

Marchés et qualité des prestations exécutées par le sous-traitant

Lire les conclusions de :

Geneviève Gondouin

Conclusions du rapporteur public

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 16LY04384 – Société Prestosid et Selarl E. Rouvroy et G. Declercq – 14 janvier 2019 – C+ [↗](#)

INDEX

Mots-clés

Résiliation, Sous-traitance, Exécution technique du contrat, Aléas

Rubriques

Marchés et contrats

Résumé Conclusions du rapporteur public

Résumé

¹ En 2009, les Hospices civils de Beaune (HCB) ont entrepris des travaux de restructuration du site hospitalier Philippe le Bon, confiés à l'entreprise générale Léon Grosse en décembre 2013. Celle-ci a conclu deux contrats de sous-traitance avec la société Prestosid, l'un pour le désamiantage (lot n° 1), l'autre pour la démolition (lot n° 2). Ce sous-traitant a été agréé par les Hospices civils de Beaune (droit au paiement direct).

² Après plusieurs incidents mettant en cause la sécurité (travaux en site occupé) et mises en garde, les HCB ont informé l'entreprise L. Grosse le 7 juillet 2015 qu'ils retiraient l'agrément de Prestosid et qu'elle (Léon Grosse) porterait la responsabilité de cette situation ainsi que ses conséquences, notamment financières. Le 9 juillet suivant, l'entreprise L. Grosse a informé Prestosid du retrait de l'agrément et en a déduit que, « conformément à l'article 3 des conditions générales des contrats de sous-traitance qui [les] lient, les contrats ne sont plus valides ».

³ Prestosid a saisi le tribunal administratif de Dijon d'une demande d'annulation de la décision du 7 juillet et une demande tendant à l'indemnisation par les HCB de son manque à gagner.

⁴ Le tribunal administratif de Dijon a rejeté ses conclusions. Désormais en redressement, Prestosid a fait appel.

⁵ * La difficulté vient ici du fait qu'au lieu de régler le problème du sous-traitant dans le cadre du marché passé avec l'entreprise L. Grosse, les Hospices civils ont pris une autre voie, plus directe, celle de la remise en cause de l'agrément du sous-traitant de cette entreprise.

⁶ * Le sous-traitant lui-même, au lieu de régler son problème dans le cadre de ses contrats de droit privé passés avec l'entreprise titulaire du marché qui a résilié ceux-ci le 9 juillet 2015, a attaqué directement la décision du 7 juillet des HCB de retirer son agrément.

⁷ A la différence du tribunal administratif de Dijon, qui a admis d'examiner « dans le cadre d'un litige de plein contentieux » la légalité de la décision, regardée détachable du contrat MOA/E, « abrogeant son agrément », la cour a tiré la demande de Prestosid du côté contractuel, en faisant « une » application de la [jurisprudence CE du 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche du 30 juin 2017 n° 398445, A](#) qui décline pour les tiers la jurisprudence Béziers 2 sur la reprise des relations contractuelles. En faisant un pas de plus : ici, il s'agit pour le tiers de demander la

reprise du contrat HCB/Gross, (en ce qui le concerne) en contestant la dénonciation de son agrément et ses conséquences, et non de contester le refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat que le lèse, comme dans « Transmanche »...

8

L'appel comporte aussi un volet indemnitaire : en dénonçant un agrément en raison de la façon du sous-traitant d'exécuter ses prestations, et non en se bornant à en contrôler la nature et le volume (article 113 CMP) (cf. [CE, 9 juin 2017, Sté Keller Fondations spéciales n° 396358, B, concl. Henrard](#), les HCB commettent une faute à l'égard du sous-traitant : cf [CE 27 janvier 2017, Sté Baudin Châteauneuf Dervaux 397311, B](#). La cour a décidé d'indemniser le manque à gagner eu égard au volume de travaux restant à exécuter dans le cadre de la sous-traitance.

Conclusions du rapporteur public

Geneviève Gondouin

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6510](https://doi.org/10.35562/alyoda.6510)

1^{ère} audience publique

En 2009, les Hospices civils de Beaune ont entrepris des travaux de restructuration du site hospitalier Philippe le Bon qu'ils ont confiés à l'entreprise générale Léon Grosse en décembre 2013. Celle-ci a conclu deux contrats de sous-traitance avec la société Prestosid, l'un pour le désamiantage (lot n° 1), l'autre pour la démolition (lot n° 2).

