilité de l'État est engagée au titre des préjudices subis par la victime d'un accident de la route, celui-ci est fondé à rechercher la garantie de chacun des membres du groupement solidaire chargé de la réalisation des travaux routiers.

Toutefois une entreprise poursuivie sur ce terrain pourra échapper à la solidarité « *si une convention à laquelle le maître d'ouvrage est partie fixe la part qui lui revient dans l'exécution des travaux* » et si les désordres ne sont pas imputables à cette part (CE, 24 février 1993, *Sté SMAC Acieroid*, Rec. CE, p. 118).

- En ce qui concerne, ensuite, le **groupement conjoint** : en l'espèce, deux formules ont été prévues avec mandataire solidaire ou sans aucune solidarité.

- Comme le précise l'article 51-II, alinéa 1^{er}, CMP 2006, dans l'acte d'engagement, l'opérateur économique membre du groupement désigné comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, et coordonne les prestations des membres du groupement.

Or, selon l'alinéa 2, « *Si le marché le prévoit, le mandataire du groupement conjoint est solidaire, pour l'exécution du marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard du pouvoir adjudicateur.* » Mais la solidarité du mandataire conjoint n'est pas d'ordre public. Elle doit donc avoir été prévue contractuellement pour pouvoir être invoquée.

Cela signifie qu'il peut exister un groupement conjoint sans aucune solidarité dans lequel le mandataire du groupement n'est pas solidaire des autres entreprises. On se rapproche de la sorte de la pratique des marchés privés. Mais le CCAG Travaux (art. 2.31) n'a pas prévu expressément cette possibilité puisqu'il se contente de disposer que lorsque les entrepreneurs groupés sont conjoints, « *l'un d'entre eux, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, est solidaire de chacun des autres dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard du maître de l'ouvrage jusqu'à la date (...) à laquelle ces obligations prennent fin* », mais ce que le cahier des clauses administratives générales n'a pas encore prévu, le code des marchés publics, on le sait, l'autorise.

Evoquons à présent la figure de ce mandataire.

4. – Le mandataire

Deux paragraphes de l'article 51 CMP 2006 lui sont consacrés :

- L'article 51-II CMP 2006 prévoit que : « Dans les deux formes de groupements, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, et coordonne les prestations des membres du groupement. »

- Par ailleurs, selon l'art. 51-IV, in fine, CMP 2006 : « Un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché. »

Le mandataire doit être dûment habilité par les membres du groupement à les représenter avant la présentation des offres (art. 51-IV CMP 2006).

Ainsi, lorsqu'un entrepreneur s'engage en tant que mandataire d'un groupement alors qu'il n'a reçu ni accord ni mandat de la part des autres entreprises censées constituer le groupement, le marché attribué est entaché de nullité.

Le fait que les autres entreprises donnent mandat postérieurement à la soumission que l'entrepreneur a effectuée au nom du prétendu groupement n'a pas pour effet de régulariser la situation. Et la personne publique chargée de la passation du marché commet une faute de nature à engager sa responsabilité si elle néglige de s'assurer que l'entrepreneur est effectivement habilité à s'engager au nom des entreprises dont il prétend être le mandataire commun.

Exemple : CE, 14 décembre 1988, *Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines et a.*, Rec. CE, p. 890 : En l'espèce, l'entreprise CGB s'était présentée comme le mandataire commun d'un groupement d'entreprises et avait conclu en cette qualité trois marchés de travaux avec un établissement public.

Cette entreprise n'était en fait pas mandataire du groupement au moment de la conclusion des marchés et les contrats étaient donc entachés de nullité, bien que postérieurement à sa conclusion le groupement ait donné mandat à l'entreprise CGB, anticiquant le mandatement pour faire croire qu'il avait été donné avant la conclusion des marchés.

L'entreprise CGB ayant cessé de verser les rémunérations qu'elle percevait de la personne publique en sa qualité de mandataire aux autres membres du groupement, ces derniers firent constater la nullité du contrat devant la juridiction administrative et demandèrent à être indemnisés de leur préjudice résultant de la nullité des marchés dans la mesure où cette nullité était en partie imputable à la personne publique qui avait négligé de s'assurer que l'entreprise CGB était effectivement habilitée à s'engager au nom des entreprises dont elle disait être le mandataire commun.

Le Conseil d'État accepta d'indemniser les entreprises sur ce fondement mais cette indemnisation ne fut pas intégrale dans la mesure où la haute juridiction tint compte de la faute de l'entreprise CGB qui avait usurpé la qualité de mandataire commun et de la faute des autres entreprises qui avaient négligé de vérifier à quel titre l'entreprise CGB leur avait proposé d'exécuter les travaux et avait commencé à leur en régler partiellement le montant.

Cela étant, le code des marchés publics ne définit pas la notion d'entreprise mandataire. Or, ses missions peuvent être multiples et d'étendue variable selon les marchés et les groupements. Non seulement le mandataire peut signer la candidature ou l'offre du groupement, mais il peut aussi remplir diverses tâches définies par le marché passé au nom du groupement, voire effectuer d'autres missions que les membres du groupement ont décidé de lui confier.

En fait, la confusion qui peut exister sur la portée de ces obligations et le juge compétent en cas de différends relatifs à l'exécution de ces missions provient de l'existence de deux contrats : *la convention de groupement* qui unit les membres du groupement entre eux, et *le marché* qui lie les membres du groupement au maître d'ouvrage.

Il faut bien voir que les relations du groupement avec le maître d'ouvrage sont organisées par le marché passé avec ce dernier et ne peuvent l'être par la convention de groupement qui, sauf exception, ne lui est pas opposable. Aussi, en l'absence de toute convention de groupement, l'obligation pour les membres du groupement de se faire représenter par le mandataire et les obligations de ce dernier subsisteraient et seraient opposables à chaque membre du groupement par application du marché.

Si les relations au sein du groupement peuvent être organisées par une convention de groupement, il ne s'agit pas d'une obligation imposée juridiquement par la passation du marché.

Cette convention, qui s'analyse comme un mandat donné à l'entreprise désignée comme mandataire dans l'acte d'engagement, peut préciser ou étendre ses missions telles que définies dans le marché (par exemple, lui confier le soin de faire accepter par le maître d'ouvrage les sous-traitants des membres du groupement).

En revanche, cette convention ne peut les restreindre dès lors qu'elle n'est pas opposable au maître d'ouvrage.

Dans ces conditions, les litiges relatifs à l'exécution par le mandataire de sa mission de représentation doivent être rattachés avec précision à l'un ou l'autre de ces deux contrats. Ils peuvent alors relever soit du juge administratif, soit du juge judiciaire.

- Une première approche conclut à la compétence du juge administratif si le différend oppose la personne publique à l'un ou à la totalité des membres du groupement, dès lors que le contrat à l'origine du litige est de droit public .

- La même approche aboutit à reconnaître la compétence du juge judiciaire pour se prononcer sur l'action en responsabilité d'un membre du groupement contre le mandataire, en raison du caractère de droit privé du contrat passé entre eux ou parce que le litige oppose deux personnes privées.

- Ici, il faut conserver à l'esprit qu'en matière de travaux publics, et en raison du caractère attractif de la notion de travaux publics, un litige opposant deux personnes privées ressortit de la compétence du juge administratif, sauf si ces personnes sont liées par un contrat de droit privé. Voir : TC 24 novembre 1997, *SA de Castro*, req. n° 03060 ; CE, 29 novembre 2000, *Foulquier*, req. n° 206183 ; plus récemment : CE, 3 novembre 2006, *Consorts Soria ; Société Betom Ingénierie*, req. n° 256547 et 257112 : *Considérant que le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé ; que la cour administrative d'appel de Douai, après avoir constaté que les relations entre la SOCIETE BETOM INGENIERIE et M. Soria, membres d'un groupement solidaire, relevaient d'un contrat de droit privé, ce qui n'est pas contesté par la société, a pu, sans erreur de droit en conclure que son appel en garantie contre M. Soria ne relevait pas de la compétence du juge administratif ; (...)* »

Enfin, pour terminer, abordons ce qui est au cœur même du groupement d'entreprises, à savoir la solidarité. Quel est le regard porté par le code des marchés publics et de façon plus générale le droit des marchés publics concernant cette question essentielle.

Ainsi que nous l'avons vu, dans un groupement d'entreprises solidaires, chaque entreprise s'engage à l'égard du maître d'ouvrage pour la totalité du marché passé par le groupement et doit pallier une défaillance de ses partenaires. Il s'agit d'une solidarité « parfaite » née de ce marché dont l'effet principal est que le maître d'ouvrage peut demander à l'un quelconque des codébiteurs solidaires l'exécution de la totalité de l'obligation du groupement.

Et si les entreprises se sont réparties, par une convention passée entre elles, les tâches à effectuer, cet accord n'est pas opposable au maître d'ouvrage.

Ainsi, la faute d'une entreprise dans l'exécution du marché sera supportée par l'ensemble des membres du groupement. Et le fait que l'une des entreprises ait été désignée dans l'acte d'engagement comme mandataire représentant l'ensemble des entrepreneurs vis-à-vis du maître d'ouvrage et du maître d'œuvre est sans incidence sur l'obligation pour chaque membre de pallier les défaillances des autres et sur l'existence d'un mandat de représentation mutuelle.

Cette solidarité « parfaite » a également des effets secondaires dus au fait qu'existe une représentation mutuelle des entreprises solidaires. C'est ainsi, par exemple, que les poursuites contre l'un des débiteurs interrompent la prescription à l'égard des autres (c'est le cas notamment si l'engagement solidaire couvre la responsabilité décennale : le délai d'action sera interrompu à l'encontre de tous les membres du groupement par une demande adressée par le maître d'ouvrage à l'un d'entre eux).

De même, une expertise sera contradictoire dès que l'une des entreprises aura été régulièrement convoquée aux opérations de l'expert, même si elle n'a pas effectué les travaux à l'origine des désordres.

Enfin, le jugement rendu entre le créancier et l'un des codébiteurs a l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres, ce qui leur interdit de former une tierce opposition contre cette décision.

Mais la solidarité du mandataire dans le cadre d'un groupement d'entrepreneurs (conjointes) ne porte que sur les obligations contractuelles des entreprises du groupement.

Par exemple, voyons l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Marseille rendu le 18 décembre 2003, *SA SPOMC c. Ministre de la défense*.

En l'espèce, par acte d'engagement du 23 avril 1992, l'Etablissement du Génie de Marseille, agissant en qualité de maître d'œuvre pour le Ministère de la Défense, a confié à un groupement d'entreprises (conjoint) ayant pour mandataire la Société Provençale de Fabrications Médico-Chirurgicales (SPOMC), les travaux de rénovation des unités de soins de l'hôpital d'instruction des armées de Lavéran à Marseille comportant six lots dont l'exécution était divisée en cinq phases correspondant aux différents services concernés ; à la suite d'une intervention, en novembre 1992, de l'entreprise Somochauf, titulaire du lot n° 3, plomberie – sanitaire, sur une conduite d'eaux usées une fuite d'eau a endommagé le plafond suspendu du laboratoire de biologie médicale, un climatiseur et un appareil médical, faits signalés immédiatement au mandataire par un ordre de service.

En avril 1993, les dommages précédemment décrits ont été repris par la société Somochauf ; mais cette dernière n'a pas pris en charge le coût des réparations de l'appareil médical ; nonobstant la réception des travaux en cause, le maître d'œuvre a, par plusieurs lettres, faisant suite à une mise en demeure, adressé à la société mandataire les factures des réparations effectuées par une autre société, la société Sanofi sur l'appareil médical endommagé, puis, ces démarches étant restées vaines, a émis le titre de perception contesté devant la juridiction ; la Société Provençale de Fabrications Médico-Chirurgicales a fait appel du jugement du 15 mars 2000 par lequel le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande tendant à l'annulation de ce titre de recettes ; la cour administrative d'appel de Marseille n'a pas fait davantage droit à sa demande, après avoir observé notamment :

« Considérant (...) qu'il est constant que les dommages causés à l'appareil médical dont il s'agit sont imputables à des fautes, d'ailleurs grossières, commises par la société Somochauf dans le cadre et à l'occasion de travaux effectués sur le lot en cause ; que ces dommages relevaient donc bien de la responsabilité contractuelle de cette société, qui était un des membres du groupement d'entreprises dont la Société Provençale de Fabrications Médico-Chirurgicales (SPOMC) se trouvait être le mandataire commun ; qu'ils étaient donc bien de nature à permettre la mise en jeu de la solidarité du mandataire commun ; (...) ».

Ici, considérant cette solidarité, quelques questions sont en débat que nous évoquons brièvement.

Première question à débat, la portée juridique de la solidarité. En effet, selon une première conception, l'obligation née de la solidarité ne serait que financière. Mais selon une autre conception, qui s'appuie sur la notion même de solidarité qui signifie que le créancier de l'obligation peut réclamer l'exécution de celle-ci pour le tout au débiteur de son choix, la solidarité comporterait une obligation de faire.

Mais on peut se demander si chacune de ces deux conceptions ne répond pas à des types de groupements différents.

En effet, la solidarité « technique » caractériserait les groupements d'entreprises de même métier (« groupement horizontal ») ; la solidarité « financière » caractériserait les groupements d'entreprises exerçant des métiers complémentaires (« groupement vertical »).

Autre question en débat, la question de savoir quand cesse la solidarité : là, la jurisprudence administrative a apporté les précisions suivantes. Evoquons à nouveau la décision rendue par la Cour Administrative d'Appel de Marseille, le 18 décembre 2003, *SA SPOMC c/ Ministre de la défense* : « (...) aux termes du 1 de l'article 44 (du cahier des clauses administratives générales) : « Le délai de garantie est, sauf stipulation différente du marché et sauf prolongation (...), d'un an à compter de la date d'effet de la réception, ou de six mois à compter de cette date si le marché ne concerne que des travaux d'entretien ou des terrassements. » ; qu'il résulte de ces dispositions que, dans le cadre d'un groupement d'entrepreneurs conjoints, le mandataire des entrepreneurs demeure vis-à-vis du maître de

l'ouvrage solidairement responsable avec l'ensemble des entreprises du groupement pour tous les faits impliquant leur responsabilité contractuelle jusqu'à la date définie au 1 de l'article 44, soit jusqu'à l'écoulement d'un délai de un an à compter de la date d'effet de la réception, sauf stipulation différente du marché ou prolongation ; que, toutefois, cette solidarité du mandataire ne porte que sur les obligations contractuelles des entreprises du groupement ; (...) ».

On le voit, la solidarité cesse à une date qui peut être fixée par le marché passé avec le maître d'ouvrage. La plupart du temps, une stipulation contractuelle met fin à cette solidarité au jour de la réception des travaux ou de la fin de la garantie de parfait achèvement. Après la date de cessation de la solidarité, ses effets secondaires (évoqués ci-dessus) disparaissent, sauf stipulations particulières du marché.

Mais en l'absence d'une telle clause, la solidarité s'étend par exemple à la période post-contractuelle et couvre alors la garantie décennale.

Toutefois, l'existence d'une solidarité entre les membres du groupement, en ce qui concerne la garantie décennale, dépend de la façon dont est rédigée la convention de répartition des tâches entre les entreprises. Deux cas de figure :

- Si la répartition des tâches a été mentionnée dans le marché signé par le maître d'ouvrage, l'entreprise poursuivie peut utilement opposer le fait qu'elle n'a pas participé à la réalisation de la partie de l'ouvrage défaillante et échapper à la solidarité.

- Si la convention de répartition de tâches n'est pas annexée au marché passé par le groupement avec le maître d'ouvrage, elle n'est pas opposable au maître d'ouvrage et celui-ci peut rechercher la responsabilité de n'importe quel membre du groupement, même s'il n'a pas participé aux travaux à l'origine des désordres.

En tout cas, lorsque la solidarité ne couvre pas la garantie décennale, le maître d'ouvrage qui entend poursuivre une entreprise sur le fondement de cette garantie devra agir contre elle dans le délai d'action sans pouvoir se prévaloir à son encontre de ce que ce délai aurait été interrompu par une demande formée antérieurement contre un autre membre du groupement.

Et, bien sûr, si les pièces du marché comportent un partage des travaux, l'une des entreprises peut faire valoir que les désordres sont exclusivement imputables aux travaux exécutés par une autre entreprise, même membre du même groupement.

Par ailleurs, il convient de relever que les relations contractuelles peuvent se poursuivre au-delà du délai de garantie et par là même également la solidarité.

Il s'agit du cas où des réserves ont été faites de la part du maître d'ouvrage lors de la réception des travaux. En effet, la responsabilité solidaire du mandataire d'un groupement conjoint peut alors être engagée sur un fondement contractuel.

- Voir, par exemple en ce sens une décision rendue par le Conseil d'Etat du 26 janvier 2007, *Société Mas, entreprise générale*, req. n° 264306 :

« Considérant (...) que lorsque des travaux ou prestations sont rendus nécessaires par les désordres ayant donné lieu à des réserves de la part du maître de l'ouvrage lors de la réception et que ces travaux ou prestations ne sont pas exécutés, les relations contractuelles se poursuivent au-delà de l'expiration du délai de garantie, même lorsqu'il n'a pas fait l'objet d'aucune mesure de prolongation, tant que les réserves n'ont pas été levées ; qu'il en résulte qu'en cas de réserves opposées à des constructeurs membres d'un groupement conjoint, la responsabilité solidaire du mandataire de ce groupement peut être engagée sur un fondement contractuel jusqu'à la levée des réserves par le maître de l'ouvrage ; (...) »

Rappelons qu'en revanche, lorsque la réception n'est pas assortie de réserves sur les travaux exécutés, celle-ci met fin aux rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les

constructeurs, sous réserve toutefois du cas où la réception a été acquise aux constructeurs à la suite, dit la Jurisprudence, de « *manœuvres frauduleuses ou dolosives de leur part* » (par exemple, Conseil d'Etat, 12 mai 2006, *Département de l'Oise*, req. n° 254903).

Signalons encore que la solidarité, lorsqu'elle peut jouer, déborde le strict champ de la responsabilité contractuelle :

- C'est ainsi que le juge l'applique en matière de pénalités de retard (Conseil d'Etat, 4 juin 1976, *Sté toulousaine immobilière*, Rec. CE, p. 303).

- Par ailleurs, si, en principe, lorsque le marché est confié à un groupement conjoint d'entrepreneurs, le mandataire de ce groupement ne représente les entrepreneurs conjoints vis-à-vis du maître de l'ouvrage, de la personne responsable du marché et du maître d'œuvre que jusqu'à l'expiration du délai de garantie des travaux, il demeure, même après l'expiration de ce délai, seul habilité à signer le décompte général et à présenter, le cas échéant, le mémoire de réclamation prévu par le troisième alinéa du 44 de l'article 13 du cahier des clauses administratives générales (pour un rappel, voir notamment : Cour Administration d'Appel de Versailles, 23 janvier 2007, *Société Bleu Azur*, req. n° 04VE03437).

Il faut savoir effectivement qu'aux termes du troisième alinéa du 44 de l'article 13 du cahier des clauses administratives générales : « *Si la signature du décompte général est refusée ou donnée avec réserves, les motifs de ce refus ou de ces réserves doivent être exposés par l'entrepreneur dans un mémoire de réclamation qui précise le montant des sommes dont il revendique le paiement et qui fournit les justifications nécessaires en reprenant, sous peine de forclusion, les réclamations déjà formulées antérieurement et qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif ; (...)* ». Mais aux termes du 52 de l'article 13 du CCAG, relatif notamment au règlement en cas d'entrepreneurs groupés : « *Le mandataire (...) est seul habilité à présenter les projets de décomptes et à accepter le décompte général ; sont seules recevables les réclamations formulées ou transmises par ses soins* ».

Enfin, la solidarité couvre également la réparation des dommages causés aux tiers par les travaux :

Cela ne signifie pas évidemment que les tiers victimes, étrangers au contrat, puissent s'en prévaloir. Je rappelle la Jurisprudence, par exemple une décision du Conseil d'Etat du 9 décembre 1977, *SA Entreprise Drouard Frères*, Rec. CE, p. 897).

Les tiers doivent poursuivre le ou les participants à ces travaux directement à l'origine des dommages.

En revanche, le maître d'ouvrage condamné à indemniser un tiers à la suite d'un dommage de travaux publics pourra former son appel en garantie contre les entrepreneurs en bénéficiant de la clause de solidarité (Conseil d'Etat, 4 juin 1976, *Sté toulousaine immobilière*, Rec. CE, p. 303).

Cependant, il a été jugé ici, par la décision de section du Conseil d'Etat, du 4 juillet 1980, *SA Forrer* (Rec CE, p. 307), que la réception définitive sans réserve mettant fin aux rapports contractuels nés du marché, le maître de l'ouvrage dont la responsabilité est ultérieurement recherchée par un tiers ne peut, après une telle réception, appeler en garantie les entrepreneurs.

Cette jurisprudence a été confirmée par la décision de section du Conseil d'Etat, en date du 15 juillet 2004, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau des communes de la Seyne et de la région Est de Toulon* (Rec. CE, p. 345), selon laquelle, à l'exception du cas où la réception n'a été acquise à l'entrepreneur qu'à la suite de manœuvres frauduleuses ou dolosives de sa part, la fin des rapports contractuels qui résulte de la réception sans réserve « *fait obstacle à ce que, sauf clause contractuelle contraire, l'entrepreneur soit ultérieurement appelé en garantie par le maître d'ouvrage pour des dommages dont un tiers demande réparation à ce dernier, alors même que ces dommages n'étaient ni apparents ni connus à la date de la réception* ».

La question vient de se poser devant le Conseil d'Etat (23 mars 2007) de savoir : si pour des désordres qui auraient été provoqués par les travaux, indépendamment de la construction de l'ouvrage, le maître d'œuvre doit inviter le maître d'ouvrage à formuler des réserves lors de la réception définitive, ou bien si, après cette réception, il est encore possible pour le maître de l'ouvrage de faire une réclamation à l'occasion de l'établissement du décompte général et définitif. Aucune de ces deux solutions n'est vraiment satisfaisante pour le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire l'administration, dans la mesure où les dommages dont il lui sera demandé réparation peuvent survenir bien après non seulement la réception définitive des travaux mais également l'établissement de ce décompte général et définitif. Je pense par exemple à des dégâts causés à des canalisations d'eau, les problèmes d'infiltration pouvant évidemment survenir plusieurs années plus tard.

En l'état actuel de la jurisprudence du Conseil d'Etat, le maître de l'ouvrage peut ainsi rester débiteur final d'indemnités pour des dommages dont il n'est pas responsable. Pour combien de temps ? Il nous faudra attendre la fin du délibéré de l'affaire qui a été évoquée en section du contentieux du Conseil d'Etat vendredi dernier.

Je vous remercie de votre attention.
(applaudissements)

M. le Président.- Merci infiniment Monsieur le Professeur pour cet exposé concernant la cotraitance dans les marchés publics.

Tout de suite, je vais passer la parole pour organiser un débat qui nécessairement sera relativement rapide puisque deux autres interventions doivent suivre et que pour celles-ci nous souhaitons avoir également un débat

Y a-t-il des questions ?

Me MARGANNE.- Monsieur le Professeur, vous avez évoqué, de façon brillante et complète, les problèmes de la cotraitance en marchés publics. Je voudrais quand même rappeler pour les praticiens que nous sommes deux aspects.

Premièrement, le groupement d'entreprises n'a aucune personnalité morale, ce qui fait, en conséquence, que lorsqu'il y a un litige avec le maître d'ouvrage ce n'est pas le mandataire qui doit représenter le membre du groupement, c'est le membre du groupement lui-même qui doit intervenir devant la juridiction administrative.

Je tenais à compléter ce point car pour les praticiens il y a souvent une confusion en ce sens, on pense que c'est le mandataire qui aurait qualité pour agir pour contester le décompte défini alors qu'il l'a présenté pour l'un des membres du groupement, c'est le membre lui-même qui doit le faire.

La deuxième précision que je voulais vous apporter c'est que vous avez abordé d'une façon assez complète le problème des compétences sur les litiges susceptibles d'intervenir entre naturellement des co-locateurs de maîtres d'ouvrage dans un marché public et des co-locateurs d'ouvrage ou des membres du groupement à l'intérieur de la convention de groupement.

Vous avez tout à fait raison d'avoir établi la distinction entre la compétence administrative et la compétence judiciaire.

Je voudrais tout de même faire savoir qu'avant tout litige – là nous sommes non plus dans le litige, mais avant tout litige qui peut intervenir pendant le chantier, avant le chantier, ou après le chantier pendant la période de garantie décennale – et ne serait-ce que si une partie du litige pouvait dépendre d'une des compétences d'une juridiction – je prends par exemple un des membres du groupement qui assigne son assureur – le juge des référés qui désigne un juge d'instruction, peut procéder à la désignation d'un expert quelle que soit la juridiction. En effet, le tribunal des conflits, le Conseil d'Etat, la Cour de Cassation ont dit que, nonobstant la

nature du marché, ne serait-ce que si une partie du litige dépend de la juridiction pour résoudre le litige, naturellement le juge des référés, quel qu'il soit, est compétent pour procéder à la mise en instruction dans le cadre de la résolution du litige

C'était les deux précisions que je tenais à faire pour les praticiens que nous sommes.

M. le Président.- Monsieur le Professeur, voulez-vous répondre ?

M. GUETTIER.- Il n'y a pas de réponse, au contraire, c'est un éclairage qui complète fort judicieusement mes propos.

Un Intervenant.- Vous avez justement rappelé que la solidarité du mandataire cesse lorsque la convention de groupement répartit les lots. Qu'en est-il lorsque la convention de groupement n'est pas annexée au marché mais portée à la connaissance du maître d'ouvrage, à la suite d'une demande de sa part de la communiquer ?

Est-ce que la connaissance qu'a le maître d'ouvrage, à sa demande, de la convention de groupement permet d'opposer cette convention de groupement au maître d'ouvrage ?

M. GUETTIER.- A priori, la réponse est plutôt non, dans la mesure où elle n'est pas annexée, elle n'est pas dans le marché ; ce qui est opposable, c'est ce qui figure, ce qui est écrit dans le marché. J'aurais tendance à répondre par la négative, tout simplement parce qu'elle n'est pas annexée au marché lui-même.

M. le Président.- D'autres questions ?

S'il n'y a pas d'autre questions, nous allons peut-être enchaîner avec l'intervention suivante...

M. RIGUET.- Ce qui a été abordé dans l'exposé précédent va être complété par M. Jean-Pierre BABANDO, mais du point de vue du juriste d'entreprise qui traitera les pratiques et les responsabilités des différents intervenants et plus précisément des apports inter entreprises.

Nous connaissons tous les difficultés à compartimenter d'une façon étanche les interventions de chaque entreprise et les difficultés qui peuvent en découler quant aux responsabilités de chacune.

Peut-être M. BABANDO va-t-il nous proposer différentes formes de structures qui nous permettraient d'organiser plus clairement les rapports entre les différents intervenants.

*Les rapports inter entreprises
Pratiques et responsabilités
Par M. Jean-Pierre BABANDO*

M. BABANDO.- Il m'appartient effectivement de parler des rapports inter entreprises en matière de cotraitance, des pratiques et des responsabilités.

Les rapports inter entreprises ne sont pas étrangers au mode de dévolution qui est choisi par le maître de l'ouvrage, ni même aux dispositions contractuelles du marché.

S'agissant du mode de dévolution adopté, la situation dans laquelle un entrepreneur exécute seul un marché de travaux existe, mais elle est de plus en plus rare ; pour les opérations d'une certaine importance, le maître de l'ouvrage est obligé de faire appel à plusieurs entrepreneurs. Par exemple, la construction d'un bâtiment nécessite la présence d'une entreprise de gros œuvre, d'un menuisier, d'un serrurier, d'un vitrier, d'un peintre, cependant l'intervention de ces multiples entreprises titulaires de marchés séparés va compliquer le rôle de maître d'ouvrage qui est obligé de gérer autant de rapports contractuels qu'il y a de marchés.

Le maître d'ouvrage peut ainsi être tenté de vouloir favoriser l'attribution du marché à l'entrepreneur général qui fera appel à des sous-traitants, mais ce système présente le risque d'entraîner une baisse de la qualité des prestations sous-traitées du fait de la pression sur les prix pratiquée par l'entrepreneur principal.

Le maître d'ouvrage peut alors vouloir favoriser l'attribution du marché à des entrepreneurs groupés qui auront chacun un accès direct au marché et vont s'organiser au sein d'une convention de groupement en désignant un mandataire commun destiné à faciliter les rapports avec le maître de l'ouvrage.

Les groupements d'entreprises pour lesquels on est déjà entré de plein pied dans leur connaissance ce matin, sont en fait une création de la pratique. Ils sont nés au lendemain de la seconde guerre mondiale afin de favoriser les travaux de la reconstruction. Les Pouvoirs Publics ont alors fait appel à cette formule afin de permettre le rapprochement des entreprises qui, à l'époque, pour la plupart, ne disposaient pas, à elles seules, des moyens financiers, techniques et même humains assez importants au lendemain de la seconde guerre mondiale.

L'administration, par la voie de circulaires, et les fédérations professionnelles du bâtiment et des travaux publics en créant et en diffusant ensuite des conventions types ont largement contribué au développement de cette formule.

Ces conventions inter entreprises ont été célébrées par de nombreux auteurs comme des modèles de liberté contractuelle, en opposition notamment aux contrats de sociétés. Cela n'est pourtant pas totalement exact puisque la convention de groupement en fait est profondément dépendante du marché, sans l'examen duquel elle peut difficilement être explicitée.

Les membres du groupement eux-mêmes suscitent par ailleurs un certain nombre de rapports avec un certain nombre de tiers, autres que le maître d'ouvrage lui-même, afin de permettre la réalisation du marché de travaux.

On examinera tout d'abord les relations des entrepreneurs groupés avec le maître de l'ouvrage, avant de parler plus amplement des relations des entrepreneurs groupés entre eux et enfin dans une troisième partie on examinera les relations des entrepreneurs groupés avec les tiers, un certain nombre de tiers qui par leur coopération, qui par leur métier permettent la réalisation du marché de travaux.

Première partie, les relations des entrepreneurs groupés avec le maître de l'ouvrage : il nous paraît difficile et artificiel de rechercher une définition des groupements d'entreprises à partir de la convention de groupement.

C'est en réalité le marché de travaux qui permet de définir la situation de cotraitance aussi bien dans les marchés privés que dans les marchés publics, dont on vient de parler.

Ainsi la norme AFNOR P03 001 pour les travaux de bâtiment précise dans son article 3.1.7 que les entrepreneurs groupés sont titulaires d'un même marché.

Quant au CCAG travaux de 1976 il indique dans son article 2.31, et là c'est une redite par rapport à l'exposé précédent, que des entrepreneurs sont considérés comme groupés s'ils ont souscrit un acte d'engagement unique.

Le critère de la cotraitance est donc que chacun des entrepreneurs signe le même marché. Si les entrepreneurs ont signé des marchés distincts, les travaux ont été dévolus par marchés séparés.

On peut cependant distinguer plusieurs types de cotraitance, cette typologie se répercutant d'ailleurs sur les conventions adoptées entre les entreprises.

Ces différents types de cotraitance, au nombre de trois, existent en fonction de l'absence ou de l'existence de la solidarité des personnes qui vont être tenues à la solidarité envers le maître d'ouvrage, donc trois premiers cas :

► le cas où il n'existe pas d'engagement solidaire de la part des cotraitants envers le maître d'ouvrage et où chacun des entrepreneurs est seulement tenu de la réalisation de ses propres travaux.

Ce type de groupement se rencontre assez rarement, vous vous en doutez, et pour cause puisqu'il prive le maître de l'ouvrage de toute garantie solidaire des entrepreneurs en cas de défaillance de l'un d'entre eux.

Or, comme cela vous a déjà été dit tout à l'heure, si la solidarité n'est pas mentionnée dans le marché, elle ne peut se présumer de la simple existence d'un marché passé en groupement.

A cet égard, l'article 1.202 du code civil est fort clair, il dispose que la solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée, voir pour une application pratique un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 26 avril 1979 paru à la Semaine Juridique 1980 deuxième partie N°19.282, avec l'attendu particulièrement clair suivant : *« On ne saurait déduire de ce groupement, en l'absence d'une clause expresse, une solidarité entre les entreprises, chacune étant responsable de ses propres travaux et l'entreprise pilote n'étant pas tenue de l'exécution des obligations des autres entreprises. Considérant dans ces conditions que la société T doit être mise hors de cause, en ce qui concerne les dommages et intérêts formulés contre elle au titre de la solidarité »*.

► Deuxième cas, le cas où chacun des cotraitants est tenu à la réalisation de ses propres travaux et le mandataire commun est solidaire des autres cotraitants envers le maître de l'ouvrage.

On rencontre le plus souvent ce type de groupement dans le domaine des travaux de bâtiments, plutôt que dans celui du génie civil.

En effet, lors de la réalisation d'un marché de bâtiment coexistent souvent au sein d'un même groupement des entreprises de second œuvre de taille et de surface financière le plus souvent modestes et l'entreprise de gros œuvre de taille et de surface financière le plus souvent importantes.

L'engagement solidaire de l'entreprise de gros œuvre en tant que mandataire constitue ainsi une garantie efficace pour le maître de l'ouvrage en cas de défaillance de l'un des cotraitants.

► troisième cas, le cas où chacun des cotraitants est à la fois tenu de la réalisation de ses propres travaux et solidaire des autres cotraitants envers le maître de l'ouvrage.

On rencontre le plus souvent ce type de groupement dans le domaine des travaux de génie civil où il n'y pas de façon systématique au sein du groupement domination financière et économique de l'un des entrepreneurs. C'est, dans ce cas, l'engagement solidaire de chacun des entrepreneurs groupés qui va assurer une garantie efficace au maître d'ouvrage en cas de défaillance de l'un d'entre eux.

La solidarité, dans ce cas, a des conséquences redoutables pour les entrepreneurs groupés. On vous en a déjà parlé. Je le rappelle brièvement, en le synthétisant, donc conséquence redoutable puisqu'en cas de défaillance d'un entrepreneur au cours de la réalisation des travaux le mandataire commun dans le domaine des groupements conjoints et tous les entrepreneurs groupés solidaires dans les groupements solidaires devront exécuter les travaux.

Ce n'est pas forcément pour les entrepreneurs qui sont là pour cela, la peine la plus importante, mais c'est exécuter les travaux au même prix. Si les prix sont bons, il n'y aura pas de sanction bien évidemment, s'ils sont mauvais les entrepreneurs devront tout de même exécuter les travaux.

Et lors d'une recherche en responsabilité décennale, les entrepreneurs tenus à la solidarité devront remédier, et là la sanction est plus grave, puisque c'est de toute façon à leurs frais, aux malfaçons.

