

## Instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics (Exécution des marchés)

28/08/2001

Abrogée par la *circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics*

### TITRE IV EXECUTION DES MARCHES Chapitre Ier Régime financier

#### Section 1 Règlement, avances, acomptes

##### Article 86

Les marchés donnent lieu à des versements soit à titre d'avances ou d'acomptes, soit à titre de règlement partiel définitif ou de solde, dans les conditions fixées par la présente section.

L'article 86 introduit les notions d'avances, d'acomptes et de règlement partiel définitif développées dans les articles suivants.

#### Sous-section 1 Avances

##### Article 87

I. - Une avance dite " avance forfaitaire " est accordée au titulaire du marché lorsque le montant fixé dans le marché est supérieur au seuil de 90 000 Euro HT.

Pour les marchés fractionnés mentionnés à l'article 72, une avance forfaitaire est accordée pour chaque bon de commande ou pour chaque tranche d'un montant supérieur au seuil des marchés dispensés de formalités préalables. Dans le cas des marchés à bons de commande comportant un montant minimum supérieur à ce seuil, le marché peut prévoir que l'avance est accordée en une fois sur la base du montant minimum du marché.

La personne responsable du marché peut prévoir dans le marché le versement d'une avance forfaitaire dans les cas où celle-ci n'est pas obligatoire.

Dans tous les cas, le titulaire peut refuser le versement de l'avance forfaitaire.

II. - Le montant de l'avance forfaitaire est fixé, sous réserve des dispositions prévues pour les sous-traitants par l'article 115, à 5 % du montant, toutes taxes comprises, des prestations à exécuter dans les douze premiers mois après la date d'effet de l'acte qui emporte commencement d'exécution du marché, du bon de commande ou de la tranche.

Lorsque la base de calcul de l'avance forfaitaire est constituée par le montant minimum d'un marché à bons de commande, le montant de l'avance est fixé, sous réserve des dispositions de l'article 115, à 5 % du montant minimum si la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois ; si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance forfaitaire est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant minimum divisé par la durée du marché exprimée en mois.

Le montant de l'avance forfaitaire ne peut être affecté par la mise en oeuvre d'une clause de variation de prix.

III. - Le remboursement de l'avance forfaitaire, effectué par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire, commence lorsque le montant des prestations exécutées au titre du marché, du bon de commande ou de la tranche atteint ou dépasse 65 % du montant du marché, du bon de commande ou de la tranche. Le remboursement doit être terminé lorsque ce pourcentage atteint 80 %.

### **87.1. Définition de l'avance forfaitaire.**

L'avance forfaitaire est un versement effectué aux titulaires avant le début d'exécution des marchés. Elle constitue, par là même, une dérogation au principe du service fait.

### **87.2. Conditions d'octroi de l'avance forfaitaire.**

Une avance forfaitaire peut être accordée quel que soit le montant du marché et quel que soit son mode de passation.

Une avance forfaitaire doit être accordée lorsque le montant fixé dans le marché dépasse 90 000 Euro HT. Le code introduit cette obligation pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Elle n'est pas en revanche obligatoire en dessous de ce seuil, quel que soit le type de marché. Corrélativement, cette avance ne peut être versée que si le contrat est écrit.

Dans tous les cas où le versement d'une avance forfaitaire est prévu alors qu'il n'est que facultatif, il est recommandé, dès le lancement de la procédure préalable à la passation du marché, d'appeler l'attention des candidats sur l'avantage financier qui leur est ainsi consenti.

Lorsque le marché donne lieu au versement d'une avance forfaitaire, celle-ci doit être prévue dans une clause de ce marché. Cette clause indique la base de calcul de l'avance si la durée d'exécution du marché est supérieure à douze mois.

### **87.3. Montant de l'avance forfaitaire.**

#### **87.3.1. Principe.**

Le montant de l'avance forfaitaire est fixé à 5 % du montant initial du marché lorsque la durée d'exécution de celui-ci est inférieure ou égale à un an.

Lorsque la durée d'exécution est supérieure à un an, le montant de l'avance est fixé à 5 % du montant des prestations à réaliser au cours d'une première tranche de douze mois. Dans ce dernier cas, bien entendu, le montant des prestations à réaliser au cours de la première année, augmenté du montant de l'avance forfaitaire, doit rester dans la limite des crédits disponibles au titre de l'année budgétaire considérée. En tout état de cause, le versement de l'avance forfaitaire est sans incidence si son remboursement intervient avant l'expiration de l'année budgétaire.

Le régime auquel est soumis le marché au regard de l'avance forfaitaire a un caractère définitif et il ne peut être modifié même à l'occasion d'avenants ayant pour effet d'augmenter ou de diminuer le montant du marché.

#### **87.3.2. Application aux marchés à bons de commande.**

Lorsque la base de calcul de l'avance forfaitaire est constituée par le montant minimum d'un marché à bons de commande, le montant de l'avance est fixé, sous réserve des dispositions de l'article 115 relatif à la sous-traitance, de la manière suivante :

- si la durée du marché est inférieure ou égale à 12 mois, le montant de l'avance forfaitaire est fixé à 5 % du montant minimum ;
- si la durée du marché est supérieure à 12 mois, le montant de l'avance forfaitaire est égal à :  
 $(12 \times \text{montant minimum} / \text{durée réelle du marché en mois}) \times 5 \%$

Ainsi, pour un marché d'un montant minimal de 100 000 Euro et d'une durée de validité d'un an et demi, l'avance forfaitaire s'élèvera à :

$$(12 \times 100\,000) / 18 \text{ mois} \times 5 \% = 3\,333,33 \text{ Euro}$$

### **87.4. Cumul des avances.**

L'avance forfaitaire est cumulable avec l'avance facultative accordée au titre d'un marché déterminé conformément à

l'article 88.

Le montant cumulé des avances, forfaitaires et facultatives, accordées au titre d'un marché peut, à la limite, atteindre 25 % du montant initial : 5 % au titre de l'avance forfaitaire auxquels s'ajoutent 20 % au titre de l'avance facultative.

Dans les deux hypothèses prévues à l'article 88 (cf. infra), le montant cumulé pourra atteindre 65 % : 5 % au titre de l'avance forfaitaire et 60 % au titre de l'avance facultative.

**87.5. Contrairement à l'avance facultative, le versement de l'avance forfaitaire n'est pas subordonné à la constitution d'une garantie à première demande.**

Cependant, si la retenue de garantie prévue au marché est remplacée par une garantie à première demande ou par une caution personnelle et solidaire, l'avance forfaitaire ne peut être mandatée avant que le titulaire ait justifié avoir fourni cette garantie ou cette caution.

Si cette garantie à première demande ou cette caution n'est produite qu'après la notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution du marché, le délai de paiement est compté à partir de la date de remise du document justifiant la constitution de la garantie ou de la caution.

La date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution du marché est la date de notification de l'ordre de service prescrivant le commencement d'exécution des travaux ou des prestations ; si le marché ne prévoit pas un tel ordre de service, cette date est celle de la notification du marché.

Si le titulaire refuse l'avance forfaitaire, cette renonciation n'empêche pas les sous-traitants de demander par l'intermédiaire du titulaire à en bénéficier pour leur part.

**87.6. Remboursement de l'avance forfaitaire.**

Le remboursement de l'avance forfaitaire est effectué par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire. Il commence lorsque le montant des prestations exécutées au titre du marché, exprimé en prix de base, atteint ou dépasse 65 % du montant initial du marché, du bon de commande ou de la tranche et est terminé lorsque ce taux atteint 80 %.

Si le marché ne donne pas lieu à versement d'acomptes et fait l'objet d'un seul règlement, l'avance forfaitaire est récupérée en une seule fois par précompte sur le règlement unique.

**87.7. L'avance forfaitaire n'est ni actualisable ni révisable, quelle que soit la forme du prix du marché.**

**Article 88**

Une avance facultative peut également être accordée au titulaire d'un marché à raison des opérations préparatoires aux travaux, livraisons de fournitures ou prestations de services qui font l'objet du marché, du bon de commande ou de la tranche. Cette avance ne peut excéder 20 % du montant fixé dans le marché, du bon de commande ou de la tranche. Cette limite est toutefois portée à 60 % dans les cas ci-après :

1° Dans les cas de menace prévus au titre Ier de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense ainsi que, en dehors de ces cas, pour des périodes de trois mois au plus renouvelables fixées par arrêtés conjoints du ministre intéressé et du ministre chargé de l'économie au profit de titulaires de marchés passés pour les besoins de la défense ;

2° A titre exceptionnel, lorsque le titulaire doit consentir un investissement d'une valeur considérable.

Les conditions de versement de l'avance facultative sont fixées par le marché. Elles ne peuvent être modifiées par avenant. La personne responsable du marché peut demander toute pièce justificative appropriée.

L'avance facultative ne peut être versée qu'après constitution par le titulaire de la garantie mentionnée à l'article 104.

Elle est remboursée à un rythme fixé par le marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif, ou de solde.

