

Références

CAA de MARSEILLE

N° 19MA00474

Inédit au recueil Lebon

SCP DELPLANCKE - LAGACHE - MARTY - POZZO DI BORGO - ROMETTI & ASSOCIES, avocat

lecture du mardi 3 septembre 2019

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la procédure suivante:

Procédure contentieuse antérieure :

Par une demande enregistrée sous le n° 1804795, la société Masala, société de droit italien, a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nice, sur le fondement des dispositions de l'article R. 541-1 du code de justice administrative, de condamner le centre hospitalier Saint-Eloi de Sospel à lui verser une provision de 33 532,75 euros, augmentée des intérêts moratoires au taux de 7 % à compter du 14 juillet 2018, au titre du paiement direct de travaux exécutés en sous-traitance.

Par une ordonnance n°1804795 en date du 16 janvier 2019, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a rejeté sa demande.

Procédure devant la Cour :

Par une requête et un mémoire enregistrés le 31 janvier 2019 et le 30 avril 2019, la société Masala, représentée par Me B..., demande au juge des référés de la Cour administrative d'appel de Marseille :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) de condamner le centre hospitalier Saint-Eloi, sur le fondement de l'article R. 541-1 du code de justice administrative, à lui verser une provision de 33 532,75 euros, augmentée des intérêts moratoires au taux de 7 % à compter du 14 juillet 2018 ;

3°) de mettre à la charge du centre hospitalier Saint-Eloi le versement d'une somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le premier juge a méconnu le principe du contradictoire en la privant d'un délai suffisant pour répliquer au mémoire en défense du centre hospitalier ;
- la procédure de paiement direct fixée par les dispositions de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article 116 du code des marchés publics a été parfaitement observée ;
- l'avis du comité consultatif interrégional de règlement amiable des litiges, préconisant que la société Impresa Pizzarotti, titulaire du marché, règle directement les sous-traitants, est sans incidence sur l'application de ces dispositions ;
- sa demande de paiement directe ne saurait être jugée tardive, alors surtout qu'elle porte sur la retenue de garantie, dont la restitution n'est exigible qu'un an, au plus tôt, après la réception des travaux ;
- elle a droit au paiement des intérêts moratoires à compter du 14 juillet 2018, en application des dispositions de l'article 5 du décret n° 2002-232 du 21 février 2002.

Par un mémoire en défense enregistré le 23 avril 2019, le centre hospitalier Saint-Eloi, représenté par Me A..., conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Masala à lui verser une somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- l'ordonnance attaquée n'est entachée d'aucune irrégularité ;
 - la société Masala n'a pas respecté l'article 116 du code des marchés publics, dès lors que la demande de paiement direct n'a pas été transmise à la société Impresa Pizzarotti par lettre recommandée avec avis de réception ou contre récépissé, que les factures et justificatifs ne lui ont pas été transmis, que cette demande a été présentée tardivement, après notification du décompte général, et que la société Impresa Pizzarotti n'a quant à elle pas respecté le délai de quinze jours pour donner son accord au paiement direct de la requérante ;
 - la clause du contrat de sous-traitance stipulant une retenue de garantie de 5 % ne lui est pas opposable ;
 - le comité consultatif national de règlement amiable des différends ou litiges relatifs au marché public de Marseille a préconisé dans son avis le paiement direct, par le groupement titulaire du marché, des sommes dues aux sous-traitants ;
 - l'obligation dont se prévaut la société Masala est en tout état de cause sérieusement contestable.
- Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ;
- le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en oeuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

Vu la décision du 1er septembre 2019 par laquelle la présidente de la Cour administrative d'appel de Marseille a désigné M. David Zupan, président de la sixième chambre, pour juger les appels formés contre les décisions rendues par les juges des référés des tribunaux du ressort.

Considérant ce qui suit :

1. Par acte d'engagement du 11 octobre 2011, le centre hospitalier Saint-Eloi a attribué à un groupement d'entreprises ayant pour mandataire la société Impresa Pizzarotti un marché de conception-réalisation portant sur la réhabilitation et l'extension de ses locaux situés à Sospel. Cette société a sous-traité le lot n° 17 de l'opération, " voies et réseaux divers - espaces verts ", à la société Masala, laquelle a été agréée par le maître de l'ouvrage, en vue de son paiement direct par celui-ci, selon acte spécial du 4 décembre 2015. La réception des travaux ainsi sous-traités a été prononcée le 29 janvier 2016 et la société Masala a vainement sollicité du centre hospitalier le paiement direct de sa dernière situation de travaux, d'un montant de 33 532,75 euros. Elle a dès lors saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nice afin d'obtenir le paiement d'une provision du même montant, augmenté des intérêts, et relève désormais appel de l'ordonnance, en date du 16 janvier 2019, par laquelle ce juge a rejeté sa demande.
Sur la régularité de l'ordonnance attaquée :