Certes, un recours reste toujours possible envers le défaillant, pour celui qui a payé, mais le défaillant s'avère être généralement insolvable.

Est-ce par inconscience du contexte juridique et contractuel complexe en matière de groupements ? Est-ce par souci de simplification et donc d'efficacité ? Est-ce tout simplement par paresse, mais force est de constater que les entrepreneurs groupés n'établissent pas toujours, loin de là, des conventions destinées à préciser les rapports entre eux.

Il appartiendra alors au juge de rechercher quelle a été la commune intention des parties, tout en faisant appel au droit des obligations et au droit des contrats spéciaux du code civil.

Les entrepreneurs groupés ont pourtant tout intérêt à matérialiser par une convention de groupement leur rapport contractuel afin de définir la règle du jeu, à l'intérieur du groupement, et de constituer la preuve précise de leurs droits et obligations réciproques.

On aborde donc la seconde partie consacrée aux relations entre eux des entrepreneurs groupés.

L'établissement de la convention groupement proprement dite est assez souvent précédé d'une promesse écrite ; au moment de la remise de l'offre, une fois le marché obtenu, les entrepreneurs réaliseront les travaux en groupement.

Ce document peut d'ailleurs retenir une clause d'exclusivité interdisant aux entreprises de remettre une offre dans le cadre d'un autre groupement, mais souvent les entreprises font l'économie de cette promesse estimant de façon pratique sans doute que la preuve de leur engagement commun peut parfaitement être recherchée dans l'offre commune remise au maître de l'ouvrage.

En ce qui concerne la convention de groupement proprement dite, il existe les modèles des fédérations professionnelles, convention de groupement conjointe, lorsque le marché est placé en groupement conjoint et convention de groupement solidaire, lorsque le marché est passé en groupement solidaire.

Les conditions générales de ces modèles qui sont très diffusées et connues, de tous peut-être pas, mais de la plupart des personnes qui travaillent dans le secteur de la construction, ces conditions générales sont volontairement très détaillées dans un but pédagogique.

Autre avantage de ces modèles, c'est d'organiser des rapports inter entreprises sans surprise, à la différence des modèles maison que peuvent proposer les entreprises, dont il faut se méfier, pour organiser des rapports contractuels déséquilibrés au bénéfice de celui qui propose le modèle.

Un certain inconvénient peut-être des modèles des fédérations professionnelles c'est qu'ils sont scindés en conditions générales et en conditions particulières et que les hommes de terrain lorsqu'ils les utilisent remplissent parfois les conditions particulières sans lire et se référer aux conditions générales, ce qui parfois peut ne pas régler le problème spécifique à l'opération considérée.

Si cet aspect des choses vous gêne, on peut également recourir à des modèles qui sont contenus dans l'ouvrage paru aux Editions du Moniteur sur les groupements d'entreprises, ces modèles étant eux en une seule partie, il n'y a pas de conditions générales et de conditions particulières.

Les conventions de groupement ont pour objet de définir des obligations de faire, ce qui est bien normal en matière d'entreprises.

Obligations de faire des entrepreneurs groupés qui consistent principalement dans la réalisation d'une partie du marché, ainsi que dans une obligation générale de coopération entre les entrepreneurs groupés.

De définir également des obligations de ne pas faire entre les entrepreneurs consistant par exemple dans l'interdiction de s'approprier les travaux devant être réalisés par d'autres membres du groupement, notamment des travaux supplémentaires qui constituent l'accessoire de la partie de travaux à réaliser par un autre membre ou encore de travaux supplémentaires dont il avait été convenu que le mandataire négocierait la réalisation pour l'ensemble des membres du groupement.

Une place particulière dans les obligations inter entreprises doit être réservée au mandataire commun avec qui les autres membres doivent coopérer mais qui, du fait de sa mission, a des obligations spécifiques envers les autres entrepreneurs groupés.

En effet, lorsqu'un marché est passé en groupement d'entreprises, les documents du marché prévoient le principe de la désignation d'un mandataire commun, celui-ci est désigné parmi les entrepreneurs groupés et par les entrepreneurs groupés eux-mêmes.

Le mandataire constitue un instrument de rationalité dans les groupements d'entreprises, puisqu'il facilite à la fois les relations du maître de l'ouvrage envers les entrepreneurs groupés et les relations de ceux-ci avec leurs clients.

La norme AFNOR P03 001 pour les travaux de bâtiment et la norme AFNOR P03 002 pour les travaux génie civil, de même d'ailleurs que l'article 51 du code des marchés publics prévoient que le mandataire commun est chargé non seulement de la représentation ce qui est bien sûr la tâche normale d'un mandataire, mais également de la coordination des entrepreneurs groupés.

La convention de groupement peut naturellement prévoir des dispositions différentes, a minima, par rapport aux dispositions des cahiers des charges du marché, par exemple en excluant la mission de coordination, mais ces dispositions seront bien évidemment inopposables au maître de l'ouvrage.

La fonction de mandataire commun, vous vous en doutez, est généralement recherchée par les entreprises, mais elle implique des responsabilités, responsabilité envers le

maître de l'ouvrage tout d'abord en cas de carence dans la mission de représentation du mandataire.

Ainsi le mandataire engage très certainement sa responsabilité, si la mission de transmission d'une directive aux entrepreneurs groupés en provenance du maître de l'ouvrage aboutissait à la réalisation d'un ouvrage non-conforme.

Il pourrait également voir sa responsabilité engagée en cas de négligence dans sa mission de coordination, voir à ce sujet un arrêt de la Cour de Cassation du 4 juillet 1979 N° 1.164 qui est demeuré inédit où le mandataire d'un groupement d'entreprises avait été condamné pour l'inondation d'un lotissement provoquée par son défaut de coordination.

Pour le mandataire, on a donc vu responsabilité envers le maître de l'ouvrage, également responsabilité envers ses mandants, les autres entrepreneurs groupés.

Ainsi si le mandataire commun chargé de la répartition des pénalités de retard favorise dans cette répartition une de ses filiales au détriment d'un autre cotraitant qui n'est pas, lui, une de ses filiales, le mandataire pourra être condamné bien sûr envers le cotraitant lésé, voir un arrêt de la Cour de Cassation du 30 octobre 1990 paru au Moniteur des Travaux Publics du 8 mars 1991 page 56.

Il y a d'ailleurs plus grave encore dans l'égoïsme dont peut faire preuve un mandataire commun, puisque dans un arrêt du 30 octobre 1969 la Cour de Cassation a eu l'occasion de condamner à des dommages et intérêts pour avoir trahi les intérêts de ses mandants – les attendus là sont plus sévères – un mandataire commun qui s'était approprié une prime d'accélération des travaux, prime qui revenait à l'ensemble des entrepreneurs groupés bien sûr, pas seulement au mandataire commun qui se l'était appropriée, voir cet arrêt du 30 octobre 1969 que vous pouvez trouver au bulletin civil 3, N°703, page 530.

Et par ailleurs, lorsqu'il est prévu dans la convention de groupement que le mandataire est chargé de la souscription d'une panoplie d'assurances, et notamment doit souscrire une assurance tous risques chantier, qui est une assurance dommage en cours de travaux, assurance tous risques chantier pour le compte de l'ensemble des intervenants, qu'il ne l'a pas fait, si un sinistre survient et que l'un des entrepreneurs groupés est lésé du fait de l'absence de garantie par l'assurance, la responsabilité du mandataire peut naturellement être recherchée par l'entreprise victime du sinistre, voir un arrêt assez récent, Cassation 3^{ème} Chambre civile 13 septembre 2006 paru au Moniteur le 22 décembre 2006 page 55.

Par contre, la Cour de Cassation a eu l'occasion de préciser dans un arrêt du 28 septembre 2006 que le mandataire commun d'un groupement d'entreprises ne pouvait être tenu pour responsable du défaut de paiement d'un sous traitant d'un autre membre du groupement pour absence d'information du maître d'ouvrage de la présence du sous-traitant sur le chantier, donc sur ce thème très à la mode et très protecteur du sous-traitant, le mandataire commun, dit cette décision, ne peut pas être tenu pour responsable puisque ce n'est pas sa fonction naturelle, sauf s'il disposait de la part des entrepreneurs groupés un mandat spécial pour ce faire. Arrêt de la Cour de Cassation 3^{ème} Chambre Civile, 28 septembre 2005, société Badec, paru dans la revue de Droit Immobilier 2005, page 442.

On a vu pour les entrepreneurs groupés des obligations de faire, des obligations de ne pas faire, la place particulière du mandataire commun, voyons maintenant la suite, c'est-à-dire tous ces problèmes de défaillance et de responsabilité au titre de la solidarité.

Enfin, les conventions de groupement ont également pour objet d'organiser en cas de défaillance de l'un des entrepreneurs groupés les conditions de sa substitution par le mandataire commun pour les groupements conjoints, puisque là seul le mandataire commun est solidaire, substitution éventuellement par les autres membres du groupement tenus à la solidarité si le groupement est solidaire.

Il est à noter que la défaillance d'un des membres est le plus souvent provoquée par son dépôt de bilan, comme cela s'est trop souvent produit dans les années 90, ce qui a pour conséquence l'application des dispositions du code du commerce sur le redressement judiciaire.

L'article 621.28 du code de commerce ne prévoit pas que le dépôt de bilan emporte résiliation automatique du marché, mais donne au contraire au représentant judiciaire du défaillant le choix de poursuivre ou non les travaux dans les délais d'un mois après mise en demeure par le cocontractant.

Or, en matière de marché de travaux, le cocontractant c'est le maître de l'ouvrage qui a signé le marché avec le défaillant, et non pas les autres cotraitants comme on l'a cru à une certaine époque, comme il y avait une série de dépôts de bilan en matière de groupements d'entreprises de certains entrepreneurs groupés, ce qui a entraîné des situations inextricables.

Ainsi les autres membres du groupement ne peuvent agir tout seuls, se débrouiller tout seuls pour sortir de la crise et ils doivent obligatoirement alerter le maître de l'ouvrage afin que celui-ci effectue les démarches prévues par la loi, ce qui permettra d'aboutir à une résiliation de la partie du marché du défaillant et à la reprise des travaux par un ou plusieurs membres du groupement, voire par une ou plusieurs tierces entreprises en dehors du groupement.

Je vous renvoie pour la procédure précise à suivre en matière de défaillance (c'est très bien fait, c'est très clair) à l'article 18 de la convention de groupement d'entreprises conjointes du modèle des fédérations professionnelles, à l'article 21 de la convention de groupements solidaires de ces mêmes fédérations ainsi que par ailleurs à l'article 19 pour les deux modèles figurant dans l'ouvrage du Moniteur dont je vous ai parlé tout à l'heure. Mais il existe des cas où les cotraitants décident de ne pas simplement réaliser chacun une partie des travaux, en utilisant leurs propres moyens, mais décident au contraire de confondre leur force en apportant des moyens en personnel, en matériel, voire en matériaux, et également décident de supporter en commun les bénéfices ou pertes pouvant résulter de cette activité en fonction des apports effectués par chacun.

C'est alors, et vous l'avez compris, la création d'une société en participation. Pour les initiés SP ou SEP.

Les sociétés en participation se rencontrent souvent dans le secteur du BTP dès lors que le marché a été dévolu à des entrepreneurs groupés, ce que l'on peut bien sûr expliquer par le fait que ce mode de dévolution suppose déjà un certain esprit de coopération, qui peut bien sûr ensuite favoriser la création d'une société en participation. L'évolution de l'esprit de coopération à l'esprit sociétaire est en général assez facile, mais sur le plan pratique, c'est tout de même un peu plus précis que tout cela.

Quelles peuvent être ces raisons pratiques ? Elles peuvent être diverses. Tout d'abord, on peut vouloir créer une société en participation, lorsque pour des raisons techniques il est difficile d'isoler les parts des travaux de chacun et que les équipes sur le chantier doivent nécessairement intervenir ensemble.

Par exemple, pour la construction d'un barrage, la réalisation du collecteur assainissement souterrain ou d'un tunnel, il y aura nécessairement la nécessité d'unir les équipes, il n'y aura pas de partage de chantier géographique possible.

On peut encore vouloir créer une société en participation lorsqu'il existe sur l'ouvrage à réaliser un aléa critique technique et économique sur une partie précise de l'ouvrage et qu'aucune entreprise ne veut l'assumer.

Une société en participation est alors constituée pour niveler le résultat entre les entreprises.

Enfin, on peut encore vouloir créer une société en participation lorsque la nature des travaux à réaliser, par exemple un percement d'un tunnel, exige l'achat ou la location en commun d'une machine d'un coût élevé, comme par exemple un tunnelier, qu'aucune des entreprises ne peut ou ne veut assumer toute seule. Donc à ce moment-là on créera une société en participation pour pouvoir financer cette machine.

Il convient de faire remarquer que la société en participation ne disposant pas de la personnalité juridique, l'établissement de statut de société en participation plutôt qu'une convention de groupement ne modifie pas les relations des entrepreneurs groupés envers le maître de l'ouvrage pour qui les entrepreneurs restent simplement des cotraitants, mais dans leurs rapports entre eux les entrepreneurs doivent établir des statuts de sociétés en participation et mettre en place des organes propres à cette organisation particulière et bien différente de leur organisation en groupement.

Les organes, ce sera tout d'abord un comité de direction, sorte d'Assemblée Générale d'une société en participation, organe suprême de celle-ci, Assemblée Générale d'ailleurs plus efficace généralement que l'Assemblée des copropriétaires – heureusement – un gérant de la société en participation, chargé de la gestion administrative et financière, un directeur des travaux chargé de la partie technique et commerciale.

La société en participation a été traditionnellement dans le secteur du BTP utilisée pour la réalisation des travaux de génie civil et des travaux routiers avant de se développer également et plus récemment dans les travaux de bâtiments.

Les documents contractuels employés, statuts, règlement intérieur, délégation de pouvoir, ont généralement pour origine le syndicat professionnel SNBATI devenu Entreprise Générale de France BTP, dépositaire d'un véritable savoir faire historique en la matière, ces modèles pouvant être utilisés soit tels qu'ils sont par les entreprises, soit adaptés, modifiés et en fait en fonction des différents métiers des entreprises, en fonction des problèmes d'obligations à l'intérieur que l'on souhaite mettre en place entre les entreprises.

Dans le cas de la constitution d'une société en participation, les entreprises devront prendre garde à une chose importante, qui est de ne pas établir en même temps une convention de groupements.

Cette convention de groupements n'aurait en fait pas d'intérêt pour régir les relations avec le maître d'ouvrage, puisque c'est le marché qui s'en est chargé, et la convention de groupement qui doublerait des statuts de sociétés en participation risquerait, vous l'avez bien compris, d'être la source de litiges, car en contradiction avec les statuts de la société en participation, sauf une gymnastique extrêmement complexe pour régler les contradictions possibles.

On peut se reporter à cet égard à une affaire qui a fait l'objet d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 24 février 1998, paru au Moniteur du 4 décembre 1998 page 344, qui devrait en principe convaincre ceux qui ne sont pas encore convaincus qu'il ne faut pas établir la double convention.

Je vous raconte l'histoire. Il s'agissait d'un litige opposant deux entreprises bien connues du monde de la construction qui, co-titulaires d'un même marché consistant dans la réalisation de deux parkings souterrains, avaient entre elles signé à la fois une convention de groupement et les statuts de société en participation.

Après réalisation des travaux, l'une des deux parties était affectée de malfaçon et les deux entreprises avaient convenu avec le maître d'ouvrage du versement d'une indemnité à celui-ci afin de ne pas se lancer dans des travaux de réparation faisant bien sûr courir à nouveau le délai de responsabilité décennale. C'était une gestion de la crise qui était effectivement sans doute celle pour l'intérêt des entreprises.

Donc versement d'une indemnité au maître d'ouvrage ; pour cela en général il n'y a pas de problème. Le maître d'ouvrage était d'accord, les entreprises étaient d'accord, l'indemnité était versée.

Le problème, vous vous en doutez peut-être déjà, c'est de savoir comment on répartissait l'indemnité. S'agissait-il en fait de répartir l'indemnité à 50 % entre les deux entreprises en fonction des statuts de la société en participation, parce qu'il y avait un engagement sociétal ou bien évidemment une des deux entreprises, celle qui en fait n'avait pas commis les malfaçons, ne voulait pas de cette solution ou bien s'agissait-il en fait de faire supporter l'intégralité de la réparation à l'entreprise qui avait réalisé celle des deux parties qui étaient affectée de malfaçon ?

Je m'étais un peu intéressé à cette question, il y avait là effectivement des documents comme cela arrive de temps en temps dans le secteur du BTP, c'était assez curieux, assez contradictoires, c'est le moins que l'on puisse dire. On ne comprenait pas grand-chose.

Les juges ont, en l'espèce, - vous voyez bien que c'était la Cour de Cassation - fait prévaloir une convention de groupement. Il faut bien avouer qu'étant donné le caractère très complexe et contradictoire des documents qui composaient le dossier, la solution était loin d'être évidente.

Convention de groupement ou statut de SEP ? Il faut choisir.

J'en viens maintenant à la troisième partie, pour terminer, les relations des entrepreneurs groupés avec les tiers.

Il s'agit d'un certain nombre de tiers, autres que le maître d'ouvrage : assureurs, banquiers, fournisseurs, transporteurs, sous-traitants ; le maître d'ouvrage lui-même étant un tiers particulier que l'on traite à part, puisque c'est lui qui apporte le marché de travaux, qui est la cause de la constitution du groupement d'entreprises.

Les groupements d'entreprises constituent une simple création de la pratique, sans fondement légal, ils ne disposent pas de la personnalité juridique.

Ils ont été assez longtemps mal compris et les rapports avec les tiers ont été sources de difficultés. Durant une quinzaine d'années, de 1955 à 1970, les groupements d'entreprises ont à plusieurs reprises été assimilés par les tribunaux à des sociétés créées de fait avant que la jurisprudence en la matière ne reflue sur cette question.

Il s'agissait en fait de litiges où, du fait de l'insolvabilité de l'un des entrepreneurs groupés, ses fournisseurs ou ses sous-traitants cherchaient à obtenir une indemnisation de la part des autres membres du groupement qui, eux, étaient restés solvables.

Les tribunaux, pour considérer qu'il s'agissait de contrat de société, avaient alors considéré que ces entités constituaient des sociétés créées de fait et ils ont vu, à l'époque (jadis, plus maintenant) dans le compte bancaire commun constitué par le groupement, un compte social ; dans la part mise par chacun dans la réalisation des travaux des apports dans une opération où le mandataire était gérant ; dans le fonctionnement financier du groupement la volonté de participer au bénéfice et aux pertes. Les bons offices mutuels, la coopération entre les membres à l'intérieur du groupement avaient constitué à l'époque aux yeux des juges la question société.

Les juges avaient également à l'époque relevé que l'apposition de panneaux de chantier constituait une publicité envers les tiers.

L'émergence de cette jurisprudence avait fait grand bruit à l'époque dans le secteur de la construction et elle avait eu pour objet le dépôt d'un projet de loi au Parlement le 28 juin 1976 qui visait à donner un statut légal aux groupements d'entreprises, afin de stabiliser leur statut et également en fait il était prévu dans ce projet d'assortir les groupements d'entreprises,

comme pour les sociétés, de mesures de publicité aux tiers, mais en fait la jurisprudence n' a pas duré par la suite dans cette voie et le projet a été abandonné.

Actuellement, la réalité des groupements est beaucoup mieux connue par les tribunaux. Il faut tout de même se méfier, puisque nous avons une définition du contrat de société donnée par l'article 18 132 du code civil qui est assez large et il faut tout de même faire preuve d'une certaine prudence.

On prendra l'exemple, sous l'éclairage de la prudence, de deux rapports contractuels que peuvent avoir les entrepreneurs groupés. On prendra l'exemple des rapports contractuels avec les fournisseurs et les rapports contractuels avec les sous-traitants.

Avec les fournisseurs tout d'abord : c'est la notion d'apparence qui est importante. Il convient que les entrepreneurs ne passent pas de commandes en commun, de commandes groupées, ou que le mandataire commun ne se comporte pas envers les fournisseurs comme s'il agissait au nom des autres entrepreneurs, voire même comme s'il était le gérant d'une société.

Il faudra encore moins que les entrepreneurs groupés établissent de papier à en-tête au nom du groupement pour passer les commandes. Cela s'est déjà vu, et là il y a des décisions qui engagent la responsabilité solidaire des entreprises qui ont cette pratique.

D'une manière générale, il sera préférable que chacun des entrepreneurs groupés, y compris le mandataire lui-même, ne passe que ses propres commandes.

Et pour l'autre système, la société en participation, lorsque les entrepreneurs groupés ont établi des statuts de société en participation, plutôt qu'une convention de groupement, cela n'est en fait pas très différent, puisque c'est le gérant qui passe les commandes aux fournisseurs, certes pour le compte des autres entrepreneurs, mais en son propre nom. Il s'agit de quelque chose qui me paraît être assez lié au contrat de commission. Il n'y a pas de représentation par le gérant. C'est simplement des commandes passées certes dans l'intérêt des autres, mais en son propre nom.

Ainsi si le gérant n'adopte pas une attitude telle qu'il révèle l'existence d'une société en participation aux fournisseurs, il sera seul tenu envers ces fournisseurs.

Avec les sous-traitants, relations des entrepreneurs groupés avec les sous-traitants, les mêmes recommandations que nous venons de faire valent également pour les sous-traitants, mais il faut en plus dans ce domaine se débarrasser de quelques idées fausses qui ont infiltré la pratique.

Lorsqu'il y a sous-traitance à partir d'un groupement d'entreprises qui est en position de titulaire du marché, ce n'est pas seulement le mandataire qui peut passer des contrats de sous-traitance, mais chacun des entrepreneurs groupés, ce qui ne nuit en rien d'ailleurs au fonctionnement des groupements. On peut simplement, afin de contrôler la qualité du sous-traitant, insérer une clause dans la convention de groupement soumettant l'acceptation du sous-traitant à la volonté des autres entrepreneurs groupés.

Autre situation maintenant, lorsque le groupement d'entreprises ne se trouve pas en position d'entrepreneur principal, mais en position de sous-traitant, il faut bien avoir à l'esprit que les règles relatives à la cotraitance résultant des cahiers des charges de marché, ne s'appliquent pas spontanément et que les conventions de sous-traitance des fédérations professionnelles n'envisagent pas de situation de sous-traitance à un groupement.

Il conviendra donc dans cette hypothèse que l'entrepreneur principal et les entrepreneurs groupés sous-traitants adoptent dans le contrat de sous-traitance des clauses visant à préciser le régime de la solidarité des entrepreneurs groupés sous-traitants envers le titulaire du marché.

En guise de conclusion, on peut faire remarquer le succès des groupements d'entreprises qui ne sont qu'une simple création de la pratique et qui semblent susciter, si l'on s'en tient au nombre de décisions de justice rendues, moins de litiges que la pratique de la sous-traitance.

On peut en particulier faire remarquer la souplesse et le dynamisme de cette formule qui, après son essor de l'après-guerre pour effectuer les travaux de la reconstruction, a constitué en fait un instrument important dans les grands travaux à l'export qui ont été pratiqués par les pays occidentaux.

Ces groupements constituent d'ailleurs actuellement un instrument important pour l'activité tant interne que transfrontalière au sein de l'Union Européenne, activité qui s'opère au-delà et à travers les frontières beaucoup plus par ce genre d'association que par la conquête solitaire de marché par les entreprises.

Merci.

(applaudissements)

M. le Président.- Merci infiniment de ce tour d'horizon relativement complet et d'avoir mis en exergue l'absence relative de contentieux dans les groupements d'entreprises.

Est-ce qu'il y a des questions sur les différents thèmes qui viennent d'être abordés ?

Me PERICAUD.- Entre les deux exposés que nous venons d'entendre, il y a quand même des nuances et plus que des nuances, me semble-t-il, d'où l'objet de ma question dans un instant.

Dans les marchés publics, on constate que la cotraitance est réglementée, article 51 du code des marchés. En matière de marchés privés, elle est essentiellement par convention des parties sous la tutelle en quelque sorte très bienveillante et large de la norme AFNOR.

Ma question est la suivante : c'est une confirmation ou une infirmation de ce que nous avons entendu et de ce que nous avons pu comprendre, selon qu'on est en matière précisément de marché public relativement réglementé ou de marché privé au niveau de la cotraitance, est-ce que l'un et l'autre de nos orateurs - ils répondront dans l'ordre qu'ils auront choisi- considèrent que la cotraitance, le groupement d'entreprises doit ou non selon qu'on est en marché public ou privé, avantage et inconvénient, avoir la personnalité morale ?

M. BABANDO.- Je pense que les groupements d'entreprises sont précisément faits pour tout le contraire. Ils sont faits pour que les entreprises puissent s'associer, dans un rapport de complémentarité vis-à-vis du client, vis-à-vis du maître d'ouvrage, mais à vrai dire en ce qui me concerne je ne vois pas trop l'intérêt d'une personnalité juridique.

Je ne vois pas véritablement quel intérêt il pourrait y avoir au moins vis-à-vis du maître de l'ouvrage, parce que là il y a un rapport contractuel, il y a marché qui en général, pas toujours d'ailleurs Monsieur le Professeur me semble-t-il, est quand même plus dense, plus précis dans les marchés publics que dans les marchés privés. Les cahiers des charges des marchés publics en général sont plus précis que les cahiers des charges des marchés privés en matière de cotraitance.

Il y a donc un marché qui, en général, encadre bien le support, le substratum de ce qui se passe après et il y a là un mandataire commun et des règles de solidarité qui sont définies.

Si tout est fait dans les règles, il y a ensuite une convention de groupement qui encadre les rapports inter entreprises. A priori, je ne vois pas trop l'intérêt d'une personnalité juridique ou d'une consécration légale.

Le système belge par rapport à ce que vous dites, par rapport à votre souci, me paraît le plus original et le plus digne d'intérêt. Le système belge est un système légal, le groupement d'entreprises s'appelle « *l'association momentanée* » et les Belges étant des gens pragmatiques, sans doute parce qu'ils sont plus au nord de l'Europe que nous, par une simple clause peuvent transformer leurs groupements en groupements dotés de la personnalité juridique.

Je ne vois pas trop l'intérêt tout de même.

M. GUETTIER.- En ce qui concerne le droit public, je pense que le principe c'est que c'est le marché qui fait la loi des parties et à partir de ce moment-là du côté de la personne publique on voit effectivement qui est qui, du côté de l'entreprise ou des entreprises qui vont travailler dans cette opération de marché public, peu importe la forme, en réalité que revêtira l'association des différentes entreprises, qu'il y ait ou non personne morale.

Si on prend les différentes têtes de chapitre des contentieux susceptibles de survenir dans cette relation on a aujourd'hui des réponses fournies par le juge ou par la loi, et ces réponses me paraissent à peu près satisfaisantes, en tout cas ne requièrent pas le recours à la personnalité morale.

Je ne pense pas que ce soit véritablement là que se présente la grande difficulté, vu du côté du droit public.

M. ROMERO.- Bien que n'ayant pas parlé, je pourrais citer deux exemples de groupements ayant la personnalité morale, que l'on a rencontrés, d'abord les GIE qui se sont vus attribuer effectivement les opérations probablement à marché privé, probablement peut-être aussi en marché public, mais ce système a connu de la part des entreprises une désaffection, en fait parce que c'est un système de gestion qui est beaucoup plus lourd que le simple groupement d'entreprises ou la société en participation.

Le deuxième cas qui a existé ou qui existe, c'est lorsqu'il s'agit d'un ouvrage extrêmement important, je pense aux sociétés concessionnaires privées d'autoroute qui sont maintenant réduites, qui ont été plus étendues, maintenant c'est para public, ou à d'autres projets similaires pour lesquels le groupement d'entreprises s'est constitué en personne morale, souvent de société anonyme, vu la pérennité des opérations et la durée dans le temps.

Donc des personnes morales existent aujourd'hui dans des groupements qui peuvent réunir aussi bien des concessionnaires d'autoroute, des entreprises de terrassement de génie civil, des entreprises de groupements électroniques qui, au lieu de se structurer en groupements ayant chacun leur part dans l'activité, utilisent leur nom de personne morale stable sur une période de vingt ou trente ans.

Me PERICAUD.- Merci de cette réponse.

M. le Président.- D'autres questions ?

S'il n'y a pas d'autres questions, nous allons passer à la dernière intervention .

La liquidation des comptes inter entreprises
Par M. Jean-Michel ROMERO

M. ROMERO.- Merci de me donner la parole.

Le sujet à examiner est la liquidation des comptes interentreprises.

Remarque préliminaire :

La question des comptes inter-entreprises est plutôt connue pour les difficultés rencontrées à l'occasion de leur liquidation.

L'existence de tels comptes résulte d'une nécessité pratique de la vie d'un chantier, que les professionnels ont organisée selon des accords conventionnels types définissant des principes de fonctionnement et laissant à la collégialité des entreprises du chantier le soin de les faire vivre régulièrement.

Mais les prestations purement logistiques correspondantes restent des accessoires aux activités principales des entreprises, il s'avère que la gestion de ces comptes ne respecte pas souvent la rigueur qui a été mise à définir les modes opératoires.

Il en résulte, lors de l'établissement des comptes, de multiples litiges touchant généralement à des questions de fait assez difficile à démêler, plus qu'à des questions de droit.

C'est le sens de notre propos.

Définition sommaire

Dans les opérations de construction, le compte inter entreprises enregistre des opérations de dépenses et de recettes, portant sur des fournitures et des prestations qui ne sont pas destinées à être reçues ultérieurement par le maître d'ouvrage à l'issue des travaux.

Ce compte ne peut donc pas inclure fournitures et prestations qui auraient été omises dans les descriptifs des documents marché et qui seraient destinées in fine à faire partie des ouvrages définitifs du projet.

Il s'agit seulement des dépenses d'intérêt commun à l'ensemble des entreprises d'une même opération.

Le maître d'ouvrage n'est pas partie à ce compte.

Des conventions spécifiques organisent au cas par cas les modes de fonctionnement, le rôle des intervenants, l'acceptation des dépenses, la perception des recettes, et la liquidation des comptes.

Pourquoi des comptes inter entreprises ? Nous distinguons ici trois cas. Nous reviendrons là aux exposés précédents d'une certaine manière.

En premier lieu, dans le cas d'entrepreneurs en «groupement solidaire »

Il n'y a pas, dans ce cas, nécessité matérielle d'un compte prorata.

En effet, chaque entreprise est engagée sur le tout et l'ensemble du marché ne forme qu'un seul et même lot contractuel vis à vis du maître d'ouvrage.

Dès lors, le maître d'ouvrage n'a pas à organiser par avance la gestion de dépenses d'intérêt commun entre les entreprises.

Le groupement organise alors lui-même, de manière interne, la gestion de ces dépenses, ce qui est généralement traité dans la « convention de groupement », ou dans « l'acte de société en participation »

En deuxième lieu, dans le cas des marchés de travaux en entreprise générale tous corps d'états, l'entrepreneur général est titulaire d'un marché unique ayant pour objet l'ensemble des travaux concourant à la réalisation globale de l'ouvrage.

Cet entrepreneur général ne possède pas toutes les qualifications. Il fait appel alors à des sous-traitants qualifiés pour chacun des lots techniques (électricité, plomberie, climatisation, ...) et des lots secondaires (sols, murs, plafonds, ...)

L'entrepreneur général assume lui-même dans ce cas, vis-à-vis du maître d'ouvrage, toutes les prestations communes aux différents lots sans que cela ne relève des dispositions du marché principal.

Par exemple : il gère les missions d'OPC (ordonnancement, planification et coordination), la mission de synthèse technique (c'est-à-dire la coordination spatiale des ouvrages des différents lots), la mise en place et l'entretien des installations de chantier (les cantonnements conformes à la réglementation, les bureaux de chantier), la réservation des emprises de voirie, ...etc.

Dans le cas d'une entreprise générale, le maître d'ouvrage a traité avec un seul cocontractant assumant seul la charge des prestations relatives à l'ensemble des lots. La question des comptes inter entreprises ne se pose donc pas au niveau du maître d'ouvrage dans sa relation avec l'entrepreneur général.

L'entrepreneur général a l'option, en aval, d'assumer seul toutes les dépenses d'intérêt commun sans les répercuter à ses sous-traitants : mise à disposition des cantonnements, des installations de chantier, de l'électricité, de l'éclairage, de l'eau, des équipements de sécurité collective, etc, ...

En effet, s'il voulait répercuter contractuellement ces frais à ses sous-traitants, ces derniers les incluraient alors dans leurs prix avec une marge de frais généraux et le tout serait payé au final par l'entrepreneur général lui-même

Cette option n'est pas toujours retenue et il arrive que l'entrepreneur général crée tout de même une répartition de ces frais sur ses sous-traitants selon une convention spécifique appelée « compte prorata » ou « compte inter entreprises ». Il faut bien noter ici que les dénominations ne correspondent pas à des contrats institués et nous pouvons trouver des terminologies qui ne correspondent pas aux définitions des unes et des autres.

Enfin en troisième lieu, dans le cas des ouvrages réalisés soit par des « entrepreneurs groupés », soit par des « entrepreneurs séparés », il existe un lien contractuel direct entre le maître d'ouvrage et chaque entreprise titulaire d'un lot.

La différence entre ces deux situations est que :

Chez les entrepreneurs groupés, la coordination des entreprises est assurée par un mandataire commun. Il s'agit généralement d'un seul groupement d'entreprises pour la réalisation de l'ensemble des lots concourant à la globalité d'un même ouvrage

Chez les entrepreneurs séparés, il n'y a pas de mandataire commun et alors cette coordination est assurée par le titulaire d'un lot particulier et indépendant, aux termes d'une mission appelée : Ordonnancement Pilotage Coordination « OPC » .

Il arrive également que le maître d'ouvrage traite avec plusieurs groupements de lots fonctionnels : un groupement de lots pour le « clos et couvert », un groupement pour les « lots techniques », un groupement pour les « lots secondaires », ... etc.

Au regard de notre sujet, ce dernier cas sera assimilé à l'une ou l'autre situation, selon qu'il y a ou non un mandataire commun (mais il faudra d'abord s'assurer par prudence du texte réel des conventions intervenues ...)

Dès que l'on est en présence d'entrepreneurs « groupés » ou « séparés », l'ensemble des entreprises a besoin et va bénéficier des installations communes de chantier, de l'électricité, de l'eau, du gardiennage, des autorisations de voirie, etc ...

Toutes ces dépenses sont appelées « dépenses d'intérêt commun ».

Il devient alors nécessaire que les dispositions contractuelles de tous les marchés des entrepreneurs « groupés » ou « séparés » prévoient, alors en des termes identiques pour chaque entrepreneur, les droits et obligations de chacun d'eux concernant les « dépenses d'intérêt commun » et la liquidation de leur compte.