En plus des avances forfaitaires, les titulaires et leurs sous-traitants peuvent obtenir des avances facultatives. Au même titre que les avances forfaitaires, avec lesquelles elles sont cumulables, ces avances sont accordées en dérogation au principe du service fait.

### **88.1. Définition de l'avance facultative.**

L'avance facultative tend à rembourser au titulaire les dépenses qu'il a dû engager pour assurer la préparation du marché.

Contrairement aux acomptes, elle ne correspond pas et ne se trouve pas subordonnée à un début d'exécution des prestations.

### **88.2. Conditions d'octroi de l'avance facultative.**

L'octroi d'une avance facultative constitue une simple possibilité pour la collectivité publique. Le droit au versement d'une avance facultative est subordonné à la constitution par le titulaire d'une garantie à première demande.

Les conditions d'octroi de l'avance facultative et les modalités de son versement sont fixées par le marché.

### **88.3. Montant de l'avance facultative.**

#### **88.3.1. Taux ordinaire.**

L'article 88 dispose que l'avance facultative ne peut excéder 20 % du montant fixé dans le marché, du bon de commande ou de la tranche.

#### **88.3.2. Taux dérogatoire.**

Le taux ordinaire peut être porté à 60 % dans deux cas expressément définis à l'article 88 :

- périodes de crise définies par l'ordonnance de 1959 relative à l'organisation de la défense nationale ;
- investissements d'une valeur considérable.

Alors qu'une telle précision est, par définition, superflue pour le premier cas, l'article 88 précise à propos du second, que les avances sont accordées " à titre exceptionnel ".

**88.4. Le versement de l'avance facultative est subordonné, contrairement à l'avance forfaitaire, à la constitution d'une garantie à première demande**, seule forme de garantie admise en l'espèce compte tenu de l'importance des avances susceptibles d'être accordées.

### **88.5. Remboursement de l'avance facultative.**

Les modalités de remboursement de l'avance facultative sont fixées par le marché : elles sont remboursées par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif, ou de solde.

## **Sous-section 2 Acomptes**

#### **Article 89**

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes.

Le montant d'un acompte ne doit en aucun cas excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Ce maximum est ramené à un mois lorsque le titulaire du marché est une petite et moyenne entreprise ou une société coopérative ouvrière de production.

Sont considérées comme des petites et moyennes entreprises, les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40 000 000 Euro. Ne sont pas considérées comme des PME, les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une PME au sens du présent code.

#### **89.1. Définition des acomptes.**

A la différence des avances, les acomptes sont versés pour des prestations réalisées en cours d'exécution du marché au profit de la collectivité contractante : l'acompte rémunère un service fait.

#### **89.2. Montant des acomptes.**

Le code ne donne aucune indication sur le montant minimal des acomptes. Il précise en revanche que le montant d'un acompte ne doit pas excéder celui des prestations correspondantes effectivement réalisées au titre du marché.

#### **89.3. Versement des acomptes.**

Le droit de percevoir des acomptes est reconnu au titulaire d'un marché dès lors que la durée d'exécution du marché est supérieure à trois mois et que les prestations sont commencées. Si le titulaire du marché est une société coopérative ouvrière de production ou une petite ou moyenne entreprise, telle que définie au dernier alinéa de cet article, ce droit est reconnu dès lors que la durée d'exécution du marché dépasse un mois.

La collectivité ne peut en conséquence refuser d'insérer dans le marché une clause de versement d'acomptes lorsque le délai d'exécution prévu au contrat dépasse trois mois (ou un mois si le titulaire est une société coopérative ouvrière de production ou une PME).

A toutes fins utiles, il est précisé que l'article 13 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) type applicable aux marchés publics de travaux prévoit le versement d'acomptes mensuels.

Dans l'hypothèse où les documents contractuels prévoiraient le versement d'acomptes trimestriels sans envisager le cas particulier d'un titulaire qui serait une petite et moyenne entreprise, il conviendrait que la clause correspondante du marché soit ajustée dans le cadre d'une mise au point.

Toutefois, même si cette mise au point n'avait pas lieu, le comptable public ne serait pas fondé à suspendre le paiement d'un acompte mensuel à une PME titulaire de marché public au seul motif que le marché prévoit le versement d'acomptes trimestriels. Il faudrait, en effet, alors considérer que, dans le silence du contrat sur l'hypothèse d'un titulaire PME, c'est le code des marchés publics qui s'applique. Il suffit alors que l'ordonnateur atteste au comptable public que le titulaire est bien une PME au sens du code des marchés publics pour que les acomptes puissent être versés mensuellement.

#### **89.4. Définition d'une PME au sens du code.**

L'article 89 donne une définition des PME ; il appartient en conséquence à la personne publique de vérifier que les titulaires qui se présentent comme PME correspondent aux critères indiqués dans le code.

#### **89.5. Les sous-traitants.**

Ils bénéficient, conformément à l'article 115 du code, du droit au paiement d'acomptes (cf. infra).

### Sous-section 3 Règlement partiel définitif

#### **Article 90**

Le règlement partiel définitif est le paiement, non susceptible d'être remis en cause, correspondant à la réalisation complète des prestations prévues par un ou plusieurs lots, tranches ou bons de commande d'un marché.

L'article 90 donne une définition du règlement partiel définitif et appelle l'attention sur le fait qu'il ne saurait être remis en cause.

Puisqu'il n'est pas possible de remettre en cause un paiement partiel définitif, il importe particulièrement que les services de la collectivité contractante, de même que le comptable public, procèdent, chacun en ce qui les concerne, à l'ensemble des contrôles qu'ils sont tenus d'exercer : la collectivité publique doit être particulièrement vigilante dans la vérification de l'exécution des prestations et la liquidation. Le comptable public doit, quant à lui, exercer le contrôle de la liquidation de la dépense de manière tout aussi vigilante.

A cet égard, il n'est pas possible de mettre en oeuvre, pour un paiement partiel définitif, la procédure de paiement simplifié telle qu'elle est prévue pour les acomptes jusqu'à 70 % du montant initial du marché (cf. commentaire de l'article 91).

### Sous-section 4 Régime des paiements

#### **Article 91**

Les règlements d'avances et d'acomptes n'ont pas le caractère de paiements définitifs ; leur bénéficiaire en est débiteur jusqu'au règlement final du marché ou, lorsque le marché le prévoit, jusqu'au règlement partiel définitif.

#### **91.1. Remarques générales.**

Les règlements d'avances et d'acomptes n'ayant pas le caractère de paiements définitifs, il est possible, par exemple, de rectifier, dans le cadre du règlement suivant celui de l'avance ou de l'acompte concerné, une erreur dans l'appréciation du service fait, ou même dans la liquidation.

C'est pourquoi les acomptes sont réglés dans le cadre de la procédure simplifiée jusqu'à 70 % du montant initial du marché toutes taxes comprises.

Le dispositif vise à simplifier le règlement des premiers acomptes sur marchés publics, dans un double souci de rapidité et de sécurité juridique.

#### **91.2. Les justifications à produire.**

Les justifications à fournir par les entreprises et fournisseurs des collectivités publiques lors du règlement des acomptes à hauteur de 70 % du montant initial du marché toutes taxes comprises sont substantiellement allégées.

Il convient, en premier lieu, de citer le marché lui-même, dans lequel, pour des motifs de sécurité juridique, il est préférable d'indiquer le principe énoncé à l'article 91.

Dans ces conditions, les sommes mandatées au titre de ces acomptes sont justifiées au comptable par la production d'un simple certificat administratif de service fait.

Ce document fait apparaître, en sus du montant de l'acompte, le montant de la taxe sur la valeur ajoutée, des révisions de prix, des pénalités et des intérêts moratoires éventuels. S'il comporte des actualisations, des révisions, il est accompagné d'un état liquidatif de ces dernières.

### **91.3. Paiement des acomptes.**

Les sommes mandatées au titre du premier acompte au-delà de 70 % du montant du marché TTC sont justifiées par un certificat administratif de service fait ainsi qu'un état liquidatif global des prestations exécutées depuis le début du marché, par catégories de prestations à l'intérieur d'un même lot ou d'un même poste.

Il s'agit, en fait, de retarder certaines vérifications au paiement de cet acompte afin de conserver une marge de sécurité raisonnable.

Les sommes mandatées au titre de chacun des acomptes suivants font l'objet d'une vérification exhaustive pour chaque acompte pris séparément.

#### **Article 92**

Lorsque le marché comporte une clause de variation de prix, la valeur finale des références utilisées pour l'application de cette clause doit être appréciée au plus tard à la date de réalisation des prestations telle que prévue par le marché, ou à la date de leur réalisation réelle si celle-ci est antérieure. Lorsque la valeur finale des références n'est pas connue à la date où doit intervenir un acompte ou un paiement partiel définitif, la personne publique procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues. Le paiement calculé sur la base des valeurs finales de référence intervient au plus tard trois mois après la date à laquelle sont publiées ces valeurs. Lorsque les avances sont remboursées par précompte sur les sommes dues à titre d'acompte ou de solde, le précompte est effectué après application de la clause de variation de prix sur le montant initial de l'acompte ou du solde.