Ce sous-traitant a été agréé par les Hospices civils de Beaune le 17 février 2014 pour le lot n° 1 (570 000 €), le lendemain pour le lot n° 2 (38 000 €).

Au cours de l'année 2014 sont survenus divers incidents au cours de la phase de désamiantage puis de déconstruction. Le 1^{er} décembre, les Hospices civils ont informé l'entreprise L. Grosse qu'ils avaient l'intention de retirer l'agrément accordé à la société Prestosid pour les deux lots dont elle était sous-traitante « à partir de la fin des travaux de la phase 2 de la tranche n° 1 ».

Les travaux se sont poursuivis pendant six mois au cours desquels les Hospices civils ont relevé divers manquements de la société Prestosid.

Le 7 juillet 2015, ils ont confirmé à l'entreprise L. Grosse qu'ils retireraient l'agrément et qu'elle seule porterait la responsabilité de cette situation ainsi que ses conséquences, notamment financières.

Le 9 juillet, l'entreprise L. Grosse a envoyé un courrier à son sous-traitant l'informant du retrait de l'agrément et en déduisant que, « conformément à l'article 3 des conditions générales des contrats de sous-traitance qui [les] lient, les contrats ne sont plus valides ».

La société Prestosid a saisi le tribunal administratif (TA) de Dijon, le 2 septembre 2015, d'une demande d'annulation de la décision du 7 juillet 2015.

Le 4 novembre suivant, elle a présenté une demande aux Hospices civils sur le fondement de leur responsabilité quasi-délictuelle portant sur le paiement de plusieurs factures (total de 111 889,99 € TTC) et l'indemnisation de son manque à gagner en raison du retrait de l'agrément (103 275,88 €).

Elle a saisi une nouvelle fois le TA de Dijon le 8 mars 2016 de conclusions indemnitaires, sa demande présentée aux Hospices civils ayant été implicitement rejetée.

Après avoir joint les demandes, le TA de Dijon a rejeté l'ensemble de ses conclusions par un jugement du 19 octobre 2016 dont la société Prestosid et son administrateur judiciaire, la SELARL E. Rouvroy & G. Declercq, relèvent appel [1].

I. - La société Prestosid conteste tout d'abord le jugement en ce qu'il a rejeté ses conclusions à fin d'annulation de la décision du 7 juillet 2015 par laquelle le maître de l'ouvrage a informé la société L. Grosse du retrait de l'agrément de son sous-traitant. En principe, et surtout en application de l'article 113 du CMP alors applicable, « *En cas de sous-traitance, le titulaire [du marché] demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché* ». (CE 25 juillet 1975, n° 93342, B)

La difficulté vient ici du fait qu'au lieu de régler le problème du sous-traitant dans le cadre du marché passé avec l'entreprise L. Grosse, les Hospices civils ont pris une autre voie, plus directe, celle de la remise en cause de l'agrément du sous-traitant de cette entreprise.

Le sous-traitant lui-même, au lieu de régler son problème dans le cadre de ses contrats de droit privé passés avec l'entreprise titulaire du marché qui a résilié ceux-ci le 9 juillet 2015, a attaqué directement la décision du 7 juillet des Hospices civils de retirer les agréments. Précisons au passage, cela ne préjuge en rien le fond, que la juridiction est bien compétente pour connaître de ce litige particulier (CE 26 septembre 2007, *département du Gard* n° 255993, B).

A priori, on n'est pas dans un cadre contractuel puisqu'il n'y a pas de contrat entre le maître d'ouvrage (les HC) et le sous-traitant, la société Prestosid.

L'agrément du sous-traitant par le maître d'ouvrage est intervenu en vertu d'un acte spécial ou plutôt de deux actes spéciaux (désamiantage et démolition) portant acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement, en application de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance et de l'article 114 du CMP, alors applicable.

Ces actes ont en l'espèce été signés par le représentant du maître de l'ouvrage, l'entreprise L. Grosse et la société Prestosid, sous-traitante.

La signature de cette dernière n'a eu ni pour objet ni pour effet de faire naître un contrat entre maître de l'ouvrage et sous-traitant. Les formulaires DC4 utilisés servent également de déclaration de sous-traitance et permettent dans un seul document de produire l'attestation sur l'honneur du sous-traitant et de certifier de ses capacités techniques, professionnelles, et financières au profit de l'entreprise titulaire du marché.