La particularité de ce dispositif est que le marché de chaque entreprise doit alors renvoyer à une convention particulière devant être conclue entre les seuls entrepreneurs pour fixer entre eux les règles de fonctionnement et de liquidation de ces « dépenses d'intérêt commun ».

Ni le maître d'ouvrage, ni le maître d'oeuvre ne seront parties à ces conventions.

Comme tout à l'heure pour les conventions de cotraitances, les « conventions types » ont été élaborées par les organisations professionnelles et elles représentent de manière constante un consensus que l'on peut considérer comme représentatif des « usages de la profession ».

Elles sont dénommées « dépenses d'intérêt commun - compte prorata »

Voir en particulier le document type établi par l'Office Général du Bâtiment et des Travaux Publics en avril 1971.

Voir aussi la norme AFNOR NF P03 001 ; sous-titrée « Cahier des clauses administratives générales applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés » qui prévoit, de son côté, en l'absence de convention particulière, des modalités de gestion et de fonctionnement du compte prorata, qui s'imposent aux entrepreneurs lorsque la norme est contractuelle dans les marchés.

Cette Norme a, en fait, repris l'essentiel du document type établi par l'OGBTP, avec quelques petites variantes.

Pour autant, donc, que cette norme soit rendue contractuelle dans les marchés, et même, dirons nous, rendue contractuelle dans tous les marchés d'une même opération de construction, le compte prorata sera régi par ces dispositions.

Signalons que quelquefois des entreprises sont explicitement exclues de participation : par exemple, celles intervenant seules en début de chantier (démolition, terrassements, ...) car elles gèrent elles-mêmes sans partage, étant seules à ce moment-là, leurs propres installations.

Mais le défaut d'extension du compte prorata à l'ensemble des lots présents simultanément est fréquent et il y a là une source de litiges, lorsqu'il conviendra en fin de chantier de répartir les dépenses entre des entreprises n'ayant pas toutes eu l'obligation contractuelle d'y participer du fait de l'omission des dispositions nécessaires dans les marchés avec le maître d'ouvrage.

Ce cas se rencontre fréquemment pour des entreprises « séparées » intervenant dans le cours de l'opération, à qui le maître d'ouvrage n'a pas imposé la participation aux dépenses communes, mais qui en ont eu de fait le bénéfice d'utilisation.

La question se traitera alors sous forme d'une réclamation des entreprises « contributives » vis-à-vis du maître d'ouvrage qui leur aura ainsi imposé une charge non prévue à leur marché (sous réserve bien entendu de l'examen des dispositions contractuelles qui contiennent quelquefois des clauses de renonciation à ce type de demande).

Il arrive, aussi, que, dans des opérations importantes, le compte prorata soit traité comme un lot à part, dont ce sera l'unique mission du titulaire.

Mais, sur un plan économique, cette dernière solution est plus onéreuse pour les frais de gestion du compte prorata.

Création conventionnelle

Les comptes inter-entreprises ne relèvent que d'une création purement conventionnelle au cas par cas. Dans certains marchés, les dispositions de la norme NF P03 001 sont applicables in extenso.

Dans d'autres, cette norme est plus ou moins « adaptée » ou « aménagée » au gré des expériences de son rédacteur. Dans d'autres encore, des conventions « ad hoc » sont rédigées avec plus ou moins de bonheur.

Il ne faut donc pas chercher la loi ou le règlement pour aborder notre sujet.

Il s'agira donc généralement d'un contrat d'adhésion, préalablement établi par le maître d'oeuvre, dont les termes, plus ou moins précis, sont imposés aux entreprises par le maître d'ouvrage dans les marchés de travaux.

Rechercher les droits et obligations des parties en la matière impose donc préalablement une analyse spécifique des conventions réellement conclues.

Les parties, le Juge ou l'expert sont ici souvent confrontés à des conventions incomplètes ou mal rédigées dont il faudra en tout état de cause trouver une issue ... pour liquider les comptes.

Il arrive quelquefois que l'entreprise membre du compte prorata répercute à son sous-traitant les charges de celui-ci. Cette situation n'aura de valeur que pour autant que son caractère conventionnel soit effectivement établi, et notamment lorsque le sous-traitant a signé les conditions générales du marché et auxquelles il est alors réputé se soumettre (3° ch Civ 3 octobre 2001). Là encore, l'analyse des conventions s'impose précisément pour chaque cas d'espèce.

Notions de « comptes interentreprises » et de « compte prorata »

Les dépenses d'intérêt commun dont nous venons de parler sont imputées selon une clef de répartition conventionnelle au prorata des montants de marchés.

Mais il existe aussi le cas des prestations effectuées sur un chantier par une entreprise pour le compte d'une ou plusieurs autres et facturées directement entre elles. Intervient alors ici une notion de « comptes inter entreprises » totalement distincte de celle de « compte prorata ».

Citons par exemple le cas d'une entreprise générale non astreinte à un compte prorata. Ses sous-traitants, par exemple, sont chacun responsable de l'enlèvement de leurs déchets à leurs frais. Dans le cours du chantier, l'entreprise générale, ou telle autre entreprise, peut être amenée, avec l'accord plus ou moins formalisé des participants, à organiser pour la collectivité les enlèvements de déchets, les nettoyages ou d'autres prestations de logistique.

En fin de chantier des comptes croisés seront donc à arrêter pour imputer ces prestations non pas au prorata des marchés de chaque lot, mais selon les utilisations réelles toujours difficiles à reconstituer a posteriori en expertise. Il en est de même pour ce que l'on appelle « la protection des ouvrages » jusqu'à la réception : exemple l'étanchéité, après la réalisation du complexe d'étanchéité certaines entreprises occasionnent des « poinçonnements » qui détériorent ce complexe. Il appartient donc au responsable du dommage d'en supporter les frais. Mais ce responsable n'est pas toujours identifié.

Dans certains marchés, les frais consécutifs à cette absence d'identification sont imputés sous l'arbitrage du maître d'oeuvre et peuvent donner lieu à des répartitions spéciales entre certaines entreprises estimées plus ou moins responsables, mais n'entrent pas dans le compte prorata.

Certaines confusions peuvent apparaître, car ces comptes sont aussi appelés « comptes inter entreprises ».

Présentation sommaire du contenu du compte prorata :

La notion de compte prorata est traitée de manière plus approfondie en marchés privés.

Le CCAG des marchés publics met, en cas d'entrepreneurs groupés conjoints, les dépenses d'installations de chantier, de gardiennage, d'entretien, etc à charge du lot attribué au mandataire, soit en estimant que son prix est réputé contenir ces frais, soit en lui laissant la possibilité, selon les termes du marché, de prévoir qu'il percevra un pourcentage déterminé du montant des autres lots des titulaires groupés.

Pour les marchés privés, la norme NF P03 001 est plus explicite puisqu'elle définit par défaut, en l'absence de toute autre convention, des mécanismes précis de fonctionnement que nous rappellerons ci-après.

Les dépenses pouvant entrer dans le compte prorata comprennent des dépenses d'investissement, de fonctionnement, de prestations diverses.

Elles sont énumérées en annexe à la norme et portent sur les taxes et droits d'occupation de voirie, sur les installations communes de chantier, sur les installations de vie collective, sur les consommations d'eau et d'électricité, sur l'éclairage, sur les dispositifs commun de sécurité, etc ...

Cela couvre généralement la mise en place, l'entretien et le repli de ces installations.

L'annexe A à la norme NF P03 001 donne une liste relativement limitée des natures de prestations, précise le contenu de celles-ci et indique nommément les lots qui ont la charge de les fournir.

Mais la norme renvoie non seulement aux documents du marché pour compléter cette liste, mais aussi, en cas de besoin, aux décisions du « comité de contrôle » du compte prorata, pour étendre le champ de ces dépenses (ascenseurs de chantier, fermetures provisoires, évacuation de tout ou partie des gravois, ...).

Là, commencent les difficultés car, dans les détails, le découpage entre ce qui relève du compte prorata et ce qui relève des lots concernés peut devenir difficile à faire et prête souvent à des différends : tel le nombre de bennes de gravois en fonction de leur contenu, puisque certains gravois sont à charge personnelle des lots et d'autres pas ; souvent ils n'ont pas pu être identifiés (et cela devient délicat avec la réglementation sur la protection de l'environnement), tels aussi certains nettoyages de chantier à charge commune, alors que les nettoyages ne sont pas prévus à l'origine au compte prorata, telle l'importance des frais de gardiennage, ...

Ces problèmes sont renvoyés par le Juge du fond à l'avis de l'expert lorsque par exemple l'entreprise initialement présente sur le chantier a mis en place, en zone sensible de la région parisienne, selon sa mission au titre des dépenses communes, qui prescrivait simplement « le gardiennage », « un système de gardiennage assez lourd 24 h sur 24 » et que postérieurement les entreprises intégrant le groupement au fur et à mesure de leur désignation refusent d'accepter l'importance de ces dépenses engagées à une période où elles n'étaient pas présentes ... et où le comité de contrôle n'avait pas encore été constitué ...

A noter également la question de savoir qui doit supporter les charges consécutives à l'allongement de la durée du chantier, que cet allongement soit imputable au maître d'ouvrage ou à telle ou telle autre entreprise .

Autre dépense à charge du compte prorata la rémunération de la « personne chargée de la tenue du compte », dénommée couramment: le « gestionnaire ».

La norme prévoit pour elle une rémunération fixée à 8 % du montant toutes taxes comprises des dépenses imputées à ce compte hors la dite rémunération.

Ce pourcentage est le même dans les documents type de l'OGBTP .

Mais ce taux est purement conventionnel et il peut être librement fixé par les marchés et/ou la convention de compte prorata.

Dans la pratique, les dépenses prévues au compte prorata représentent généralement une estimation budgétaire initiale de l'ordre de 2 % du montant des marchés tous corps d'état.

Mais ce budget est très fréquemment dépassé, notamment sur les « grands chantiers », pour atteindre 3 ou 4 ou même 5 %.

De nombreux conflits apparaissent, lors de l'arrêté des comptes, après la fin des travaux, une fois les dépenses faites, en raison du refus de certains entrepreneurs d'accepter le principe de ces dépassements.

Gestion du compte prorata

Comité de Contrôle

Qu'il s'agisse du document type établi par l'Office Général du Bâtiment et des Travaux Publics, ou de celui de la norme AFNOR P03 001, l'organe suprême de gestion du compte prorata est le « Comité de Contrôle ».

Ce Comité est constitué de trois membres :

- un représentant des lots « structure »
- un représentant des lots « techniques »
- un représentant des lots « secondaires »

Chaque membre doit être désigné par les entreprises de ces groupes de lots, mais il arrive quelquefois que ces désignations restent en souffrance ... ce qui posera le problème de l'absence de validité des décisions.

Ce Comité, qui est un organe collégial, décide de l'engagement des dépenses imprévues lorsqu'elles sortent de la liste des dépenses communes autorisées par la convention telles qu'elles ont été listées ; il accepte ou refuse les factures présentées par les entreprises à l'inscription sur le compte ; il contrôle la tenue du compte ; il statue sur le solde et le règlement du compte prorata.

Dans certaines conventions, il lui appartient d'approuver le budget prévisionnel (et ses révisions) afin de fixer les bases des appels de fonds.

Mais souvent ces appels de fonds sont simplement fixés a priori à un pourcentage prédéfini dans les marchés. Les membres du Comité de Contrôle ne sont pas rémunérés.

Personne chargée de la tenue du compte

Que nous appellerons pour simplifier « le gestionnaire » comme cela est le cas dans la pratique.

La tenue du compte, du moins dans la lecture formelle des conventions, consiste en une mission de caractère purement administratif à partir de la tenue d'un compte bancaire spécial. La norme liste les tâches du gestionnaire.

Cette mission est rémunérée à raison d'un pourcentage (selon la norme) de 8 % des dépenses toutes taxes comprises imputées au compte prorata (hors rémunération) .

Les organes de gestion ainsi placés, nous nous trouvons en présence d'un véritable système de « contrat social » avec un « organe décisionnel » et un « organe exécutif » .

Je pense qu'il convient de garder cette image, tout à fait représentative, car l'essentiel des litiges, relatifs à la liquidation du compte prorata, relève pour tous les participants de la méconnaissance de ce mécanisme ou plus précisément de la négligence d'en avoir respecté les règles de fonctionnement.

Et des manquements des plus évidents tels que : absence de compte bancaire distinct, défaut de budget initial, et plus souvent défaut d'actualisation périodique de ce budget, défaut de réunions du Comité de contrôle, défaut d'acceptation systématique des factures en cours de chantier, non suivi de la procédure d'acceptation des factures, etc ... Tout est reporté en bloc en fin de chantier dans la précipitation.

Nous voyons aussi quelquefois le cas de maîtres d'ouvrages effectuant d'office, sur le paiement des situations de travaux, le prélèvement du pourcentage destiné à l'alimentation du compte prorata et s'instaurer de fait gestionnaire de ce compte en lieu et place du gestionnaire désigné pour cette tâche.

Généralement cette situation s'accompagne de l'omission d'imposer le compte prorata dans les marchés de toutes les autres entreprises en lots séparés, de telle sorte que ce « compte prorata » se résout à une pure relation bilatérale entre le maître d'ouvrage et l'entreprise de gros oeuvre sans aucun respect des conventions plus ou moins précises intervenues.

Il faut signaler une évolution dans la norme NF de décembre 2000 qui stipule que chaque entrepreneur renonce à demander le paiement des factures qu'il n'aurait pas produites au gestionnaire dans les deux mois de la prestation, au plus tard dans les quinze jours après la réception.

Cette disposition contenue dans la norme NF de décembre 2000 peut conduire à l'abandon des paiements pour les demandes qui auraient été présentées tardivement.

Mode opératoire et circuits financiers :

Le budget prévisionnel est en principe proposé par le Gestionnaire et approuvé par le Comité de contrôle.

Ce budget prévisionnel sert de base aux appels de fonds, effectués par le Gestionnaire auprès des différents titulaires lots , pour alimenter le compte bancaire spécial.

Des litiges apparaissent à ce stade, lorsque le budget prévisionnel n'a pas été formellement approuvé par le Comité.

Il arrive, en effet, comme le prévoient d'ailleurs les documents types de convention de compte prorata, que toutes les entreprises ne soient pas désignées à l'origine du chantier.

Ces documents renvoient alors l'accord sur le budget initial à une date ultérieure. Je cite : « *cet accord interviendra lorsque 50 % du montant de l'ensemble des travaux auront été traités* » ...

Il n'est donc pas certain à ce stade d'avancement qu'un accord puisse intervenir. Devant une telle difficulté, il arrive que les appels de fonds soient faits sur la base d'un pourcentage généralement fixé à la convention (2%), mais cette absence de solution a pour conséquence de reporter les problèmes au moment des opérations de clôture du compte.

Dans ce cas, le Juge du fond missionne un expert pour donner un avis. Il s'agira alors d'apprécier les dépenses imputées :

- cohérence avec la liste des natures de dépenses annexées à la convention,
- utilité et effectivité des prestations,
- établissement du crédit et du débit de ce compte,
- position de compte de chaque participant.

Répartition définitive :

Le contrat type de l'OGBTP fixe les modalités d'établissement du solde et de la répartition définitive du compte prorata :

Le gestionnaire doit établir ce solde et sa répartition et les communiquer à chaque entreprise ; Je cite : « *dans les ... 45 jours suivant la réception des travaux* » .

Chaque entreprise dispose alors d'un délai de 15 jours pour faire connaître ses observations par écrit. Les observations sont soumises au comité de contrôle pour décision dans un délai de 30 jours. Le gestionnaire doit alors appliquer ces décisions en émettant factures ou avoirs.

La Norme NF P03 001 contient les mêmes dispositions.

Les deux documents types contiennent également la disposition suivante : « *chaque entrepreneur déclare expressément s'en remettre au Comité de Contrôle pour la fixation de sa contribution* »

Cette disposition n'est habituellement pas appliquée comme valant renonciation à contester les décisions du comité de contrôle, puisque les décisions judiciaires (il est vrai la plupart du temps en première instance) ne tiennent pas l'arrêté de compte du comité comme définitivement opposable et admettent d'avoir à se prononcer au fond, après expertise, sur son bien-fondé ou sa rectification.

Fonds de roulement

Sous réserve de la décision du Comité de contrôle, le gestionnaire procède aux appels de fonds nécessaires aux paiements à effectuer.

Ces appels de fonds sont indépendants du paiement des acomptes sur situations de travaux par le maître d'ouvrage aux entreprises. Ainsi, les retards de paiement ou les impayés du maître d'ouvrage ne sont pas opposables au paiement des appels de fonds. Ces retards de versement sont passibles d'intérêts moratoires sans mise en demeure, au taux des obligations cautionnées plus 2.5 points pour l'OGBTP, au taux de l'intérêt légal plus 10 points pour la Norme NF P03 001.

Les fonds reçus sont versés sur le compte bancaire spécial .

Trésorerie

Le crédit du compte bancaire spécial sert à payer les dépenses faites par les entreprises membres en paiement des charges admises au compte.

Compte tenu du rôle qui lui est imparti, le gestionnaire n'a pas à assurer lui-même le financement du compte prorata.

Ainsi, en cas d'insuffisance d'alimentation du compte bancaire, le gestionnaire à défaut d'obtenir du maître d'ouvrage la mise en oeuvre de versements par délégation, ne pourra pas acquitter les factures présentées par les entreprises ayant fourni les prestations.

Le « quitus »

Pour procéder au paiement du solde du décompte définitif des entreprises, le maître d'ouvrage doit être en possession de l'attestation du gestionnaire justifiant que l'entrepreneur concerné est à jour de ses obligations vis-à-vis du compte prorata.

En cas de litige et de contentieux relatifs au compte prorata, le règlement du solde du marché de l'entreprise sera donc suspendu et retardé d'autant.

Rôle du maître d'ouvrage

Bien que n'étant pas partie, le maître d'ouvrage (qui en impose la souscription) et le maître d'œuvre doivent être informés par le Gestionnaire de la signature de la convention de compte prorata, par remise d'une copie signée.

De son côté, le Gestionnaire doit être informé par le maître d'ouvrage du montant des différents lots pour répartir « au prorata », aussi bien les appels de fonds en cours de travaux que le solde du compte à la fin de l'opération.

A cet égard, et selon la Norme NF P03 001, je cite : « *au plus tard à la réception des travaux* » le maître d'ouvrage communique, au Gestionnaire, je cite : « *la dernière situation cumulée* » de chaque lot devant servir à calculer les soldes de chaque entreprise dans le compte prorata.

Il est bien rare que ces dispositions de la Norme puissent être matériellement appliquées car, lors de la réception, les comptes de chaque lot ne sont ni vérifiés ni arrêtés et la dernière situation est évidemment l'objet d'une contestation, et, pour peu qu'il existe des litiges à ce sujet, il faudra plusieurs mois ou années avant de connaître les assiettes de calculs de la répartition définitive du compte prorata.

Il convient également de relever la « délégation » prévue par l'article 14.2.5. de la Norme, aux termes duquel, je cite : « *l'entrepreneur débiteur délègue le maître d'ouvrage, qui accepte* » pour payer au Gestionnaire, sur les sommes encore dues au titre de son lot, les soldes impayés de sa participation au compte prorata.

Le maître d'ouvrage n'est libéré des obligations de cette délégation que lorsque le Gestionnaire aura adressé au Maître d'œuvre une « attestation » précisant que l'entrepreneur est en règle avec ses obligations au titre du compte prorata.

Cette attestation est couramment appelée « quitus »

Dans un arrêt de la 3^{ème} Ch. Civ. du 28 octobre 2003, la Cour de Cassation relève que le maître d'ouvrage peut engager sa responsabilité s'il règle le décompte général définitif avant de vérifier si l'entreprise est débitrice au titre du compte prorata envers le gestionnaire du dit compte.

Cette délégation mériterait d'être examinée :

Elle est imparfaite puisqu'elle ne décharge pas expressément l'entreprise débitrice qui reste toujours tenue de payer en cas d'insolvabilité du maître d'ouvrage.

La question est plus délicate en cas de défaillance de l'entreprise débitrice dans l'exécution des travaux et d'ouverture d'une procédure collective à son égard.

En effet, dans ce cas le gestionnaire tient informé le maître d'ouvrage de l'état du compte prorata et donc de la dette de ce débiteur. Le maître d'ouvrage doit donc payer par délégation sur les sommes qu'il détient. Mais il peut prétendre ne pas en détenir tant que les comptes de son propre marché litigieux, en cas de défaillance, n'auront pas été établis.

En outre, et en cas de procédure collective de l'entreprise débitrice, la créance peut apparaître comme étant seulement chirographaire et être traitée dans le cadre de l'admission au passif du débiteur.

Un dernier incident est à examiner, celui du non paiement définitif par l'entreprise débitrice ou par le maître d'ouvrage.

Ce cas s'analyse comme un excédent de charges à répartir entre les autres entreprises, et non comme devant rester à charge du gestionnaire. Il arrivera donc, qu'après l'arrêté du compte prorata et après sa ventilation selon les décomptes des entreprises, le Comité de contrôle soit amené de nouveau à constater l'impossibilité définitive de recouvrer certaines sommes et donc de décider un appel de fonds complémentaire, entre les seuls membres solvables, quelquefois plusieurs années après la fin du chantier, pour solder les charges restant à payer.

Conclusion

Le compte prorata est un dispositif assez complexe à gérer et qui n'est généralement pas vécu avec les précautions qu'il requiert.

Souvent les entreprises entre elles trouvent de cas en cas les accords amiables nécessaires pour éviter le recours au Juge du contrat.

Mais à défaut, l'engagement d'une procédure contentieuse en fixation des créances et en paiement sera souvent délicat dans le partage entre la rigueur des procédures de gestion non respectées en cours de chantier et des appréciations économiques et raisonnables établies à dire d'expert.

Faut-il rejeter une dépense au motif que la procédure précise d'acceptation n'a pas été respectée ?

Ou faut-il l'admettre au motif qu'elle a été économiquement et raisonnablement engagée ?

Je vous remercie de votre attention .
(applaudissements)

M. le Président.- Merci infiniment Monsieur ROMERO.

Avez-vous des questions sur ces problèmes difficiles de la liquidation des comptes inter entreprises ?

Maître PERICAUD...

Me PERICAUD.- Il y a une question que vous n'avez pas abordée, mais c'est sans doute normal, parce qu'elle est à la frontière entre la maîtrise d'œuvre et le rôle des entrepreneurs, qui est une question importante dans un chantier. C'est celle de la cellule de synthèse.

Qui en prend l'initiative ? Doit-elle être constituée ? Comment fonctionne-t-elle ? Quelles sont les responsabilités en découlant, quel que soit l'apport du marché ?

C'est une question qu'on voit souvent au centre des litiges. On va même parfois reprocher au maître d'œuvre, au maître d'ouvrage, au mandataire commun de ne pas avoir constitué la cellule de synthèse. On peut se plaindre quand on est un entrepreneur qu'il n'y ait pas eu de cellule de synthèse véritablement organisée et on impute à ce moment-là à l'insuffisance ou à l'absence de cellule de synthèse au niveau de l'apurement des comptes du chantier et également au niveau de la recherche des responsabilités, l'origine de désordres, de pénalités de retard, disons d'une manière plus générale de dysfonctionnements du chantier.

Quel est votre sentiment sur l'utilité, le rôle, le fonctionnement, les responsabilités en découlant, de la cellule de synthèse, quelle que soit la forme du chantier, quelles sont les responsabilités dans les différents intervenants à une opération de construction, maître d'ouvrage, maître d'œuvre, entrepreneur, quels sont leurs rôles au niveau de cette cellule de synthèse ?

Peut-on s'en passer ? Qu'est-ce que vous en pensez ?

M. ROMERO.- C'est un sujet que j'aime bien et qui mériterait une séance à lui tout seul.

Je pense que dans le cas de l'entreprise générale, l'entreprise générale fait sa synthèse elle-même, et il n'est a priori pas nécessaire que le marché traite explicitement de la cellule de synthèse. C'est possible, mais ce n'est pas indispensable dans la mesure où l'entrepreneur général a une responsabilité sur le résultat de son opération et comme il a ses sous-traitants il doit gérer ses sous-traitants avec la synthèse des lots, la synthèse qui est la coordination faciale des différents lots dans l'ouvrage du bâtiment. C'est l'intérêt de l'entrepreneur général de gérer sa synthèse sous le contrôle du maître d'œuvre.

Dans les marchés en lots séparés, le problème doit être traité d'une manière détaillée dans le marché, parce que si on omet de fixer les modalités de relations entre les entreprises et la maîtrise d'œuvre dans le marché, il n'est plus maîtrisable de gérer ces éléments, donc l'attention doit être portée sur les marchés en lots séparés avec un dispositif de synthèse extrêmement sérieux dans son élaboration, que la synthèse soit attribuée au titulaire du lot principal, ou qu'elle soit attribuée à un lot autonome. C'est un premier point.

Le deuxième point qui fait qu'on a des problèmes en matière de synthèse, pour ce que j'en sais, il y a peut-être d'autres avis, c'est que qui dit synthèse dit établissement d'un graphe d'enchaînement des tâches sur la circulation des informations et des biens, parce que pour dresser un plan de synthèse, il faut d'abord avoir recueilli des informations, établir le plan pour positionner tous les ouvrages dans l'espace, rediffuser ce plan au maître d'œuvre, aux différentes entreprises pour y apporter les compléments et aboutir enfin à un document qui est soumis à l'approbation du maître d'œuvre.

Sur un chantier important, sur un chantier de bâtiment important, un tel parcours nécessite entre un mois, un mois et demi, deux mois peut-être de circuit. Par exemple, il faut positionner les installations de climatisation, avoir fait les études thermiques, avant de faire les études thermiques connaître la nature des ouvrages pour arriver à un plan de synthèse.

Donc on voit bien que pour arriver à un plan de synthèse, il y a de nombreux préalables techniques. Si on n'a pas dans le marché un graphe d'enchaînement qui impose aux entreprises une discipline très rigoureuse sur la circulation des informations résultantes, le travail de synthèse ultérieure sera compromis.

Voilà les deux pôles de réponse à la question.

M. le Président.- Est-ce qu'il y a des questions complémentaires sur le sujet ?

Un Intervenant.- Le compte prorata concerne à l'évidence les dépenses des entreprises et est donc normalement réparti entre les entreprises, mais j'aimerais que vous donniez plus de précisions ou de détails sur ce que vous n'avez fait qu'effleurer.

Lorsque les frais fixes en particulier du compte prorata sont allongés du fait soit du maître d'ouvrage, soit de retards de l'entreprise, qui a manqué avant la réalisation de ces travaux, qui a contribué à l'augmentation des frais du compte prorata, quelles sont les solutions et comment vous traitez ces questions ?

M. ROMERO.- En ce qui concerne l'allongement du chantier du fait du maître d'ouvrage, cet allongement peut être rattaché à deux catégories, la première c'est les ordres de services qui ordonnent des travaux complémentaires, qui allongent le chantier. Dans ce cas, lorsque ces ordres de service sont établis et signés, si les entreprises les acceptent, les conséquences de cet ordre de service sont réputées également appréciées.

Si l'entreprise entend demander un complément pour son augmentation de charges au titre du compte prorata, il faudra que cette augmentation soit prise en compte dans la valorisation de l'ordre de service, puisque c'est une conséquence de cet ordre.

Si cet allongement a lieu, a trait non pas à un ordre de service, mais à une responsabilité du maître d'œuvre ou du maître d'ouvrage, par la suite d'allongement, de retard de décision, etc, à ce moment-là il s'agit d'une réclamation traitée dans le cadre de réclamations dues à des demandes de complément pour allongement du chantier, que ce soit les frais fixes du chantier ou le compte prorata.

Si c'est une responsabilité propre à une entreprise, le maître d'ouvrage n'étant pas concerné, le règlement de ce différend relève de recours respectif des entreprises en cause.

M. le Président.- Est-ce qu'il y a d'autres questions sur ces problèmes de liquidation de compte inter entreprises ?

Peut-être une seule observation, vous avez indiqué à plusieurs reprises que ceci tenait à l'absence de diligences des entreprises pour mettre en place les différentes structures pour régler les problèmes de comptes, est-ce que ceci ne tient pas à la complexité de la norme ou est-ce qu'il y a des améliorations qui pourraient être faites pour éviter ces difficultés qui conduisent toujours à ce qu'on ne peut difficilement les régler sans recours à une expertise judiciaire, ce qui allonge d'autant le contentieux et augmente d'autant les sommes ?

M. ROMERO.- Je crois que la procédure qui a été définie dans la norme du BTP, qui est en général suivie dans les marchés de travaux, est bien faite.

Par contre, le problème vient de ce que la vie du chantier est plutôt menée sur place - je ne parle peut-être pas des très grands chantiers de bâtiments sur lesquels il y a de grandes entreprises qui sont organisées, qui arrivent à gérer des comptes prorata selon les conventions - il arrive pour des chantiers moyens, des entreprises moyennes que la gestion ne soit pas suivie par les entreprises qui sont sur le chantier, qui ont plus le souci d'avancer dans leurs travaux que de s'occuper de question de caractère administratif dans le cours des travaux qui ne constituent pas par exemple de comité de contrôle.

Tout se passe entre entreprises qui se connaissent un peu. On fait des dépenses, on se réunit, enfin on se répartit. Il n'y a pas de PV, pas de comité de contrôle, pas d'acceptation formelle sur un document, et quand il y a des écarts importants en fin de chantier, il y a des contestations. On n'a pas appliqué les procédures.

Mme PATELOUP.- Monsieur s'il vous plaît, le comité de contrôle peut mettre en place dès le départ des procédures avec des clefs de répartition, mais à la fin du chantier, comme disait Monsieur, s'il y a un allongement de la durée du chantier, qui est imputable à un

seul des sous-traitants, le comité de contrôle peut à nouveau se réunir et modifier la clef de répartition du compte prorata.

M. ROMERO.- Le comité de contrôle se prononce sur l'acceptation des dépenses et la répartition de ces dépenses. Autrement dit, l'acceptation des dépenses va entrer en qualitatif et quantitatif dans les lignes autorisées, les natures de prestations autorisées avec les prix acceptés.

Côté des charges, si le chantier dure plus longtemps, on paiera plus longtemps les charges. Le comité de contrôle, là, validera la dépense qui sera présentée par l'entreprise de gros œuvre par exemple, qui, elle, paye les droits de voirie et ces droits de voirie viendront au compte prorata validés par le comité de contrôle, donc au niveau des dépenses le comité de contrôle considérera que ces dépenses sont validées.

Au niveau des répartitions le comité de contrôle va répartir au prorata des marchés, c'est son seul objet.

Après, le comité de contrôle n'a pas lui-même à trancher la question de savoir qui est responsable de l'allongement du chantier.

Mme PATELOUP.- Si l'entreprise qui est responsable reconnaît sa responsabilité et à la demande des autres sous-traitants qu'il y ait une nouvelle clef de répartition pour ces frais supplémentaires, imputables au compte prorata, cela ne devrait pas poser de problème.

S'il y a un cahier des charges et un cahier de procédure qui prévoit tout cela, cela ne devrait pas poser de problème.

M. ROMERO.- Il faut que ce soit dans sa mission ou que l'ensemble des participants soit d'accord, mais je ne sais pas si on peut, en l'état, parce qu'on est dans un domaine conventionnel, de la lecture de la norme, je ne le pense pas, dire que le comité de contrôle ait un pouvoir d'arbitrage sur l'imputation des coresponsabilités.

Mme PATELOUP.- Je n'ai pas dit d'arbitrage, j'ai dit lorsque l'entreprise reconnaît son tort, elle peut accepter qu'on lui impute la totalité, par exemple elle a donné un coup de marteau piqueur dans une canalisation, elle n'a pas fait le nécessaire...

M. ROMERO.- On n'est plus dans le compte prorata là, on est dans ce qu'on a appelé le compte inter entreprises qui gère les difficultés.

Mme PATELOUP.- Sur l'utilisation de l'eau par exemple, l'eau qui est utilisée est disproportionnée avec le budget qui avait été prévu, donc on sait que c'est à telle entreprise que c'est imputable et la personne reconnaît.

M. LOURDEAU.- Je pense que ces problèmes de comptes prorata et de comptes inter entreprises sont à voir très en amont en fait et quand, au niveau de la maîtrise d'ouvrage et au niveau de la maîtrise d'œuvre, on a pensé l'organisation de la mise en œuvre de l'ouvrage, cela permet de gérer ces deux comptes de façon plus intelligente, parce que souvent les conditions de gestion de ces deux comptes sont précisées dans les marchés pour la totalité des entreprises, c'est surtout valable quand on est en marché séparé.

Par contre, il est évident que quand on est en marché de cotraitance, avec ces groupements, l'entrepreneur qui va être responsable de la gestion de ces comptes, a peut-être un rôle à jouer dans le cadre des conventions et dans le cadre de l'organisation du chantier pour faire en sorte que ces comptes soient gérés dans le cadre d'une prévision à l'avance de l'organisation du chantier.

Plus on prévoit en amont et moins on a de problèmes en aval. A partir de là, on se trouve avec des chantiers qui sont plus faciles à gérer.

Et au niveau de la maîtrise d'ouvrage et au niveau de la maîtrise d'œuvre, même quand la gestion de ces comptes est confiée par convention aux entreprises entre elles, ni la maîtrise d'ouvrage, ni la maîtrise d'œuvre n'ont à se désintéresser de la gestion de ces comptes et le maître d'ouvrage, et en particulier le maître d'œuvre, dans le cadre de la direction du chantier doit être en permanence présent pour faire en sorte d'exiger des entreprises qu'elles tiennent leurs engagements qu'elles ont prises dans le cadre des conventions.

Mme PATELOUP.- Et le maître de l'ouvrage peut exiger également une copie des situations intermédiaires de ces comptes prorata.

M. POMPEY.- Il n'a pas été question des macro lots, c'est une disposition qui se développe. C'est pareil, dans la mesure où vous avez un fractionnement d'un marché général en lots, en macro lots, un lot enveloppe, un lot structure, un lot technique, etc., dans chaque macro lot il y a soit une entreprise générale avec des sous-traitants, soit un groupement conjoint, soit un groupement solidaire, on trouve tous les cas de figure dans un même marché global de macro lots ce qui complique pas mal de choses.

M. ROMERO.- Je suis d'accord. On a des marchés où effectivement les solutions ne sont pas les plus simples dans la structure des entreprises et où la gestion du compte prorata devient assez complexe, parce qu'on va trouver des comptes à plusieurs niveaux et des participations à plusieurs niveaux.