Dans un souci de clarté et d'efficacité, le règlement calculé sur la base des valeurs finales prévues au marché ne doit plus intervenir au plus tard à l'issue de chaque période annuelle décomptée à partir de la date de notification du marché mais au plus tard dans les trois mois après la date de parution des valeurs manquantes.

#### **Article 93**

En cas de résiliation totale ou partielle du marché, la personne publique contractante peut, sans attendre la liquidation définitive et si la demande lui est faite, payer au titulaire 80 % au maximum du solde créditeur que fait éventuellement apparaître une liquidation provisoire. Réciproquement, si la liquidation provisoire fait apparaître un solde créditeur au profit de la personne publique, celle-ci peut exiger du titulaire du marché le reversement immédiat de 80 % du montant de ce solde. Toutefois, un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette ; dans cette hypothèse, le titulaire doit fournir la garantie prévue à l'article 104.

L'obligation qui résulte pour l'administration de l'alinéa 1er de cet article ne vaut qu'en présence d'un solde créditeur au profit de l'entrepreneur au moment de la liquidation provisoire.

#### **Article 94**

Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé.

Cette interdiction est absolue et a d'ailleurs été confirmée par la jurisprudence ; elle vise à interdire à la collectivité publique de contracter un emprunt sous couvert d'une clause de paiement différé contenue dans un marché public.

Toutefois, cette interdiction ne vise pas le crédit-bail, admis au titre des opérations de crédit.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-execution-des-marches/>

En revanche, elle s'applique aux marchés souvent qualifiés par les parties de marchés d'entreprise de travaux publics (METP). Ces marchés, qui comprennent un volet construction ou réhabilitation ainsi qu'un volet maintenance et sont rémunérés dans le cadre d'une redevance ayant pour effet d'étaler pour l'organisme public contractant la charge de l'investissement initial sur plusieurs années, sont désormais totalement interdits, même pour le secteur public local.

**Article 95**

Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes, à règlement partiel définitif ou à paiement pour solde, doivent être constatées par un écrit dressé par la personne publique contractante ou vérifié et accepté par elle.

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier, sauf à constater que la dérogation concernant les achats par l'Etat de denrées alimentaires n'existe plus.

**Article 96**

Les sommes dues en exécution d'un marché public sont payées dans un délai prévu par le marché ou, à défaut, dans un délai maximum fixé par voie réglementaire. 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. Un décret précise les modalités d'application du présent article.

Cet article instaure la mise en oeuvre d'un délai global de paiement maximum qui se substitue à la notion de délai de mandatement.

Il transpose certaines dispositions de la directive européenne du 29 juin 2000 de lutte contre les retards de paiement.

Ainsi, à défaut d'un accord contractuel entre les parties sur un délai de paiement maximum, un délai supplétif s'impose de droit. Tout dépassement du délai maximum de paiement est sanctionné par le versement d'intérêts moratoires par l'organisme public contractant.

Un décret explique très précisément les conditions d'application de cet article.

Il est nécessaire, en effet, d'une part, de reprendre en les adaptant des dispositions applicables au délai maximum de mandatement (définition du point de départ du délai global, du point d'arrivée, possibilité de suspension, délai global en cas d'intervention d'un maître d'oeuvre...), d'autre part, d'organiser ce nouveau dispositif dans le cadre du principe financier français de la séparation de l'ordonnateur et du comptable.

Une instruction spécifique interviendra pour préciser ces différents points ainsi que l'interprétation du décret à paraître.

**Article 97**

Dans le cas où les documents contractuels prévoient l'échelonnement dans le temps des phases successives d'exécution et des versements auxquels elles doivent donner lieu, aucune créance ne peut devenir exigible, aucun intérêt moratoire ne peut commencer à courir avant les dates ainsi prévues par le contrat.



Même si le marché prévoit l'échelonnement dans le temps des phases d'exécution ainsi que les versements correspondants, l'entreprise ne peut avoir aucun droit à paiement avant les dates ainsi prévues, même si elle a exécuté les prestations en avance sur l'échéancier.

Si tel n'était pas le cas, les prévisions établies par l'organisme public contractant quant au paiement des prestations seraient faussées. Des difficultés de gestion de la trésorerie pourraient alors en résulter.

#### **Article 98**

En cas de résiliation du marché, à défaut d'accord entre les parties intervenu dans les six mois à compter de la date de résiliation, la personne publique dispose d'un délai de trois mois pour fixer le montant de l'indemnité de résiliation. A défaut de décision ou d'accord contractuel à l'issue du délai de trois mois prévu à l'alinéa précédent, des intérêts moratoires, qui seront calculés sur l'indemnité de résiliation restant à fixer, sont acquis de plein droit au titulaire du marché à compter de l'expiration de ce délai jusqu'à la date de la notification de la décision de la personne publique ou de la conclusion d'un accord contractuel enfin intervenu. Le taux et les modalités de calcul applicables à ces intérêts sont fixés par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget.

L'article 98 s'applique aux collectivités territoriales comme à l'Etat.

A défaut d'accord entre les parties, le montant de l'indemnité de résiliation est fixé par la personne publique. L'intervention de cette décision ne signifie nullement que l'administration s'arroge le droit de fixer d'une manière définitive et unilatérale les nouvelles conditions d'exécution du marché ou les bases de résiliation du contrat. Elle a seulement pour objet, d'une part, de mettre un terme, lorsque les parties n'ont pu trouver les bases d'un accord, à une situation provisoire qui ne peut se prolonger et, d'autre part, d'amener le titulaire, s'il maintient sa position, à saisir le juge du contrat du différend qui l'oppose à l'administration. En définitive et conformément aux principes juridiques régissant la matière, la décision finale appartient au juge du contrat.

Le deuxième alinéa de l'article ouvre au titulaire du marché le droit à des intérêts moratoires dès lors que le délai de trois mois prévu au premier alinéa s'est écoulé sans que soit intervenu l'acte contractuel ou la décision de l'administration.

## **Section 2**

### **Garanties**

#### **Sous-section 1**

#### **Retenue de garantie**

#### **Article 99**

Lorsqu'ils comportent un délai de garantie, les marchés peuvent prévoir une retenue de garantie dont le montant ne peut être supérieur à 5 % du montant initial, augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie.

#### **99.1. Définition de la retenue de garantie.**

La retenue de garantie est une retenue que l'administration peut opérer sur le règlement des prestations effectuées par le cocontractant en vue de garantir le remboursement des sommes dont le cocontractant pourrait se trouver éventuellement redevable.

#### **99.2. Mode de constitution.**

La retenue de garantie consiste à bloquer dans les comptes de la personne publique une partie des sommes dues au titulaire du marché pour servir de garantie à l'exécution par celui-ci de ses obligations contractuelles.

La seule fonction de la retenue de garantie est de permettre de remédier aux malfaçons ayant fait l'objet de réserves. La retenue de garantie ne peut être utilisée à d'autres fins.

Ces malfaçons peuvent être relevées dès la réception ou dès qu'elles sont découvertes lors du délai de garantie. Certaines malfaçons ne sont en effet pas détectables à l'achèvement de l'ouvrage et peuvent apparaître a posteriori. C'est d'ailleurs toute la raison d'être d'un délai de garantie.

Il n'est pas prévu de dérogation à l'obligation de garantie fixée par le marché.

### **99.3. Recours à la retenue de garantie.**

L'institution d'une garantie constitue une simple faculté pour l'administration. En outre, le marché ne peut prévoir de retenue de garantie que s'il comporte un délai de garantie. Par délai de garantie, il faut entendre la période fixée par le marché, le plus souvent de six mois à douze mois, qui suit la réception des travaux ou des fournitures et non pas le délai des garanties techniques prévues notamment dans certains marchés de fournitures qui peut s'étendre sur plusieurs années.

En matière de travaux, l'existence d'un délai de garantie est désormais prévue par l'article 1792-6 du code civil qui institue une garantie de parfait achèvement.

### **99.4. Taux de la retenue de garantie.**

La retenue de garantie est au maximum de 5 % : l'organisme public contractant peut prévoir une retenue de garantie moins élevée s'il le souhaite, mais une retenue de garantie moins élevée constitue une moindre protection de l'acheteur public.

A cet égard, au cas où les défauts de l'ouvrage réalisé seraient considérables au regard de la retenue de garantie, il est conseillé à l'acheteur public de ne pas accepter l'ouvrage, même en émettant des réserves.

Lorsque le montant initial du marché est augmenté, la clause de retenue de garantie prévue au marché s'applique également aux sommes dues au titre de l'avenant (ou des avenants) d'augmentation.

En revanche, il n'est pas appliqué de retenue de garantie aux sommes dues en raison d'une décision de poursuivre permettant de dépasser le montant fixé par le marché.

En effet, la décision de poursuivre ne constitue pas un document contractuel au même titre que le marché ou l'avenant mais résulte d'une demande unilatérale de l'organisme public. Elle ne peut donc pas conduire aux mêmes exigences de garantie que marché et avenant.

La retenue de garantie est prélevée sur les sommes dues au titulaire du marché au titre de chaque acompte et du solde. En effet, le titulaire est responsable de l'ensemble des prestations réalisées au titre du marché, même de celles qu'il a confiées à des sous-traitants. L'affirmation de ce principe fait l'objet de l'article 113.