18

En revanche, comme l'écrivait le Professeur Moderne dans son ouvrage « La sous-traitance des marchés publics » (Dalloz, 1995, p. 97), ces actes d'acceptation et d'agrément sont de nature contractuelle pour le maître de l'ouvrage et l'entreprise titulaire du marché. N. Boulouis, dans ses conclusions sous la décision CE 26 septembre 2007, département du Gard précitée notait que *« L'acceptation et l'agrément du sous-traitant sont donc indubitablement des actes de nature contractuelle pour le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal (...) Mais le sous-traitant destinataire et bénéficiaire des décisions d'acceptation et d'agrément est un tiers par rapport à ce contrat et ces décisions sont pour lui des actes unilatéraux »*.

19

La première solution, la plus radicale, consisterait à vous proposer de dire que le contentieux de la société Prestosid doit se régler avec son co-contractant, l'entreprise L. Grosse qui a prononcé la résiliation des contrats de sous-traitance.

20

Le second alinéa de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance prévoit que *« Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'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 »*. On pourrait se demander si cette disposition n'est pas transposable au retrait de l'acceptation et de l'agrément du sous-traitant [2]. Mais, en tout état de cause, cela relève des juridictions judiciaires puisque ces contrats de sous-traitance sont des contrats de droit privé.

21

Cette solution nous amènerait à vous proposer de décliner la compétence de la juridiction administrative. Elle est tentante car on voit bien dans la logique du déroulement des opérations que le maître de l'ouvrage a attiré à plusieurs reprises l'attention de l'entreprise L. Grosse sur les manquements de son sous-traitant, que c'est elle qui a été informée de l'intention du maître de l'ouvrage de retirer l'agrément, du retrait de celui-ci et qu'elle en a tiré les conséquences le 9 juillet 2015.

22

Le retrait de l'acceptation et agrément du sous-traitant apparaît ici comme une sanction contractuelle dirigée contre l'entreprise Léon Grosse, qui reste en tant que titulaire du marché responsable de l'exécution des prestations sous-traitées. Autant dire que cette solution n'exclurait pas ensuite un contentieux entre l'entreprise L. Grosse et les Hospices civils devant le juge administratif.

23

Mais, puisque la société Prestosid attaque la décision du 7 juillet 2015, il faudrait dire que sa demande contre cette décision était irrecevable dès lors qu'elle disposait de la voie contractuelle devant le juge judiciaire et lui opposer une sorte d'exception de recours

parallèle. Il n'est pas sûr que cela corresponde à l'évolution jurisprudentielle actuelle ni que cela permette une bonne administration de la justice.

24

La deuxième solution consisterait à admettre, comme les premiers juges, et comme le soulignait M. Boulouis dans les conclusions précitées, que la décision d'acceptation du sous-traitant et d'agrément du paiement direct est une décision unilatérale créatrice de droits pour le sous-traitant, que celui-ci a donc qualité pour demander l'annulation d'une décision consistant à retirer cet agrément, en fait ici l'abroger dans la mesure où la décision ne prend effet qu'à compter de la fin des travaux de la première phase de la tranche 2.

25

Le tribunal administratif (TA) a jugé qu'il était « *loisible au maître d'ouvrage de mettre fin à l'acceptation et à l'agrément d'un sous-traitant en cours de chantier dans l'intérêt du marché public en raison d'une mauvaise exécution des prestations confiées au sous-traitant* » (nous y reviendrons) et « *que le sous-traitant, qui a la qualité de tiers au contrat conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur titulaire du marché, justifie d'un intérêt lésé lui donnant qualité pour demander l'annulation d'une telle décision, qui est détachable de l'exécution du contrat* ».