Je reviens à votre observation de tout à l'heure, et à notre conversation en aparté avec M. BABANDO, sur le fait que quand on parle des comptes inter entreprises et comptes prorata il y a souvent deux notions qui n'ont rien à voir l'une avec l'autre et le compte prorata c'est le compte des dépenses communes lorsqu'il y a plusieurs cocontractants de maîtres d'ouvrage avec une répartition au prorata des marchés, avec un éventuel allongement, etc.

Et il y a aussi des comptes inter entreprises qui sont des comptes croisés entre les entreprises et dont la liquidation ne se fera pas au prorata des marchés, mais au prorata des responsabilités et ces deuxièmes comptes ne sont pas institués dans la norme, ils relèvent de décisions conventionnelles, opération par opération.

Mme PATELOUP.- C'est pour cela qu'il faut mettre en place des procédures, avant, avec des budgets prévisionnels, des appels de fonds et en plus que le maître d'ouvrage regarde tout cela.

M. ROMERO.- Ces comptes inter entreprises n'ont pas de prorata de responsabilité croisée, il faut qu'ils soient soumis en cas de différend à l'arbitrage de maîtres d'œuvre, mais cela n'emporte pas la gestion du compte prorata lui-même qui est autre chose.

M. POMPEY.- On n'a pas parlé non plus des maîtres d'ouvrage de droit privé qui appliquent les règles de droit public, en particulier les concessionnaires, pour les autoroutes par exemple.

M. ROMERO.- Je pense que j'ai vécu cela avec une société de compte privé d'autoroute, la tendance dans la passation des marchés est d'appliquer conventionnellement les dispositions des marchés publics effectivement.

En fait, on ne peut pas appliquer la norme en tant que telle parce qu'on n'y fait pas forcément référence, mais il faut rédiger une convention de compte prorata ad hoc.

M. LOURDEAU.- J'aurai une question à poser sur la responsabilité éventuelle d'un maître d'ouvrage ou d'un maître d'œuvre qui interviendrait dans le cadre de la gestion des comptes prorata et des comptes inter entreprises alors qu'il n'a pas de rôle bien précis à faire, simplement pour aider à la bonne marche d'un chantier par exemple si après des décisions leur sont imposées à cette occasion-là, en faisant fi par exemple de choix ou des décisions du comité de contrôle, permettant de débloquer une situation. Est-ce que la responsabilité d'un maître

d'ouvrage ou d'un maître d'œuvre pourrait être recherchée suite à la contestation de la victime de sa décision ?

M. ROMERO.- Je pense que oui, il conviendra de refaire les comptes en se référant aux conventions qui ont été passées, si le maître d'ouvrage a payé des dépenses de voirie à la place de l'entreprise défaillante et si ces droits sont normaux, on devrait normalement les réintégrer dans les charges du compte prorata même si elles ont été payées par quelqu'un. C'est de la gestion de fait,

S'il a engagé des dépenses qui dépassent le cadre autorisé des dépenses prorata, on ne pourra pas les accepter. C'est uniquement une question de rétablissement de compte.

Mme. PATELOUP.- C'est pour cela qu'il est important de faire des situations intermédiaires du compte prorata parce que quand on atteint le budget, on peut tirer le signal d'alarme et redéfinir un budget complémentaire pour pouvoir faire des appels de fonds en conséquence.

M. le Président.- Nous allons pouvoir terminer nos débats de la matinée, s'il n'y a pas d'autres questions.

Je crois que l'observation générale que l'on peut retirer de l'ensemble des débats de ce matin, c'est la souplesse que permet le droit des obligations pour organiser le fonctionnement d'un chantier.

C'est un domaine de liberté qui demeure.

Le déjeuner est libre, je propose que l'on reprenne nos débats cet après-midi vers 14 heures, pour traiter l'ensemble des questions de la sous-traitance et qui seront placées sous la présidence de M. VILLIEN.

(La séance est suspendue à 12 heures 20)

TABLE DES MATIERES

Après-midi

	Pages
Ouverture de la séance par Monsieur Fabrice JACOMET	1
Présentation de l'Après-midi par Maître J.F. PERICAUD Avocat à la Cour d'Appel de PARIS Vice-Président de JUSTICE CONSTRUCTION	2
Présidence de Monsieur Pierre VILLIEN Conseiller Honoraire à la Cour de Cassation	6
La mise en oeuvre des garanties du sous traitant par Monsieur Séverin ABBATUCCI, Directeur des Affaires Juridiques et Fiscales de la Fédération Française du Bâtiment et Monsieur Jacques GERENT, Président du Conseil National de la sous traitance du Bâtiment	9
Débat	33
Les sanctions dans les garanties du sous traitant par Maître Philippe POUX-JALAGUIER Avocat à la Cour d'Appel de PARIS	36
Débat	56
Clôture des Assises par Monsieur Fabrice JACOMET	66

COUR D'APPEL DE PARIS

oOo

Assises « JUSTICE-CONSTRUCTION »
« Cotraitance et Sous-traitance dans les marchés de travaux »

oOo

Lundi 26 mars 2007
(Après-midi)

oOo

*La séance est reprise sous la Présidence de M. Fabrice JACOMET,
Président de « Justice-Construction ».*

M. le Président.- Nous allons commencer les interventions de l'après-midi. Les travaux vont être consacrés au traitement des problèmes de la sous-traitance.

Nous sommes dans un cadre profondément différent de celui de ce matin et nous voulons nous efforcer, en entrant dans les problèmes de sous-traitance, de traiter surtout des problèmes actuels qui se posent, à partir de cette loi de 1975 qui a donné lieu, à la différence des problèmes de la cotraitance, à une abondance de jurisprudences.

Les travaux de cet après-midi sont placés sous la présidence de M. VILLIEN, mais je vais laisser Maître PERICAUD dire quelques mots pour les présenter.

Présentation de l'après-midi
Par Maître Jean-François PERICAUD.

Me PERICAUD.- Mesdames, Messieurs, nous avons à traiter cet après-midi d'un sujet, la sous-traitance, qui est un sujet difficile, qui contredit; dans une certaine mesure, tout ce que nous avons pu dire sur la cotraitance.

Si l'on prend la comparaison des deux sujets, sur un plan un peu théorique je le concède, on pourrait presque dire que ces deux sujets sont contradictoires, tant sur le plan juridique que sur le plan philosophique.

La cotraitance, le groupement dont on vous a parlé, voire même la société en participation, est l'expression d'une solidarité plus ou moins limitée, puisque la solidarité n'est pas toujours complète dans la cotraitance, mais c'est quand même l'expression d'une solidarité. On tend vers une solidarité entre entrepreneurs - on pourrait dire la même chose d'ailleurs vis-à-vis des maîtres d'œuvre qui peuvent eux-mêmes être dans un groupement - dans la réalisation du chantier.

On fait une œuvre commune, avec une responsabilité solidaire ou conjointe, avec ou sans mandataire commun, mais l'objectif est de travailler ensemble.

La conséquence, on vous l'a expliqué, c'est que finalement dans ce domaine de solidarité, de cotraitance acceptée, le législateur a eu l'intention d'intervenir, mais il y a renoncé en 1976. A peine avait-il présenté son projet de loi qu'il l'a retiré, et finalement c'est à la fois un avantage et un inconvénient - on vous en a souligné ce matin toutes les facettes -. On a laissé essentiellement à la liberté des parties le soin de réglementer le cadre de la cotraitance, société de participation, groupement d'intérêt économique, avec ou sans personnalité morale, en principe sans personnalité morale, intervention ou non d'un mandataire commun, pouvoir plus ou moins étendu, responsabilité plus ou moins étendue des uns et des autres et c'est toujours à partir d'un travail fait en commun et donc dans la liberté.

Le législateur n'a pas réglementé ce sur quoi les partenaires économiques d'un chantier sont tombés d'accord et nous sommes donc dans le cadre très élargi de cet article magnifique du code civil, qui définit le marché à forfait, qui est l'article 1793 du code civil et le fondement du droit de l'entreprise.

C'est un article qui n'a pas changé depuis le code Napoléon. Il suffit de le lire pour l'appliquer même aux cas qui n'avaient pas été prévus, tels que par exemple l'informatique, parce que c'est clairement exprimé.

Comparez cet article 1792 du code civil, qui est un article de répression et d'ordre public qui s'impose à tous, qui est totalement inapplicable dans la mesure où la jurisprudence depuis trente ans, au fur et à mesure des réformes législatives, est sans cesse amenée à remettre son interprétation de cet article, son œuvre de justice au goût du jour dans la mesure où cet article est effectivement mal rédigé, quoique d'ordre public, ou d'ordre public et donc mal rédigé. Prenez l'alternative que vous choisirez l'article 1793 du code civil par rapport à 1792. Le marché d'entreprise, fut-il à forfait, mais il peut ne pas être à forfait, c'est le code civil, on le lit, on a tout.

L'article 1792 du code civil, c'est la contrainte et on n'a peut-être pas rien, mais il faut les tribunaux plus le législateur pour arriver à appliquer cet article.

Nous sommes donc dans le cadre de la cotraitance, avec cet article de base qui est l'article 1793, qui n'est pas d'ordre public, nous sommes dans la liberté. La cotraitance, le marché est réglementé, à forfait ou non, sous les différentes formes de la cotraitance qu'on vous a exposées ce matin et sous l'angle de la liberté.

Et puis, il y a l'opposé, la sous-traitance. La sous-traitance, ce n'est plus la liberté, ce sont deux parties dont l'une est réputée forte et l'autre faible. Cette sous-traitance couvre un champ d'application très étendu. On vous a parlé tout à l'heure du nombre d'entreprises sous-traitantes.

La sous-traitance est indispensable à l'exercice du métier d'entrepreneur, mais comme il y a un faible, réputé le sous-traitant, et qu'il y a un fort, censé être l'entrepreneur principal, là la loi intervient en 1975, elle est d'ordre public.

Elle ressemble fort, dans un domaine différent à la rédaction de l'article 1792 du code civil, c'est-à-dire que la loi de 1975, on s'interroge encore aujourd'hui sur ce qu'elle veut dire.

Heureusement que les tribunaux sont là, non pas pour l'appliquer, mais pour l'interpréter. C'est l'obscurité même, c'est la limpidité d'une bouteille à l'encre ! Il y a un contentieux considérable.

On a voulu, là encore, par une législation d'ordre public, influencer sur les rapports libres entre les parties, parce qu'on a voulu protéger le présumé faible et qui, je pense, l'est, le sous-traitant, par rapport à l'entrepreneur principal qui est la partie forte.

Et on a imposé des règles, mais qui sont exprimées dans la loi de 1975 d'une manière souvent ambiguë, équivoque et les avocats, les experts, les entrepreneurs, les maîtres d'œuvre ont beaucoup de difficultés pour régler ces différents problèmes qu'oppose la sous-traitance alors que par ailleurs la cotraitance, même dans un cadre de liberté, vous l'avez vu ce matin, en pose aussi. A moins, dans la cotraitance on n'a pas de problèmes d'interprétation de texte, puisque le texte c'est la volonté des parties. Il suffit de l'interpréter.

Alors que dans le cadre de la sous-traitance, c'est une loi impérative. On ne peut pas traiter en dehors de cette loi, mais comme elle ne dit pas tout, et nos exposés de cet après-midi vont le démontrer, il faut que les parties, le sous-traitant, l'entrepreneur principal, les différents participants à l'œuvre de bâtiment, y compris le maître d'œuvre et le maître d'ouvrage, pallient l'obscurité du législateur pour arriver à appliquer un contrat de sous-traitance qui soit valable. Mais, l'est-il vraiment ?

Combien de sous-traitants bénéficient de ce qu'a voulu le législateur de 1975 ? On comprend que le sous-traitant par rapport à l'entrepreneur principal ait besoin d'être protégé, on comprend que le législateur intervienne lorsqu'il y a une partie censée plus faible alors qu'il n'intervient pas entre présumés égaux, cotraitants, encore faudrait-il qu'il le fasse clairement.

La volonté du législateur a été de garantir le paiement des travaux au profit du sous-traitant. Y est-il parvenu ? Dans combien de marchés de sous-traitance ces garanties de paiement existent-elles ?

Comment fonctionne en marché public le paiement direct ?

Comment fonctionne en marché privé l'action directe ?

Combien de fois y a-t-il de délégations de paiement et est-ce que ces délégations de paiement sont utilisées ou non et à défaut de délégation de paiement comment fonctionnent les garanties financières, sont-elles suffisantes, sont-elles mobilisées ?

Est-ce que les sous-traitants dans la pratique, quel que soit le caractère impératif de la loi, bénéficient d'un entrepreneur principal, au-delà de lui du maître d'ouvrage, à chaque fois, des garanties de paiement prévues par la loi et pourtant considérées par la loi comme obligatoires ?

Là, je parle pour le sous-traitant. Je n'ai pas de préjugé. Est-ce que le sous-traitant bénéficie vraiment de cette loi qui se veut impérative dans son intérêt ?

Dans combien de cas a-t-il vraiment les garanties de paiement qu'il mériterait ?

Et en dehors des garanties de paiement prévues, délégation de paiement, caution d'un établissement financier, d'un établissement bancaire, action directe, est-ce que vraiment il n'y aurait pas d'autres garanties de paiement beaucoup plus efficace à lui soumettre auquel le législateur n'a même pas pensé ?

Est-ce qu'il n'y a pas d'autres garanties de paiement dont il pourrait être valablement bénéficiaire pour avoir la certitude d'être payé à la fin des travaux ?

Est-ce qu'à l'inverse l'entrepreneur principal qui n'a, loin s'en faut, pas tous les défauts de la terre, c'est quand même lui qui fournit le travail au sous-traitant dans le cas particulier, est-ce que l'entrepreneur principal dans certains cas n'est pas, dans une certaine mesure, victime des errements de ses sous-traitants ? C'est la loi qui répond. Elle est impérative, normalement on devrait l'appliquer sans même avoir à l'interpréter.

Dieu soit loué, on n'arrive pas à l'appliquer, donc on l'interprète, mais on regrette qu'il n'y ait pas plus de liberté.

Mon propos est terminé, nous avons effectivement cet après-midi deux thèmes qui s'entrechoquent par rapport à ce matin.

Ce matin, c'était une certaine liberté, la cotraitance, la solidarité. On n'a pas besoin de réglementer la solidarité, tout le monde travaille ensemble et puis cet après-midi, mon terme est tout à fait excessif et je m'en excuse par avance auprès de vous, la sous-traitance est une forme de servage en quelque sorte et évidemment on veut pallier les inconvénients du servage par une loi d'ordre public.

Que fait-on d'un chantier si les sous-traitants ne travaillent pas bien sous l'égide de l'entrepreneur principal ? On devrait peut-être pour un sous-traitant rendre un peu plus de liberté aux partenaires économiques, faire confiance à l'entrepreneur principal comme au sous-traitant, leur redonner une marge de liberté, leur faire confiance avec des garanties des deux côtés, l'exécution des travaux d'un côté, le paiement de l'autre, librement consentis et discutés. Alors la sous-traitance rejoindrait la cotraitance dans une même liberté d'entreprendre sans laquelle, Mesdames et Messieurs, nous n'existerions pas en général et dans le bâtiment en particulier.

Merci de votre attention.

(applaudissements)

M. le Président.- Je passe la parole à M. VILLIEN, en rappelant que M. VILLIEN est Conseiller Honoraire à la Cour de Cassation.

Il connaît mieux que tout le monde les problèmes de la sous-traitance et l'ensemble des problèmes de la construction et de l'immobilier et que des travaux de cet après-midi sont donc placés sous sa présidence.

Présidence de M. Pierre VILLIEN, Conseiller Honoraire de la Cour de Cassation.

M. VILLIEN.- Avant de commencer, je voudrais féliciter Maître PERICAUD pour sa très brillante plaidoirie en faveur du code Napoléon, mais je pense que si l'interprétation de la loi est certes difficile, je ne suis pas sûr que l'interprétation de la convention soit plus facile, et c'est un des rôles des Magistrats, notamment des Magistrats de la Cour de Cassation, en dernière analyse, de pratiquer cette interprétation.

La sous-traitance, c'est un monde assez étrange et je crois que Maître PERICAUD nous a montré qu'il en était ainsi. Pourquoi est-ce un monde étrange ? C'est que juridiquement finalement – et excusez-moi, si je me place d'abord sur le plan juridique qui était mon fonds de commerce – on s'aperçoit que les relations de sous-traitance ne devraient poser aucun problème juridique majeur, étant donné que ce qu'on a finalement en matière de sous-traitance ce sont deux contrats d'entreprise successifs : le contrat d'entreprise entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur et le contrat d'entreprise entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant.

Si on voulait donc utiliser les formes habituelles de l'interprétation juridique concernant ces deux sortes de contrat, normalement on ne devrait pas avoir de grandes difficultés. Or, il n'en est rien. Economiquement et sociologiquement c'est très différent ; le poids des sous-traitants s'est montré, au fil des années, d'autant plus fort qu'ils ont su et pu se présenter comme des victimes.

Victimes de qui ? Victimes de l'omni présence ou au contraire de la défaillance de l'entrepreneur principal, victimes aussi de l'insouciance du maître d'ouvrage prenant plaisir à les ignorer. Vous savez très bien que nous sommes actuellement dans une période où le droit des victimes est particulièrement à l'honneur.

Il faut protéger les victimes dans tous les domaines, qu'il s'agisse du domaine économique, qu'il s'agisse du domaine sanitaire, qu'il s'agisse du domaine routier, l'époque est à la protection des victimes que l'on entoure même de cellules psychologiques.

Je pense que les sous-traitants doivent avoir peut-être aussi le droit d'accéder à des cellules d'action psychologique lorsqu'il leur arrive des ennuis, mais cela ce seront nos conférenciers qui nous le diront tout à l'heure.

Nous sommes donc à une époque de protection des victimes, avec de multiples lois dérogatoires, et les sous-traitants ont obtenu leur règle du législateur avec la loi du 31 décembre 1975 dont Maître PERICAUD nous a dit tout à l'heure le plus grand bien.

Cette loi a eu lieu quelques années avant la grande réforme législative de 1978 au cours de laquelle l'article 1792 a été, lui aussi, modifié dans des termes qui ont reçu l'aval de mes voisins de droite !

Cette loi de 1975, je suis également d'accord avec vous, est extrêmement mal rédigée, notamment le célèbre article 3, alinéa 2. Je ne vous le relis pas parce que ce n'est pas la peine de faire de l'ésotérisme. Je pense que beaucoup d'entre vous connaissent cet article 3 alinéa 2 de la loi de 1975 sur lequel beaucoup de gens se sont arrachés les cheveux dans les prétoires, les cabinets des avocats, les recueils de droit, les colloques, comme celui d'aujourd'hui.

On s'est également interrogé beaucoup sur les mécanismes protecteurs de la sous-traitance, les mécanismes qui fonctionnent. On s'est interrogé aussi sur les mécanismes qui ne fonctionnent pas et notamment tous ces problèmes qui sont posés par l'absence d'acceptation du sous-traitant par le maître de l'ouvrage et l'absence d'agrément de ses conditions de paiement, l'absence de cautionnement par l'entrepreneur principal, et également le fonctionnement de l'article 14.1 de la loi au sujet des obligations du maître d'ouvrage.

Il faut dire aussi que les ambiguïtés de cette loi ont occasionné certains débordements d'énergie et de salive, débordements qui aujourd'hui sont fort heureusement terminés. Dans certains domaines, ils sont actuellement réglés, ou sont devenus obsolètes, comme le cas des malfaçons commises par les sous-traitants qui ont été réglées par la jurisprudence de la Cour de Cassation, deux arrêts de 1984.

La sous-traitance est un curieux ménage à trois, maître d'ouvrage, entrepreneur principal, sous-traitant. Je dis bien « entrepreneur principal », j'ai eu un certain étonnement ce matin en entendant certains orateurs dire « entrepreneur général », il n'est pas question d'entrepreneur général, la loi parle d'entrepreneur principal. Il faut se garder de mélanger les termes.

Je sais que dans certains contrats -je pense à beaucoup de contrats- on utilise le terme d'entrepreneur général, mais pour nous juristes le terme ne veut rien dire. Entrepreneur principal, on sait ce que cela veut dire. Cela figure dans la loi. Entrepreneur général, quel sens cela peut-il avoir ? Je pense que c'est un petit peu une utilisation coutumière. Ce terme de « général », d'autant plus qu'on s'aperçoit quelquefois que celui qui a qualité d'entrepreneur général n'est pas général du tout, n'est pas colonel, ni même adjudant chef, cet entrepreneur général fait par exemple les fondations, c'est tout.

Qu'est-ce qu'il y a de général là-dedans ? On ne le sait pas. C'est souvent la personne qui a beaucoup de sous-traitants à qui elle donnera des ordres.

Je vous demande également de vous méfier d'un autre terme que j'ai entendu assez souvent utilisé par les professionnels, le terme de donneur d'ordre. Donneur d'ordre cela n'a pas de sens juridique. Tout le monde peut être donneur d'ordre, et d'abord le maître d'ouvrage.

Or, je crois que dans l'acception qui est donnée à ce terme par les personnes que j'ai entendues, c'était l'entrepreneur principal. Je crois qu'il vaut mieux se méfier de tous ces termes-là. Utilisons les termes de la loi, maître de l'ouvrage, entrepreneur principal, sous-traitant.

Ce sont des relations triangulaires, comme on en trouve beaucoup dans le droit de la construction, maître d'ouvrage, maître d'œuvre, entrepreneur. On trouve également des relations triangulaires dans le domaine des troubles anormaux du voisinage, puisqu'il y a l'auteur, la victime et l'entrepreneur ou éventuellement le maître d'œuvre qui est à l'origine de la malfaçon ou du trouble.

On peut s'amuser à rechercher - cela m'est arrivé de le faire lorsque j'ai eu l'occasion de faire un colloque à ce sujet - dans quels domaines la loi de 1975 a favorisé l'une ou l'autre de ces trois personnes.

Ce n'est peut-être pas tout à fait l'axe du colloque d'aujourd'hui, néanmoins je pense que peut-être certains des orateurs le feront tout à l'heure, mais ce n'est pas essentiellement cela dont il est question.

La pièce de théâtre va se compliquer en ce sens qu'on ne naît pas sous-traitant, on le devient dans certaines circonstances et on peut quitter cette défroque de temps en temps. On pense que cela peut être un jeu de masque, rôle de composition, certains acteurs de la pièce jouent des rôles différents selon son déroulement. Dans la vie courante aussi on est tantôt piéton, tantôt automobiliste, bien que certains utilisent plus fréquemment leurs pneus et d'autres plus fréquemment leurs chaussures, mais c'est la même chose en ce qui concerne la sous-traitance, on ne naît pas obligatoirement et toujours sous-traitant. Le peintre et le serrurier peuvent très bien avoir des contrats directs avec des maîtres d'ouvrage, sans être obligatoirement des sous-traitants.

C'est cela qui crée une espèce de clair obscur avec de fréquentes remises en chantier de la législation. Il y en a tout le temps, des remises en chantier. Ce n'est pas seulement la faute de la très mauvaise loi de 1975, c'est parce que la matière en elle-même est une matière extrêmement mobile, extrêmement difficile à cerner.

Il va falloir – cela va être le rôle de nos orateurs – fournir le panorama le plus complet possible en matière de sous-traitance. Je leur fais confiance. Ils sont particulièrement qualifiés.

Nous aurons tout d'abord M. Séverin ABBATUCCI, Directeur des Affaires Juridiques et fiscales de la Fédération Française du Bâtiment et M. Jacques GERENT, Président du Conseil National de la Sous-traitance du bâtiment.

Nous parlerons de la mise en œuvre des garanties du sous-traitant, c'est-à-dire ce qu'il faut faire pour que tout aille bien.

Ensuite, nous aurons Maître Philippe POUX-JALAGUIER qui parlera des sanctions dans les garanties du sous-traitant, c'est-à-dire ce qui se passe lorsque cela va mal.

Bien entendu, les positions de la jurisprudence vont être analysées, disséquées, critiquées, notamment la 3^{ème} Chambre qui en a l'habitude.

Je peux dire simplement que ce que nous avons essayé de faire, c'est de chercher à faire l'effort de respecter la loi, respecter la loi de 1975 et suivantes, sans léser les intérêts de ceux que cette loi veut protéger, indubitablement les sous-traitants, mais sans compromettre non plus ceux des deux autres personnages de notre pièce.

Je dirai pour finir qu'il faut se garder, par-dessus tout, dans ce domaine, de tout manichéisme. Il ne faut pas traiter en noir et blanc. Il ne faut pas dire : voilà où sont les mauvais, où sont les bons.

C'est évidemment impossible. C'est d'ailleurs le rôle du juge de se garder de ce genre de travers. En place maintenant pour ce premier Acte.

Je passe la parole à Messieurs ABBATUCCI et GERENT.

(applaudissements)

La mise en œuvre des garanties du sous-traitant
Par M. Séverin ABBATUCCI, Directeur des Affaires Juridiques et
Fiscales de la Fédération Française du Bâtiment
Et par M. Jacques GERENT, Président du Conseil National de la
Sous-traitance du Bâtiment.

M. GERENT.- Une petite inversion, c'est moi qui vais commencer avant de passer la parole à M. ABBATUCCI et avant de rentrer dans le vif du sujet, je voudrais répondre à Maître PERICAUD qui m'ouvre une voie royale pour mon intervention, je l'en remercie, je voudrais dire très rapidement quelques mots sur notre organisation professionnelle.

Qu'est-ce que le Conseil National de la Sous-traitance, le CNSTB ? C'est le Conseil des Régions qui regroupe les Présidents de Régions qui ont un rôle politique dans notre Fédération, le Conseil des professions qui regroupe les différents métiers - il y en a plus de 30 au sein de la Fédération du Bâtiment-. Nous avons le Conseil de l'Artisanat et le Conseil National de la sous-traitance qui est l'un des 4 Conseils qui composent la Fédération du Bâtiment, dit la FFB.

La FFB c'est 57.000 entreprises adhérentes dont 42.000 artisans, près de 900.000 salariés, c'est-à-dire les deux tiers du secteur du BTP.

Nous représentons quand même une force assez importante dans le domaine de la construction.

Quelles sont les missions principales du CNSTB ?

C'est d'abord défendre les entreprises contre les risques d'impayés, avec des informations, de la formation également de nos entrepreneurs, les aides aux entreprises, en s'appuyant sur la loi de 1975 dont on va vous parler tout à l'heure.

C'est également normaliser la sous-traitance avec des contrats types, documents et documentations périodiques définissant de façon claire les étapes, les rapports inter entreprises.

C'est favoriser et promouvoir la signature de chartes de bonnes pratiques, entreprises générales, entreprises sous-traitantes, partenaires.

Vous voyez que les choses commencent à changer, on commence à parler de partenariat avec les sous-traitants.

Interventions aussi pour concilier les litiges et puis représenter d'une manière générale la FFB dans les commissions traitant des problèmes liés à la sous-traitance, comme la lutte contre le travail illégal, dossier dans lequel la profession est très impliquée.

Nous savons bien que la sous-traitance, et celle en cascade en particulier, favorise malheureusement l'emploi de main d'œuvre en situation illégale.

Pour protéger les risques d'impayés des sous-traitants, il existe une loi fondamentale dite loi de décembre 1975. Je préfère que Séverin ABBATUCCI, qui est notre juriste de la Fédération, vous en parle.

M. ABBATUCCI.- Je vous présente rapidement le dispositif du 31 décembre 1975. Cette loi est effectivement un peu révolutionnaire d'un certain

point de vue, puisqu'elle va déroger à beaucoup de règles que nous connaissons dans notre code civil et en particulier l'effet relatif des contrats.

Voilà finalement un entrepreneur qui va sous-traiter, qui va contracter avec une autre entreprise. Ce contrat va avoir des effets principalement sur le maître d'ouvrage qui est tiers, mais évidemment il est concerné. C'est l'ouvrage justement dont il a passé commande, qui sera exécuté par l'entrepreneur, lequel a recours à un ou plusieurs sous-traitants.

La définition, je crois que tout le monde la connaît. Je la rappelle très vite, il s'agit de « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie tout ou partie de l'exécution du marché qu'il a conclu avec le maître d'ouvrage à un ou plusieurs sous-traitants* ». C'est une sous-traitance de marché.

Le marché, en droit civil, il faut le préciser, c'est un contrat d'entreprise où un louage d'ouvrage. Le louage d'ouvrage, cela exclut, il faut tout de suite le dire, les marchés de fournitures, les contrats de vente.

Je suis toujours un peu désolé à l'égard des entreprises qui font des fournitures sur les marchés de travaux, cela peut être des marchés importants, mais il ne s'agit pas de contrats de louage d'ouvrage dès lors la protection de la loi de 1975 ne peut bénéficier à ces fournisseurs.

On a une autre exclusion qui est tout de suite à dire, qui n'est pas non plus très confortable, ce sont les loueurs de matériels qui sont utilisés sur les chantiers, qui représentent aussi des montants importants, mais évidemment quand un loueur de matériel met à la disposition d'un entrepreneur par exemple une grue, il ne s'agit pas de louage d'ouvrage, mais d'un louage de chose, ce n'est pas protégé par la loi de 1975.

Une fois qu'on a exclu ces contrats, on va se focaliser bien sûr sur les vrais contrats de sous-traitance, c'est-à-dire le louage d'ouvrage, le sous louage d'ouvrage. Je me contenterai, à mon niveau, de vous dire le dispositif général et sa mise en œuvre et M. GERENT reprendra ensuite la parole pour vous parler des dispositions spécifiques qui ont été mises en place, relativement récemment, pour le secteur de la construction de maisons individuelles.

Maître POUX-JALAGUIER, bien sûr, vous parlera ensuite des sanctions.

En guise de *mise en jambe*, première remarque, la garantie de paiement du sous-traitant d'ordre public bien sûr, tout ce que nous allons voir est d'ordre public en réalité, cette garantie va différer selon la qualité du maître d'ouvrage.

Première grande notion à retenir, tout va dépendre de la qualité du maître d'ouvrage. S'il est public, c'est la règle du paiement direct. S'il est privé, c'est un autre système de garantie, l'action directe, la caution ou la délégation. J'y reviendrai.

Il faut bien sûr, avant d'appliquer la loi, déjà bien identifier qui est le client, le destinataire final des travaux.

Je vous rappelle que le maître d'ouvrage c'est lui qui a commandé les travaux. Bien sûr pour le sous-traitant celui qui commande les travaux, c'est son donneur d'ordre, pardonnez-moi Monsieur VILLIEN, c'est l'entrepreneur principal, sauf que pour appliquer le système légal, il faut connaître, identifier le destinataire final des travaux, le maître d'ouvrage.

Le maître d'ouvrage public : l'article 4 de la loi nous énumère les catégories de maître d'ouvrage qui doivent appliquer la procédure de paiement direct, les marchés d'Etat, les marchés des collectivités territoriales, Régions, Départements, communes, les établissements publics, et les entreprises publiques.

Sur ces trois premières catégories, pas trop de problème, on peut en avoir avec celle de la notion d'entreprise publique mais heureusement on a été éclairé sur ce point par la Cour de Cassation, depuis 1991, elle nous a dit : *« l'entreprise publique est une société de droit privé, dont le capital social est détenu majoritairement par des personnes publiques, dont la gestion est contrôlée par ces personnes publiques »*.

Une société anonyme d'H.L.M. par exemple, qui peut être détenue majoritairement par des personnes publiques, peut être soumise à la procédure de paiement direct.

Evidemment, c'est une recherche à faire et je pense aux avocats qui sont parfois bien en peine de dire aux entreprises si leurs garanties relèvent de la procédure de paiement direct ou de l'autre procédure.

Il faut rechercher effectivement dans certains cas la proportion de capitaux détenus par des personnes publiques.

On n'a pas de problèmes avec les grandes sociétés nationales comme Renault, E.D.F., qui sont toutes aujourd'hui des sociétés anonymes, mais dont le capital est majoritairement détenu par l'Etat. Elles sont, ces sociétés publiques, tenues de payer directement les sous-traitants, à condition que les sous-traitants aient été déclarés. On va y venir.

Sur les marchés privés, c'est tous les autres, tous les autres marchés conclus par d'autres maîtres d'ouvrage que ceux que j'ai énumérés à l'instant, ceux qui figurent dans la liste de l'article 4, tous ces sous-traitants vont donc bénéficier des garanties prévues au titre III de la loi, le paiement direct étant dans le titre II.

Deuxième idée, la garantie va différer aussi, selon le rang auquel intervient le sous-traitant. On a parlé à l'instant de sous-traitance en cascade. C'est vrai, compte tenu de l'importance de certaines opérations de construction, qu'il n'est pas rare qu'un entrepreneur même sous-traitant, ait besoin de sous-traiter à son tour.

Si le lot qui lui a été confié par une entreprise générale au sens titulaire d'un marché regroupant l'ensemble des prestations, si ce sous-traitant titulaire d'un lot important a besoin d'un spécialiste, il va sous-traiter à son tour.

Voilà quelque chose de tout à fait normal et de prévu par la loi.

Dès l'article 2, on nous le dit : *le sous-traitant qui sous-traite devient à ce moment-là entrepreneur principal. Il se trouve soumis à toutes les obligations de la loi.*

Simplement, la garantie de paiement du sous-traitant, qu'il soit de premier ou de second rang, n'est pas la même. Le paiement direct dont je parlais à l'instant, n'existe plus pour le sous-traitant de deuxième rang ou de troisième ou de quatrième rang. Je dis qu'il n'existe plus, parce que c'est relativement récent. Cela date de la loi du 10 décembre 2001, une loi dite

MURCEF, loi un petit peu fourre-tout qui a réaménagé certains pans de la commande publique et qui, au passage, a modifié la loi de 1975 pour supprimer la règle du paiement direct au-delà du premier rang.

Seul le sous-traitant direct du titulaire du marché doit être payé par le maître d'ouvrage public. C'est inscrit à l'article 6.

Le sous-traitant de second rang, à quoi a-t-il droit ? Aux garanties prévues par l'article 14, c'est-à-dire qu'on renvoie tous les sous-traitants en chaîne vers le titre III de la loi, vers le système prévu pour les marchés privés.

Troisième idée : la garantie diffère aussi du choix que peut opérer l'entrepreneur principal. L'article 14, Maître PERICAUD l'a dit, contient une alternative. L'entrepreneur principal, titulaire d'un marché privé, doit appliquer le titre III de la loi, et dans le titre III nous trouvons le fameux article 14 qui donne cette alternative, soit une caution, soit une délégation de paiement.

On viendra tout à l'heure en détail sur les deux techniques de garantie qui ont été prévues, simplement je voulais au passage au moment de vous planter le décor, rappeler cette alternative.

Et puis, il y a un dernier point, la garantie va aussi dépendre, je le dis de façon un peu provocante, de la diligence, de la bonne volonté du maître d'ouvrage. Bien que tiers au contrat de sous-traitance, il a un rôle à jouer. Et les maîtres d'ouvrage doivent bien le comprendre, car s'ils ont un rôle à jouer, ils ont aussi une responsabilité.