Ainsi, dès lors qu'une retenue de garantie est prévue, il appartient aux organismes publics de prêter une attention toute particulière et constante au rapport entre le montant des prestations qui doivent être exécutées par le titulaire lui-même et celui des prestations qui doivent être exécutées par des sous-traitants payés directement.

En effet, pour que la retenue de garantie prévue au marché puisse être appliquée au titulaire, encore faut-il que le montant des prestations confiées à celui-ci atteigne au moins le montant de la retenue de garantie.

### **Article 100**

La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, par une caution personnelle et solidaire. La garantie à première demande ou la caution personnelle et solidaire est établie selon un modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie. L'organisme apportant sa garantie doit être choisi parmi les tiers agréés par le ministre chargé de l'économie ou par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement mentionné à l'article L. 612-1 du code monétaire et financier. Lorsque cet organisme est étranger, il doit être choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. Les personnes responsables du marché conservent la liberté d'accepter ou non les organismes apportant leur garantie. Cette garantie ou cette caution doit être constituée en totalité au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte. En cas d'avenant, elle doit être complétée dans les mêmes conditions. Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution ne serait pas constituée, ou complétée, dans ce délai, la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée et le titulaire perd jusqu'à la fin du marché la possibilité de substituer une garantie à première demande ou une caution à la retenue de garantie.

#### **100.1. Conditions de recours à la garantie à première demande ou à la caution aux lieu et place de la retenue de garantie.**

Le titulaire peut remplacer la retenue de garantie par une garantie à première demande sans recueillir l'accord de l'administration. En revanche, le recours à une caution personnelle et solidaire aux lieu et place de la retenue de garantie requiert l'accord des deux parties.

L'article 100, même s'il spécifie que ce remplacement s'effectue " au gré du titulaire ", n'interdit pas à la collectivité publique contractante de proposer, le cas échéant, au titulaire du marché la substitution d'une garantie à première demande ou d'une caution à la retenue de garantie (cf. commentaire de l'article 99).

Le délai prévu par cet article, durant lequel le remplacement de la retenue de garantie par une garantie à première demande ou une caution est possible, revêt un caractère impératif. A défaut de remplacement, la retenue de garantie s'applique jusqu'à la fin du marché, c'est-à-dire jusqu'à la fin du délai de garantie.

S'agissant des avenants, l'article 100 prévoit que la garantie à première demande ou la caution est complétée dans les mêmes conditions que pour le marché de base. Il en résulte que, si la garantie à première demande ou la caution n'est pas actualisée en temps utile, une retenue de garantie doit être prélevée lors du paiement des prestations faisant l'objet de l'avenant.

#### **100.2. Garantie à première demande.**

##### **100.2.1. Définition.**

La garantie à première demande est une garantie qui, souscrite par un donneur d'ordre - le titulaire du marché - au profit d'un bénéficiaire - l'administration -, doit être exécutée par le garant - établissement bancaire -, dès lors que le bénéficiaire décide de l'appeler.

A la différence de la caution, le garant ne s'engage pas à payer l'intégralité de la dette du titulaire du marché. Par ailleurs, toujours à la différence de la caution, il ne peut opposer aucune exception tirée du contrat de base pour s'exonérer de son obligation de paiement, sauf cas de fraude ou d'abus manifeste.

##### **100.2.2. Constitution de la garantie à première demande.**

Le titulaire peut remplacer la retenue de garantie par une garantie à première demande sans l'accord de l'administration.

Le garant peut, en principe, être soit une personne physique soit une personne morale. En pratique, il s'agit d'un établissement de crédit. En application de l'article 100, l'organisme apportant sa garantie " doit être choisi parmi les tiers agréés par le ministre chargé de l'économie ou par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement mentionné à l'article L. 612-1 du code monétaire et financier ".

Toutefois, les administrations contractantes conservent leur liberté d'acceptation ou de non-acceptation des organismes apportant leur garantie.

### **100.3. La caution personnelle et solidaire.**

#### **100.3.1. Définition.**

La caution est une " personne qui s'engage envers le créancier, à titre de garantie, à remplir l'obligation du débiteur principal, pour le cas où celui-ci n'y aurait pas lui-même satisfait " .

L'agrément de l'organisme apportant sa caution s'effectue dans les mêmes conditions que celles prévues pour la garantie à première demande.

L'engagement de la caution doit être établi conformément à un modèle établi par le ministère chargé de l'économie.

#### **100.3.2. Recours à la caution.**

La caution est une garantie de substitution à la retenue de garantie à laquelle il n'est possible de recourir qu'avec l'accord de l'administration.

#### **100.3.3. Portée de la caution.**

La caution personnelle et solidaire accordée par une banque en remplacement de la retenue de garantie couvre, comme cette retenue, la bonne exécution du marché et le recouvrement de toutes les sommes dont le cocontractant de l'administration est reconnu débiteur, à quelque titre que ce soit, en exécution de son marché.

### **100.4. Commentaire du dernier alinéa de l'article 100.**

L'article 100 prévoit qu'au cas où la garantie ou la caution ne serait pas constituée, ou complétée, dans le délai prévu, la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée et le titulaire perd jusqu'à la fin du marché la possibilité de substituer une garantie à première demande ou une caution à la retenue de garantie.

Toute la question est donc de savoir ce que signifie " la fin du marché " .

Or, il est clair que l'entrepreneur n'est dégagé de ses obligations contractuelles qu'à l'expiration du délai de garantie. La fin du marché signifie l'expiration du délai de garantie.

Le dernier paiement hors libération de la retenue de garantie ne saurait, en tout état de cause, concrétiser la fin du marché.

Autrement dit, il n'est pas possible au titulaire du marché de produire soit au moment de la réception des travaux, soit au moment du paiement du solde, une garantie de substitution (garantie à première demande ou caution personnelle et solidaire) afin d'obtenir la libération de la retenue de garantie dès la réception des travaux.

#### **Article 101**

La retenue de garantie est remboursée, ou les personnes ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérées au plus tard un mois après l'expiration du délai de garantie. Si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché ou aux personnes ayant accordé leur caution ou leur garantie et si elles n'ont pas été levées avant la date d'expiration du délai de garantie, la retenue de garantie est remboursée ou les personnes libérées au plus tard un mois après la date de leur levée. Dans ce cas, il ne peut être mis fin à l'engagement des personnes susmentionnées que par mainlevée délivrée par la personne publique contractante. En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires sont versés selon des modalités définies par le décret mentionné à l'article 96.

En cas d'exécution correcte du marché, la libération de l'établissement bancaire ayant accordé sa garantie intervient dans le mois qui suit l'expiration du délai de garantie.

Lorsque le marché n'a pas été correctement exécuté, l'administration peut faire obstacle à la libération des établissements ayant accordé leur garantie en leur notifiant par lettre recommandée, et ce, avant l'expiration du délai de garantie, le maintien de leur engagement. En ce cas, il ne peut être mis fin à cet engagement que par mainlevée délivrée par l'administration contractante.

Si le titulaire du marché n'est pas en mesure, dans le délai prévu au marché ou, à défaut d'une telle clause, du délai accordé par l'acheteur public au moment où il les découvre, de remédier aux malfaçons découvertes avant l'expiration du délai de garantie, une somme égale au montant nécessaire pour procéder aux réparations est prélevée sur la retenue de garantie et acquise à la personne publique contractante.

Le montant de la retenue de garantie est mandaté en même temps que celui de la partie de l'acompte à verser directement au titulaire du marché (ou à son sous-traitant).

La libération tardive de la retenue de garantie en l'absence de malfaçons est sanctionnée par le versement d'intérêts moratoires.

Dans la mesure où des intérêts moratoires sanctionnent le retard de libération de la retenue de garantie, les intérêts moratoires versés pour dépassement du délai de paiement concernant un acompte sont désormais calculés sur le montant de l'acompte diminué de la retenue de garantie.

Les intérêts moratoires courent à compter du jour suivant l'expiration du délai qui, au cas d'espèce, s'achève un mois après la date d'expiration du délai de garantie.

## **Sous-section 2** **Autres garanties**

### **Article 102**

En cas de résiliation d'un marché qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsqu'un délai est accordé au titulaire, dans les conditions prévues à l'article 93 du présent code, pour reverser à la personne publique 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celle-ci, le titulaire doit fournir une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, une caution personnelle et solidaire.

En application de l'article 93, si la liquidation provisoire d'un marché, après résiliation totale ou partielle, fait apparaître un solde créditeur au profit de l'administration, celle-ci peut, sans attendre la liquidation définitive, exiger du titulaire du marché le reversement de 80 % du montant de ce solde ; toutefois un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette, sous réserve que celui-ci fournisse une garantie à première demande, ou si les deux parties en sont d'accord, une caution personnelle et solidaire.

### **Article 103**

Les cahiers des charges déterminent, s'il y a lieu, les autres garanties qui peuvent être demandées aux titulaires de marchés pour l'exécution d'un engagement particulier.