26

La notion d'acte détachable renvoie à la possibilité pour les tiers de présenter un recours pour excès de pouvoir contre des actes qui matériellement se détachent de l'acte contractuel, possibilité qui se restreint de plus en plus dans le cadre du contentieux des contrats (CE Ass. 4 avril 2014, département de Tarn-et-Garonne, n° 358994)

27

Le TA a relevé en l'espèce « *qu'eu égard à leur objet, les conclusions en annulation dirigées contre une décision par laquelle une personne publique se prononce sur la demande d'acceptation et d'agrément des conditions de paiement d'un sous-traitant relèvent du contentieux de pleine juridiction ; qu'il en est de même des décisions abrogeant ou retirant une décision d'acceptation et d'agrément* ». Pour en tirer la conclusion « *que l'office du juge de plein contentieux étant de se prononcer lui-même sur les droits invoqués et non uniquement d'apprécier la légalité de la décision prise par l'administration, les moyens qui n'ont pas d'effet direct sur ces droits sont en principe inopérants* », ce qui est le cas, en l'espèce, des moyens tirés du défaut de motivation et du vice de procédure qui entacheraient la décision litigieuse. La société Prestosid avait invoqué l'absence de respect du contradictoire, en violation de l'art. 24 de la loi du 12 avril 2000.

28

Le TA a ensuite rejeté la demande de la société Prestosid au motif que « *la décision litigieuse a été prononcée en raison des manquements aux règles de sécurité lors des travaux* » qu'elle a réalisés « *qui ont conduit à un arrêt de chantier en raison d'un déconfinement prématuré d'une zone contenant des résidus d'amiante, puis à un*

départ de feu lors des travaux de déconstruction ; que cette société « ne peut être regardée, par ces écritures, comme contestant sérieusement le bien-fondé de cette décision, la seule référence à une expertise en cours, ordonnée à la demande de l'entreprise L. Grosse, relative aux conséquences de la découverte tardive d'amiante sur le chantier, ne pouvant, en l'absence de toute autre précision, être regardée comme une telle contestation ».

29

Cette solution ne manque pas de logique même si elle bouscule un peu les catégories juridiques connues. Les pièces produites en 1^{ère} instance montrent que les HC de Beaune avaient attiré l'attention de l'entreprise L. Grosse sur les manquements graves de son sous-traitant à deux reprises au moins en décembre 2014. Le maître de l'ouvrage s'était alors adressé au titulaire du marché et non au sous-traitant. Mais nous n'avons pas grand-chose dans le dossier sur les relations entre l'entreprise et le sous-traitant.

30

Une autre solution, vous permettant d'arriver à un résultat voisin, consiste à vous intéresser au versant contractuel de la décision du maître de l'ouvrage du 7 juillet 2015.

31

Adressée à l'entreprise titulaire du marché par les Hospices civils, cette décision revient à modifier le contrat qui les lie, plus précisément à résilier l'acte spécial d'acceptation du sous-traitant et d'agrément du paiement direct. Elle doit même s'analyser comme une sanction infligée par les HC au titulaire du marché, sanction qui a eu des conséquences sur le sous-traitant.

32

Vous pourriez juger qu'en demandant l'annulation de cette décision, la société Prestosid forme un recours en contestation de la validité de la mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles entre le maître de l'ouvrage et l'entreprise L. Grosse. Vous retrouveriez la logique de la décision du 21 mars 2011, cne de Béziers (n° 304806, A, Béziers II) par laquelle le CE a jugé que « Si, en principe, les parties à un contrat administratif ne peuvent pas demander au juge l'annulation d'une mesure d'exécution de ce contrat, mais seulement une indemnisation du préjudice qu'une telle mesure leur a causé, elles peuvent, eu égard à la portée d'une telle mesure, former un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles ».

33

Pour admettre la recevabilité de la société Prestosid à présenter ce type de recours, il vous faudra faire encore un effort pour appliquer cette jurisprudence développée pour les parties à un contrat administratif, au tiers au contrat. Le CE vous y aide : par sa décision du 30 juin 2017, syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche du 30 juin 2017 (n° 398445, A), il a jugé « qu'un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de

faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat ». Il a ainsi remis en question sa jurisprudence issue de la décision du 24 avril 1964, *SA de Livraisons industrielles et commerciales (LIC)*, n° 53518, p. 239.

34

Il ne vous serait pas très difficile de faire un pas supplémentaire et de juger qu'un sous-traitant d'une entreprise titulaire d'un marché public qui justifie être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision du maître de l'ouvrage, tel le retrait de son agrément en tant que sous-traitant avant la fin des travaux, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de cette mesure de résiliation de l'acte spécial d'agrément et tendant à la reprise des relations contractuelles, en ce qui le concerne, entre le maître de l'ouvrage et l'entreprise titulaire du marché. Vous inspirant de la même décision du 30 juin 2017, vous jugeriez par la même occasion que ce tiers particulier qu'est le sous-traitant ne peut pas soulever n'importe quel moyen à l'appui de son recours. Cette solution consisterait à écarter comme inopérants les moyens tirés des irrégularités tenant aux conditions et formes dans lesquelles la décision a été prise.