2. Aux termes de l'article L.5 du code de justice administrative : " L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence (...) ". Aux termes de l'article R. 611-1 du même code, " La requête (...) et le premier mémoire de chaque défendeur sont communiqués aux parties avec les pièces jointes dans les conditions prévues aux articles R. 611-1, R. 611-5 et R. 611-6. / Les répliques, autres mémoires et pièces sont communiqués s'ils contiennent des éléments nouveaux ".

3. Il ressort de l'examen du dossier de première instance que le mémoire en défense du centre hospitalier Saint-Eloi a été communiqué à la société Masala le 2 janvier 2019, accompagné d'un courrier du greffe du tribunal l'invitant à produire ses éventuelles observations " dans les meilleurs délais " et " aussi rapidement que possible ", cela " afin de ne pas retarder la mise en état ".

4. Même si elles insistaient sur la nécessité d'une réaction rapide, les indications ainsi portées dans la transmission du mémoire en défense ne permettaient pas à la société Masala, en l'absence de date déterminée, de connaître le délai dans lequel elle pouvait utilement produire ses observations en réplique, de sorte que, l'affaire ne donnant pas lieu à audience et donc à l'envoi d'un avis lui fixant par lui-même une échéance, elle n'a pas été mise en mesure de présenter de telles observations avant que le juge ne statue. L'ordonnance attaquée a donc été rendue à l'issue d'une procédure irrégulière et doit pour ce motif être annulée.

5. Il y a lieu d'évoquer et de statuer immédiatement sur la demande présentée par la société Masala devant le tribunal administratif de Nice.

Sur la demande de provision :

6. Aux termes de l'article R. 541-1 du code de justice administrative : " Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie ".

7. L'article 6 de la loi susvisée du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance dispose : " Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution (...) ". Aux termes de l'article 8 de cette loi : " L'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation. / Passé ce délai, l'entrepreneur principal est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées. / Les notifications prévues à l'alinéa 1er sont adressées par lettre recommandée avec accusé de réception ". Selon l'article 116 du code des marchés publics, demeuré applicable au litige : " Le sous-traitant adresse sa demande de paiement libellée au nom du pouvoir adjudicateur au titulaire du marché, sous pli recommandé avec accusé de réception, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé. / Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la signature de l'accusé de réception ou du récépissé pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée par lui dans le marché. / Le sous-traitant adresse également sa demande de paiement au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée dans le marché par le pouvoir adjudicateur, accompagnée des factures et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande ou de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé. / Le pouvoir adjudicateur ou la personne désignée par lui dans le marché adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant. / Le pouvoir adjudicateur procède au paiement du sous-traitant dans le délai prévu par l'article 98. Ce délai court à compter de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord, total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé, ou de l'expiration du délai mentionné au deuxième alinéa si, pendant ce délai, le titulaire n'a notifié aucun accord ni aucun refus, ou encore de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'avis postal mentionné au troisième alinéa. / Le pouvoir adjudicateur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant ". En outre, il résulte des dispositions de l'article 114 du même code que l'acte spécial par lequel le pouvoir adjudicateur accepte le sous-traitant et agrée ses conditions de paiement doit faire mention, notamment, du montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant et des conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance.

8. Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, pour obtenir le paiement direct, par le maître d'ouvrage, de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et au maître d'ouvrage. A cet égard, une demande de paiement direct adressée avant que le décompte général du marché principal ne soit établi et n'acquière son caractère définitif doit être regardée comme effectuée en temps utile. Il appartient ensuite au titulaire du marché de donner son accord à la demande de paiement direct ou de signifier son refus dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande. Le titulaire du marché est réputé avoir accepté cette demande s'il garde le silence pendant plus de quinze jours à compter de sa réception. Le maître d'ouvrage procède au paiement direct du sous-traitant régulièrement agréé si le titulaire du marché a donné son accord ou s'il est réputé avoir accepté la demande de paiement direct. Cette procédure a pour objet de permettre au titulaire du marché d'exercer un contrôle sur les pièces transmises par le sous-traitant et de s'opposer, le cas échéant, au paiement direct. Sa méconnaissance par le sous-traitant fait ainsi obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, auprès du maître d'ouvrage, d'un droit à ce paiement.