Les CCAG prévoient différents événements pour lesquels les titulaires garantissent l'administration contre les revendications des tiers, sans pour autant préciser la nature des garanties mises en oeuvre à cet effet.

Ainsi en est-il notamment des articles 28 et 27 A-B-C des CCAG applicables respectivement aux marchés industriels et aux marchés de prestations intellectuelles relatifs aux garanties contre les revendications concernant les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle. Par ailleurs, le CCAG Travaux mentionne différents cas où le titulaire doit prendre en

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-execution-des-marches/>

charge, en tout ou partie, les conséquences de dégradations causées aux voies publiques et, de façon plus générale, les dommages divers causés par la conduite des travaux ou les modalités de leur exécution.

#### **Article 104**

Le titulaire d'un marché ne peut recevoir l'avance facultative prévue par l'article 88 du présent code qu'après avoir constitué une garantie à première demande l'engageant à rembourser, s'il y a lieu, le montant de l'avance consentie. Dans le cas des marchés passés pour les besoins de la défense, l'obligation de constituer cette garantie peut être supprimée ou aménagée par un arrêté conjoint du ministre concerné et du ministre chargé de l'économie.

Compte tenu de l'importance des avances susceptibles d'être accordées, l'article 88 du code prévoit que le titulaire d'un marché ne peut recevoir l'avance facultative qu'après avoir constitué une garantie à première demande.

#### **Article 105**

Les collectivités territoriales peuvent demander la constitution d'une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, d'une caution personnelle et solidaire pour tout ou partie du remboursement d'une avance forfaitaire. Dans ce cas, l'avance ne peut être mandatée qu'après constitution de la garantie ou de la caution.

A la différence du régime applicable aux marchés de l'Etat, les collectivités territoriales peuvent demander la constitution d'une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, d'une caution personnelle et solidaire, garantissant tout ou partie du remboursement de l'avance forfaitaire, et ce même pour des marchés ne comportant pas de délai de garantie.

### **Section 3**

#### **Financement**

##### **Sous-section 1**

#### **Cession ou nantissement des créances résultant des marchés**

#### **Article 106**

I. - La personne responsable du marché remet au titulaire une copie certifiée conforme de l'original du marché revêtue d'une mention dûment signée, par elle, indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de permettre au titulaire de céder ou de nantir des créances résultant du marché. L'exemplaire unique doit être remis par l'organisme bénéficiaire au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement.

Lorsque le secret exigé pour la défense fait obstacle à la remise au bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de la copie certifiée conforme du marché, l'autorité avec laquelle le titulaire du marché a traité lui délivre un exemplaire unique ne contenant que les indications compatibles avec le secret. Le titulaire peut, pour toute autre cause, demander que l'exemplaire unique soit réduit aux indications nécessaires à la cession ou au nantissement.

S'il est procédé à une modification dans la désignation du comptable ou dans les conditions du règlement du marché, la personne publique contractante annote la copie certifiée conforme d'une mention constatant la modification.

Pour tout marché prévoyant plusieurs comptables assignataires, la personne responsable du marché doit fournir autant d'exemplaires que de comptables à la condition de spécifier, dans une mention apposée sur chacun de ces documents, qu'il est destiné à être remis entre les mains de tel comptable expressément désigné à l'exclusion de tous autres mentionnés au marché. Chaque document ne mentionne que la part de la créance totale que le comptable auquel il est transmis est appelé à mettre en paiement.

Le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance encaisse seul, à compter de cette notification, le montant de la créance ou de la part de créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

Au cas où la cession ou le nantissement de créance a été constitué au profit de plusieurs bénéficiaires, chacun d'eux encaisse seul la part de la créance qui lui a été affectée dans la cession ou le nantissement dont les mentions ont été notifiées au comptable.

En cas de sous-traitance prévue dès la passation du marché, le titulaire indique dans le marché la nature et le montant des prestations qu'il envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant, dans les conditions prévues à l'article 115 du présent code, du paiement direct. Ce montant est déduit du montant du marché pour déterminer le montant maximum de la créance que le titulaire est autorisé à céder ou à donner en nantissement.

II. - En cas de cession ou de nantissement effectué conformément aux articles L. 313-23 à L. 313-34 du code monétaire et financier, la notification prévue à l'article L. 313-28 de ce code est adressée au comptable public assignataire désigné dans le marché dans les formes fixées par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 313-35. Elle doit reproduire les mentions obligatoires du bordereau prévu à l'article L. 313-23.

La mainlevée de la notification de la cession ou du nantissement de créance prend effet le deuxième jour ouvrable suivant celui de la réception par le comptable de la notification l'en informant.

#### **106.1. Définition générale.**

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-execution-des-marches/>

Lorsqu'une entreprise, de par sa situation de trésorerie négative, ne peut couvrir la totalité de ses besoins en fonds de roulement, elle doit solliciter un concours bancaire. Lorsque les besoins de l'entreprise sont à la fois de courte durée et de faible ampleur, ils seront en général couverts par une facilité de caisse ou une autorisation de découvert. En revanche, lorsque les besoins de l'entreprise deviennent permanents ou sont de forte ampleur, le banquier cherche généralement à couvrir son risque par une garantie.

La technique la plus fréquemment utilisée est dans ce cas la cession de créances qui permet à l'entreprise d'obtenir le crédit qui lui est nécessaire en cédant à son banquier des créances qu'elle détient. Cette technique, lorsqu'elle porte sur des créances publiques, obéit à des modalités spécifiques, même si elle est mise en oeuvre dans le cadre de la loi " Dailly " du 2 janvier 1981 modifiée.

Le système de l'exemplaire unique décrit dans cet article et les articles suivants visent à éviter, d'une part, que la même créance soit cédée ou nantie deux ou plusieurs fois, partiellement ou en totalité, d'autre part, qu'une entreprise ait la possibilité de céder (ou nantir) la créance d'une autre.

Il importe particulièrement, dans l'intérêt des entreprises elles-mêmes, dans celui de leurs cessionnaires et afin d'éviter des situations particulièrement délicates tant aux organismes publics qu'à leurs comptables que les cocontractants publics prêtent la plus grande attention à la gestion du dispositif.

## **106.2. Procédure.**

Elle peut être résumée comme suit :

106.2.1. L'organisme public contractant remet un exemplaire du marché dit " exemplaire unique " au titulaire du marché.

Cet exemplaire unique est une copie certifiée conforme du marché (acte d'engagement et cahier des clauses administratives particulières) revêtue de la mention d'exemplaire unique signée par l'autorité contractante.

La formule d'exemplaire unique est la suivante : " Copie certifiée conforme à l'original délivrée en unique exemplaire pour être remise en cas de cession ou de nantissement de créances " .

106.2.2. Le titulaire du marché, s'il décide de céder sa créance relative au marché à une banque ou à une autre entreprise, remet cet exemplaire unique à son cessionnaire.

106.2.3. Ce dernier notifie la cession au comptable assignataire de l'organisme public contractant.

106.2.4. Le cessionnaire fait parvenir l'exemplaire unique au comptable assignataire.

## **106.3. La délivrance de l'exemplaire unique au titulaire du marché.**

### **106.3.1. Généralités.**

La délivrance d'un exemplaire unique est obligatoire pour permettre la cession des créances correspondant au marché.

Toutefois, aucun exemplaire unique n'est délivré dans le cas des marchés passés sans formalités préalables.

La mention d'exemplaire unique indique le montant des prestations que le titulaire n'envisage pas de confier à des sous-traitants susceptibles de bénéficier du paiement direct, ce montant correspondant au maximum de la créance que le titulaire est autorisé à céder ou à nantir.

En cas de sous-traitance donnant lieu à paiement direct, la mention d'exemplaire unique est complétée par : " en ce qui concerne la partie des prestations évaluées à montant exprimé en lettres euros et que le titulaire n'envisage pas de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct " .

**106.3.2. Il convient d'être particulièrement vigilant dans la délivrance et le suivi de l'exemplaire unique du titulaire dans les cas suivants :**

**106.3.2.1. D'une manière générale, cas de la sous-traitance.**

Lorsque le titulaire décide finalement d'exécuter lui-même davantage ou moins de prestations, l'acheteur public doit récupérer son exemplaire unique pour l'annoter.

Si les prestations qu'il exécute sont plus importantes que prévu et que l'exemplaire unique initial ne peut être récupéré, un exemplaire unique " complémentaire " lui est délivré.

En revanche, il n'est pas possible de permettre au titulaire de confier davantage à un sous-traitant payé directement (ou de prendre un sous-traitant supplémentaire payé directement) si son exemplaire unique n'a pu être récupéré pour être annoté à moins :

- qu'il produise un certificat de son cessionnaire attestant que les cessions qu'il lui a consenties au titre de ce marché ne font pas obstacle au paiement direct du sous-traitant ;
- qu'il fournisse une mainlevée de son cessionnaire à hauteur des sommes dont il augmente la sous-traitance.

Dans l'hypothèse où l'augmentation des prestations confiées au sous-traitant correspondrait à une augmentation de la masse initiale des prestations prévues au marché, l'exemplaire unique du titulaire ne devrait pas être récupéré puisque aucun changement n'interviendrait dans le montant des prestations qu'il exécute.