Quel est ce rôle ? Le maître d'ouvrage doit vérifier, selon l'article 14.1 de la loi, que le sous-traitant bénéficie bien soit du paiement direct dans les marchés publics, soit d'une caution ou d'une délégation de paiement dans les marchés privés. C'est aussi simple que cela, mais évidemment c'est aussi une lourde obligation. On y reviendra également tout à l'heure.

J'ai un peu occulté dans cette présentation la notion d'acceptation du sous-traitant. Je l'ai fait parce que cela ne constitue pas en soi une garantie de paiement. En fait, l'acceptation du sous-traitant est plus une condition pour l'obtention d'une partie des garanties de paiement, mais en soi elle ne constitue pas une garantie pour le sous-traitant. Bien sûr c'est intéressant comme distinction, mais en réalité c'est tout de même une condition fondamentale, c'est une clef de voûte pour la protection du sous-traitant. Maître POUX-JALAGUIER, je crois, vous le dira tout à l'heure. Finalement il n'y a pas de paiement direct sans acceptation du sous-traitant, c'est donc une condition pour la mise en œuvre des garanties.

Voilà ce que je voulais vous dire pour commencer.

Deuxième partie, la mise en œuvre proprement dite des garanties. On va commencer, c'est logique, c'est un plan un peu basique, par le paiement direct, donc la garantie prévue dans le cadre des marchés publics, les marchés en tout cas soumis au titre II de la loi.

Le sous-traitant, dit l'article 6, direct, titulaire, donc le sous-traitant de premier rang, c'est cela qu'il faut comprendre, lorsqu'il a été accepté et lorsque les conditions de paiement ont été agréées, est payé par le maître d'ouvrage pour la part du marché dont il assure l'exécution. C'est aussi clair, net et précis.

Païement direct pour la part du marché dont il assure l'exécution, cela signifie que toutes les sommes qui lui sont dues au titre de l'exécution d'une partie de ce marché, doivent être payées au sous-traitant par le maître d'ouvrage, pas par l'entrepreneur principal.

Quand on intervient devant les entrepreneurs, on les sermonne un petit peu, parce qu'on sait bien que dans la pratique certaines sommes ne sont pas toujours déclarées au maître d'ouvrage. Je n'hésite pas à dire que le paiement direct partiel est illégal. Cela résulte tout simplement de la lecture de l'article 6, toutes les sommes dues au sous-traitant doivent être payées par un maître d'ouvrage.

S'il y a des travaux supplémentaires confiés au sous-traitant, ils doivent être déclarés de la même manière pour permettre le paiement de ces travaux supplémentaires par le maître d'ouvrage.

Il n'est pas question de ne le faire que pour le marché d'origine, le marché de base.

Pour les marchés publics, on n'a finalement pas grand-chose dans la loi, juste le principe, mais bien évidemment les marchés publics sont fortement encadrés par la réglementation. C'est bien sûr le code des marchés publics auxquels je vais maintenant me référer.

L'article 114 : il nous dit comment déjà déclarer le sous-traitant au maître d'ouvrage. Il faut le faire au moment de la conclusion du marché, mais aussi après la conclusion du marché, lorsque l'entrepreneur n'a pas déclaré son sous-traitant au moment de la conclusion du marché.

La plupart des sous-traitants sont d'ailleurs déclarés en pratique après la conclusion du marché.

Il faut adresser, dit l'article 114, une déclaration spéciale au maître d'ouvrage. Quand je dis « il faut adresser » c'est bien sûr l'entrepreneur principal, titulaire du marché, qui doit le faire. Il doit déclarer à son maître d'ouvrage la nature des prestations qu'il veut sous-traiter, les conditions de paiement et bien sûr les coordonnées du sous-traitant qui va exécuter ces prestations.

Lorsque cette déclaration est faite au moment de la conclusion du marché, dès l'appel d'offres, en d'autres termes, la notification du marché suffit pour recueillir l'acceptation, pour prononcer l'acceptation du sous-traitant qui est déclaré dans l'offre.

Là, il y a un formalisme assez logique puisque le sous-traitant était annexé à l'offre. Puisque le maître d'ouvrage accepte l'offre de l'entreprise, il accepte la sous-traitance qui était annexée.

Quand le sous-traitant est déclaré après la conclusion du marché, l'entrepreneur doit s'assurer de l'accord du maître d'ouvrage et, pour être précis, il faut remettre cette déclaration au maître d'ouvrage contre un récépissé ou l'adresser en lettre recommandée avec accusé de réception.

C'est important, parce que de cette manière les entreprises sont sûres d'avoir déclaré, de pouvoir prouver en tout cas qu'elles ont bien déclaré leurs sous-traitants au maître d'ouvrage et c'est le point de départ d'un délai de 21 jours, dit le code. 21 jours, c'est le délai laissé au maître d'ouvrage pour se prononcer, soit il accepte, soit il refuse.

S'il ne répond pas, cela vaut acceptation et cette acceptation tacite est une règle très importante que le Conseil National de la Sous-traitance avait appelé de ses vœux à l'époque, parce qu'on était gêné avant sans réponse du maître d'ouvrage ; on ne savait pas si le maître d'ouvrage était d'accord. Cette fois contrairement à la règle actuelle, qui ne dit mot consent, le maître d'ouvrage accepte tacitement s'il n'a pas réagi dans les 21 jours.

Parlons un peu de la procédure de paiement elle-même. L'acceptation, je vous l'ai dit tout à l'heure, ce n'est pas en soi une garantie ; ce qui est intéressant pour le sous-traitant c'est que moyennant cette acceptation et l'agrément des conditions de paiement, il va être payé par le maître d'ouvrage.

La procédure est prévue par la loi, à l'article 8 : le sous-traitant doit envoyer sa demande de paiement, ses différentes pièces justificatives qui lui servent pour revendiquer les sommes. En marchés de travaux, ce sont souvent des situations mensuelles et des décomptes en fin de chantier.

Ces demandes... je n'ose plus dire « demandes de paiement » parce que vous allez comprendre qu'il y a une ambiguïté dans le nouveau code, en tout cas ces situations et les comptes il doit les adresser à l'entrepreneur principal, car c'est celui qui a contracté avec le sous-traitant et donc il doit vérifier la bonne exécution des prestations sous-traitées.

Il n'est pas question, dans un premier temps en tout cas, que le sous-traitant adresse au maître d'ouvrage et pas à l'entrepreneur.

Il y a un arrêt récent de la Cour de Cassation du 4 janvier 2006 que j'ai prévu de vous citer, un arrêt concernant la société Nationale Immobilière, SNI, soumise à la procédure de paiement direct, maître d'ouvrage privé mais soumis au paiement direct. Le sous-traitant avait cru pouvoir adresser directement à ce maître d'ouvrage ses factures de travaux en omettant de les adresser à l'entrepreneur principal. La Cour de Cassation qui avait été saisie finalement du droit du sous-traitant au paiement, le refuse, en jugeant sur la base de l'article 8 de la loi, que la mise en œuvre de la procédure de paiement direct par le maître d'ouvrage obligeait le sous-traitant à notifier à l'entrepreneur principal les pièces justificatives servant de base au paiement. Comme il avait omis de le faire, la procédure de paiement direct ne pouvait pas fonctionner.

C'est assez malheureux, le sous-traitant a brûlé une étape. Il faut bien sûr s'adresser d'abord à l'entrepreneur principal.

Après, cela devient un peu plus compliqué.

L'entrepreneur principal a une obligation de vérifier les demandes de paiement, et s'il est d'accord, il transmet la demande de paiement de son sous-traitant au maître d'ouvrage ou à la personne, dit l'article 116 du code, désignée dans le marché. Bien souvent, c'est le maître d'œuvre qui est désigné dans le marché pour vérifier les demandes de paiement des entreprises, donc le titulaire du marché, l'entrepreneur principal, doit transmettre les pièces justificatives du sous-traitant, après les avoir vérifiées, au maître d'œuvre ou au maître d'ouvrage selon le cas.

Nouveauté : le sous-traitant doit également les adresser au maître d'ouvrage ou au maître d'œuvre, mais en attendant d'avoir reçu l'accusé de réception de l'entreprise principale. L'article 116, 3^{ème} alinéa, prévoit maintenant cet envoi direct du sous-traitant de ces pièces au maître d'œuvre ou

au maître d'ouvrage, mais en y joignant copie de l'accusé réception signé de l'entrepreneur principal.

Il y a une transparence, une volonté de doubler l'envoi à l'entreprise principale. Je pense qu'il y a une petite défiance dans l'esprit des rédacteurs de ce texte à l'égard de l'entrepreneur qui peut-être ne transmettait pas toujours les demandes de paiement de ses sous-traitants ou alors en les modifiant sans qu'elles soient le reflet de la réalité des travaux sous-traités.

Il faut prendre acte de cette volonté de transparence et nous allons expliquer à l'entreprise que désormais il y a deux lettres à faire : le sous-traitant saisit d'abord l'entrepreneur principal puis, quand il a l'accusé de réception, il saisit le maître d'ouvrage.

Ce qui est gênant, pour terminer sur cette procédure, c'est qu'il ne faut pas se tromper, le sous-traitant a tout même comme interlocuteur contractuel l'entreprise principale, et il y a dans le texte de l'article 116 des termes tout à fait ambigus que je cite pour être précis, premier alinéa de l'article 116 *« le sous-traitant adresse sa demande de paiement libellée au nom du pouvoir adjudicateur – c'est le maître d'ouvrage – au titulaire du marché »* Il adresse sa demande de paiement libellée au nom du maître d'ouvrage au titulaire du marché, cela ce sont des termes que nous n'avons pas compris.

On a donc interrogé le Ministère pour comprendre ce qu'est cette demande de paiement qui doit être libellée par le sous-traitant au nom du maître d'ouvrage, mais qu'il doit adresser à l'entreprise principale.

On avait compris que, puisque le sous-traitant n'a pas de marché, il n'a pas de contrat avec le maître d'ouvrage, il ne peut bien entendu pas facturer ses travaux au maître d'ouvrage. Il doit facturer les travaux exclusivement à l'entreprise principale avec laquelle il a contracté.

On a eu une confirmation du bien-fondé de notre thèse tout récemment, le Ministère a mis en ligne une fiche technique sur la procédure de paiement direct, vous pouvez la trouver sur le site *minefi.gouv.fr*, vous connaissez la rubrique du marché public qui est très importante.

Je cite la réponse du Ministère : *« l'article 116 prévoit que la demande de paiement, libellée au nom du pouvoir adjudicateur, est transmise par le sous-traitant à la fois au titulaire et au pouvoir adjudicateur. »*

L'attention du maître d'ouvrage et des entreprises est attirée sur le fait que, comme le précise le 3^{ème} alinéa de l'article 116, il convient de distinguer la demande de paiement des factures.

Les factures du sous-traitant doivent être libellées au nom du titulaire qui, lui, a passé la commande et l'original de ces factures est transmis au titulaire. Celui-ci est seul responsable de la bonne exécution de la commande vis-à-vis du maître d'ouvrage.

Il est donc nécessaire que le titulaire du marché enregistre dans sa propre comptabilité le montant des décomptes factures se rapportant aux prestations sous-traitées ainsi que les sommes payées directement aux sous-traitants.

En effet, le titulaire doit reprendre le décompte ou la facture qu'il adresse au maître d'ouvrage pour le règlement de ses propres prestations, les prestations sous-traitées, en les faisant apparaître distinctement. »

En clair, rien ne change. Comme auparavant, le titulaire du marché doit bien sûr facturer l'ensemble des prestations au maître d'ouvrage, y compris celles qu'il sous-traite.

Le sous-traitant de son côté facture la part du marché qui lui a été sous-traitée à l'entrepreneur principal. Simplement, du fait de cette obligation d'adresser directement les pièces au maître d'ouvrage, il y a eu un petit imbroglio. Je pense que maintenant les choses sont un peu plus claires.

Le sous-traitant saisit directement le maître d'ouvrage avec une lettre, une lettre de demande de paiement à laquelle il joint le duplicata des factures qu'il a déjà faites bien sûr à l'entrepreneur principal.

J'espère que vous m'avez compris. On verra tout à l'heure au cours du débat si vous avez des questions.

Nous allons quitter maintenant les marchés publics et voir la mise en œuvre des garanties dans le secteur des marchés privés, le titre III de la loi.

Le titre III s'intitule « action directe », le titre II s'intitulait « paiement direct ».

Parlons tout de suite de cette fameuse action directe, puisque c'est le titre même de cette partie de la loi qui concerne maintenant les marchés privés. En fait l'action directe, je suis navré de le dire, ne constitue nullement une garantie de paiement.

Cela tient à son régime qui a été défini tout de suite, à l'article 12 et à l'article 13. On nous explique qu'en fait l'action directe du sous-traitant ne s'exerce que sur les sommes qui restent dues à l'entreprise principale par le maître d'ouvrage au moment où le sous-traitant l'exerce.

Cela veut dire qu'éventuellement il ne reste rien et c'est vrai que dans la pratique on l'a souvent constaté. Malheureusement pour le sous-traitant, quand il a saisi le maître d'ouvrage en utilisant cette procédure d'action directe, c'est trop tard. C'était un coup d'épée dans l'eau.

Dans les années 80, le Conseil National de la sous-traitance s'est battu pour faire fonctionner cette action parce qu'on avait presque oublié l'autre partie de la loi, c'est-à-dire la caution, la délégation de paiement. On faisait fonctionner presque exclusivement l'action directe. On était bien forcé puisqu'il n'y avait pas de caution, ni de délégation de paiement. On ne se servait que de ce que nous avions.

Or, l'action directe, malgré tous nos efforts, s'est avérée très souvent infructueuse. Pour l'écueil que j'ai rappelé qui figure dans l'article 13 de la loi, c'est un écueil inscrit à l'origine dans la loi, l'action ne s'exerce que sur le solde. Il peut ne rien rester du tout.

Le deuxième écueil, on le doit à la Cour de Cassation qui, en 1981, a considéré — c'était un débat — que l'action directe n'était recevable à l'encontre du maître d'ouvrage que si le sous-traitant avait été accepté par lui et ses conditions de paiement agréées conformément à l'article 3 de la loi qui est — c'est donc une confirmation — la clef de voûte de la loi, puisque sans cette acceptation et cet agrément, dit la Cour de Cassation, il n'y a pas d'action directe.

C'est dommage parce que cela aurait pu servir comme une espèce de roue de secours pour le sous-traitant qui n'aurait pas été déclaré. Cela

aurait pu être un moyen de faire échec à la sous-traitance occulte, de faire rétablir l'équilibre, parce que la sous-traitance occulte, vous vous en doutez, existe encore aujourd'hui.

C'est dommage parce qu'on avait gagné en revanche le concours, qui ne pouvait pas d'ailleurs exister, avec le banquier, cessionnaire des créances de l'entrepreneur principal.

Vous savez que l'entrepreneur principal a la faculté de céder les créances qu'il détient sur le marché, sur l'entourage. Il peut les aider à un établissement financier pour être financé justement de la commande ; mais l'article 13.1 l'a dit, cette cession ne peut pas porter sur les travaux sous-traités.

Il y a eu des conflits terribles, sanglants, entre les sous-traitants qui revendiquaient les sommes et le banquier, les deux revendiquant les mêmes sommes auprès du maître d'ouvrage. Mais la Cour de Cassation nous a bien aidés et dès 1988 elle a tranché ce conflit, qui n'en est pas vraiment un, en faveur du sous-traitant, puisque l'entrepreneur ne pouvait pas céder la part du marché sous-traitant. Autrement dit, la cession de créance sans être nulle est inopposable au sous-traitant.

Cela va loin puisque même si le maître d'ouvrage a déjà payé les sommes au banquier, il y a une sorte de droit de suite donné au sous-traitant. Il peut aller rechercher les sommes chez le banquier ou chez le maître d'ouvrage, car cette cession de créance, en toute hypothèse, ne lui est pas opposable.

C'est très bien, néanmoins reste cet écueil du solde et puis de la condition d'acceptation qui n'est pas toujours remplie.

J'ai aussi un arrêt à vous citer à cet égard qui montre que cette condition est toujours gênante. C'est un arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation du 11 juillet 2006 concernant la société SNCM qui fait la liaison continent-Corse et un sous-traitant d'un entrepreneur titulaire d'un marché avec la SNCM, ce sous-traitant n'étant pas payé, a mis en œuvre l'action directe. Il en reste quelques uns à tenter ce recours.

Malgré tous ses efforts, la Cour de Cassation n'a pas accepté l'action directe, considérant que la SNCM n'avait reçu aucune demande d'agrément du sous-traitant, que si l'un de ces préposés du maître d'ouvrage avait signé les satisfecit valant réception des travaux exécutés par le sous-traitant, ces documents ne mentionnaient pas que le sous-traitant intervenait en cette qualité-là justement.

Si la SNCM avait eu une attitude passive à la réception de la copie de la mise en demeure, en n'opposant pas d'emblée son refus, et si elle avait bloqué les sommes, tous ces indices, dit la Cour de Cassation, ne révèlent pas une volonté manifeste et non équivoque d'accepter le sous-traitant, ce qui est vrai.

Il n'y a pas d'acte manifestant sans ambiguïté sa volonté d'accepter le sous-traitant, moyennant quoi l'action directe est irrecevable.

Je pense que c'est bien dommage et cela va évidemment conduire le sous-traitant à rechercher d'autres solutions lorsque la loi n'a pas été respectée. J'en reparlerai tout à l'heure avec tout le volet de la responsabilité du maître d'ouvrage fondé sur l'article 14.1.

Venons-en à la vraie protection du sous-traitant dans le titre III. C'est l'article 14 qui, je vous le rappelle, donne une alternative à l'entrepreneur principal. C'est lui qui décide, il a le choix, soit il délivre à son sous-traitant une caution personnelle et solidaire d'un établissement financier, soit il délègue le maître d'ouvrage qui s'engage à payer toutes les sommes dues au sous-traitant.

Parlons tout de suite de la délégation de paiement : c'est une institution tout à fait astucieuse finalement. Avec ce mécanisme, le maître de l'ouvrage va se libérer entre les mains du sous-traitant de sommes qu'il doit de toute façon à l'entreprise principale, donc on fait d'une pierre deux coups. Le maître d'ouvrage se libère vis-à-vis de l'entrepreneur principal et du sous-traitant et en même temps l'entrepreneur évidemment se libère vis-à-vis du sous-traitant des sommes qui lui sont dues.

Il faut que la délégation soit certaine, c'est-à-dire qu'elle ne comporte pas de conditions qui rendraient son efficacité fonction de la bonne volonté du maître d'ouvrage, éventuellement des sommes qu'il reconnaîtrait devoir.

Il faut procurer au sous-traitant – c'est la lettre et l'esprit de la loi – une véritable garantie.

Il faut être sûr que le maître d'ouvrage consent à garantir ainsi le paiement des sommes dans le cadre d'une délégation de paiement.

Je vais prendre une image : la délégation de paiement, ce n'est pas une convention de paiement pour compte. Le maître d'ouvrage n'est pas un simple payeur. En signant la délégation de paiement, il accepte d'en devenir le garant vis-à-vis du sous-traitant et donc il faut qu'il en soit conscient. C'est plus qu'un simple paiement, qu'un mécanisme comptable. C'est un engagement qui est souscrit, au même titre qu'un banquier qui se porte garant du paiement des sommes dues au sous-traitant, dans le cadre d'une caution, puisque la loi a mis les deux institutions sur un pied d'égalité. Il faut donc comprendre que les deux doivent être équivalents. Il faut prendre conscience de cela.

Exemple du caractère très efficace de la garantie que procure la délégation de paiement : on a un arrêt récent de la Cour de Cassation du 28 février 2006, encore la Chambre Commerciale.

Elle donne gain de cause au sous-traitant qui revendiquait les sommes auprès du maître d'ouvrage, sur la base d'une délégation de paiement, concurremment avec un banquier cessionnaire des mêmes sommes.

Comme en matière d'action directe, la Cour de Cassation dit que le banquier, qui est en l'occurrence le Crédit Mutuel, ne pouvait pas se prévaloir des sommes correspondant aux travaux sous-traités. La loi réserve le paiement de ces sommes par le maître d'ouvrage au sous-traitant. Que ce soit en vertu d'une action directe ou d'une délégation de paiement, le banquier ne peut pas appréhender les sommes correspondant aux travaux sous-traités, alors même que la délégation avait été établie postérieurement à la cession de créances et alors même que le banquier a pris soin de notifier bien sûr la cession de créance entre les mains du maître d'ouvrage qui n'a pas accepté. Néanmoins, le banquier avait notifié comme le prévoit la loi Dailly la cession de créance auprès du maître d'ouvrage.

Seulement puisque cette cession de créance porte sur des travaux sous-traités, elle ne peut en aucun cas faire échec au paiement du sous-traitant, que ce soit sur la délégation ou l'action directe.

Je ne crois pas que cela ait joué pour la délégation de paiement, mais cela paraissait logique et presque évident.

Autre sécurité apportée par la délégation de paiement, c'est ce que nous pouvons ranger dans la catégorie inopposabilité des exceptions.

Le maître d'ouvrage ne peut pas refuser de payer le sous-traitant en invoquant ses propres rapports avec l'entreprise principale.

Là, c'est un peu plus « *dur à avaler* » pour le maître d'ouvrage s'il est mécontent de l'entreprise principale, à l'exclusion des travaux sous-traités. Le sous-traitant n'aurait en aucun cas droit au paiement si ses propres prestations n'avaient pas été bien exécutées. Dès lors qu'il n'est pas en cause dans le litige qui finalement ne concerne que le maître d'ouvrage et l'entreprise principale, cette exception tirée du marché principal est inopposable au sous-traitant.

Cette règle a été très clairement énoncée par la Cour d'Appel de Paris 19^{ème} Chambre, dans un arrêt du 15 janvier 2003. Je ne crois pas qu'il ait été publié, quoique probablement signalé dans la Revue du Droit Immobilier, mais je n'ai pas de référence. Société Civile SNR. Vous lirez cet arrêt. Il est très ferme sur l'obligation du maître d'ouvrage de payer les sommes dues au sous-traitant dès lors que celui-ci a bien exécuté ses prestations. Le maître d'ouvrage doit le payer, même s'il veut appliquer les pénalités à l'entreprise principale, il ne peut pas déduire ces pénalités des sommes revenant au sous-traitant.

Il s'agit là de rapports personnels entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal, il ne peut pas les opposer au sous-traitant.

Si on admettait l'inverse, la délégation de paiement risquerait d'être un coup d'épée dans l'eau, d'être une protection au rabais, donc il faut assurer une garantie au sous-traitant. C'est l'objectif, la délégation de paiement est inattaquable ; les exceptions sont inopposables au sous-traitant.

Cela a été également dit dans un arrêt « Chantier moderne » de la 23^{ème} Chambre de la Cour d'Appel de Paris, du 27 avril 2005, publié dans la Revue du Droit Immobilier, société « chantier moderne BTP. Revue du Droit Immobilier novembre/décembre 2006, page 472.

Cela, c'est du droit. Evidemment, pour la mise en œuvre pratique il faut un contrat, un consentement, pas d'ambiguïté dans cet engagement du maître d'ouvrage. De ce point de vue-là, nous avons fait un modèle très simple, c'est un acte tripartite sur lequel vont s'engager à la fois le maître d'ouvrage, l'entrepreneur et le sous-traitant.

La délégation est imparfaite également, ce qui signifie que l'entrepreneur reste engagé vis-à-vis de son propre sous-traitant. Si jamais le maître d'ouvrage était défaillant, le sous-traitant conserverait la possibilité d'être payé par l'entrepreneur principal.

La délégation est imparfaite en ce sens qu'il n'y a pas de novation au contrat de sous-traitance. L'entreprise principale reste un débiteur du sous-traitant. Ce qui est intéressant dans la délégation de paiement, c'est qu'elle permet au maître d'ouvrage de souscrire un engagement nouveau et autonome. Comme je le disais tout à l'heure, il apporte une vraie garantie au sous-traitant.

On a pensé davantage en 1975 à la défaillance de l'entreprise principale, il est vrai qu'il peut y avoir celle du maître d'ouvrage. A ce moment-là, il faut rappeler au sous-traitant qui peut très bien réclamer le paiement des sommes qui lui sont dues à l'entreprise principale, si elle est toujours là pour faire face.

Deuxième solution alternative, la caution personnelle et solidaire - je vous rappelle le texte, il est très court et Maître POUX-JALAGUIER nous en parlera tout à l'heure - : « *à peine de nullité du sous-traité, les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ceux sous-traités, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié* ». En fait, ce sont les établissements financiers.

Juste après, on trouve l'alternative prévue par la loi qui est la délégation de paiement, je n'y reviens pas.

C'est donc la caution personnelle et solidaire d'un établissement financier qui s'engage à garantir le paiement des sommes dues au sous-traitant par l'entrepreneur si celui-ci n'est pas capable de les payer lui-même.

Cela renvoie tout simplement aux articles du code civil sur le cautionnement. J'ai pris mon code 2006 qui est à jour et c'est l'article 2.298, puisque maintenant toute cette partie du code a été décalée. La caution, la banque est obligée de payer les sommes dues au sous-traitant à défaut de l'entrepreneur principal.

C'est parfait, c'est aussi simple que cela, sauf, et là on va venir sur les problèmes d'application pratique, que les banques ne l'entendent pas de cette oreille. Les banques - et mettons-nous à leur place - ne vont pas souscrire cet engagement sans un minimum de conditions et d'encadrement. Elles ne peuvent pas - ce n'est pas leur habitude - prendre de risque sans l'encadrer.

Que trouve-t-on comme encadrement du risque à la disposition des banques ?

Premier encadrement, premier contrôle : vérifier la solvabilité de l'entrepreneur principal. Vous allez dire que c'est évident. Le banquier ne se portera pas garant du paiement des sommes dues au sous-traitant si l'entrepreneur principal est au bord du dépôt de bilan.

Cela va donc écarter de ce système tout un pan d'entreprises fragiles qui n'ont pas un bilan forcément très sécurisant pour le banquier.

Déjà on voit bien la difficulté. Il y a un risque que le banquier ne l'apprécie pas forcément de façon très positive.

Il peut aussi regarder le problème de l'insolvabilité de l'entrepreneur par rapport à ses propres règlements.

Je m'explique : l'entrepreneur, s'il n'arrive pas à payer le sous-traitant c'est parce que bien souvent lui-même n'est pas payé pour le maître d'ouvrage. Or là, le banquier auquel on demande de garantir les sommes au sous-traitant, n'apprécie pas du tout la solvabilité du maître d'ouvrage, puisqu'il ne le connaît pas. Ce n'est pas lui son client. Le banquier ne connaît que l'entreprise principale.

Les banques avaient pris l'habitude d'introduire dans la caution, dans l'acte de cautionnement lui-même une clause pour se décharger, se libérer, pour l'hypothèse ou le non paiement du sous-traitant serait dû au non paiement de l'entrepreneur principal par le maître d'ouvrage.

Dans l'hypothèse d'une double défaillance, le banquier entendait se libérer. C'est pour vous dire qu'une caution de ce type, les banquiers n'y sont pas forcément très favorables et vous voyez le type de garde-fou qu'ils avaient souhaité.

Cette clause figurait dans l'acte type de caution de sous-traitance établi dès 1985 par l'Association Française des Banques.

On va voir que la Cour de Cassation n'a pas du tout apprécié. La première condamnation de ce modèle est le 23 novembre 2004, dans un arrêt Société Forésienne d'entreprise. Elle juge qu'une telle clause que je vous signalais tout à l'heure, tend à restreindre le droit du sous-traitant à obtenir le bénéfice de la garantie. Ainsi la garantie prévue en faveur du sous-traitant par l'article 14 risquait d'être tenue en échec. Il fallait donc en déduire que la loi n'était pas respectée. La Cour d'Appel approuve d'avoir annulé le contrat de sous-traitance pour non respect de l'article 14.

Il y a donc eu là une décision très importante, qui interdit aux banquiers de mettre dans les cautionnements de sous-traitance une décharge pour l'hypothèse où le maître d'ouvrage serait lui-même défaillant, puisque ce risque-là, le banquier ne l'apprécie pas, il ne connaît pas le maître d'ouvrage, donc il ne peut en aucun cas se libérer dans cette hypothèse. La clause est jugée illégale, ce qui paraît d'ailleurs assez logique d'une certaine manière, sauf que c'est toute une pratique qui est remise en cause.

Une deuxième condamnation, dans ce modèle de caution. On dit au sous-traitant, avant de réclamer le paiement à la banque, qu'il faut bien sûr mettre en demeure l'entrepreneur de le payer et il doit adresser copie de cette mise en demeure au maître d'ouvrage, de cette manière il met en œuvre l'action directe prévue par la loi.

Je ne l'ai pas dit tout à l'heure, je l'ai oublié, la procédure d'action directe, vous le savez, c'est une mise en demeure adressée à l'entrepreneur principal. Copie de cette mise en demeure est notifiée au maître d'ouvrage. C'est cette notification qui a pour effet de geler les sommes restant dues par le maître d'ouvrage.

Très logiquement, le modèle de caution demande au sous-traitant de mettre en œuvre l'action directe. Personnellement, cela ne me choquait pas, mais dans un arrêt de la Cour de Cassation du 21 juin 2006, 3^{ème} Chambre civile, cet article du cautionnement subordonne finalement le paiement de la banque à l'exercice préalable par le sous-traitant d'action directe.

De cette façon-là, la clause instaure un bénéfice de discussion au profit de la caution de la banque. Cela est contraire, dit la Cour de Cassation, à la nature de son engagement dont la loi prévoit qu'il doit être solidaire.

On pourra en discuter tout à l'heure. Mais simplement on demande au sous-traitant de faire l'action directe, pas tellement pour faire échec à la solidarité du cautionnement, mais pour lui permettre de subroger efficacement la banque dans le recours qu'a prévu la loi du maître d'ouvrage.

Je vous rappelle que dans le code civil, si le créancier n'exerce pas les recours dont il dispose, en vertu d'une loi – c'est le cas de l'action directe

de la loi de 1975 –la caution pourrait invoquer cette omission du sous-traitant pour faire échec, pour faire tomber la caution.

Il y a un article dans le code civil qui prévoit la caducité de la caution, lorsque le créancier n'a pas été en mesure de subroger efficacement la caution dans les droits qu'il a auprès du débiteur ou des tiers. Je pense qu'il était donc parfaitement normal de demander au sous-traitant de faire l'action directe, mais il va falloir en tirer la conséquence et en plus stipuler cette clause dans la caution.

Vous voyez qu'on touche du doigt là les difficultés de mise en œuvre. On voit bien les deux logiques qui s'affrontent.

Les banquiers veulent un minimum d'encadrement de leurs risques, mais la Cour de Cassation n'en veut pas, c'est louable, mais cela ne facilite pas la tâche des praticiens. On va en parler tout à l'heure avec M. GERENT.

On pourrait d'ailleurs en rajouter dans la série, la jurisprudence ne facilite pas la tâche des praticiens. On a bien sûr l'interdiction des cautions flottes.

Les cautions flottes, le système était astucieux. Cela a été inventé par les grandes entreprises qui ont considéré qu'il était très lourd, coûteux sur un plan administratif de demander à la banque d'émettre une attestation nominative pour chaque sous-traitant, lors de chaque chantier.

Quand on est une entreprise nationale, voire mondiale, effectivement on signe des centaines, voire des milliers de contrats de sous-traitance par an et donc la démarche qui était intéressante avait consisté à imaginer un acte de caution globale, couvrant l'ensemble des sous-traitants auxquels l'entreprise générale pouvait être amenée à avoir recours pendant l'année civile.

En début d'année 2007, l'entreprise générale demande à la banque cet engagement global, qu'elle annexe à chacun des contrats de sous-traitance, qu'elle fait signer à chacun des sous-traitants.

Les sous-traitants étaient munis de cet engagement global. J'avais, à titre personnel, considéré que cela pouvait être valable, parce qu'après tout si jamais l'entreprise principale n'était pas en capacité de payer les sous-traitants, ce qui est une hypothèse, je pense aux entreprises nationales, voire multinationales si jamais l'entreprise en question déposait le bilan, je ne vois pas comment la banque aurait pu échapper à l'obligation de payer.

Elle s'était engagée au profit de tous les sous-traitants, certes non nommés dans l'acte, mais cette stipulation aurait pu produire tous ses effets si on avait accepté la technique.

Cela n'a pas été le cas, dans l'arrêt du 15 décembre 2004 et même avant le 18 décembre 2002. Je crois maintenant, Monsieur VILLIEN nous le dira peut-être tout à l'heure, que la question est réglée et il faut appliquer la jurisprudence.

Exit les cautions flottes, il faut maintenant faire des cautions nominatives à chaque chantier, pour chaque sous-traitant, dans lesquelles doit figurer aussi –c'est ce que dit la Cour de Cassation – le montant des sommes garanties.

Ce n'est pas forcément le plus pratique car quid des travaux supplémentaires ? Vous voyez que j'ai envie de dire que finalement l'enfer est pavé de bonnes intentions. On demande une caution nominative, portant sur un montant de travaux. Très bien, cela paraît aller dans le bon sens, et c'est vrai que c'est peut-être plus sécurisant pour le sous-traitant, mais pour les travaux supplémentaires, vous croyez que l'entrepreneur principal aura le temps, est-ce qu'il le fera de toute façon, d'aller rechercher à la banque un avenant à la caution, puisque c'est cela qu'il faudrait faire ?

La pratique, on en débattrait tout à l'heure, est loin d'être évidente. Cela ne facilite pas la tâche des entreprises. Je me mets à leur place et je suis un peu payé pour cela.

Dernier point qui n'est pas simple : il faut remettre la caution dès la signature du contrat, c'est-à-dire du contrat de sous-traitance. Jurisprudence ancienne d'ailleurs, depuis le 17 juillet 1996, la Cour de Cassation a posé cette règle.

Oui, mais la banque pour émettre la caution, elle demande le contrat. Alors, comment fait-on ? C'est le serpent qui se mord la queue. La banque demande le contrat, mais il faut donner la caution dès la conclusion du contrat. Vous voyez qu'il y a un petit problème chronologique qui n'est pas facile à résoudre.

On peut trouver des solutions, mais c'est vrai que je me mets à la place des entrepreneurs, c'est une tâche assez ardue.

Un dernier point que je signale au passage, la caution de sous-traitance est autonome, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être affectée, par exemple, par un défaut de déclaration de créance. Si le sous-traitant a omis de le faire, alors que traditionnellement on disait que la banque pouvait opposer au créancier qui se sert de la caution qu'il invoque le fait qu'il n'avait pas mis en œuvre les droits dont il dispose, notamment il n'a pas déclaré la créance au passif de l'entreprise principale, ce défaut ne peut pas être reproché au sous-traitant. C'est un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 27 septembre 2002, la société Sacba contre BNP.