9. En premier lieu, il résulte de l'instruction que la société Masala a établi le 14 décembre 2016 la facture afférente à sa dernière situation de travaux, de la société de 33 532,75 euros correspondant à la retenue de garantie de 5 % stipulée par le contrat de sous-traitance. Le 11 janvier 2017, la société Impresa Pizzarotti a transmis au centre hospitalier cette facture, accompagnée d'un document intitulé " attestation de paiement direct " formalisant sans équivoque son acceptation du paiement direct, par le maître de l'ouvrage, de la somme en cause. Cet envoi établit par lui-même que la société Masala avait préalablement transmis sa demande au titulaire du marché, suivant l'exigence des dispositions précitées, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que la facture mentionnée ci-dessus, qui vise le marché principal, n'a pas été clairement libellée au nom du centre hospitalier Saint-Eloi. Demeure sans incidence, à cet égard, la circonstance que cet envoi effectué par la société Impresa Pizzarotti soit intervenu après l'expiration du délai de quinze jours prévu par l'article 116 précité du code des marchés publics. De même, la circonstance que la société Masala, d'une part, n'a pas transmis sa demande de paiement direct au centre hospitalier en même temps qu'elle adressait sa facture au titulaire du marché, d'autre part, qu'elle n'a joint à sa demande finalement adressée à cet établissement public le 24 mai 2018 aucun justificatif, postal ou autre, de l'envoi préalable de ladite facture à la société Impresa Pizzarotti, est sans incidence sur son droit au paiement direct, cette dernière société ayant dûment et expressément formalisé, ainsi qu'il a été dit, son acceptation. Dès lors, le centre hospitalier Saint-Eloi a été régulièrement saisi d'une demande de paiement direct de la somme de 33 532,75 euros hors taxes.

10. Par ailleurs, s'il est vrai qu'à la date à laquelle le centre hospitalier Saint-Eloi a reçu cette demande de paiement direct, le décompte général du marché principal avait déjà été notifié à la société Impresa Pizzarotti, il n'avait cependant pas acquis un caractère définitif, cette société ayant présenté à son encontre une réclamation. Dans ces conditions, la demande de paiement direct de la société Masala a été présentée en temps utile.

11. En troisième lieu, si le centre hospitalier fait valoir que la somme en litige ne saurait être due dès lors qu'elle correspond à la retenue de garantie stipulée par le contrat de sous-traitance, dont les clauses lui sont inopposables, il est constant que l'acte spécial du 4 décembre 2015 mentionné au point 1, valant acceptation du sous-traitant et agréement de ses conditions de paiement au sens de l'article 6 précité de la loi du 31 décembre 1975, porte sur un montant total de 670 655 euros, soit le prix total du marché de sous-traitance. Le droit à paiement direct inclut ainsi nécessairement la restitution de cette retenue de garantie, laquelle, au

demeurant, avait nécessairement été opérée sur de précédentes situations de travaux ayant elles-mêmes donné lieu à paiement direct. En outre, l'attestation de paiement direct mentionnée au point 9, établie par la société Impresa Pizzarotti, fait apparaître, sans être contredit, que la somme de 33 532,75 euros correspond effectivement au solde du montant total de 670 655 euros sous-traité par elle.

12. En troisième lieu, contrairement à ce que soutient le centre hospitalier Saint-Eloi, le fait que le décompte général, qui n'a pas acquis un caractère définitif ainsi qu'il a été dit, détermine un solde défavorable au groupement conduit par la société Impresa Pizzarotti ne saurait en tout état de cause faire obstacle au droit à paiement direct revendiqué par la société Masala, à laquelle les modalités de règlement des comptes du marché principal ne sont pas opposables dès lors qu'elle a dûment exécuté, ainsi qu'il n'est pas contesté, les travaux qui lui étaient sous-traités.

13. Enfin, si le comité consultatif interrégional de règlement amiable des litiges en matière de marchés publics de Marseille, saisi du différend survenu, après la notification du décompte général, entre le centre hospitalier Saint-Eloi et la société Impresa Pizzarotti, a notamment préconisé dans son avis du 23 novembre 2018 que le groupement titulaire du marché s'acquitte lui-même des sommes dues aux sous-traitants, cet avis n'est pas revêtu d'une force contraignante et il n'est d'ailleurs aucunement justifié des suites qui auraient pu lui être données. Il ne saurait ainsi, en tout état de cause, faire obstacle au droit de la société Masala au paiement direct des travaux qu'elle a réalisés dans le cadre de son contrat de sous-traitance.