**106.3.2.2. Marché fractionné.**

Dans le cas d'un marché à tranches conditionnelles, le montant indiqué dans la mention d'exemplaire unique correspond au montant global de l'ensemble des tranches. En effet, puisqu'il s'agit d'un même marché, l'exemplaire unique délivré vaut à la fois pour la tranche ferme et la ou les tranches conditionnelles.

Il en va de même dans le cas de marchés à bons de commande.

Toutefois, il est admis, pour les marchés à bons de commande, de délivrer soit un exemplaire unique valable pour l'ensemble des commandes à passer jusqu'au montant maximum ou, à l'inverse, un exemplaire unique par bon de commande ou pour plusieurs bons individualisés, le titulaire choisissant la formule qui lui convient le mieux.

A cet égard, dans l'hypothèse d'un marché à bons de commande passé avec plusieurs titulaires non groupés, cette deuxième solution permet d'individualiser les prestations relevant de chacune des entreprises concernées.

**106.3.2.3. Marché exécuté par un groupement d'entreprises.**

Dans le cas d'un groupement conjoint.

Dans la mesure où les prestations exécutées par chacune des entreprises sont individualisées dans le marché et où les règlements sont effectués directement au compte ouvert au nom de chacun d'eux, il convient de délivrer à chacune des entreprises composant le marché un exemplaire unique limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

Dans le cas d'un groupement solidaire.

Dès lors que les prestations réalisées par les entreprises composant le groupement ne sont pas individualisées et qu'elles sont payées sur un compte unique ouvert au nom du groupement, il convient de délivrer l'exemplaire unique au nom du groupement.

Si, en revanche, les prestations sont individualisées et les règlements sont effectués au nom de chacune des entreprises composant le groupement, un exemplaire unique est délivré à chaque entreprise correspondant à la part des prestations qu'elle exécute.



Cependant, s'il y a lieu, en cours d'exécution du marché, de procéder à une répartition des prestations et de ne plus payer les entreprises sur le compte unique (par exemple, si l'une des entreprises fait l'objet d'un avis à tiers détenteur), il est nécessaire de récupérer l'exemplaire unique initialement délivré et de délivrer à chacune des entreprises du groupement un exemplaire unique limité au montant des prestations qu'elle doit exécuter.

Au cas où l'exemplaire unique ne pourrait être restitué, par exemple parce qu'il est entre les mains du comptable assignataire, une cession lui ayant été notifiée, il n'est pas possible de délivrer à chacune des entreprises un nouvel exemplaire unique limité tant qu'une mainlevée à hauteur des sommes correspondant aux prestations restant à exécuter n'a pas été produite.

Pour limiter, en cas de cotraitance, l'exemplaire unique délivré à une entreprise aux seules prestations qu'elle exécute, la mention d'exemplaire unique ci-dessus est complétée par : " en ce qui concerne la partie des prestations évaluées à (montant exprimé en lettres) euros (somme portée au marché) et devant être exécutée par (nom ou raison sociale du cotraitant) ".

#### **106.4. Les cessions (ou nantissements).**

Pour que ce dispositif de prévention soit opérationnel, il doit nécessairement s'appliquer à toute cession (ou tout nantissement) quelle qu'en soit la nature, dès lors qu'elle porte sur un marché public.

Les cessions les plus fréquentes sont celles issues de la loi no 81-1 du 2 janvier 1981 modifiée, dite loi " Dailly ", dont les dispositions sont désormais reprises dans le code monétaire et financier.

Dans ce cadre, la cession ou le nantissement de créances résultant de l'exécution de marchés s'effectue par bordereau dénommé acte de cession ou acte de nantissement de créances remis par le titulaire du marché à l'établissement de crédit cessionnaire.

Une créance relative à un marché public peut tout aussi valablement faire l'objet d'une cession de droit commun, auprès d'une autre entreprise, par exemple.

#### **106.5. La notification.**

Pour tous les organismes dotés d'un comptable public, la notification doit obligatoirement, comme toute opposition, être faite entre les mains de ce comptable.

C'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'annoter l'exemplaire unique en cas de modification du comptable : le cessionnaire éventuel doit savoir à qui notifier la cession.

La cession est notifiée dans les formes requises par le type de cession utilisé : lettre recommandée avec avis de réception postal pour la cession " Dailly ", désormais visée par le code monétaire et financier, signification par acte d'huissier pour la cession de droit commun.

L'article 313-27 du code monétaire et financier prévoit que la cession ou le nantissement " Dailly " prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau.

#### **106.6. Le paiement.**

L'exemplaire unique doit être produit au comptable public afin qu'il puisse désintéresser le cessionnaire. Faute de cette production, il n'y a guère qu'une décision de justice qui permettra de dénouer la situation.

En effet, lorsqu'un cessionnaire ne peut produire l'exemplaire unique correspondant à la cession qui lui est consentie, le risque est grand pour que cet exemplaire unique ait déjà été remis à un tiers dans le cadre d'une cession de la même créance.

C'est la raison pour laquelle l'exemplaire unique figure à titre de pièce justificative du paiement dans la liste annexée au décret n° 83-16 du 16 janvier 1983 modifié.

Cela étant, l'exemplaire unique n'est pas obligatoirement joint à la notification de la cession. Il suffit qu'il lui ait été transmis lorsque l'ordonnateur lui fait parvenir le mandat de paiement portant sur la créance cédée.

Toutefois, afin de ne pas retarder les paiements, il est recommandé au cessionnaire de joindre à la notification de la cession ou du nantissement de créances l'exemplaire unique du marché que le cédant lui aura remis.

Les mandatements sont faits à l'ordre du titulaire du marché.

Après notification de la cession (ou du nantissement), les paiements sont effectués par le comptable au seul profit du cessionnaire (ou du titulaire du nantissement) pour le montant de la créance ou de la part de la créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

Les paiements sont valablement effectués par le comptable public au titulaire du marché entre la date du bordereau et celle de sa notification.

**Article 107**

La notification au comptable assignataire de la transmission, par le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance, de tout ou partie de sa créance sur le titulaire d'un marché est effectuée dans les conditions prévues à l'article 106.

Le bénéficiaire de la transmission encaisse seul, à compter de cette notification, la part de la créance transmise.

Le cessionnaire ou le bénéficiaire d'un nantissement peut transmettre à un tiers tout ou partie de la créance qu'il détient sur le titulaire du marché, qu'il s'agisse d'une cession ou d'un nantissement issu de la loi " Dailly " ou d'une cession ou d'un nantissement de droit commun.

Une cession (ou un nantissement) " Dailly " se transmet par voie d'endos total ou partiel du bordereau de cession ou de nantissement.

La transmission est portée à la connaissance du comptable assignataire de la dépense par le bénéficiaire de la transmission selon les mêmes formes que la notification de la cession ou du nantissement (lettre recommandée avec avis de réception postal ou tout autre moyen permettant de donner date certaine - télex... - pour la cession " Dailly ", signification d'huissier pour la cession de droit commun).

Pour la cession " Dailly ", la notification doit faire mention de l'endos.

La notification de la transmission doit reprendre toutes les mentions utiles à la notification de la créance cédée ou nantie concernée.

Pour la cession " Dailly ", ces mentions sont celles qui figurent à l'annexe III du décret du 9 septembre 1981, modifié par le décret du 3 décembre 1985.

**Article 108**

Les bénéficiaires de nantissements ou cessions de créances ou de transmissions peuvent, au cours de l'exécution du marché, requérir de l'administration compétente soit un état sommaire des prestations effectuées, appuyé d'une évaluation qui n'engage pas la personne publique, soit le décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché ; ils peuvent requérir, en outre, un état des avances et des acomptes mis en paiement. La personne chargée de fournir ces divers renseignements est désignée dans le marché.

Les mêmes bénéficiaires peuvent requérir du comptable un état détaillé des oppositions reçues par lui en ce qui concerne ce marché.

S'ils en font la demande par lettre recommandée avec avis de réception postal, en justifiant de leur qualité, la personne désignée dans le marché est tenue de les aviser, en même temps que le titulaire du marché, de toutes les modifications apportées au contrat qui affectent la garantie résultant du nantissement ou de la cession. Ils ne peuvent exiger d'autres renseignements que ceux prévus ci-dessus ni intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché.

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

**Article 109**

Les droits des bénéficiaires des nantissements ou des transmissions mentionnés à l'article 108 ne sont primés que par les privilèges suivants :

- le privilège des frais de justice ;
- le privilège relatif au paiement des salaires et de l'indemnité de congés payés en cas de faillite ou de règlement judiciaire institué par les articles L. 143-10 et L. 143-11 du code du travail ;
- le privilège résultant, au profit des ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics, de l'article L. 143-6 du code du travail ;
- les privilèges conférés au Trésor par les lois en vigueur ;
- le privilège conféré aux propriétaires des terrains occupés pour cause de travaux publics par la loi du 29 décembre 1892 sur les dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics.

Les nantissements sont primés par les privilèges dont le rang est fixé par l'article 109.