D'ailleurs, il y a toute une série de décisions de ce type-là qui montre que les cautions sur les marchés de travaux, que ce soit la caution sous-traitance, mais aussi la garantie de livraison de maisons individuelles ou la caution qui remplace la retenue de garantie, ce sont des cautions relativement autonomes. Elles ne peuvent pas être affectées par exemple par le défaut de production au passif de l'entreprise principale.

C'est bien, mais cela fait beaucoup de choses à intégrer dans la pratique par les banques et par les entreprises principales.

Il est certain que ces solutions de la jurisprudence renforcent la protection du sous-traitant, mais elles rendent la tâche des entreprises et de leurs banques assez ardue.

Dernier point de mon intervention, je vous ai dit tout à l'heure que la garantie dépend de la qualité du maître d'ouvrage, du rang du sous-traitant, du choix de l'entrepreneur principal, et puis je vous ai dit qu'il y a aussi le maître d'ouvrage qui a un rôle à jouer.

Ce rôle, il est effectivement prévu à l'article 14.1 de la loi, un article qui, je vous le rappelle, a été ajouté en 1986 dans la loi de 1975. Il n'existait pas à l'origine, c'est justement pour faire échec au constat que l'on

faisait d'une très mauvaise application de la loi, notamment dans les marchés privés que cet article a été ajouté.

Cet article, je le cite maintenant en substance parce qu'il est un petit peu long, article 14.1 : *« pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics, le maître d'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3, c'est-à-dire non déclaré au maître d'ouvrage, ou à l'article 6 donc qui ne bénéficierait pas du paiement direct, le maître d'ouvrage doit dans ce cas mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant qui sous-traite à son tour – je suis obligé d'ajouter des commentaires personnels si on veut comprendre le texte – en demeure le donneur d'ordre de s'acquitter de ses obligations. »*

Ces dispositions s'appliquent aux marchés public et privé.

Deuxième tiret : *« si le sous-traitant a été accepté, il ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître d'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur qu'il justifie avoir fourni la caution. »*

Bien après ces deux tirets, deux exclusions : *« les dispositions précédentes ne s'appliquent pas à la personne physique construisant son logement pour l'occuper elle ou par sa famille. »*

Sur cette exclusion du particulier, je crois que tout le monde s'accorde à dire qu'elle est logique parce qu'on est en train de demander au maître d'ouvrage de jouer le rôle de gendarme. On peut considérer qu'un simple particulier qui construit occasionnellement et non pas de manière régulière comme un professionnel, peut ne pas avoir connaissance de ces dispositions qui le responsabilisent.

En revanche, tout maître d'ouvrage professionnel a aujourd'hui un rôle à jouer et on va voir que la jurisprudence est très sévère à son égard.

Le deuxième point qui n'est pas une exclusion, au contraire, c'est une inclusion et cela résulte de la loi de sauvegarde de décembre 2005 ou 2006, donc la nouvelle loi sur la procédure collective. Elle est entrée en vigueur fin 2006.

Depuis 2007, les dispositions de l'article 14.1 s'appliquent également aux contrats de sous-traitance industrielle lorsque le maître d'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier.

Evidemment, le maître d'ouvrage industriel va donc récupérer les obligations du maître d'ouvrage bâtiment qui construit un bâtiment. Il doit donc, on va le voir, vérifier, surveiller, faire respecter la loi.

En fait, le texte est tellement clair et précis que la jurisprudence en a déduit une quasi obligation de résultat pour le maître d'ouvrage.

Le maître d'ouvrage ne peut pas se contenter d'une mise en demeure ou bien de faire un rappel à la loi dans les comptes rendus de chantier. Il doit au contraire s'assurer, par une injonction personnelle à l'entreprise principale, qu'elle a respecté la loi à l'égard du sous-traitant dont le maître d'ouvrage a connaissance, donc c'est une injonction précise qui doit être suivie des faits.

C'est ce qu'a dit la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 30 janvier 1998. Le professeur PERINET-MARQUET avait très justement trouvé une expression « *la mise en demeure que prévoit la loi n'est pas une simple génuflexion postale.* » Il ne suffit pas d'envoyer la lettre recommandée et ensuite on laisse le chantier se dérouler. Ce n'est pas possible. Le maître d'ouvrage a quasiment l'obligation de résultat, c'est-à-dire qu'il doit réitérer cette mise en œuvre si elle n'est pas suivie des faits.

Je vous rappelle que le maître d'ouvrage n'est pas dépourvu de moyens de pression. Il a, au contraire, des éléments à sa disposition dans le marché.

Il y a par exemple, à l'article 4.4.1 de la norme AFNOR Edition 2000, la norme PO3 001, un article qui prévoit la possibilité pour le maître d'ouvrage de mettre en demeure – c'est déjà prévu dans la loi – et si la mise en demeure n'est pas suivie des faits, le maître d'ouvrage peut aller jusqu'à résilier le marché, à mettre en œuvre des sanctions prévues à l'article 22.

Vous allez dire que c'est peut-être un peu extrême. Ce n'est peut-être pas l'intérêt du maître d'ouvrage de résilier le marché de l'entrepreneur. Le maître d'ouvrage ce qu'il veut c'est la construction, mais vous comprenez qu'il n'est pas démuni.

Dans le CCAG des marchés publics c'est pareil, à l'article 2.49 on prévoit des pénalités pour l'hypothèse où l'entrepreneur n'aurait pas déclaré le sous-traitant pour le faire accepter conformément à la loi et au code des marchés publics. On prévoit aussi les mesures prévues par l'article 49. C'est la mise en régie du marché, voire la résiliation.

Vous voyez que l'on soit maître d'ouvrage public ou privé, on ne peut pas dire que ce n'est pas au fond une obligation que l'on peut faire respecter.

C'est une obligation légale et on a les moyens de la faire respecter si on en a la volonté.

On verra tout à l'heure que le maître d'ouvrage qui n'y prête pas attention, risque de payer au sous-traitant de lourdes indemnités qui conduisent pratiquement le maître d'ouvrage à payer une deuxième fois les travaux. C'est presque ainsi qu'il faut le comprendre.

On a, au niveau du CSTB, alerté les maîtres d'ouvrage parce que le but n'est pas de faire payer deux fois les travaux au maître d'ouvrage, il est de faire respecter la loi, à titre préventif évidemment.

Le maître d'ouvrage doit donc être vigilant et il a ce rôle de surveillance. Il est le gardien du système et cela doit marcher s'il le met en œuvre, ce que disent la loi et son propre marché.

Je vous remercie de votre attention.

(applaudissements)

M. GERENT.- Après un tel exposé, nous pourrions en conclure qu'avec tous les outils juridiques existants, il ne devrait plus y avoir d'entreprises victimes d'impayés.

Et pourtant, il arrive trop fréquemment qu'un entrepreneur, bien qu'il ait exécuté son contrat, en respectant la qualité des prestations, le prix et

le délai d'exécution, soit victime d'un impayé, ce qui, je dois le dire avec force, est insupportable et inadmissible.

Dans bien des cas, lorsque les sommes dues déséquilibrent la trésorerie et les résultats de l'entreprise, cela amène au dépôt de bilan, avec les catastrophes économiques et sociales que cela engendre.

Pourquoi connaît-on de telles situations ?

Tout simplement parce que la loi est restrictive, et très difficilement applicable.

Je ne retiens pas la méconnaissance de la loi, car depuis plus de trente ans qu'elle existe, et vu les nombreuses informations périodiques que les organisations professionnelles diffusent à leurs adhérents, à part quelques rares cas, les entreprises connaissent bien leurs obligations.

Pour les chantiers importants, dont le titulaire est le plus souvent une grande entreprise structurée avec des services juridiques compétents, les relations avec le sous-traitant de premier rang s'effectuent généralement bien.

Je précise « sous-traitance de premier rang », car lorsque ce dernier sous-traite tout ou partie de sa prestation, il devient à son tour entrepreneur principal, sans pour autant donner les garanties légales auxquelles il est tenu.

Imaginez ce qui peut se passer au niveau du sous-traitant de troisième, voire énième rang, ce qui est souvent constaté.

Et puis, il y a tous les autres chantiers, bien plus nombreux et diffus que les précédents dont l'entrepreneur principal est une PME, voire une toute petite PME qui a la relation commerciale sans avoir la structure et les moyens de donner à ses sous-traitants les garanties de paiement auxquels ils ont droit.

En somme, outre le fait que le métier reste encore sur ses traditions et sa confiance mutuelle, la loi de 1975 limitant les garanties de paiement à deux possibilités seulement n'est pas appliquée.

Et pourquoi ?

La délégation de paiement n'est pas souvent souhaitée par le maître d'ouvrage qui confie les travaux à l'entreprise générale, pour n'avoir qu'un seul interlocuteur responsable de la bonne exécution de son chantier, évitant ainsi tous les problèmes de coordination, de pilotage et d'administration.

De son côté, l'entrepreneur ne souhaite souvent pas faire savoir à son maître d'ouvrage qu'il sous-traite une partie de son marché, comme s'il s'agissait d'un acte répréhensible et honteux.

Il faut le dire, en déclarant son sous-traitant, l'entrepreneur doit faire connaître au maître d'ouvrage le montant des travaux sous-traités et de ce fait sa marge.

Reste la caution bancaire. Là encore, c'est les grandes entreprises aux réserves financières importantes qui n'ont pas de difficulté à les obtenir. Il n'en est pas de même pour la majorité des entreprises dont on sait que pour la plupart d'entre elles les fonds propres et la trésorerie sont faibles, ce qui rend les banquiers frileux.

Dans tous les cas, cela contraint à des démarches administratives longues et compliquées, notamment en adossant la garantie à la cession de créance organisée par la loi Dailly.

Cette démarche mobilise beaucoup de temps, alors que les chantiers démarrent de plus en plus vite avec des délais de plus en plus courts.

A noter également que cette situation ne va pas s'arranger car l'offre globale est de plus en plus demandée et souhaitée par le maître d'ouvrage et par les entreprises désireuses d'apporter un service en plus, quelquefois déterminant pour l'obtention de leur marché.

La profession ne peut se contenter d'un tel constat qui, un jour, pourrait donner au législateur l'idée d'étendre les sanctions pénales en vigueur pour les constructeurs de maisons individuelles à l'ensemble des travaux de bâtiment, ce qui bien entendu ne réglerait pas les problèmes.

Il nous faut donc trouver des solutions simples et efficaces et pourquoi pas les avances obtenues dans le secteur de la maison individuelle.

Quelles sont-elles ces avances ?

Souvent les situations difficiles, voire dramatiques déclenchent des réactions salutaires. En l'occurrence, c'est le dépôt de bilan en 2002 d'un important constructeur de maisons individuelles dans la Mayenne qui est à l'origine des garanties nouvelles mises en place dans ce secteur.

L'action directe prévue par les articles 12 et 13 de la loi de 1975 avait certes été mise en œuvre par de nombreux sous-traitants pour tenter d'appréhender les sommes restant dues par les différents maîtres d'ouvrage, mais la plupart des clients particuliers de ce constructeur avait déjà réglé le prix de leur maison, l'action directe était donc privée d'assiette.

Aucune action en responsabilité n'étant ouverte par l'article 14.1 de la loi à l'encontre du maître d'ouvrage construisant son logement, vous l'avez évoqué tout à l'heure, les sous-traitants ont donc subi un grave préjudice.

Cette affaire a provoqué une réaction expéditive du législateur pour contraindre désormais les constructeurs de maisons individuelles à délivrer à leurs sous-traitants une garantie de paiement, la loi du 1^{er} août 2003 les a soumis à des sanctions pénales, je vous le rappelle : deux ans de prison et 18.000 € d'amende.

Ces sanctions ont été critiquées par de nombreux professionnels en raison notamment des difficultés pour mettre en place les garanties au profit des sous-traitants. Rares en effet sont les établissements bancaires prêts à se porter garants du paiement des nombreux contrats de sous-traitance conclus par les constructeurs de maisons individuelles.

Quant au mécanisme de la délégation de paiement, il est difficile à articuler avec les modalités de règlement du contrat principal, ce que les banques prêteurs ne manquent pas de souligner auprès des particuliers emprunteurs.

En outre, la délégation de paiement présente l'inconvénient de révéler au maître de l'ouvrage le prix des travaux sous-traités et de faire apparaître l'écart avec le prix de leur maison qu'ils interprètent à tort comme

une marge bénéficiaire du constructeur alors qu'en fait il leur accorde beaucoup de prestations complémentaires.

Les sanctions pénales n'ont jamais fait payer les entreprises victimes de la défaillance de l'ordonnance. En plus, elles n'ont pas d'effet dissuasif si les constructeurs ne peuvent pas mettre en place les garanties imposées par la banque.

C'est pourquoi, les organisations professionnelles du secteur ont demandé au gouvernement leur appui pour obtenir l'élargissement des possibilités des garanties des sous-traitants.

Sous l'égide du Ministère de l'Economie et des Finances, il y a eu une véritable concertation entre les représentants des entreprises et ceux des sociétés financières et d'assurance.

Finalement, la loi du 9 décembre 2004 a modifié le code de la construction et de l'habitation pour autoriser les constructeurs de maisons individuelles à remplacer la caution ou la délégation de paiement par toute autre garantie délivrée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance de nature à garantir le paiement des sommes dues au titre du sous-traité.

Ce dispositif mérite d'être salué, la formule employée ne nomme pas tel ou tel procédé, elle se contente de mentionner la garantie en tant que but à atteindre. Quelle que soit sa forme, il doit s'agir d'un mécanisme procurant un résultat équivalent à celui de la caution ou d'une délégation, c'est-à-dire permettant de mettre le sous-traitant à l'abri en cas de défaillance du constructeur.

Deux techniques de garantie ont pu ainsi émerger, l'assurance crédit et la caution flotte dont on a parlé tout à l'heure.

Les professionnels ont d'abord pensé à l'assurance crédit. Cette assurance a pour objet de garantir l'assuré contre les risques de défaillance de ses clients dans des conditions définies au contrat.

L'assurance crédit intervient en cas d'insolvabilité d'un débiteur, client de l'assuré pour couvrir les pertes définitives, les créances subies par celui-ci.

Cette assurance spécifique est couramment utilisée par les fournisseurs de matériaux pour se prémunir des impayés de leurs entreprises clientes.

Appliquée au schéma de la sous-traitance, il aurait incombé au sous-traitant de souscrire cette assurance alors que la loi impose au constructeur de garantir le sous-traitant. La conclusion s'imposait : le constructeur doit souscrire cette assurance pour protéger ses sous-traitants de son éventuelle défaillance et leur garantir ainsi le paiement des sommes dues.

Des opérateurs ont su saisir l'opportunité ainsi ouverte.

Techniquement, cet assureur crédit adresse à chaque sous-traitant déclaré par le constructeur une attestation de garantie. Celle-ci porte sur un encours correspondant aux factures émises non payées en cours évaluées d'avance par le constructeur, notamment par référence au chantier en cours ou carnet de commandes que le constructeur peut avoir.

Cette assurance crédit inversée puisque souscrite par le débiteur et non par le créancier, aboutit finalement au même résultat qu'un cautionnement.

En cas de défaillance du constructeur assuré, l'assureur indemnise chaque sous-traitant procurant à celui-ci la garantie prévue par la loi.

Quelques mois seulement après l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi, cette nouvelle offre mise sur le marché a convaincu de nombreux constructeurs de maisons individuelles. On peut dire aujourd'hui qu'il y a 100.000 contrats qui ont été signés dans le secteur, c'est vous dire qu'il y a quand même beaucoup d'entreprises dans ce secteur de la maison individuelle qui obtiennent ces garanties de paiement.

Pour les constructeurs, le respect de la loi supprime le risque des sanctions pénales et leur confirme une image positive. Cela fidélise également leurs sous-traitants.

Pour les sous-traitants la garantie d'être payés conforte leur situation financière et consolide leur crédit. Indirectement, les consommateurs en bénéficient également car les sous-traitants achèveront leurs travaux sans réticence en cas de défaillance du constructeur.

La caution flotte : c'est une autre solution évoquée au cours de cette concertation. Vous l'avez dit tout à l'heure, la Cour de Cassation ne l'a pas acceptée dans le cadre de la loi de 1975 puisqu'elle doit être nominative et chiffrée, mais dans le secteur de la maison individuelle, le code de la construction et de l'habitation prévoit une garantie non dénommée, de nature à garantir le paiement des sommes dues au titre du sous-traité.

A condition de procurer de manière certaine ce résultat, les constructeurs de maisons individuelles peuvent désormais utiliser le procédé de la caution flotte pour garantir l'ensemble de leurs sous-traitants.

Lors d'un colloque sur la sécurisation financière des intervenants à l'acte de construire, le Professeur PERINET- MARQUET analysait très favorablement ce procédé.

Reste à la jurisprudence à se prononcer !

D'autres techniques pourront certainement être utilisées par la pratique, gage, consignation des sommes, crédit documentaire, prêt avalisé, etc. Celles-ci sont devenues possibles grâce à l'élargissement du texte légal obtenu par les professionnels.

Les organisations concernées ont profité de cette évolution de la loi pour actualiser les conditions générales de sous-traitance spécifiques au secteur de la maison individuelle, l'article 6 de ce contrat intègre bien entendu les nouvelles dispositions légales.

En apparence anodine cette formule est le résultat d'une importante concertation professionnelle. Elle a permis une amélioration réelle de la profession des sous-traitants des constructeurs de maisons individuelles.

Pourquoi ne pas inclure dans la loi de 1975 cette petite phrase qui libérerait toutes les initiatives et que je vous répète : donner l'une ou l'autre des garanties prévues par la loi de 1975 ou toute autre garantie délivrée par un établissement de crédit ou une société d'assurance de nature à garantir le paiement des sommes dues au titre du sous-traité, mais la solution d'assurance

crédit mise en place par les CMI est-elle éligible au regard de la loi de 1975 ? Je connais les doutes de Séverin ABBATUCCI là-dessus.

(applaudissements)

M. le Président.- Monsieur le Conseiller voudrait intervenir...

M. VILLIEN.- Je voudrais dire un mot puisque la Cour de Cassation a été non pas mise en accusation mais a été évoquée à plusieurs reprises.

Vos deux exposés ont été remarquables parce qu'ils étaient parfaitement complets. Je crois que vous avez fait le tour des questions concernant ces mises en œuvre. Vous avez insisté l'un et l'autre sur le caractère dérogatoire de la loi de 1975 qui a effectivement ses caractéristiques.

Vous avez insisté sur le fait d'une autre caractéristique importante : l'acceptation du sous-traitant par le maître d'ouvrage et l'agrément de ses conditions de paiement sont une condition de l'action directe, évidemment très importante avec toutes les conséquences que l'on doit en tirer.

Vous avez parlé aussi de la non opposabilité au sous-traitant de sommes éventuellement dues par l'entrepreneur principal au maître d'ouvrage, par exemple les pénalités de retard. Vous avez cité une décision récente de la Cour de Cassation que j'ignore. Je suppose que c'est avant mon départ à la retraite, début 2006.

M. ABBATUCCI.- C'était par rapport aux conflits avec les banquiers.

M. VILLIEN.- Je pense que les pénalités de retard sont une décision de la Cour d'Appel et qu'effectivement ce serait une bonne solution. D'ailleurs, j'en avais parlé jadis lorsqu'il était encore question de discuter au sujet du deuxième alinéa de l'article 3 sur le problème de malfaçon.

Je pensais qu'on ne pouvait peut-être pas exécuter sur le sous-traitant tout ce que l'entrepreneur principal devait au maître d'ouvrage, notamment les pénalités de retard.

Vous avez parlé du caractère autonome du cautionnement, la banque ne peut pas par exemple opposer une non déclaration de créance lorsqu'il y a procédure collective. Vous avez dit que cette solution, on la retrouvait un peu partout maintenant, notamment dans le domaine des garanties bancaires, ce qui est effectivement le cas des garanties d'achèvement, des garanties de livraison, ces garanties bancaires qui sont données dans le cadre des ventes d'immeuble à construire ou dans le cas de ventes de maisons individuelles.

La jurisprudence déjà depuis un certain nombre d'années a considéré qu'il s'agissait de caution particulière spécifique qui avait donc une vie propre, qui n'était pas atteinte par les exceptions qu'éventuellement la caution pourrait, s'il s'agissait d'une caution normale, opposer au moment d'une demande de paiement.

Vous avez parlé des cautions flottes. Les cautions flottes, c'est un problème qui a été largement discuté au sein de la 3^{ème} Chambre au moment où cette question est venue. Ce n'est pas une unanimité. Je ne veux pas évidemment trahir un secret du délibéré, mais ce n'est pas une unanimité, la

3^{ème} Chambre a voté, a beaucoup discuté, c'est une majorité qui a été prise dans le sens que vous avez cité.

Je pense que ce qui a emporté la décision, c'est une lecture assez littérale du texte. Je rappelle le texte, vous l'avez lu, « *à peine de nullité du sous-traité, les paiements de sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant par l'implication de ce sous-traité sont garantis par les cautions personnelles et solidaires* ». La Chambre a dit, s'agissant d'une caution personnelle, l'indication de la personne doit être donnée.

C'est la raison pour laquelle il y a eu une décision dans ce sens, caution personnelle et nominative. Je ne suis pas sûre tout de même que les entreprises dont vous avez parlé, ne soient pas en mesure de faire face, avec les progrès de la bureautique, à l'encombrement que cela risquerait de faire apparaître dans leurs très compétents services. Je ne pense pas que de ce côté-là il puisse y avoir un problème particulier.

Pour le reste, il s'agit de l'appréciation actuelle qui a été donnée par la Cour de Cassation. Je vous dis que cette appréciation est fondée sur le texte de loi.

Il vous appartiendra peut-être de faire changer le texte de loi. Ce sont des choses qui arrivent. Comme je l'ai dit tout à l'heure, au début, il y a dans ce domaine de la sous-traitance d'innombrables textes qui viennent modifier, corriger la loi de 1975, ce qui prouve qu'on n'est pas encore arrivé à obtenir quelque chose de cohérent.

Vous l'avez dit tout à l'heure, Monsieur GERENT, pour finir, cette loi de 1975 n'était pas appliquée correctement. Il faut en faire voter une autre. Nous autres juges, nous essayons, comme je le disais au début de mon intervention, de faire en sorte que ce que voulait le législateur soit correctement interprété et appliqué sans trahir tout de même les intérêts de l'autre partie.

Il est certain que la sous-traitance donnera encore beaucoup de travail aux cabinets d'avocats et aux prétoires. Sanctions pénales je n'y crois pas. D'une manière générale la pénalisation de la société n'est certainement pas une bonne chose. Je dirai même que c'est peut-être même une certaine catastrophe.

Enfin, on peut imaginer – on peut faire un peu d'humour – que l'entrepreneur construise des maisons d'arrêt spéciales destinées, je suppose, aux locateurs d'ouvrage qui n'auront pas donné satisfaction, qui seront sous le coup des sanctions pénales dont vous avez parlé !

M. GERENT.- On les fera confortables !

M. VILLIEN.- Oui, confortables, si possible, mais ne plaisantons pas, quels sont ceux parmi vous qui ont des questions à poser ou des interventions à faire aux deux orateurs ?

M. GERENT.- Les interventions peut-être après, parce que nous avons presque terminé. Je vous avais demandé les restrictions qu'il y aurait en appliquant cette assurance crédit dans la loi de 1975, cela pose quand même quelques problèmes juridiques, m'aviez-vous dit.

M. ABBATUCCI.- Je vais être très rapide. Le texte actuel ne le permet pas.

Il est prévu une caution personnelle et solidaire à l'établissement financier ou une délégation du maître d'ouvrage. La technique de l'assurance crédit ne correspond pas aux deux mécanismes prévus dans la loi, même s'il est intelligent, fiable économiquement, il n'est pas possible à mettre en œuvre dans le cadre de la loi de 1975, sauf à ce que bien sûr cette loi soit modifiée pour y ajouter la petite phrase qui a ouvert le champ des possibilités, mais on va y revenir, « *toute garantie de nature à...* », c'était une formule qui a vraiment ouvert les possibilités.

Je voulais revenir, puisque j'ai la parole, un instant et je m'excuse auprès de M. VILLIEN car je ne veux pas polémiquer, sur la caution personnelle et solidaire. Cela ne veut pas dire qu'elle doit être personnelle, quand on dit « personnel », cela veut dire « solidaire pour la banque qui s'engage personnellement à l'égard du créancier », donc à mon sens, ce n'est pas une exigence dans la loi différente de toute caution solidaire.

M. VILLIEN.- C'est une interprétation.

M. ABBATUCCI.- Oui, peut-être.

M. GERENT.- On s'aperçoit que ce n'est pas si simple, mais ce n'est pas une raison pour ne rien faire. De là à refaire une autre loi peut-être pas, mais je crois qu'il suffirait simplement d'élargir les garanties que l'on donne à nos sous-traitants pour qu'effectivement tout soit plus facile.

J'en ai terminé là. Il y a une phrase qu'il me plaît bien de citer, elle vient du Professeur Philippe MALINVAUD, il a dit « *les praticiens qui connaissent bien leur domaine ont parfois de meilleures idées que le législateur ou que la jurisprudence trop éloignée des nécessités de la pratique. Ouvrir le champ des possibilités de garantie dans le cadre de la loi de 1975 sur la sous-traitance en général, à notre avis, devient nécessaire, en tenant compte des réalités de l'entreprise et des exigences des garants* ».

Je voudrais en terminer par là, pour moi c'est clair, en tant qu'entrepreneur qui tous les jours a ce genre de difficultés, de problèmes d'une part en tant que sous-traité et en tant qu'entreprise principale avec des sous-traitants, je peux vous assurer que c'est extrêmement difficile à appliquer.

Bon nombre d'entrepreneurs ne respectent pas la loi, donc je pense qu'il faut effectivement arriver un jour à avoir le courage d'élargir ces garanties de paiement et peut-être tout simplement en élargissant, en gardant cette loi de 1975 qui était excellente, mais simplement trouver des astuces pour pouvoir élargir cette loi. On est preneur d'idées, de suggestions, allez-y. On est très demandeur.

Nous, nous travaillons beaucoup là-dessus, mais effectivement ce n'est pas si simple, mais on va y arriver.

M. VILLIEN.- Elargir les conditions de paiement, je suppose que vous voyez tout de suite ce que cela veut dire, cela veut dire qu'il va falloir donner une certaine priorité aux entrepreneurs par rapport au maître d'ouvrage. C'est toute une philosophie différente.

M. ABBATUCCI.- Non, ce sont les garanties, les techniques de garantie qui nous intéressent, ce n'est pas les conditions de paiement elles-mêmes.

Les délais de règlement, cela reste une matière peu réglementée et c'est la négociation des parties, mais sur les techniques de garantie aujourd'hui

la loi ne donne pas de souplesse, d'une certaine manière tant mieux, parce qu'au moins c'est clair, c'est soit une caution, soit une délégation de paiement. Puisque la pratique a inventé des techniques qui n'existaient pas en 1975, comme l'assurance crédit pour compte ou la caution flotte, pourquoi ne pas effectivement ouvrir, desserrer, comme je le disais, le champ des possibilités ?

Il faut tenir compte de l'invention des praticiens, mais évidemment vous avez raison de dire : c'est changer la loi.

C'est effectivement un problème législatif.

M. GERENT.- Sans y mettre les sanctions pénales.

Me PERICAUD.- Ici, nous avons les représentants des sous-traitants qui très clairement nous ont exposé les droits et obligations des sous-traitants par rapport à la loi de 1975.

Evidemment, ce qui manque c'est un défenseur de l'entrepreneur principal ou du maître d'ouvrage.

M. ABBATUCCI.- Non, c'est ce que j'ai fait.

Me PERICAUD.- Du maître d'ouvrage en tout cas, puisque parmi les intervenants, nous avons donc un maître d'ouvrage.

Ce qui est gênant pour le maître d'ouvrage, c'est une certaine contradiction entre deux dispositions de la loi de 1975, d'un côté on nous dit que le maître d'ouvrage doit accepter, agréer le sous-traitant, et accepter ces conditions de paiement, donc c'est clair, et de l'autre côté, dans l'article 14.1, on nous dit que si en dehors de cette acceptation, le maître d'ouvrage découvre sur le chantier un sous-traitant, il doit alors mettre en demeure l'entrepreneur principal, une fois, deux fois, de délivrer une des garanties dont on vient de vous parler, en particulier la caution bancaire.

S'il ne le fait pas, disent les sous-traitants, il a la possibilité de résilier le marché de l'entreprise principale, ce qu'évidemment dans la majorité des cas il ne peut pas faire, mais s'il ne le fait pas, même lorsqu'il s'agit d'un sous-traitant, pratiquement assimilable à un travailleur clandestin, il y a une sanction qui est prévue par cet article 14.1 qui me semble tout à fait disproportionnée avec par ailleurs l'obligation rappelée liminairement pour lui d'accepter le sous-traitant et ses conditions de paiement, ce qui est une condition des garanties données au sous-traitant.

Dans ce cas-là, découvrant un sous-traitant qui n'a pas mis en demeure l'entrepreneur principal de fournir les garanties dont on vient de vous parler, il est débiteur des sommes dues au sous-traitant, il est amené à payer deux fois. Et il faut aller plus loin, car dans ce cas-là il ne va pas payer seulement le prix forfaitaire des travaux dans ses rapports avec l'entrepreneur principal, mais il va payer le coût réel des travaux du sous-traitant, y compris les frais financiers et toutes conséquences, y compris travaux supplémentaires, c'est-à-dire que non seulement il va payer deux fois, mais plus que deux fois.

Il y a là, si vous voulez, une source de discussion. Comment la loi peut-elle affirmer à la fois que les mécanismes de garantie des sous-traitants ne jouent que si le maître d'ouvrage agréé, accepte, et d'un autre côté affirmer que lorsqu'il s'aperçoit qu'il y a un sous-traitant, il doit mettre en demeure l'entrepreneur principal sinon il devient le débiteur direct du sous-traitant pour des sommes pouvant dépasser sensiblement les sommes dues à l'entrepreneur principal ?

Il y a là véritablement dans le mécanisme de l'article 14.1 un aspect qui paraît tout à fait gênant au moins vu du côté du maître d'ouvrage.

Je ne méconnaissais pas les droits légitimes du sous-traitant, je comprends très bien la position des représentants des sous-traitants, mais le maître d'ouvrage – je vois que Maître MARGANNE et M. MAILLARD approuvent -

M. MAILLARD.- Nous sommes heureux de vous entendre !

Me PERICAUD.- Il y a vraiment un problème dans l'article 14.1 pour le maître d'ouvrage, c'est incontestable.

Par contre, inversement, Monsieur VILLIEN, je ne vois pas d'inconvénient à ce que la loi de 1975 étende du contrat de pavillon individuel au contrat d'entreprise en général les garanties supplémentaires.

Je crois que là, si la loi intervient, cela peut être tout à fait utile si ces garanties sont matérialisables, mais voilà le problème que je voulais souligner.

M. MAILLARD.- D'abord effectivement il manquait le point de vue du maître d'ouvrage et je suis heureux que Maître PERICAUD l'ait indiqué.

Effectivement, la loi qui par certains côtés est tout à fait utile, je dirai même pour le maître d'ouvrage, comporte des inconvénients. Celui qui est le plus grave, c'est celui qu'a souligné Maître PERICAUD, et cela pose, sur l'autre aspect pour le juge qui a à juger ce genre de chose, une grande difficulté.

Il est à la fois obligé de considérer l'intérêt du sous-traitant qui est lésé et de l'autre côté ne pas faire payer deux fois à un maître d'ouvrage, donc il y a vraiment un problème.

Ce que nous pensons – j'ai déjà eu l'occasion de le dire – c'est que la loi – je rejoins ce qu'a dit M. GERENT – existe maintenant depuis une trentaine d'années, le contexte juridique a changé.

Il y a un certain nombre de choses qui sont nouvelles. C'est le moment de réfléchir à nouveau sur cette loi, de voir les avantages et les inconvénients, de l'adapter avec les nouveaux outils et là, je suis tout à fait d'accord, il faudrait que ce soit les praticiens, non seulement les universitaires, les techniciens, mais aussi les praticiens qui vivent tous les jours cette loi, qui en voient les inconvénients – les juges aussi – qui puissent dire qu'on pourrait non pas la réécrire, mais refaire un certain nombre d'articles qui manifestement conduisent à des inconvénients tout à fait contraires même à la simple équité, prendre vraiment en compte les intérêts des uns et des autres.

Me MARGANNE.- Pour l'entrepreneur principal, il y a quand même une énorme lacune dans la loi, c'est le moment auquel la caution doit être remise et la loi ne dit rien là-dessus.

La Cour de Cassation qui dit beaucoup, n'interprète pas mais ajoute au texte, parce qu'elle a estimé dans un arrêt du 7 février 2001 que la caution – c'est publié le 7 février 2001, Bulletin Civil du bureau 3, page 13 – doit être concomitante à la conclusion du contrat.

Il y a eu des résistances de la Cour d'Appel de Paris, la Cour d'Appel de Paris a dit qu'on pouvait régulariser par délégation. Simplement, je vois que, que ce soit uniquement pour la caution ou d'autres sujets abordés, la Cour de Cassation, la 3^{ème} Chambre avec tout le respect que je lui dois, a beaucoup de difficultés à appliquer le droit des obligations, notamment en ce qui concerne la nature de la caution. La caution n'est qu'un accessoire du lien fondamental.

Le texte le dit bien. L'article 14 parle de la nullité du sous-traité, le sous-traité c'est le contrat et donc par conséquent faire effectivement de l'accessoire la même chose que le lien fondamental, c'est faire une confusion entre une garantie qui existe avec le lien fondamental qui doit exister, c'est-à-dire le contrat.

J'en veux pour preuve - ce qui est assez extraordinaire - que l'article 1799 du code civil garantissant l'entrepreneur principal des paiements du maître d'ouvrage marche très bien lorsqu'effectivement soit on laisse l'exception du contrat type, soit on l'exige par une lettre recommandée avec accusé réception, mais dans la loi de 1975 on a voulu faire de la caution presque un contrat autonome qui pratiquement s'ajoute ou est une annexe au contrat principal.

C'est lier le caractère de la caution qui est un acte tout à fait différent du lien fondamental, qui est un accessoire du lien fondamental.

M. le Président.- Nous allons passer maintenant au dernier intervenant, Maître POUX-JALAGUIER.

LES SANCTIONS DANS LES GARANTIES DU SOUS-TRAITANT

Maître Philippe POUX-JALAGUIER

La loi du 31 décembre 1975 "relative à la sous-traitance" constitue plus probablement le texte régissant les relations économiques entre professionnels dans lequel le législateur se soit attaché avec le plus d'énergie à en sanctionner le respect:

De son côté, la jurisprudence ne pouvait que tirer les conséquences de l'intention du législateur en consacrant le caractère d'ordre public de la protection voulue et affirmée par la Loi.