14. Il résulte de tout ce qui précède que la créance dont se prévaut la société Masala n'est pas sérieusement contestable au sens des dispositions de l'article R. 541-1 du code de justice administrative. Par suite, la société Masala est fondée à demander la condamnation du centre hospitalier Saint-Eloi à lui verser une provision d'un montant de 33 532,75 euros au titre de son droit au paiement direct.

Sur les intérêts moratoires :

15. Aux termes de l'article 98 du code des marchés publics, dans sa rédaction applicable au présent litige : " Le délai global de paiement d'un marché public ne peut excéder : (...) 2° 50 pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées. Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai. (...) ". Aux termes de l'article 1er du décret du 21 février 2002, également applicable : " I. - Le point de départ du délai global de paiement prévu (...) à l'article 98 du code des marchés publics est la date de réception de la demande de paiement par les services de la personne publique contractante (...). / La date de réception de la demande de paiement et la date d'exécution des prestations sont constatées par les services de la personne publique contractante. A défaut, c'est la date de la demande de paiement augmentée de deux jours qui fait foi ". Selon l'article 5 du même décret : " I. - Le défaut de paiement dans les délais prévus par l'article 98 du code des marchés publics fait courir de plein droit, et sans autre formalité, des intérêts moratoires au bénéfice du titulaire ou du sous-traitant payé directement. Les intérêts moratoires courent à partir du jour suivant l'expiration du délai global jusqu'à la date de mise en paiement du principal inclus. (...) 3° Pour les organismes soumis au délai de paiement mentionné au 2° de l'article 98 du code des marchés publics, qu'il soit ou non indiqué dans le marché, le taux des intérêts moratoires est celui de l'intérêt légal en vigueur à la date à laquelle les intérêts moratoires ont commencé à courir, augmenté de deux points. Toutefois, s'agissant des marchés formalisés, si le taux des intérêts moratoires n'est pas référencé dans le marché, le taux applicable est égal au taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points. (...) III. - Le défaut d'ordonnement ou de mandatement de tout ou partie des intérêts moratoires dans un délai de 30 jours à compter du jour suivant la date de mise en paiement du principal entraîne le versement d'intérêts moratoires complémentaires. Le taux applicable à ces intérêts moratoires complémentaires est le taux des intérêts moratoires d'origine, majoré de deux points. Ces intérêts moratoires sont calculés sur le montant des intérêts moratoires d'origine et ne sont pas assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée. Ces intérêts moratoires complémentaires s'appliquent à compter du jour suivant la date de paiement du principal jusqu'à la date d'ordonnement ou de mandatement de l'ensemble des intérêts moratoires. (...) ".

16. La société Masala peut valablement prétendre, y compris en référé, au bénéfice des intérêts de la somme de 33 532,75 euros. En sollicitant que le point de départ de leur calcul soit fixé au 14 juillet 2018, la société Masala, dont la demande de paiement direct avait été régulièrement formalisée en janvier 2017, ne fait pas une évaluation exagérée de son droit au paiement de ces intérêts. Leur taux correspond, le marché principal étant formalisé et ne comportant aucune référence à un taux particulier, à celui de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne, qui était alors de 0 %, augmenté de sept points, soit 7 %.

17. La société Masala est ainsi fondée à demander que la provision qui lui est due soit augmentée des intérêts au taux de 7 % à compter du 14 juillet 2018.

Sur les frais liés au litige :

18. Il y a lieu de mettre à la charge du centre hospitalier Saint-Eloi, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le paiement à la société Masala d'une somme de 2 000 euros en remboursement des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. Les conclusions présentées sur le même fondement par le centre hospitalier Saint-Eloi, partie perdante, ne peuvent quant à elles qu'être rejetées.

O R D O N N E :

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Nice n° 1804795 du 16 janvier

2019 est annulée.

Article 2 : Le centre hospitalier Saint-Eloi est condamné à verser à la société Masala une provision d'un montant de 33 532 ,75 euros, augmentée des intérêts au taux de 7 % à compter du 14 juillet 2018.

Article 3 : Le centre hospitalier Saint-Eloi versera à la société Masala, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, une somme de 2 000 euros.

Article 4 : Les conclusions présentées par le centre hospitalier Saint-Eloi sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Masala et au centre hospitalier Saint-Eloi.
Fait à Marseille, le 3 septembre 2019.

7

N°19MA00474