Le Conseil d'Etat a rendu, le 9 juillet 1996, un avis relatif à l'exercice du privilège dit " de Pluviôse ".

Le privilège de Pluviôse, qui résulte des dispositions de l'article L. 143-6 du code du travail, confère aux fournisseurs d'entrepreneurs " de tous travaux ayant le caractère de travaux publics " un droit de paiement préférentiel sur tout autre créancier à raison des créances qu'ils détiennent sur lesdites entreprises au titre des fournitures et matériaux qu'ils apportent pour l'exécution du marché public.

Le Conseil d'Etat, qui s'est prononcé sur les modalités d'exercice du privilège de Pluviôse, a abouti aux conclusions suivantes :

1. La revendication du privilège par le fournisseur vise, dans un premier temps, à empêcher la personne publique de se dessaisir des fonds et, par la suite, à en obtenir le paiement en lieu et place de l'entreprise titulaire de " tous travaux ayant le caractère de travaux publics ".

2. Le comptable public assignataire des paiements n'est pas chargé de veiller au respect du privilège. C'est au fournisseur qu'il appartient d'assurer l'efficacité de son privilège en engageant des mesures conservatoires qui, seules, interdiront au comptable public, auquel elles seront notifiées dans le respect de la réglementation en vigueur, de se dessaisir des fonds, ou des mesures d'exécution qui, seules, lui permettront de payer le fournisseur. Il en résulte que, seule, une saisie conservatoire a pour effet d'interdire au comptable public de se dessaisir des fonds, une saisie-attribution autorise et oblige le comptable public à payer le fournisseur privilégié.

Par exception, et en l'absence de toute mesure conservatoire ou d'exécution, le comptable peut toutefois se dessaisir des fonds, dans le cadre d'une procédure amiable, au cas où les deux conditions cumulatives suivantes sont remplies :

1. Les fonds dus au titre du marché suffisent à désintéresser le fournisseur et les tiers saisissants éventuels.

2. Un accord écrit entre l'entrepreneur et son fournisseur, substituant ce dernier au premier en qualité de créancier, est adressé au comptable.

**Article 110**

Les seuls fournisseurs susceptibles de bénéficier du privilège résultant de l'article L. 143-6 du code du travail sont ceux qui ont été agréés par la personne publique contractante, dans des conditions fixées par décret.  
Le privilège ne porte que sur les fournitures livrées postérieurement à la date à laquelle la demande d'agrément est parvenue à l'autorité compétente.

L'agrément donné au fournisseur concerné importe particulièrement dans la mesure où il lui permet, s'il n'est pas payé par l'entreprise (titulaire du marché ou sous-traitant payé directement) qui lui a commandé les matériaux, d'être désintéressé des sommes qui lui sont dues par préférence au titulaire d'un nantissement.

Le fournisseur susceptible de se prévaloir du privilège de Pluviôse pour bénéficier d'une telle préférence doit avoir été agréé par la personne publique elle-même dans des conditions fixées par décret.

En effet, la personne publique qui a passé le marché est, plus que quiconque, à même de s'assurer que les matériaux fournis par tel fournisseur ont bien été utilisés dans le cadre de ce marché.

**Sous-section 2**  
**Intervention du Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises**

**Article 111**

En vue de faciliter le financement des commandes publiques, le Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises peut procéder à des paiements à titre d'avances et à des crédits de trésorerie au bénéfice des titulaires des marchés, travaux sur mémoire et achats sur factures soumis aux dispositions du présent code ou au bénéfice de leurs sous-traitants ayant droit au paiement direct.  
A ce titre, il peut obtenir de la personne publique contractante toute pièce justificative validant l'existence de la créance financée.  
Lorsque le Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises avise la personne publique contractante qu'il a l'intention d'intervenir au profit du titulaire, l'ordonnateur lui notifie sur sa demande, en même temps et dans les mêmes formes qu'au titulaire, toute lettre suspendant les délais de paiement.

L'article 111 pose le principe de l'intervention du crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises et en décrit les modalités pour autant qu'elles concernent l'acheteur public.

**Chapitre II**  
**Dispositions relatives à la sous-traitance**

**Article 112**

Le titulaire d'un marché public de travaux ou d'un marché public de services peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de la personne publique contractante l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

Les conditions d'acceptation des sous-traitants et l'agrément de leurs conditions de paiement constituent des obligations prévues par l'article 3 de la loi no 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance.

Les modalités d'acceptation des sous-traitants et d'agrément des conditions de paiement sont explicitées à l'article 114 du <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-execution-des-marches/>

présent code.

Le projet de loi adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 28 juin 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier tend à moderniser les garanties offertes aux sous-traitants. Il modifie dans cet objectif la loi du 31 décembre 1975 sur plusieurs points :

- dans un souci de clarification, la rédaction de l'article 1er est précisée afin d'interdire clairement la sous-traitance totale ;
- le mécanisme du paiement direct est limité aux sous-traitants de premier rang ; en revanche, le paiement des sous-traitants de deuxième rang ou plus sera désormais garanti par le mécanisme de la caution prévue à l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 ;
- l'obligation du soumissionnaire à un marché public de déclarer à l'acheteur public la totalité des sous-traitants auxquels il entend recourir ; cette obligation est également mise en place en cas de recrutement de sous-traitants en cours d'exécution de marché.

#### **Article 113**

En cas de sous-traitance du marché, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant de celui-ci.

L'article 113 rappelle expressément le principe de responsabilité du titulaire pour l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché, même celles qui sont le fait de sous-traitants.

#### **Article 114**

L'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement doivent être demandés dans les conditions suivantes :

1. Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment de l'offre ou de la proposition, le candidat doit fournir à la personne publique contractante une déclaration mentionnant :

- a) La nature des prestations dont la sous-traitance est prévue ;
- b) Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- c) Le montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant ;
- d) Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
- e) Si la personne publique le demande, les capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

Il doit lui remettre également une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics.

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement ;

2. Dans le cas où la demande est présentée après la conclusion du marché, le titulaire de celui-ci remet contre récépissé à la personne publique contractante ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration spéciale contenant les renseignements mentionnés au 1 du présent article ;

Le titulaire doit en outre établir qu'une cession ou un nantissement de créances résultant du marché ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant, dans les conditions prévues à l'article 116, en produisant soit l'exemplaire unique du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement des créances ;

3. Si, postérieurement à la notification du marché, le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché, il doit obtenir la modification de l'exemplaire unique prévu à l'article 106 du présent code.

Si cet exemplaire a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire doit justifier soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible.

Cette justification est donnée par une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances résultant du marché.

La personne publique contractante ne peut pas accepter un sous-traitant et agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée ci-dessus ne lui a pas été remise.

Toute modification dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes exige également la modification de l'exemplaire unique ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires ;

4. Le silence de la personne publique contractante gardé pendant vingt et un jours à compter de la réception des documents mentionnés aux 2 et 3 vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement ;

5. L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont constatés par le marché ou par un acte spécial signé des deux parties.

Y sont précisés :

- la nature des prestations sous-traitées ;
- le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant ;
- le montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant ;
- les modalités de règlement de ces sommes.

figurent désormais les renseignements relatifs aux capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

En effet, l'organisme public contractant peut, malgré le principe de responsabilité du titulaire du marché pour l'ensemble du marché, refuser d'admettre l'intervention d'un sous-traitant qui n'aurait pas les qualifications nécessaires ou ne pourrait, pour cause de faillite, assumer jusqu'au bout les prestations qu'il doit exécuter.

Cet article insiste sur les conditions de mise en oeuvre du dispositif de l'exemplaire unique en cas de sous-traitance et les clarifie, afin d'éviter les erreurs et les chevauchements de cessions ou de nantissements.

Ainsi, il précise que, pour toute demande d'acceptation d'un sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement, le titulaire doit prouver que le paiement direct de ce sous-traitant sera possible, autrement dit, qu'il n'a pas déjà cédé ou nanti la part de la créance correspondante.

Le titulaire est en mesure d'apporter cette preuve en produisant :

- l'exemplaire unique du marché qui lui a été délivré. En effet, si cet exemplaire est toujours en sa possession, c'est qu'il n'a procédé à aucune cession ou aucun nantissement. Dans le cas contraire, il aurait dû le remettre au cessionnaire ou au titulaire du nantissement. A cet égard, il est souligné que, dans leur propre intérêt, cessionnaires et titulaires de nantissement ne sauraient donner suite à aucune demande de financement par un fournisseur ou un entrepreneur au titre d'un marché public formalisé si ce fournisseur ou cet entrepreneur ne leur remet pas l'exemplaire unique ;
- une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement certifiant que le montant de cette cession ou de ce nantissement est tel qu'il ne remet pas en cause la possibilité de payer le sous-traitant. Par exemple, pour un marché de 100 000 Euro, une cession de 50 000 Euro ne fait pas obstacle au paiement d'un sous-traitant à qui des prestations de 10 000 Euro seraient confiées ;
- une mainlevée du cessionnaire ou du titulaire du nantissement permettant de régler le sous-traitant.