Les dispositions qui nous ont été rappelées visent en effet à prémunir le sous-traitant contre toute forme de défaillance financière de l'entrepreneur principal et à garantir, par des sanctions appropriées, le paiement de ses travaux, comme le révèle l'intitulé de la proposition de Loi « *tendant à assurer le paiement des sous-traitants en cas de liquidation de biens ou le redressement judiciaire du titulaire du contrat* ».

Cette sécurisation financière était supposée assurée par deux dispositions, correspondant d'ailleurs au Titre II et au Titre III de la Loi :

- le "paiement direct" pour les marchés publics au sens large,
- l'"action directe" pour les autres.

Toutefois, le législateur avait clairement à l'esprit l'état de dépendance économique du sous-traitant. A ce titre, sans conférer à la Loi le caractère de « Charte » de la sous-traitance, il est néanmoins tenu à assurer une fonction de moralisation aux dispositions légales, le ministre avait à l'époque évoqué la "transparence".

En revanche, il ressort des débats qu'avait été clairement écartée toute forme de responsabilisation du maître d'ouvrage jugée, à l'époque, contraire aux intérêts des entreprises.

Il s'est néanmoins avéré que les sanctions encourues par l'entrepreneur principal n'étaient pas, à elles seules, suffisantes pour assurer la mise en œuvre des garanties de paiement du sous-traitant édictées par la Loi.

Désormais, le maître d'ouvrage, tant public que privé, se voit tenu d'assurer cette obligation et doit répondre, à l'égard du sous-traitant dont il aurait eu connaissance, des conséquences dommageables pour ce dernier des violations de la Loi.

I - LES SANCTIONS ENCOURUES PAR L'ENTREPRENEUR PRINCIPAL

Elles procèdent de dispositions qui pourraient apparaître redondantes, mais qui doivent être considérées comme de nature et de portée différentes, sauf à admettre que les nuances voulues par le législateur seraient dénuées de portée.

- l'article III, alinéa 2 :

« lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté, ni les conditions de paiement agréées par le maître d'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant, mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant ».

- L'article 14 qui prévoit que :

« à peine de nullité du sous-traité, les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant en application du sous-traité sont garanties par une caution personnelle et solidaire » « ou à défaut par une délégation de paiement à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant ».

- L'article 15 :

« sont nuls et de nul effet, qu'elle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente Loi ».

Ces dispositions générales, a priori, suffisantes sont encore précisées :

- par l'article 7 :

« toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite »

- par l'article 12, alinéa 2 :

« toute renonciation où l' action directe est réputée non écrite ».

ce qui confirme à la fois une affirmation réaffirmée, mais également la volonté de dissocier, sinon de différencier les diverses sanctions.

1.1.- L'article 3

1.1.1. - Conditions d'application

A priori cet article constituant aux yeux du législateur la garantie essentielle dans la mesure où :

- elle concernait tant les marchés publics que privés,
- ou l'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement conditionnait nécessairement :
 - pour les marchés publics le paiement direct
 - pour les marchés privés : la délégation et très probablement la caution, (encore que celle-ci puisse exister, en théorie, dans le cadre d'une sous-traitance occulte).

1.1.2. – Les obligations en cause

a) *L'agrément du sous-traitant et de ses conditions de paiement*

- 1) les obligations posées par l'article 3 sont cumulatives et non alternatives
voir → (CA Paris 19^e 29.05.92, SPCP/ Revert)

Cette décision sanctionne l'inopposabilité (non application de pénalités de retard) au sous traitant dont les conditions de paiement du sous-traité ne lui avaient pas été agréées.

2) En cas de silence du Maître d'Ouvrage

- Marchés Publics : le silence gardé 21 jours vaut acceptation (article 114.4)

- Marchés Privés : la Norme NFP03001 prévoit de son côté un délai de 15 jours pour l'acceptation tacite. (article 4.4.1.)

A défaut, la jurisprudence exclue qu'il puisse y avoir acceptation tacite.

b) « *Que faut-il entendre par "conditions de paiement" ?* »

Cette question est importante dès lors que l'"opposabilité" de contrat est en cause.

A priori, cette notion doit s'entendre comme du montant global du sous-traité et le cas échéant, les conditions de règlement.

On est en droit de se demander néanmoins pour qu'elle raison le législateur n'a-t-il pas usé de la formule adoptée à l'article 5 concernant les marchés publics, aux termes de laquelle :

« sans préjudice de l'acceptation prévue à l'article 3, l'entrepreneur principal doit lors de la soumission indiquer au maître d'ouvrage, la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter ».

Cette précision signifie-t-elle que la "nature et le montant" du sous-traité soient distincts des conditions de règlement ?

Il faut également relever que la proposition de Loi envisageait initialement l'obligation de communiquer au maître d'ouvrage le contrat de sous-traitant, ce qui lui aurait permis d'exercer un contrôle notamment sur le prix des prestations sous-traitées.

Il est d'ailleurs prévu à l'article 3, alinéa 1^{er} :

« l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître d'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

On voit mal toutefois que le législateur se soit borné à imposer de faire connaître les conditions de paiement au sens strict du terme, sans envisager que celles-ci comportent l'indication du montant du marché sous-traité.

Pour les marchés privés la Norme AFNOR P03001, article 4-1 prévoit que la demande comporte :

- le nom
- la nature des prestations sous-traitées et leur montant,
- les conditions de paiement prévues dans le contrat de sous-traitance.

1.1.3. La sanction encourue

La jurisprudence sur ce point reste curieusement incertaine et il semble que la doctrine la plus autorisée s'en tienne à une conception restrictive de l'"inopposabilité" prévue à l'article 3.2.

Il a été en effet observé qu'à la différence des articles 14 et 15 sus-visés, l'article 3.2. n'évoque pas la "nullité" au sens strict et qu'il n'existerait pas de nullité sans texte.

La sanction serait de nature différente et moins grave.

Ainsi, la Cour de Cassation (Cass. Civ. 3^{ème}, 24.4.2003, Batlay) a approuvé une Cour d'Appel d'avoir retenu que :

« la sanction de la sous-traitance irrégulière déduite de l'article 3 de la Loi du 31 décembre 1975 réside dans la faculté de résiliation unilatérale ouverte au sous-traitant pendant toute la durée du contrat ».

Cette décision a reçu l'assentiment de la Doctrine (ABBATUCCI, CAROT et SABLIER (Semaine juridique Edition générale, 17 mars 2004, II 1042) qui relève que :

« l'article 3, alinéa 2, n'a jamais eu comme finalité d'instaurer la nullité du contrat mais plus prosaïquement d'être un moyen de pression à l'encontre de l'entrepreneur, principal récalcitrant ». S/C et de « supprimer le risque d'impayé ».

« si le contrat s'avère exécuté, cette contrainte tombe puisqu'elle n'a plus lieu d'être ».

Il faut observer que tous les moyens de nullité constituent tous des moyens de pression, et nous verrons plus loin que, s'agissant de la nullité instituée par l'article 14, la jurisprudence en avait décidé différemment.

On notera enfin que la Cour de Cassation avait relevé que le sous-traitant n'avait pas, devant le Juge du fond, invoqué les dispositions de l'article 15.

La jurisprudence a appliqué les principes posés par la Cour de Cassation (voir notamment C.A. d'Orléans, Ch. Com. du 23 mars 2006, Mathieu / Bourau).

Il semble donc admis qu'en choisissant de poursuivre l'exécution, le sous-traitant aurait implicitement renoncé à se prévaloir de l'article 3.

Une telle position paraît contraire :

- à l'esprit général de la Loi qui répute nul tout "arrangement" contraire aux dispositions de la Loi ;
- à la lettre même de l'article 3.2. qui laisse précisément au sous-traitant la faculté de se prévaloir du contrat qui lui serait par ailleurs inopposable, c'est-à-dire d'en poursuivre l'exécution.

Un arrêt récent de la Cour de Cassation semble remettre en cause cette jurisprudence (Cass. Civ, 3^e, 13 septembre 2006, TCP / CIFN), bien que la notion de nullité n'ait apparemment pas fait l'objet de débat. (pourvoi 05.11.533)

L'arrêt retient au visa de l'article 3 que, alors que le contrat était résolu à l'initiative de l'entreprise principale, et qu'à ce titre :

« dans le cas où un contrat nul a été accepté, les parties doivent être mises dans l'état où elles se trouvaient avant son exécution ».

à ce titre :

« condamner à réparer le préjudice subi par l'entrepreneur principal à la suite de désordres survenus sur les travaux sous-traités, la société CIFN (le sous-traitant) était en droit d'obtenir la restitution par cet entrepreneur des sommes réellement déboursées sans que soit prise en compte la valeur de l'ouvrage ... »

1.1.4.- L'article 3.2 – Pivot de la protection du sous-traitant

L'article 3.2., que l'on a tendance à considérer comme subsidiaire des articles 14 ou 15, paraît au contraire emporter des conséquences particulières et une protection plus forte pour le sous-traitant, que celles prévues par les articles 14 et 15.

i) Sa portée est très générale

En premier lieu il sanctionne également le défaut d'agrément ou d'acceptation du sous-traitant relevant du Titre 2, pour lequel aucune autre sanction, à l'exception de celle générale de l'article 15, ne peut être invoquée, la jurisprudence ayant jugé de façon constante, que le sous-traitant du Titre 2 ne pouvait exercer l'action directe.

On peut certes considérer que le sous-traité serait nul en vertu de l'article 15, mais à quoi bon prévoir un article 3.2. s'il devait instituer une protection spécifique inférieure à celle de l'article 15.

Par ailleurs, la sanction de l'article 14 se limite pour sa part au défaut de fourniture de la caution de la délégation qui peut se concevoir alors même que l'agrément du sous-traitant et ses conditions auraient été opérés. L'article 14 est subsidiaire et limité aux marchés privés.

L'économie même des dispositions rappelées ci-dessus paraît emporter que la sanction de l'article 3.2. soit au moins équivalente, sinon plus sévère, que celles de l'article 14 et de l'article 15.

ii) La lettre de l'article 3.2.

L'article 3.2. n'évoque pas la nullité, mais en revanche, il est particulièrement clair sur le sort du contrat de sous-traitance : l'entrepreneur principal « sera néanmoins tenu », mais ne pourra « invoquer le contrat de sous-traitance ».

Ces dispositions paraissent aller au-delà de :

1°) la simple faculté pour le sous-traitant de se prévaloir d'une nullité relative. (articles 14 et 15)

2°) il ne s'agit pas non plus d'une exception d'inexécution telle que celle prévue pour le défaut de fourniture de la caution de l'article 1799.1 (suspension après 15 jours)

On est en droit de considérer que les règles qui ont été appliquées depuis 1988 et qui consacrent les principes en matière de nullité (notamment l'impossibilité de se prévaloir d'un acte nul et d'en invoquer l'exécution), ne devraient donc pas pouvoir être invoquées en l'espèce, le législateur ayant expressément permis au sous-traitant de se prévaloir d'un contrat qui ne lui serait pas opposable.

Il en résulte :

1/ que la sanction emporte les mêmes effets que les articles 14 ou 15 qui seront examinés ci-après,

2/ que l'on peut en revanche se demander si les règles spécifiques régissant les moyens de nullité (prescription ; application des dispositions de l'article 1338, etc...) pourraient encore recevoir application s'agissant de l'article 3.2.

Conclusions sur l'article 3.2.

Cette interprétation, certes très favorable pour les sous-traitants, paraît plus que jamais justifiée par le caractère désormais essentiel de l'agrément du sous-traitant dans le cadre du dispositif de protection : en effet, dès l'instant où le sous-traitant est agréé par le maître d'ouvrage, il obtiendra automatiquement :

- le paiement direct dans le cadre des marchés du Titre II,
- le bénéfice des dispositions protectrices de l'article 14.1,
- la facilité d'exercer l'action directe. (articles 12 et 13)

La sanction de l'article 3.2. est donc bien une sanction essentielle, spécifique qui, à supposer qu'elle soit purement et simplement assimilée à une nullité, en emporterait à tout le moins les effets, en ce que l'entreprise principale n'apparaîtrait pas fondée à opposer le sous-traité, quelles que soient les circonstances.

La 19^e Chambre de la Cour d'Appel de Paris du 29 mai 1992 sous la présidence de Monsieur le Président Vilier (SPCP/Revert) apparaissait avoir, après un rappel très circonstancié des travaux préparatoires, tiré des conséquences de la spécificité de la sanction de l'article 3. (il s'agissait d'ailleurs en l'espèce d'un sous-traitant accepté mais dont les conditions de paiement n'avaient pas été agréées).

L'arrêt retient que « les dispositions de ce texte d'ordre public sont claires et précises et qu'il y a lieu d'écarter le principe général selon lequel :

« une partie ne peut à la fois se prévaloir d'un contrat pour obtenir paiement de ses prestations et le rejeter pour échapper à ses obligations contractuelles, dès lors que :

« que les dispositions résultent d'un texte spécial qui prime sur les textes généraux »

« que le second alinéa de l'article 3 avait pour but de sanctionner l'infraction »

et en a déduit que :

« l'entrepreneur principal ne peut se prévaloir à l'encontre du sous-traitant des dispositions du contrat prévoyant l'application de pénalités de retard ».

C'est effectivement ces types de clauses qui sont le plus souvent en cause, mais l'on peut également considérer que le sous-traitant peut remettre en question :

- les prix conventionnellement arrêtés et ainsi échapper au forfait, (C.A. Versailles 27.05.94, Matra/SAE)
- les garanties (de bonne fin ou à première demande)
- peut-être également contestée la retenue de garantie, qui n'est pas légalement obligatoire, (Cass.Com. 07.06.94)
- en revanche, la clause compromissoire d'un contrat annulé resterait valable.

1.2. – Nullité de l'article 14

« à peine de nullité des sous-traités, le paiement de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant par application de ce sous-traité sont garanties par une caution personnelle et solidaire... cependant la caution n'a pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître d'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 275 du Code Civil à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant ... »

S'agissant d'une nullité de protection, il va de soi que seul le sous-traitant est recevable à l'invoquer.

Ici la jurisprudence a entendu de manière très large des causes de nullité ; elle a, revanche, limité les effets.

1.2.1. Conditions de la nullité

Comme pour l'article 3.2., mais dans un sens sensiblement différent, la jurisprudence a consacré l'objet même de la nullité édictée.

Plutôt que de sanctionner l'absence effective ou potentielle de paiement du sous-traitant, la jurisprudence a considéré que la nullité était encourue à raison de la seule constatation de l'infraction à la Loi.

a) Elle a donc jugé de façon constante que la caution doit être fournie « à la conclusion du sous-traité à peine de nullité de celui-ci ».

A ce titre, le sous-traitant peut invoquer à tout moment le défaut des garanties :

- alors qu'il aurait été intégralement payé (Cass. Civ. 3^e, 19.03.1997, Bull. n°55, Intraco/Forclum),
- même si la fourniture de la caution devait intervenir postérieurement à la signature du marché et avant même que le sous-traitant n'ait mis en jeu la nullité. (19^{ème} Ch. C.A. Paris, 23.05.2001)
- alors même que le contrat serait résolu (Cass. Civ. 3^e, 30.3.1994, Bull. n°71).

Les prescriptions ont été réaffirmées à nouveau avec force par la Cour de Cassation (Civ. 3^{ème}, 12.07.2005, n°1648), alors qu'en l'espèce :

- le sous-traitant n'avait pas signé le contrat de sous-traitance qu'il ne contestait pas avoir reçu, ce qui, selon l'entrepreneur principal, lui interdisait de mettre en place le cautionnement prévu et le contrat avait été exécuté et payé.

Néanmoins a été sanctionné l'arrêt d'appel qui avait retenu ces éléments pour écarter la nullité invoquée, l'arrêt de cassation relevant que :

« en statuant ainsi sans constater l'existence lors de la conclusion du contrat d'une fourniture d'une caution par la société Protec feu, la Cour d'Appel a violé les textes susvisés » (article 14)

b) La Caution solidaire

La nullité sanctionne également la fourniture d'une caution qui ne serait pas en tous points conforme aux exigences de la Loi, laquelle impliquerait que la caution comporte le nom du sous-traitant et le montant du marché garanti.

On rappellera que la jurisprudence a exclu les « cautions flottes » au motif que ces cautions ne comportaient pas le nom du sous-traitant et le montant du marché en cause (Cass. Civ. 3^e, 18/12/2003, Bul. n°267) et ne satisfaisait donc pas aux exigences de l'article 14.

Elle a par ailleurs considéré comme insuffisantes les cautions emportant les garanties incomplètes et notamment celles prévoyant l'exclusion d'une garantie en cas de procédure collective du maître d'ouvrage. (Cass. Civ. 23/11/2004, SNC FORESIENNE)

S'agissant de la délégation de paiement (Cass. Civ. 3^e, 04.02.2004, n°19147), la jurisprudence a également jugé que, le sous-traitant qui avait accepté le paiement par lettre de change, ne pouvait renoncer aux droits que lui conférait l'article 14, et que le sous-traité était nul.

1.2.1. Les effets de la nullité

a) sur la faculté de renonciation

Cette faculté doit être entendue de façon d'autant plus restrictive que l'article 15 sanctionne les "arrangements" ayant pour effet de faire échec aux dispositions de la loi.

Toutefois, certaines décisions semblent avoir appliqué en la matière les dispositions de l'article 1338 du Code Civil prévoyant la faculté de confirmer ou ratifier « une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité... » que : cette ratification « *n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée* ».

Certes, il est admis qu'à défaut d'acte de confirmation ou de ratification, il suffit que les obligations soient exécutées volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée, l'alinéa 3 de l'article 1338 disposant que : *« la confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emportent la renonciation aux moyens ou exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte... »*

Cette faculté n'est ouverte qu'en matière de nullité relative, ce qui est le cas s'agissant de la nullité de l'article 14.

Un arrêt de la 19^{ème} Chambre B de la Cour de Paris du 23 mai 2001 (ASN/Aquaplim) a jugé :

« après avoir constaté la nullité du marché, faute pour l'entrepreneur principal d'avoir fourni la caution avant la conclusion du sous-traitant et alors même que celui-ci avait accepté en cours de marché la délégation de paiement, la Cour retient que les parties se sont rapprochées et qu'en confirmant le sous-traité, le sous-traitant a renoncé aux moyens de nullité en application de l'article 1338, alinéa 3... l'objet dudit acte en connaissance de nullité a été de confirmer ce sous-traité ».

On ne saurait toutefois trop conseiller aux parties de formaliser, soit à l'occasion de la régularisation, soit à l'occasion des décomptes, un protocole consacrant la renonciation expresse et explicite du sous-traitant à invoquer l'éventuelle nullité du sous-traité.

b) Délai de prescription

Le délai de prescription en matière de nullité relative est de cinq ans, la Cour de Cassation confirmant que ce délai court à compter de la conclusion du sous-traité (Cass. Civ. 3^e 20/02/2002), ce qui était controversé.

1.2.2. Les conséquences de la nullité

1.2.2.1. Le contrat est réputé n'avoir jamais existé.

a) l'enrichissement sans cause :

Sa mise en œuvre ne serait pas favorable au sous-traitant puisqu'il ne pourrait, en théorie, voir sa marge rémunérée. (Voir toutefois en matière d'annulation de marchés

publics où il est admis, qu'outre des débours, le maître d'ouvrage fautif peut indemniser le manque à gagner)

1°) obligations respectives des parties

1.1. - les principes découlent sans doute de l'article 1338, alinéa 2 rappelé ci-dessus, qui dispose qu'à défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit volontairement exécutée, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait valablement être confirmée ou ratifiée.

- le sous-traitant ne peut à la fois se prévaloir de la nullité d'un contrat et en solliciter le bénéfice.

- la jurisprudence considère que le sous-traitant reste tenu "contractuellement" de fournir un ouvrage exempt de vice.

Ces principes devraient servir de base à l'établissement des comptes, qu'implique nécessairement la constatation de la nullité, les parties devant être en effet remises en l'état, le contrat étant réputé n'avoir jamais existé.

Ceci implique tout d'abord l'appréciation de la valorisation des travaux exécutés par le sous-traitant.

Deux formules sont envisageables :

- celle du « juste prix », correspondant à la valeur supposée des travaux,
- celle de la « rémunération des débours » que le sous-traitant justifierait avoir exposée, majorée de la marge usuelle.

Evidemment, de cette valeur de travaux, devront être déduites les reprises pour malfaçons ou défauts de finition.

1.3. Nullité de l'article 15

L'article 15 est couramment entendu comme pouvant autoriser le sous-traitant à invoquer la nullité de tout sous-traité qui comporterait des clauses contraires aux dispositions impératives de la Loi.

Un texte édictant une sanction de nullité doit être entendu de façon restrictive : ici encore si le législateur avait entendu que « toutes clauses ou arrangements » contraires à la loi affectent la nullité du sous-traité, il l'aurait sans doute précisé comme il a su le faire s'agissant de l'article 14 et -sous une autre forme- de l'article 3-2.

La nullité de l'article 15 sanctionne donc a priori des dispositions de nature conventionnelles susceptibles d'affecter les droits du sous-traitant.

~~La nullité édictée par l'article 15 a présenté un intérêt tout particulier dans le cadre des litiges opposant le sous-traitant au titulaire de cession de créances ou de nantissement de marchés.~~

En effet, dès l'origine et a fortiori depuis une Loi du 2 janvier 1981, l'entrepreneur s'est vu interdire de céder ou de nantir d'autres créances que celles afférentes aux « sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il a effectués personnellement ». (article 13.1., alinéa 1 ; l'alinéa 2 précisant que « la fourniture du cautionnement solidaire de l'article 14 permet à l'entrepreneur principal de céder l'intégralité de ses créances »).

La jurisprudence en a évidemment déduit que les cessions et nantissements opérés en violation de ces dispositions étaient radicalement inopposables aux sous-traitants et ce, alors même qu'elles seraient intervenues avant l'exercice de l'action directe par ce dernier.

a) L'article 15 entraîne en fait le plus souvent une nullité par ricochet :

- si une "stipulation" ou un arrangement annulés" sont eux-mêmes imposés à peine de nullité, son annulation entraîne celle du sous-traité. Nous avons évoqué ci-dessus les annulations prononcées pour l'insuffisance de garantie de paiement acceptées par le sous-traitant.

Autre exemple de recours à l'article 15 (Cass. 3^{ème}, 07/10/1998) qui sanctionne les clauses limitant les délégations de paiement aux seules sommes dues par l'entreprise principale.

Toutefois, la Cour de Cassation a admis que les parties pouvaient conventionnellement conférer à la délégation ou au paiement direct un caractère de délégation parfaite, ce qui a pour effet de décharger l'entrepreneur principal de son obligation contractuelle de paiement du sous-traitant. (Cass. Civ. 3^e, 29/01/1992) (Cass. Civ. 3^e, 15/12/1993, RDI, 1994 P.53)

Il apparaît pourtant que cette clause de délégation imparfaite, qui expose le sous-traitant à ne pas être payé en cas de défaillance du maître d'ouvrage, est contraire à la volonté de garantie consacrée par la loi.

Les sanctions encourues par l'entrepreneur principal n'emportaient effet de coercition que dans l'hypothèse où l'entrepreneur principal était encore solvable.

L'action directe apparaissait bien souvent comme très insuffisante d'autant qu'elle était militée aux marchés privés.

Un degré de protection supplémentaire a été franchi par la mise en œuvre de dispositions responsabilisant directement le maître d'ouvrage tant public que privé.

II. LA RESPONSABILISATION DU MAÎTRE D'OUVRAGE

L'article 14.1. : la responsabilisation des maîtres d'ouvrage publics et privés

1. Champs d'application de l'article 14.1

A la différence des autres dispositions de la loi visant « *l'exécution de tout ou partie d'un contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public ...* » (art. 1), l'article 14-1 ne concerne que les « contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics », cette désignation concernant la nature du marché principal.

En revanche les sous-traités en cause présentent un champs d'application large puisque l'article 14-1, concerne la sous-traitance de prestations intellectuelles (Cass. 26/04/2004, *Sechaud & Bossuy*).

Depuis la loi du 7 août 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, elle est étendue au « contrat de sous-traitance industrielle ».

Depuis 2001 l'article 14-1, qui depuis 1986 concernait exclusivement les marchés privés, était étendu à la sous-traitance de marchés publics.

2. Les obligations

Il faut rappeler que pour les marchés publics ou privés, le maître d'ouvrage qui a connaissance de l'intervention d'un sous-traitant pour l'opération, a l'obligation de :

- mettre en demeure l'entrepreneur principal (ou le sous-traitant, en cas de sous-traitance en chaîne), de faire agréer le sous-traitant (dont il aurait eu connaissance de la présence sur le chantier) et ses conditions de paiement,
- de s'assurer auprès de l'entrepreneur principal concerné que ce dernier a fourni une caution, ou à défaut une délégation de paiement.

2.1. l'application des dispositions de l'article 14-1

2.1.1. la présence du sous-traitant

Les Juges du fond sont évidemment souverains pour constater que le maître d'ouvrage a eu connaissance de la présente sous-traitance (Civ. 3^{ème}, 29/01/1997, Bull. n°25).

Les décisions sont évidemment très abondantes, il conviendra simplement d'indiquer :

- que d'une manière générale, la preuve de la connaissance du sous-traitant dont la charge incombe à ce dernier, est assez largement admise, désormais le critère de "la présence sur le chantier" n'est plus requise, ce qui rendra encore plus risquée la situation du maître d'ouvrage, s'agissant notamment de la sous-traitance industrielle ou de prestations intellectuelles,
- les obligations du maître d'ouvrage subsistent, même s'il n'a connaissance du sous-traitant qu'après exécution des travaux par celui-ci (Cass. Civ. 05/06/1996)
- que ces obligations sont imposées au maître d'ouvrage, tant qu'il n'a pas lui-même réglé l'entrepreneur principal (Cass. Civ. 02/10/2002)

2.2. Sanction du défaut de fourniture de la caution

2.2.1. Marchés privés

Compte tenu de la position adoptée par la jurisprudence, il paraît aller de soi que le sous-traitant doit invoquer les dispositions de l'article 14-1 dans leur ensemble, dès lors qu'il soit agréé ou non, son préjudice réside dans le défaut des paiements qui lui

auraient été garantis par l'entrepreneur principal si le maître d'ouvrage avait contraint, ce dernier, en temps utile, comme il en a l'obligation.

« Faute ayant empêché le sous-traitant le droit de réclamer réparation de l'entier préjudice en résultant, de bénéficier, outre de l'action directe, de la caution ... » (Cass. Civ. 3^e, 22.11.2000, SCI La Traye)

Dès lors que le sous-traitant a établi la faute du maître d'ouvrage, le préjudice occasionné par la faute peut essentiellement être apprécié de deux manières :

- le sous-traitant s'est trouvé privé des sommes qui auraient dû lui revenir au titre de l'action directe, soit en vertu de la caution qui aurait dû être fournie.

A ce titre le préjudice qui doit être intégralement réparé, devrait résider dans le montant des travaux réalisés par le sous-traitant postérieurement à sa connaissance par le maître d'ouvrage et restés impayés.

jurisprudence constante : (le maître d'ouvrage est également redevable des intérêts moratoires auxquels le sous-traitant aurait pu prétendre).

La jurisprudence va même jusqu'à considérer que pour actionner le maître d'ouvrage sur le fondement de l'article 14.1., le sous-traitant n'est pas tenu d'établir l'impossibilité du recours exercé à l'encontre de l'entrepreneur principal. (Cass. Civ. 3^e, 26.11.2003)

Bien évidemment, le maître d'ouvrage ne peut être tenu pour directement responsable du défaut de fourniture de caution, en revanche, sa faute résidera dans le fait qu'il n'aurait pas usé des moyens de coercition dont il pourrait disposer sur l'entreprise principale pour l'y contraindre, et notamment le fait de « payer l'entrepreneur principal sans s'être assuré de la garantie du sous-traitant ».

En effet, le maître d'ouvrage apparaît autorisé à refuser le paiement à l'entrepreneur principal tant que la situation n'est pas régularisée.

A l'inverse, s'il n'est pas établi que le maître d'ouvrage a eu connaissance de l'existence du sous-traitant avant de payer l'entrepreneur principal, l'omission du respect des prescriptions de l'article 14-1 ne serait pas la cause du préjudice *« dès lors que l'action directe se serait avérée infructueuse »*. (Cass. Civ. 26/01/2000, Bull. n°15)

Le principe de réparation intégrale ne reçoit aucune exception et il est notamment de jurisprudence constante que le sous-traitant n'étant pas tenu de se manifester auprès du maître d'ouvrage, il ne peut donc être tenu pour ayant commis une faute de nature à lui faire supporter une partie du préjudice indemnisable. (L'on verra ci-après que la situation du sous-traitant de marché public est très différente).

En revanche, la responsabilité encourue par le maître d'ouvrage au titre de l'article 14-1 peut être partagée avec d'autres intervenants. Ainsi, a été retenue la responsabilité du maître d'œuvre pour manquement à son devoir de conseil en la matière (19^e, C.A. Paris, 24/11/2004, RDI 2005, p.293)

2.3. Sur la responsabilité de l'entrepreneur principal de premier rang

L'article 14 ne crée clairement d'obligations qu'à l'égard du maître d'ouvrage. (Cass. 3^e, 21/04/2004 ; C.A. Paris, 27/10/2004)

A ce titre, la responsabilité de l'entrepreneur principal, en cas de sous-traitance en chaîne, ne pourrait être recherchée par le sous-traitant non agréé.

Toutefois, une décision récente rappelle (au visa de l'article 13-1) que l'entrepreneur principal peut néanmoins être responsable dès lors qu'il serait établi « un lien de causalité entre le comportement fautif de l'entrepreneur principal qui ne fait pas agréer un sous-traitant et le préjudice subi par le sous-traitant de ce sous-traitant qui ne peut se faire agréer par le maître d'ouvrage... ». (Cass.3^e, 30/01/2007, arrêt n°92FD)

3.2. - Marchés "Publics" du Titre II

La responsabilité du maître d'ouvrage à l'égard d'un sous-traitant non agréé, quelque soit son rang, dont il aurait eu connaissance, a été de longue date retenue par la jurisprudence administrative.

Dès l'origine, elle a considéré que les maître d'ouvrage public avaient l'obligation de faire assurer le respect de la loi, du Code des marchés, ou du CCAG Travaux, lesquels leur confèrent également des pouvoirs de coercition.

Toutefois, elle opérait traditionnellement un partage de responsabilités, le plus souvent par tiers, en relevant notamment que le sous-traitant était de son côté responsable de ne pas avoir pris les dispositions propres à sauvegarder ses droits. (voir notamment Conseil d'Etat, 28/05/2001, Société Bernard Travaux Polynésie)

Cette jurisprudence apparaissait quelque peu illogique :

- l'on ne voit pas à quel titre le sous-traitant pourrait être tenu pour responsable de ne pas s'être manifesté puisque la jurisprudence administrative rappelait par ailleurs que la demande d'agrément ne peut émaner du sous-traitant.
- l'on ne voit pas non plus pourquoi le sous-traitant devrait supporter (et non le maître d'ouvrage) la part supposée de responsabilité de l'Entrepreneur principal,

Curieusement, l'extension des dispositions de l'article 14-1 aux marchés publics dont on doit considérer qu'elle est inspirée par la volonté de remédier au caractère trop restrictif de la jurisprudence rappelée ci-dessus, ne semble pas à ce jour avoir infléchi la jurisprudence administrative.

Celle-ci continue à considérer que le sous-traitant ne peut avoir droit à réparation intégrale et qu'il doit à la fois supporter les conséquences de sa faute supposée due à son insuffisance de diligence et celle de l'entrepreneur principal, dont on voit d'ailleurs mal pour quelle raison il ne se verrait imputer qu'un tiers de responsabilité.

Compte tenu des délais de procédure administrative, la plupart des décisions en la matière le sont encore sous l'empire des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de la Loi du 11 décembre 2001.

Une décision de la Cour Administrative d'appel vise toutefois l'article 14-1 sans pour autant infléchir la jurisprudence intérieure, (voir notamment C.A. Paris, 01/12/2005).

Cette décision vise l'article 14-1, mais uniquement le 1^{er} alinéa, les faits remontant en effet à 1998 ; la Cour Administrative en déduit que :

« dès lors qu'il a mis en demeure l'entrepreneur principal de s'acquitter de ses obligations, le maître d'ouvrage public qui n'a pas "le pouvoir de prononcer l'acceptation du sous-traitant en l'absence d'une demande émanant de l'entrepreneur principal" ne peut être regardé comme ayant commis une faute de nature à engager sa responsabilité ».

Il est évident que cette position ne pourrait être maintenue, puisque désormais le maître d'ouvrage public se doit également de mettre en demeure l'entrepreneur principal ou le sous-traitant et de s'acquitter des obligations visées aux articles 5 et 6.

Une décision récente de la Cour d'Appel de Bordeaux (19/12/2006, Belloti), vise en revanche les dispositions de l'article 14-1, telles que résultant de la réforme de 2001, ses considérants restent strictement ceux qui étaient habituellement utilisés :

- « *en s'abstenant de provoquer la régularisation de la situation du sous-traitant (en l'espèce de second rang) l'office a commis une faute qui est à l'origine directe du dommage subi par la société Belloti, »*
- « *que toutefois la responsabilité de l'Office est atténuée tant par les fautes commises par la Sarl Oustalle Aquitaine Sarl Bâtiment de la Genet, en ne soumettant pas la société Belloti à l'agrément du maître d'ouvrage que par la société Belloti, elle-même, à qui il apparaissait de vérifier en temps utile que le maître d'ouvrage ou le titulaire du lot a procédé à la régularisation de cette situation* » (l'office ne supporte que le tiers du préjudice subi par le sous-traitant).

Il apparaît dans ces circonstances que le souci de ménager les deniers publics ait prévalu sur la volonté clairement exprimée du législateur.

Il existe donc sur ce point une différence très sensible et certainement injustifiée entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire, le sous-traitant non agréé du marché public, à l'origine de l'intervention du législateur serait donc moins bien protégé que le sous-traitant de marché privé.

Autre différence sensible : les obligations du maître d'ouvrage sont plus restreintes. Il suffit pour une personne publique de mettre en demeure l'entrepreneur principal de s'acquitter de ses obligations. (CAA Paris, 01.12.2005), (au visa article 14.1.), pour ne pas encourir de sanction.