35

Si vous adoptez cette solution qui est sans doute encore plus novatrice que celle du TA, tout en se situant dans la tendance actuelle de la jurisprudence, vous écarterez les moyens tirés de l'absence de motivation de la décision, de l'absence de procédure contradictoire et de la méconnaissance des règles de retrait de l'acte unilatéral.

36

Pour le reste, la requérante soutient qu'elle avait demandé au TA de surseoir au jugement de sa demande dans l'attente du dépôt du rapport d'expertise. Cette expertise avait été diligentée par le juge des référés du tribunal, à la demande de l'entreprise L. Grosse, compte tenu des difficultés rencontrées en cours d'exécution du chantier à la suite de la découverte tardive d'amiante. Elle soutient aussi qu'elle ne pouvait valablement contester le bien-fondé de la décision litigieuse dès lors qu'elle n'en connaissait pas les motifs. Elle ne le fait pas davantage devant vous alors qu'elle les connaît désormais.

37

Et vous rejetterez les conclusions à fin d'annulation de la société Prestosid.

38

II. - La société conteste également le jugement en ce qu'il a rejeté ses conclusions à fin d'indemnisation.

39

À supposer que vous envisagiez de dire, comme nous l'avons évoqué plus haut, que cette société disposait d'un recours contractuel devant le juge judiciaire à l'encontre de l'entreprise L. Grosse et qu'elle

devait utiliser cette voie, cela ne vous éviterait pas de statuer sur ses conclusions indemnitaires présentées à l'encontre des Hospices civils, pour lesquelles le juge administratif est compétent (opération de travaux publics).

40

La société Prestosid avait présenté une demande aux Hospices civils sur le fondement de leur responsabilité quasi-délictuelle portant sur le paiement de plusieurs factures et l'indemnisation de son manque à gagner en raison du retrait de l'agrément.

41

La demande de Prestosid à l'égard des Hospices civils, qui ne peut avoir qu'un fondement quasi-délictuel, a un peu évolué entre la 1^{ère} instance et l'appel. Devant vous, elle soutient que le maître de l'ouvrage ne pouvait retirer l'agrément du sous-traitant comme sanction de la mauvaise exécution du marché ou des travaux dès lors que, en application de l'article 113 du CMP, seul le titulaire du marché est responsable de l'exécution des travaux.

42

Sur ce point, la jurisprudence du CE, y compris la plus récente, lui donne raison : dans sa décision du 9 juin 2017, sté Keller Fondations spéciales (n° 396358, B, concl. M. Henrard) le CE a jugé que, dans « *l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant* (rappel, sur ce point de CE 28 avril 2000, sté Peinture Normandie, n° 181604, A) ; « *en jugeant que le maître d'ouvrage pouvait, au titre de ce contrôle, s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspondait à ce qui était prévu par le marché, la CAA de Paris n'a pas commis d'erreur de droit ; elle n'a pas davantage commis d'erreur de droit en jugeant qu'alors même que les travaux réalisés par la société KFS auraient été conformes aux règles de l'art, la commune était fondée à refuser de procéder au paiement direct de la somme sollicitée par cette société, dès lors qu'il ressortait des éléments qu'elle avait souverainement relevés, sans dénaturation, que la consistance des travaux de fondation réalisés par la société KFS ne correspondait pas à ce que prévoyait le marché* »

43

Dans cette même logique, le CE a jugé, dans sa décision du 27 janvier 2017, n° 397311 sté Baudin Châteauneuf Dervaux « *qu'en l'absence de modification du contrat de sous-traitance, le Port autonome de Marseille et la société Gardiol ne pouvaient, par acte spécial modificatif, diminuer le droit au paiement direct ouvert à la société Dervaux pour la part du marché dont elle assurait l'exécution par l'acte spécial initial, comme ils l'ont fait, pour tenir compte des conditions dans lesquelles les prestations sous-traitées avaient été, selon eux, exécutées* » (CE, 27 janvier 2017, n° 397311, B, concl. G. Pellissier) [3].