Ainsi, pour un marché de 100 000 Euro ayant donné lieu à une cession d'un montant de 90 000 Euro par le titulaire, il n'est possible de confier à un sous-traitant des prestations d'un montant de 20 000 Euro que si le cessionnaire fournit une mainlevée pour 10 000 Euro.

Cet article pose l'interdiction absolue pour la personne publique contractante d'accepter un sous-traitant et d'agréer ses conditions de paiement si le titulaire n'a pas apporté la preuve, dans les conditions indiquées supra, que le paiement direct de ce sous-traitant sera possible.

Compte tenu des difficultés qui ont pu être rencontrées au niveau local, cette interdiction est désormais formalisée dans le souci de responsabiliser les acheteurs publics.

L'alinéa suivant complète cette interdiction en posant l'obligation d'un suivi global des exemplaires uniques dans le cadre du marché.

En effet, ainsi que le précise, par ailleurs, l'article 117, tout sous-traitant payé directement a le droit de céder ou de nantir la créance correspondant aux prestations qu'il exécute et doit recevoir un exemplaire unique correspondant.

Tout changement dans le montant des prestations exécutées par le titulaire ou un sous-traitant payé directement conduit nécessairement à une modification de l'exemplaire unique correspondant (ou des exemplaires uniques correspondants, lorsque plusieurs entreprises sont concernées).

Si la modification nécessaire de l'exemplaire unique (ou des exemplaires uniques) est impossible et qu'aucune attestation ou mainlevée n'apporte la certitude que le changement envisagé n'aboutira pas à une cession (ou un nantissement) double ou multiple de la même créance ou à la possibilité pour une entreprise de céder (ou nantir) la créance d'une autre, il est nécessaire de renoncer au changement envisagé.

#### **Article 115**

Les dispositions prévues aux articles 86 à 98 s'appliquent aux sous-traitants mentionnés à l'article 114 en tenant compte des dispositions particulières ci-après :

1. Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 Euro, le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par la personne responsable du marché est payé directement pour la partie du marché dont il assure l'exécution.

Toutefois, en ce qui concerne les marchés industriels passés par une autorité relevant du ministère de la défense, c'est-à-dire notamment les marchés de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations non courantes ou de maintien en condition, et de prestations intellectuelles, les sous-traitants ne sont payés directement que si le montant de leur contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 10 % du montant total du marché ;

2. L'avance forfaitaire prévue à l'article 87 est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct.

La limite fixée au premier alinéa de l'article 87 est appréciée par référence au montant prévisionnel des sommes à payer, tel qu'il figure dans le marché ou dans l'acte spécial mentionné au 5 de l'article 114.

L'avance forfaitaire est fixée à 5 % de ce montant dans la limite des prestations à exécuter par le sous-traitant au cours des douze premiers mois suivant la date de commencement de leur exécution.

Dans le cas où le titulaire sous-traite une part du marché postérieurement à la conclusion de celui-ci, le paiement de l'avance forfaitaire au sous-traitant est subordonné au remboursement, s'il y a lieu, de la partie de l'avance forfaitaire versée au titulaire au titre des prestations sous-traitées.

#### **Article 116**

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement au titulaire du marché.

Cette demande de paiement, revêtue de l'acceptation du titulaire du marché, est transmise par ce dernier à la personne désignée au marché à cette fin.

La personne désignée au marché avise le sous-traitant de la date de réception de la demande de paiement envoyée par le titulaire et lui indique les sommes dont le paiement à son profit a été accepté par ce dernier.

L'ordonnateur mandate les sommes dues au sous-traitant.

Dans le cas où le titulaire d'un marché n'a ni opposé un refus motivé à la demande de paiement du sous-traitant dans le délai de quinze jours suivant sa réception ni transmis celle-ci à la personne désignée au marché, le sous-traitant envoie directement sa demande de paiement à la personne désignée au marché par lettre recommandée avec avis de réception postal ou la lui remet contre un récépissé dûment daté et inscrit sur un registre tenu à cet effet.

La personne désignée au marché met aussitôt en demeure le titulaire, par lettre recommandée avec avis de réception postal, de lui faire la preuve, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette lettre, qu'il a opposé un refus motivé à son sous-traitant. Dès réception de l'avis, elle informe le sous-traitant de la date de cette mise en demeure.

A l'expiration du délai prévu au précédent alinéa, au cas où le titulaire ne serait pas en mesure d'apporter cette preuve, la personne désignée au marché paie les sommes dues aux sous-traitants dans les conditions prévues à l'article 96.

Cet article décrit le cheminement de la demande de paiement d'un sous-traitant payé directement.

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement au titulaire, à qui il appartient de l'avaliser (ou, le cas échéant, de la refuser en tout ou en partie).

En effet, le titulaire étant responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché, y compris celle de son sous-traitant, il est logique qu'il ait un droit de regard sur la demande de paiement présentée par celui-ci afin de pouvoir y faire obstacle si le sous-traitant demande, par exemple, le règlement de prestations non encore réalisées.

Ainsi, cet article protège le titulaire du marché et, in fine, le maître d'ouvrage.

Il protège également le sous-traitant.

Ainsi, le titulaire du marché est tenu de donner suite à la demande de paiement du sous-traitant dans un délai de quinze jours suivant la réception de celle-ci. Autrement dit :

- soit il avalise le contenu de cette demande et le transmet, en vue du paiement, à la personne désignée au marché. Cette personne est, selon les marchés, le maître d'ouvrage lui-même ou le maître d'oeuvre ;
- soit il oppose un refus motivé à la demande de paiement du sous-traitant.



Si le titulaire du marché ne donne aucune suite à la demande de paiement du sous-traitant dans le délai précité de quinze jours, le sous-traitant transmet sa demande à la personne prévue au marché (maître d'ouvrage ou maître d'oeuvre). Cette transmission s'effectue selon les modalités applicables à un titulaire de marché (envoi en recommandé avec avis de réception postal, remise contre récépissé afin que l'entreprise puisse, si besoin, apporter la preuve de la date de réception ou de remise).

**Article 117**

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui doivent lui être réglées directement, tout ou partie de sa créance. La copie certifiée conforme de l'original du marché prévue à l'article 106 et, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article 114 désignant un sous-traitant admis au paiement direct doit être remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct.

Les sous-traitants bénéficiaires d'un paiement direct en application des dispositions de l'article 114 peuvent céder ou nantir tout ou partie de leur créance dans les mêmes conditions que le titulaire du marché à concurrence du montant des prestations qui doivent leur être réglées directement, tel qu'il est défini dans les documents contractuels.

Une copie certifiée conforme du marché revêtue de la mention d'exemplaire unique est remise aux sous-traitants. Elle est accompagnée, le cas échéant, d'une copie de l'acte spécial.

Il est fortement recommandé que le maître d'ouvrage envoie au sous-traitant, dès sa signature, une copie de l'acte spécial le concernant.

Les procédures de cession ou de nantissement de créances applicables aux sous-traitants sont les mêmes que celles prévues pour le titulaire du marché.

**Chapitre III**  
**Exécution complémentaire**

**Article 118**

Lorsque le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par la personne responsable du marché. Les décisions de poursuivre respectent, comme les avenants, les conditions prévues à l'article 19 du présent code.

Les marchés ne peuvent être modifiés que par un acte additionnel pris dans la même forme et signé des deux parties appelé avenant.

Toutefois, il peut arriver, notamment en matière de travaux, que le montant des prestations exécutées atteigne le montant fixé par le marché sans que la totalité des prestations soit réalisée et sans que l'objet du marché soit atteint. Dans ce cas, si le marché en a prévu la possibilité, la personne responsable peut prendre la décision de poursuivre l'exécution des prestations.

Les décisions de poursuivre doivent, comme les avenants, respecter les conditions prévues à l'article 19. Cette condition est à mettre en oeuvre par la personne responsable du marché et peut faire l'objet des différents contrôles prévus en matière de marchés publics.

**118.1. Définition.**



La décision de poursuivre est un acte unilatéral qui est signé par la seule personne publique.

Le recours à la décision de poursuivre n'est possible que si le marché le prévoit, qu'il s'agisse d'un marché de travaux, de fournitures ou de services. Si, par exemple, le CCAG Travaux n'est pas visé dans le marché, il est nécessaire que la décision de poursuivre soit prévue dans le CCAP.

### **118.2. Objet de la décision de poursuivre.**

La décision de poursuivre ne peut avoir pour objet que la poursuite des prestations au-delà du montant fixé par le marché.

Elle ne peut pas comporter d'autres dispositions et ne permet notamment pas de fixer de nouveaux prix.

Elle ne permet en aucun cas de modifier l'objet du marché. Elle ne peut être prise que lorsque le montant des travaux exécutés atteint le montant prévu au marché sans que l'objet de celui-ci s'en trouve atteint. Elle ne saurait donc être utilisée pour modifier le volume des prestations prévues par le contrat.

La décision de poursuivre n'a pas à être soumise à la commission d'appel d'offres, toutefois, si elle donne lieu à l'adoption d'un avenant, celui-ci est soumis à la commission d'appel d'offres dans les conditions propres aux avenants.