EN CONCLUSION,

Il apparaît désormais que les sanctions de la sous-traitance irrégulière devraient s'articuler autour des articles 3 et 14.1. La protection du sous-traitant ne serait toutefois totalement assurée que si la sanction de l'article 3.2. s'entend comme une nullité relative de protection susceptible d'être évoquée à tout moment par le sous-traitant non agréé et lorsque la jurisprudence administrative appliquera les principes retenus par la jurisprudence judiciaire pour pleinement responsabiliser le maître d'ouvrage en lui faisant supporter l'entier préjudice subi par le sous-traitant –connu de lui- mais privé de l'agrément et du paiement direct.

Mme PATELOUP.- Merci Monsieur le Président.

Monsieur ABBATUCCI, en tant que Directeur des Affaires juridiques et fiscales de la Fédération Française du Bâtiment, est-ce que vous donnez des directives à vos services pour qu'ils puissent inciter vos adhérents à mettre en place des procédures qui permettent de faciliter l'évaluation pour établir les bilans de fin d'année dans le cadre de la nouvelle loi de finances, des normes ISCA, des normes mondiales des finances publiques, car je pense que pour établir la concordance des comptes il est indispensable qu'il y ait une transparence totale ?

Je plains beaucoup les commissaires aux comptes lorsqu'ils vont contrôler la véracité des informations qui sont enregistrées, lorsqu'il y a notamment des litiges sur les sous-traitants, des sous-traitants non déclarés, également lorsque le maître de l'ouvrage est responsable dans certaines conditions du personnel qu'il a laissé passer sur le chantier en lui remettant un badge alors qu'il n'était pas salarié de l'entreprise sous-traitante figurant dans le marché.

(applaudissements)

M. ABBATUCCI.- Sur la première question, je vais très vite botter en touche, je ne connais rien aux normes comptables, pour moi c'était les normes IFRS. Elles sont absolument inapplicables par les PME, et même les experts comptables le disent, donc l'une de nos actions est de demander une simplification de ces normes pour les PME.

On y travaille dans le cadre du MEDEF qui a édité un guide, pas très pratique pour les PME. Voilà ce que nous pouvons vous dire sur ce point.

Mme PATELOUP.- Les normes IFRS sont applicables depuis le 1^{er} janvier 2005.

M. ABBATUCCI.- Elles sont très difficiles à appliquer.

Mme PATELOUP.- Elles ont déjà deux ans.

M. ABBATUCCI.- Les autres seront encore plus dures à appliquer !

Mme PATELOUP.- Pour les normes des marchés publics, le BTP signe énormément de marchés publics, on tient à une transparence totale dans toutes les administrations, comment voulez-vous évaluer ? Vous-même êtes quand même le relais auprès des entreprises pour leur faciliter les procédures, pour qu'il y ait une transparence totale et une cohérence des informations.

Je pense qu'il serait souhaitable que vous vous rapprochiez quand même de l'administration fiscale.

M. ABBATUCCI.- Tout à fait Madame, vous avez raison, d'ailleurs c'est ce que l'on fait. On a des fiscalistes à la Fédération Française du Bâtiment qui sont en relation constante avec les services de Bercy.

L'objectif c'est de simplifier, parce que c'est très difficile.

Sur la deuxième question, je peux peut-être vous apporter un éclairage, sur le travail clandestin, les badges qui peuvent être donnés aux entreprises et surtout qui sont remis aux salariés des entreprises, aux personnels de chantier, là M. GERENT vous le confirmera, on a beaucoup travaillé pour lutter contre le travail illégal sur les chantiers, en mettant en

place à l'aide des Caisses de Congés Payés, une carte d'identité professionnelle pour tous les salariés. Tout ouvrier du bâtiment doit être déclaré aux Caisses de Congés Payés, c'est une obligation de chaque employeur, donc si les employeurs déclarent bien leurs salariés, les Caisses de Congés Payés vont envoyer les cartes. C'est ce qui se passe actuellement.

La Caisse des Congés Payés parisienne met en place l'action progressivement. Il ne devrait plus y avoir d'ouvriers sans badge.

Mme PATELOUP.- C'est également pour la responsabilité des différents intervenants.

Est-ce qu'on ira jusqu'à la reconnaissance de l'iris ou de l'ADN pour être sûr que la personne qui est détentricice de la carte est bien celle identifiée ?

M. ABBATUCCI.- La biométrie, on y vient. Pour le moment, on a juste un petit logo infalsifiable.

Mme PATELOUP.- Lorsqu'il y a une explosion, il n'y a plus personne, tout le monde ouvre le grand parapluie.

Un Intervenent.- J'ai une question qui est la suivante : toutes les discussions que nous avons eues, manifestent l'existence de risques juridiques, mais également de risques financiers et d'acceptation du marché de ce même risque.

Je pense qu'il serait nécessaire de voir tout d'abord quelle serait, idéalement, l'acceptation du marché de l'assurance et de la réassurance en ce qui concerne les risques, pas seulement au niveau de l'assurance crédit, comme vous l'avez examiné, mais peut-être d'une assurance caution qui serait en deuxième lieu, une réassurance de cette assurance caution.

Je m'excuse, on ne va pas entrer dans le débat qui serait très long, mais qui est pertinent dans le débat que nous avons.

A ce moment-là, idéalement, je dis toujours « idéalement », ne pourrait-on concevoir que le vrai problème se poserait au niveau des exclusions de l'assurance et de la réassurance au niveau d'une acceptation, d'une appréciation réaliste du marché de l'assurance et de la réassurance en ce qui concerne ces risques ?

A l'étranger, il y a certainement au niveau des calculs qui ont été faits, des clauses. Je n'ai pas examiné ce problème, c'est juste une idée que je voulais vous soumettre.

M. GERENT.- Je peux effectivement répondre là-dessus. Bien sûr qu'on s'en est inquiété et nous avons travaillé auprès des assureurs spécialement pour savoir quelle garantie ils pourraient remettre aux entrepreneurs.

Depuis tout à l'heure, j'entends tous ces éminents spécialistes juristes, mais moi qui ne suis pas juriste, qui ne suis qu'un simple entrepreneur, je rappelle quand même que le bâtiment c'est 65 % d'entreprises de moins de 10 personnes, 85 ou 88 % d'entreprises de moins de 20 personnes, c'est vrai que ce n'est sans doute pas le moment le plus réussi, ce n'est pas le moment, ce n'est pas l'endroit, mais imaginez quand même ce que c'est pour un petit patron de PME dont le premier travail est d'abord de trouver du travail, des marchés, d'embaucher des salariés, ce qui devient de plus en plus difficile,

de vérifier qu'ils sont bien en situation régulière, qu'ils ne sous-traitent pas à un autre sous-traitant, de veiller à ce que tout cela fonctionne bien, que tout cela est bien exécuté.

Il y a donc toutes ces contraintes et on voit qu'entre vous, juristes, vous n'êtes pas tout à fait d'accord sur la façon dont cela fonctionne. Nous, qu'est-ce que nous demandons ? Nous demandons simplement d'être payés du travail que l'on fait.

Quand vous allez boire un café, vous payez votre café tout de suite. Vous allez au restaurant, vous payez tout de suite. La plupart des gens, des commerces sont payés tout de suite et nous, on ne nous paye pas. C'est tout de même un comble !

Aussi c'est tout simple ce que nous demandons. Quand on nous dit : l'article 14.1, on va faire payer deux fois... je connais peu d'entrepreneurs qui font jouer ces clauses. Je sais que cela existe. Les Magistrats m'ont dit qu'effectivement il y a des dossiers comme cela, mais je pense qu'ils doivent être quand même assez rares.

Nous, nous demandons d'être payés du travail que nous avons fait, un point c'est tout.

(applaudissements)

C'est vrai, on n'en demande pas plus.

Mme PATELOUP.- Est-ce qu'il ne serait pas judicieux de créer des groupements d'intérêt économique qui vous permettraient d'avoir des membres d'activité complémentaire, du gros œuvre ou du second œuvre, ce qui vous permettrait d'avoir des structures administratives, juridiques, fiscales qui voient tous ces problèmes-là ?

En plus, il y a plus de dix ans a été créée la BDPME, la banque des PME qui devait pré financer le marché public. C'est tombé à l'eau, mais est-ce que ce n'est pas quelque chose qu'il faudrait réactiver ?

Un Intervenant.- Je voudrais vous soumettre un petit cas pratique pour être sûr que je ne me trompe pas sur l'objectif final de la loi.

Vous avez exercé tous les recours en observant les modalités, les délais de dénonciation de la loi de 1975, vous avez des droits mais pas encore de titres exécutoires. Une entreprise qui n'est pas payée, fait un référé provision pour avoir le paiement des situations et très souvent on se voit opposer des réclamations inverses du maître d'ouvrage ou de l'entreprise principale invoquant des désordres, ce qui renvoie naturellement à l'expertise qui peut prendre quatre ans. Je dis cela pour monsieur !

La loi de 1975 est bien parce qu'elle apporte de nouvelles garanties, crée de nouveaux droits en faveur de l'entreprise, mais je crois qu'il faut être modeste quand on parle du souci que l'on a du sort du sous-traitant qui reste quand même tributaire de la mise en œuvre de ces droits alors que, quand on pratique le terrain, on sait bien que quatre ans plus tard l'entreprise peut avoir disparu depuis longtemps puisque ces situations ne sont pas payées.

Je ne me trompe pas quand je dis que la loi de 1975 ne fait que créer de nouveaux droits, mais ne fait rien de plus que le droit antérieur par rapport à l'exécution des droits.

Petite question précise : en ce qui concerne l'assiette du recours du sous-traitant contre le maître d'ouvrage, la loi prévoit que le maître d'ouvrage est comptable des sommes qui restent dues au moment où il reçoit la lettre recommandée dénonçant la mise en demeure de l'entreprise principale par le sous-traitant.

Je me suis posé la question : lorsque ce maître de l'ouvrage a plusieurs marchés avec le même sous-traitant, ce qui arrive souvent quand vous avez des clients qui ont des marchés, qui ont confiance en vous, et ils ont également souvent plusieurs fois le même maître d'ouvrage comme client. J'ai essayé – cela n'a pas réussi, je vous le dis – de faire valoir que l'assiette de mon rang c'était en fait toutes les sommes que devait le maître d'ouvrage, quel que soit le titre, c'est-à-dire une vision globale de ces relations commerciales pouvant mettre en œuvre d'autres chantiers ou même d'autres choses. En référé, non, mais l'espoir n'est pas perdu.

M. ABBATUCCI. – Sur la première observation, je suis d'accord avec vous, c'est une loi qui ne règle pas tout, elle ne procure pas au sous-traitant une garantie de paiement à première demande, c'est vrai qu'il faut en passer parfois par la démonstration que la créance est certaine. S'il y a des contestations sur les travaux, loi de 1975 ou pas, il faudra effectivement passer par une expertise et ce n'est que si la créance est reconnue certaine et non payée que le débiteur soit l'entrepreneur principal, soit le maître d'ouvrage, est tenu de payer.

Je crois qu'on ne peut pas faire autrement. Il n'y a pas de solution véritable.

Sur la pluralité d'action directe, en fait cela me paraît logique. L'action directe s'exerce marché par marché. Si le sous-traitant a plusieurs marchés, même si le maître d'ouvrage est le même, il y a quand même plusieurs marchés. Donc l'action directe, il doit la faire opération par opération. Il ne peut pas globaliser car sinon cela risquerait de léser les intérêts d'autres sous-traitants qui interviennent sur les différents marchés.

Me POUX-JALAGUIER. – Je voulais vous rappeler un point important qui répond un peu à votre question, le juge se montre très exigeant sur le formalisme de l'action directe. Il l'a toujours été et il a toujours considéré que pour que l'action directe soit valablement formée, il fallait que le sous-traitant adresse effectivement une mise en demeure à l'entrepreneur principal et que copie soit acheminée au maître d'ouvrage.

Ce qui est intéressant dans l'action directe c'est qu'elle n'est pas correctement exercée, il est arrivé – il y a un cas très récent, c'est une décision de Cassation du 6 décembre 2006 – qu'un maître d'ouvrage ait spontanément réglé un sous-traitant qui lui avait réclamé le paiement. La Cour de Cassation a considéré que dès l'instant où ces sommes n'avaient pas été réglées de la manière considérée comme valablement formée, l'administrateur judiciaire restait créancier des sommes, que le maître d'ouvrage devait payer deux fois.

Donc là je vous dis que l'action directe a un intérêt puisque de toute façon le maître d'ouvrage devra payer les sommes dues. Cela permet simplement valablement de conserver par devers soi les sommes qui permettent de régler le sous-traitant. Donc faites attention.

C'est vrai aussi en matière de paiement de marchés publics, la jurisprudence administrative ou même privée considère que le paiement direct

ne peut pas intervenir de façon rétroactive. On ne peut pas par le biais d'un paiement direct rétroactif léser les droits, ce serait un mode anormal de paiement qui ne serait pas opposable.

Un Intervenant.- A entendre les talentueux intervenants de cet après-midi, on recueille deux types d'impression, la première c'est que s'il n'y avait pas de mauvaise loi, il n'y aurait pas de colloque juridique !

La seconde, c'est qu'on a l'impression qu'avec le sous-traitant, il y a une sorte de fatalité du rapport triangulaire. Je m'explique : on parle de rapport triangulaire dans les rapports entre un créancier, un débiteur, une caution par exemple, parce que ce sont des rapports qui sont créés de façon simultanée à l'origine.

En ce qui concerne la sous-traitance, ce qui m'a toujours frappé c'est qu'il ne pouvait s'agir d'un rapport triangulaire que diachronique, et non pas synchronique.

Je m'explique : quand le contrat de sous-traitance est passé par l'entrepreneur principal, avec l'entreprise sous-traitée, il y a déjà par définition un contrat précédent avec le maître d'ouvrage.

Puisque nous sommes ici pour rêver, est-ce qu'on ne peut pas imaginer que dès lors que le marché principal est conclu, dans un délai qui resterait à déterminer, quinze jours, un mois, il y aurait une obligation pour l'entrepreneur principal de dénoncer l'ensemble des sous-traitants auxquels il souhaiterait avoir recours, que passé ce délai, aucun sous-traitant ne serait plus recevable ni déclarable, n'aurait plus droit juridiquement de travailler et que par conséquent dans cette hypothèse, on ferait remonter le sous-traitant aux côtés de l'entrepreneur principal vers le maître d'ouvrage.

Il y aurait, pourquoi pas, une sorte de transfert d'obligation avec changement de débiteur et le maître d'ouvrage deviendrait ipso facto avec la déclaration faite du sous-traitant débiteur du sous-traitant qui serait aux côtés de l'entrepreneur principal et tous les problèmes reviendraient peut-être à l'examen de tous ceux qui existent dans la cotraitance, sauf qu'un instant de raison technique il y aurait eu une sous-traitance au départ mais qui serait remontée vers le maître d'ouvrage.

Voilà cette modeste réflexion que je voulais soumettre à votre sagacité.

Me POUX-JALAGUIER.- Juste une impression : cette question avait déjà été évoquée car à l'origine on avait voulu imposer à l'entrepreneur principal de communiquer le sous-traité. On avait pensé que cela responsabiliserait le maître d'ouvrage et on s'y était refusé.

Il avait simplement été prévu que le maître d'ouvrage pouvait exiger à sa demande la communication, mais on ne voulait pas qu'il soit impliqué dans le sous-traité lui-même.

M. GERENT.- J'ajouterai que malheureusement nous constatons sur les chantiers que souvent l'entreprise principale désigne ses sous-traitants de premier rang dans le temps, surtout sur des corps d'Etat qui interviennent. Je pense par exemple aux peintres et souvent les corps d'Etat sont désignés, le chantier est commencé depuis un an ou deux, lequel sous-traitant ne sait pas très bien à quel moment il intervient, il a plus ou moins de charge de travail, et à tout moment malheureusement l'entrepreneur doit pouvoir effectivement

faire appel à un sous-traitant qui n'est pas forcément du même métier que lui, suivant la charge de travail qui arrive à ce moment-là on a besoin de souplesse.

De la façon dont nous travaillons actuellement en dents de scie, c'est vrai que nous avons besoin de souplesse et que malheureusement il y aura toujours des sous-traitants. C'est une bonne idée, mais qui ne va pas protéger l'ensemble de nos sous-traitants, c'est clair.

M. LOURDEAU.- Est-ce que cela ne pourrait pas faire l'objet de dispositions contractuelles particulières qui permettraient dans le temps de mettre le sous-traitant dans le contrat principal dès qu'il est signé, même si c'est en fin de chantier ?

Me POUX-JALAGUIER.- C'est la règle pour le marché public.

M. LOURDEAU.- Il y a peut-être quelque chose à imaginer au niveau contractuel.

M. ABBATUCCI.- Cela revient à ce que disait Monsieur, moi je trouve cette fiction intéressante, mais impossible à réaliser.

Comment voulez-vous que le sous-traitant devienne cocontractant du maître d'ouvrage à partir du moment où l'entrepreneur aurait dénoncé tous les contrats de sous-traitants dans un certain délai ? On imposerait au maître d'ouvrage quasiment un lien contractuel avec tous ses sous-traitants qui n'en seraient plus d'ailleurs. Ce serait une espèce de groupement d'entreprises un peu forcé.

Est-ce que c'était cela votre idée ?

L'Intervenant.- Non, il n'est pas question d'imposer au maître d'ouvrage, il aurait la liberté de refuser le sous-traitant, mais s'il l'accepte il devient son débiteur.

M. ABBATUCCI.- C'est le cas, vous refusez le sous-traitant, il a oublié de le dire. C'est prévu.

L'Intervenant.- Si vous voulez, c'est le cas mais au coup par coup, alors que j'aurais voulu purger l'intervention de l'ensemble des sous-traitants par une sorte de déclaration commune de sous-traitance. Ce serait plutôt répondre à l'objection ô combien professionnelle de M. GERENT. Je crois qu'effectivement les nécessités d'un chantier en cours d'évolution font qu'on a toujours besoin de faire appel à des sous-traitants, rien n'empêcherait non plus à ce moment-là, on ne serait pas exclusif, une autre présentation de ce qui ne serait plus un sous-traitant mais un cotraitant pour les besoins de la cause.

Une Intervenant.- Je souhaiterais justement savoir si le maître d'ouvrage ne peut pas se protéger d'une certaine manière sous-traitant qu'il ne connaîtrait pas, comme certains fournisseurs qui peuvent être interprétés comme des sous-traitants par la jurisprudence, justement par des clauses contractuelles à l'égard de son entreprise principale, l'obligeant à solliciter l'autorisation expresse et écrite de l'entrepreneur pour sous-traiter.

Est-ce que cela ne le protège pas un peu tout de même de sous-traitant surprise ?

M. ABBATUCCI.- C'est déjà la loi, mais vous voudriez finalement que l'on contractualise l'obligation légale ? Oui, mais dans la norme AFNOR, c'est très bien exposé.

On a précisé que l'entrepreneur qui veut sous-traiter, ne peut le faire sans l'autorisation préalable expresse du maître d'ouvrage, il doit à cet effet adresser une lettre recommandée au maître d'ouvrage ou lui remettre en reçu une déclaration de sous-traitance, dans laquelle figurent toutes les mentions utiles pour prononcer ou pas l'acceptation du sous-traitant, donc tout est déjà prévu, seulement c'est la mauvaise application des textes qui est en cause.

Me MARGANNE.- Je voudrais simplement aborder le problème de la sous-traitance en droit international pour démontrer que la loi de 1975 est quand même en quelque sorte une loi d'exception.

Dans l'excellent ouvrage d'Olivier CARREAU, on vient vous dire à un moment donné que lorsque le droit applicable n'est pas mentionné, entre deux entreprises françaises qui travaillent à l'étranger, c'est naturellement la loi sur la sous-traitance qui s'applique. Autrement dit, lorsqu'un fabricant d'énergie atomique sous-traite le génie civil, il y a une entreprise de gros œuvre. C'est bien si le régime du droit n'est pas mentionné, si le droit français est applicable et donc la loi de 1975, confère arrêt de la Cour de Cassation 1992. C'est le cas que vous citez.

Donc sanction, article 14, nullité du contrat, mais quid de l'application de la loi vis-à-vis du maître d'ouvrage puisque lui, le maître d'ouvrage, n'est pas assujéti à la loi de la sous-traitance en droit français ?

M. ABBATUCCI.- A mon avis, il n'aura pas d'action. Le sous-traitant n'a pas d'action contre le maître d'ouvrage étranger puisqu'il n'est pas régi par le droit français donc dans l'affaire qui a été jugée par la Cour de cassation en 1992 c'est un marché en Algérie, je crois, le maître d'ouvrage n'était absolument pas régi par notre loi de 1975 et la seule disposition qui pouvait s'appliquer entre l'entrepreneur et le sous-traitant c'était l'obligation de fournir la caution, puisqu'elle est indépendante de l'agrément du sous-traitant par le maître d'ouvrage et cela ne met pas en cause le maître d'ouvrage.

Assez justement, la Cour de Cassation a approuvé la Cour d'Appel d'avoir sanctionné l'entrepreneur qui n'avait pas fourni cette caution au sous-traitant parce que la loi française – j'ai oublié de le dire – était bien sûr applicable entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal.

On voit bien que quand les deux contrats successifs ne sont pas régis par le même droit, cela pose problème. L'issue pour l'espèce c'est la caution et je pense que c'était une bonne solution.

Me GAUTHIER.- Monsieur ABBATUCCI, vous avez parlé de l'impératif difficilement conciliable, en ce qui concerne la caution, de produire la caution en même temps que le contrat, puisque la banque demandait le contrat pour fournir la caution.

Vous nous avez laissé espérer des solutions en disant qu'il y avait des moyens de s'en sortir. Est-ce que vous pouvez préciser les solutions que vous avez trouvées ?

M. ABBATUCCI.- C'est un petit peu acrobatique et expérimental. Je pense qu'on pourrait imaginer qu'un pré contrat entre l'entrepreneur et le sous-traitant soit fourni à la banque ; de cette façon, la banque pourrait émettre la caution sur la base de cet avant-contrat.

On connaît déjà l'essentiel, l'ampleur des travaux, un montant, il n'y a pas encore un contrat de sous-traitance en bonne et due forme, mais il y a déjà eu un accord entre les deux entreprises. Si on remet un exemplaire de cet avant-contrat au banquier, il peut très bien émettre la caution et donc l'entrepreneur va pouvoir remettre au moment de la signature du contrat officiel avec le sous-traitant la fameuse caution.

Je ne vois pas d'autre façon de faire, c'est un peu du bricolage mais c'est cela.

M. VILLIEN.- Ce n'est pas du bricolage, c'est très juridique.

M. ABBATUCCI.- Merci.

M. GERENT.- On peut peut-être aussi ajouter sur ce même sujet les avancées que nous obtenons avec les banques, avec certaines banques tout au moins.

Les banquiers, notamment par la loi Dailly, accordent plus facilement les cautions à nos sous-traitants. C'est quelque chose qui commence à être bien mis en place. Vous savez que ce n'est pas très facile pour nous, avec nos clients. Avec la loi Dailly, on nous regarde toujours d'un œil bizarre quand on demande à la mettre en place, quelquefois on a du mal à obtenir tous les documents, mais du côté de certains banquiers cela fonctionne bien.

En fait, ils prennent plus de risques, puisque c'est eux qui sont payés de la totalité de nos travaux, donc ils peuvent garantir les sous-traitants dans ces cas-là. Cela est en place, on a même obtenu que l'assiette retenue par les banquiers soit les travaux en cours et non plus la totalité du marché qui nous coûte quand même un peu moins cher.

Un Intervenant.- Je voudrais revenir d'un mot sur cette question des contrats, parce qu'un précontrat comment est-ce que cela se passe, entre un entrepreneur général et un sous-traitant pour qu'ils se mettent d'accord ? Il y a un échange écrit, c'est un fax, c'est un document papier signé et ensuite il y a la régularisation physique en bonne et due forme. Mais, aller à la banque sur la base d'un accord qui aurait été échangé sur un document physique pour obtenir la caution et signer un marché en bonne et due forme, cela ne résout pas notre problème : que la loi est appliquée par la jurisprudence puisqu'un contrat est bien la résultante d'un accord sur la chose et sur le prix.

Comment peut-on à la fois avoir un accord sur la chose et sur le prix, tout en admettant que la signature du contrat soit le contrat de référence au moment où la caution doit être obtenue ?

M. ABBATUCCI.- Vous avez raison, je redoutais cette remarque !

Mon histoire d'avant-contrat ne tient que s'il n'y a pas encore d'acte de contrat, donc on sait bien qu'avec la pratique des entreprises de faire des lettres d'intention de commande, dans lesquelles figurent les travaux, les délais, et les prix, en réalité le sous-traitant est muni d'un contrat. Si on lui faxe cette lettre, il y a contrat et donc le vice pour non fourniture de la caution existe.

Il faudrait peut-être imaginer le recours aux conditions suspensives. C'est ce que vous vouliez dire ?

Mme APPIETTO.- Juste une petite question pratique qui est sans ambition juridique, c'est le mécanisme que je n'ai pas très bien saisi de la

nullité du sous-traité demandée par le sous-traitant qui n'est pas payé et qui a néanmoins exécuté l'intégralité de son marché.

Vous avez dit tout à l'heure que dans ce cas-là le marché est continu.

Ce que je voudrais savoir c'est à l'égard du maître d'ouvrage qu'est-ce qui se passe lorsque le sous-traité est annulé ? Normalement, on reclasse les parties, si on applique les règles normales, on reclasse les parties dans l'état où elles étaient avant d'avoir conclu ce fameux contrat annulé. Si vous prenez un installateur de chauffage central, par exemple il a terminé son installation, il était sous-traitant de l'entrepreneur principal, il n'est pas payé.

« Vous ne payez pas, nullité de mon sous-traité, je remets les choses en l'état, je démonte ma chaudière, mes radiateurs qui peuvent me servir sur un autre chantier »

M. ABBATUCCI.- Il ne peut pas. Il y a la règle de l'accession foncière. Il n'a pas le droit de récupérer les matériaux, qu'il a posés, ils sont devenus la propriété du maître d'ouvrage.

Mme APPIETTO.- Le maître d'ouvrage n'aura plus de recours, à ce moment-là, il n'est pas au courant de ce qui se passe entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal, il ne sait pas qu'on a annulé ce fameux sous-traité qui pourtant l'intéresse quand même in fine, cela va parfaire son ouvrage. Et on ne lui demande pas son avis.

M. ABBATUCCI.- Il en profite, le maître d'ouvrage.

Mme APPIETTO.- Le juge déclare annuler le sous-traité, même si le marché est entièrement exécuté, donc tout est fait et on annule le contrat.

M. le Président.- Je crois que dans la pratique, lorsque le juge annule le contrat, cela donne lieu à des pourparlers, à des transactions et j'ai l'impression que les procédures viennent rarement devant les juridictions, compte tenu des conséquences qui sont incalculables.

Mme APPIETTO.- Mais si, nous l'avons eu et on était tenté de ne pas annuler le sous-traité.

M. le Président.- Le cas en définitive est finalement une prise de pouvoir. Chacun essaye de faire pression sur l'autre, on va rarement jusqu'au bout des choses.

Il arrive parfois que les conséquences sont tellement incalculables qu'on ne va pas véritablement jusqu'au bout.

Tout le problème qui me frappe dans le fonctionnement de cette loi, c'est d'une part la très grosse difficulté que l'on a à laisser apparaître le sous-traitant dont on sait pertinemment qu'il est là. On donnait tout à l'heure l'exemple de : je prends un café et l'hôtelier qui vous donne le café vous le paye. Le sous-traitant travaille sans qu'on le sache. Le sous-traitant n'a pas l'obligation de dénoncer. Il connaît pourtant le maître d'ouvrage parce qu'il y a un panneau sur le chantier, le sous-traitant est présent sur le chantier, mais n'apparaît pas dans les comptes rendus de chantier, il apparaît parfois dans les comptes rendus d'autorisation. On va reprocher un certain nombre de faits au sous-traitant, donc le système me paraît relativement compliqué.

Il me semble d'ailleurs qu'aujourd'hui un maître d'ouvrage ne peut pratiquement plus ignorer dans un chantier important la présence d'un sous-traitant à partir du moment où il y a un coordonnateur de sécurité, que tous les intervenants doivent être connus et que tous ont vocation à être payés.

Cette loi me paraît avoir des effets relativement compliqués, y compris dans les sanctions qui sont des sanctions qui finissent par perpétuer un contentieux judiciaire ; donc si on va jusqu'au bout, on allonge considérablement les délais de solution de paiement.

C'est pour cela qu'on peut s'interroger sur certains effets de cette loi. Est-ce que c'est la loi elle-même qui est à remettre en cause ou est-ce que c'est son caractère d'ordre public qui permet une excellente souplesse ?

Je crois qu'elle a permis néanmoins des améliorations sensibles, par rapport à ce que c'était dans les années 70 et 80. Ainsi qu'on l'a fait observer tout à l'heure, il me semble que nous nous trouvons aujourd'hui dans un contexte profondément différent où les cas au recours de la sous-traitance sont moindres.

Je crois que d'ailleurs la norme AFNOR ne permet plus la sous-traitance intégrale d'un chantier ; c'est là aussi une modification considérable, car il arrivait par le passé qu'un contrat soit sous-traité trois fois, trois fois le même jour, ce qui était une conséquence.

On se retrouve aujourd'hui dans des cas de sous-traitance qui sont profondément différents, qui vont de la petite entreprise, de la nécessité de sous-traiter parce qu'on a un chantier éloigné à faire dans des délais extrêmement rapides, à des sociétés très importantes qui auront dans le cas d'espèce la qualité dans des contextes profondément différents.

Est-ce qu'il y a d'autres questions ou souhaitez-vous réagir aux propos tenus ?

M. GERENT.- Peut-être répondre simplement à Madame qu'effectivement il peut y avoir des clauses de propriété sur certains produits, le cas type qu'on utilise c'est la chaudière. La chaudière, on peut la récupérer.

Malheureusement, dans le bâtiment, il y a peu de matériaux une fois qu'ils sont mis en œuvre, que l'on peut récupérer.

Mme APPIETTO.- Mis en œuvre, mais dans le camion de livraison, à ce moment-là il n'y a pas d'accession à la propriété pour le maître d'ouvrage.

M. GERENT.- C'est même un peu paradoxal. Finalement, dès l'instant qu'ils sont posés sur le chantier, les matériaux ne vous appartiennent plus, et à côté de cela on en est responsable jusqu'à réception. Là non plus, je ne comprends pas très bien, en tant qu'entrepreneur, pourquoi cette espèce de contradiction. Ce n'est plus à nous, mais on en est quand même responsable jusqu'à la réception !

Il y a peut-être des indications à me donner, je suis preneur.

Me POUX-JALAGUIER.- Le problème se posait avant la loi de la sous-traitance, de savoir à partir de quel moment il y aura des éléments incorporés

Le problème c'est que si ce n'est pas incorporé, c'est le problème classique de la réserve de propriété, mais je pense que le maître d'ouvrage qui aurait connaissance d'un sous-traitant ne serait pas réputé acquéreur.

Mme APPIETTO.- Non, il n'a pas connaissance.

Me POUX-JALAGUIER. Il n'a pas connaissance, il peut être considéré comme de bonne foi.

Mme APPIETTO.- Il a intérêt néanmoins à ce que l'ouvrage soit achevé.

Me POUX-JALAGUIER.- Oui, normalement en matière de clause de réserve de propriété, si c'est de l'acquisition de bonne foi, il peut s'opposer à l'action en revendication.

Par définition, s'il n'est pas réputé avoir connaissance, il peut s'y opposer.

Mme PATELOUP.- Et pour les particuliers, actuellement pour les chaudières, ils font payer d'avance la main d'œuvre, le transport et la chaudière, donc on ne voit pas comment on pourrait récupérer la chaudière.

M. le Président.- S'il n'y a pas d'autres questions, nous allons terminer nos travaux.

Je ne vais pas faire de véritable synthèse sur les travaux de notre colloque. Je noterai simplement qu'ils se sont développés à la fois sur les problèmes de la cotraitance et sous-traitance, questions qui pouvaient paraître relativement éloignées les unes des autres, mais qui finalement avaient des points communs, en ce qu'elles se rattachaient à la manière d'organiser et de traiter des chantiers divers.

Elles nous ont permis d'aborder à la fois ces problèmes d'organisation de chantier, mais également les dispositions qui sont prises dans le cadre des marchés publics et dans celui des marchés privés et de confronter un droit des obligations sans recours à des notions d'ordre public avec des dispositions qui sont principalement fondées sur des dispositions d'ordre public.

On peut se demander d'ailleurs si on n'a pas besoin à un certain moment de dispositions d'ordre public pour vérifier une situation, mais la maturité venant, on peut peut-être s'abstraire de ces conditions.

J'ai noté que dans le cadre de cette loi sur la sous-traitance, un certain nombre de revendications ont tendance à développer un espace contractuel plus important.

Je crois que l'expérience des pays avoisinants d'Europe montre combien, à un moment donné, on a besoin de recours à des notions pour développer des structures, des équipements, des investissements, mais que peut-être par la suite on peut s'en abstraire.

Il faut aussi que, dans le cadre de notre législation, notre organisation, nous n'oublions jamais que nous sommes maintenant dans un environnement européen, voire mondial et que l'on doit s'inquiéter de plus en plus de la capacité de notre législation à pouvoir être exportée à l'extérieur.

Je ne suis pas sûr qu'elle ait toujours une parfaite visibilité. Ceci freine peut-être le développement de notre droit à l'extérieur de nos frontières.

Je crois qu'il faut avoir ceci d'autant plus à l'esprit que des échéances en droit européen, des obligations sont maintenant tout à fait proches.

Ce sont toutes ces questions que nous voulions essayer de traiter dans ce cadre.

Je vous remercie de votre présence et de votre assiduité, tant le matin que l'après-midi.

Je vous invite à poursuivre ces échanges au cours du cocktail d'amitié qui vous attend dans les locaux du « Self Harlay ».

(applaudissements)

(La séance est levée à 17 heures 40).

Ont notamment participé à la préparation du Colloque

- Monsieur Séverin ABBATUCCI
- Monsieur Jacques ALLEMAND
- Madame Yvette AMIOT-THAN-TRONG
- Madame Michèle APPIETTO
- Monsieur Gérard CAUSSE-GIOVANCARLI
- Monsieur Jean DELHAYE
- Maître Hubert GASNOS
- Monsieur Jacques GÉRENT
- Monsieur Fabrice JACOMET
- Mademoiselle Monique LASCAR
- Monsieur Jean-Pierre LOISELET
- Monsieur Jean-René MAILLARD
- Maître Jean-François PÉRICAUD
- Monsieur Pierre PICOT
- Monsieur Jean-Claude RIGUET
- Monsieur Michel VASSILIADES
- Monsieur Michel ZIMMERMANN