44

Le maître d'ouvrage, qui n'a pas de relation contractuelle avec le sous-traitant de son co-contractant, n'a pas à l'égard de ce sous-traitant les mêmes pouvoirs qu'à l'égard de son co-contractant. Raison pour laquelle nous ne sommes pas d'accord avec la formulation des premiers juges qui ont retenu qu'il était « *loisible au maître d'ouvrage de mettre fin à l'acceptation et à l'agrément d'un sous-traitant en cours de chantier dans l'intérêt du marché public en raison d'une mauvaise exécution des prestations confiées au sous-traitant* ».

45

Mais le maître de l'ouvrage, puisqu'il a décidé d'accepter ce sous-traitant et d'agréer les conditions de paiement, peut quand même vérifier si la consistance des travaux qu'il a réalisés correspond à ce qui était prévu et qu'il doit payer.

46

En l'espèce, il nous semble que le maître de l'ouvrage est allé au-delà de ce qu'il pouvait faire en décidant de retirer / résilier les actes spéciaux par lesquels il avait agréé le sous-traitant au motif que ce dernier exécutait mal ses prestations et a, par conséquent, commis une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard de ce sous-traitant.

47

La société Prestosid, toutefois, n'a droit à une indemnisation que pour les préjudices qui ont un lien direct avec la faute commise par le maître de l'ouvrage, en bref avec le retrait de l'agrément.

48

Elle sollicite le paiement de trois factures du 7 juillet 2014, du 23 décembre 2014 et du 31 mai 2015 pour un montant total de 111 889,99 € [4] qui correspondent à des difficultés d'exécution des travaux liées à la découverte tardive d'amiante : la première est relative au traitement et à la décontamination de la décharge de la société SETEO (qui devait recevoir les matériaux amiantés provenant du chantier) ; la 2^{ème}, aux coûts supportés à la suite des arrêts de chantier consécutifs à la découverte d'amiante ; la 3^{ème}, à des travaux supplémentaires liés à l'amiante.

49

Dans le présent contentieux, qui n'est pas un contentieux du décompte général, vous ne ferez pas droit à sa demande.

50

La requérante demande également une indemnisation d'un montant de 103 275,88 euros compte tenu des frais généraux de 20 % (89 804,85 €) et de la marge nette de 3 % (13 470,73 €). Elle a expliqué, notamment dans sa demande préalable, qu'elle avait dû renoncer à un chiffre d'affaires de 444 511,47 € au titre du lot n° 1 et 4 512,80 € au titre du lot n° 2, soit un total de 449 024,27 €.

51

Le principe de l'indemnisation du manque à gagner ne fait guère de doute si l'on compare avec ce qui est habituellement jugé pour les conséquences de la résiliation fautive d'un contrat ; en revanche il ne vous est guère possible de déterminer le montant de cette indemnisation. Vous pourrez juger qu'il n'y a pas lieu de retenir les

frais généraux ou en tout cas pas totalement, puisque par hypothèse tous les travaux n'ont pas été exécutés ; vous pourrez aussi juger que l'indemnisation à verser à la société requérante n'est pas au nombre des opérations que le paragraphe I de l'article 256 du CGI soumet à la TVA (CE 28 mai 2004, *sté Magneti Marelli France*, n° 250817, B).

Pour le reste, vous pourriez procéder à un supplément d'instruction afin que soient produits tous éléments permettant d'établir la nature et le montant des travaux sous-traités restant à réaliser postérieurement à la décision contestée de mettre un terme à l'acte spécial de sous-traitance ainsi que tous éléments de nature à justifier l'évaluation du taux de marge nette et le montant du manque à gagner de la société Prestosid.

Telles sont nos conclusions dans cette affaire.

2^{nde} audience publique

Cette affaire revient devant vous après avoir été appelée à l'audience publique du 15 novembre 2018.

Nous avons alors conclu au rejet des conclusions de la société Prestosid qui demandait l'annulation de la décision du 7 juillet 2015 par laquelle les Hospices civils de Beaune (maître de l'ouvrage) avaient informé la société Léon Grosse, entreprise dont elle était sous-traitante, du retrait de l'agrément de son sous-traitant.

Nous avons également conclu :

- que le maître de l'ouvrage était allé au-delà de ce qu'il pouvait faire en décidant de retirer / résilier les actes spéciaux par lesquels il avait agréé le sous-traitant au motif que ce dernier exécutait mal ses prestations ;
- qu'il avait, par conséquent, commis une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard de ce sous-traitant ;
- que la société Prestosid avait droit à être indemnisée, uniquement pour les préjudices ayant un lien direct avec la faute commise par le maître de l'ouvrage, en bref avec le retrait de l'agrément ;
- que le principe de l'indemnisation du manque à gagner ne faisait guère de doute si l'on compare avec ce qui est habituellement jugé pour les conséquences de la résiliation fautive d'un contrat ; qu'il nous semblait qu'il n'y avait pas lieu de retenir les frais généraux dans leur totalité, puisque par hypothèse tous les travaux n'ont pas été exécutés ; que l'indemnisation à verser à la société requérante n'était pas au nombre des opérations que le § I de l'art. 256 du CGI soumet à la TVA (CE 28 mai 2004, *sté Magneti Marelli France*, n° 250817, B).

61 À l'issue de l'audience, en réponse à la demande de la cour, la société Prestosid a produit, en vue d'établir la nature et le montant des préjudices invoqués, le rapport du sapiteur (expert-comptable) qui avait été joint au rapport d'expertise de M. M. du 26 octobre 2016 mais n'avait pas été produit.

62 Il ressort de cette synthèse, pour le chiffre d'affaires perdu, que le sapiteur valide le montant réclamé par la société Prestosid de 449 024 euros pour les deux lots (Désamiantage, n° 1 et Déconstruction, n° 2).

63 Le sapiteur valide ensuite les taux de frais généraux dans le CA, 20 %, et de marge nette 3 %. Tous chiffres et taux qui ont été confirmés par un expert-comptable.

64 Et il conclut que les éléments communiqués permettent de justifier les « paramètres de calcul de la réclamation ». « Il en ressort qu'une perte définitive de CA de 449 024 € subie par Prestosid génère une insuffisance de couverture des frais généraux de $449\,024 \times 20\% = 89\,805$ €, et une perte de marge nette de $449\,024 \times 3\% = 13\,470$ €, soit un total de 103 275 € ».

65 En l'absence de contestation sérieuse de ce montant et de ces modalités de calcul, nous vous proposons de condamner les Hospices civils de Beaune à verser cette somme de 103 275 € à la société Prestosid.

66 Et vous pourriez également mettre à la charge des HCB la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du CJA.

67 Telles sont nos conclusions dans cette affaire.

NOTES

[1] La société Prestosid a été placée en redressement judiciaire par un jugement du tribunal de commerce de Valenciennes du 5 décembre 2016. [Retour au texte](#)

[2] On trouve dans l'article de Ph. De Géry « Les deux modalités de paiement prévues par la loi du 31 décembre 1975 (Droit des marchés publics Editions du Moniteur, avril 2018) que le sous-traitant bénéficie d'une faculté de résiliation unilatérale mais, dès lors qu'il a poursuivi l'exécution du contrat, il ne saurait se prévaloir de cette faculté pour obtenir le paiement de ses travaux et la rejeter pour échapper à ses obligations contractuelles. Voir aussi F. Moderne, pp. 128 et 129. [Retour au texte](#)

[3] Cette décision fait en outre application de la décision du 7 décembre 2015, Cne de Bihorel, n° 380419 (A) en l'étendant aux sous-traitants : « *il appartient, en principe, au maître d'ouvrage qui entend obtenir la réparation des conséquences dommageables d'un vice imputable à la conception ou à l'exécution d'un ouvrage de diriger son action contre le ou les constructeurs avec lesquels il a conclu un contrat de louage d'ouvrage ; il lui est toutefois loisible, dans le cas où la responsabilité du ou des cocontractants ne pourrait pas être utilement recherchée, de mettre en cause, sur le terrain quasi-délictuel, la responsabilité des participants à une opération de construction avec lesquels il n'a pas conclu de contrat de louage d'ouvrage, mais qui sont intervenus sur le fondement d'un contrat conclu avec l'un des constructeurs, notamment de sous-traitants* [Retour au texte](#)

[4] Erreur dans la présentation des conclusions : la somme correspondant au titre de la perte de marge nette résultant du retrait de l'agrément est de 103 275,88 euros [Retour au texte](#)