



Quelles voies de recours contentieux pour les sous-traitants ?

Dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics, les sous-traitants n'ont que peu de possibilités de recours ; le juge leur dénie souvent tout intérêt à agir ou intérêt lésé. En revanche, s'agissant de la phase d'exécution, les sous-traitants peuvent former différents types de recours à l'encontre du maître d'ouvrage ou de l'entrepreneur principal.

Très fréquent en matière de commande publique, le recours à la sous-traitance à l'occasion de l'exécution d'un marché public est strictement encadré par les textes législatifs et réglementaires⁽¹⁾, tandis que la question des voies de recours ouvertes au sous-traitant reste largement prétorienne.

L'on constate à ce titre qu'en dépit de la place importante qu'il est susceptible d'occuper, le sous-traitant demeure à bien des égards le parent pauvre du contentieux. En effet, ce dernier peine souvent davantage que le titulaire du marché à faire valoir ses droits, malgré l'émergence récente d'une tendance jurisprudentielle favorable au sous-traitant.

Des possibilités de recours limitées à l'occasion de la passation du contrat

L'analyse des voies de recours ouvertes au sous-traitant nécessite tout d'abord de s'interroger sur la possibilité pour ce dernier de former un recours à l'occasion de la passation du contrat, c'est-à-dire lorsque le sous-traitant n'est encore que « candidat » potentiel à l'attribution du marché.

Le sous-traitant n'a pas, en principe, vocation à contester le contrat dont il a été indirectement évincé

Dans le cadre de la réponse à une procédure de publicité et de mise en concurrence tendant à l'attribution

Auteur

Simon Daboussy

Avocat - associé

Auberi Gaudon

Avocat

AdDen Méditerranée

Mots clés

Intérêt à agir • Intérêt lésé • Juge judiciaire • Référé • Responsabilité

(1) Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975.
Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 62.
Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 133 à 137.



d'un marché de travaux ou de services^[2], un candidat peut présenter son offre accompagnée d'une demande de sous-traitance faisant apparaître les entreprises auxquelles il envisage de confier des prestations^[3]. En cas d'attribution du marché à un autre candidat, le sous-traitant déjà présenté peut s'estimer lésé au même titre que l'entreprise à laquelle il était lié et dont l'offre a été rejetée. Dans cette hypothèse, celui-ci peut alors souhaiter contester la passation du contrat dont il a été indirectement évincé.

Il faut d'emblée souligner que du fait de sa position « subalterne » le sous-traitant n'est pas toujours dans les meilleures dispositions pour engager un recours. En effet, bien que ce dernier ait été inclus dans l'offre de l'entreprise principale, il n'est pas certain qu'il ait eu accès à l'ensemble des documents de marché^[4] et, plus généralement, qu'il ait été en mesure de déceler les éventuels manquements commis au cours de la procédure.

En tout état de cause, à supposer même que le sous-traitant puisse faire état de manquements commis par le maître d'ouvrage à l'occasion de la passation du marché, force est de constater que le juge lui dénierait souvent tout intérêt à agir.

Tel est notamment le cas en matière de référé pré-contractuel^[5] pour lequel l'article L. 551-10 du Code de justice administrative (CJA) prévoit que les personnes habilitées à engager un recours sont celles « qui ont un intérêt à conclure le contrat (...) ou qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué ». À ce titre, à de rares exceptions près^[6], le juge estime que le sous-traitant, s'il a bien intérêt à la conclusion du contrat, ne dispose toutefois pas d'un intérêt à conclure le contrat^[7]. Tout recours du sous-traitant engagé sur ce fondement sera donc, en principe, voué à l'échec.

Cette conception stricte de l'intérêt à agir du sous-traitant a également vocation à s'appliquer dans le cadre du référé contractuel dès lors que l'article L. 551-14 du CJA relatif aux personnes habilitées à engager un tel recours est rédigé dans des termes identiques à ceux de l'article L. 551-10 précité.

[2] L'article 62 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 prévoit que la sous-traitance n'est possible dans les marchés de fournitures que dans la mesure où ils comportent des services ou des travaux de pose ou d'installation.

[3] Article 134 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[4] Il faut ici préciser que le sous-traitant peut demander la communication de l'intégralité des documents de marché à l'exception du bordereau de prix unitaires sur le fondement de l'article L. 311-1 du code des relations entre le public et l'administration (CE 30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan, req. n° 375529).

[5] CJA, art. L. 551-1 et s.

[6] TA Paris 8 novembre 2006, Société Forsup Conseil, req. n° 0615298.

[7] TA Marseille 23 décembre 2008, Association Provence Action service, req. n° 0808294, 0808522 et 0808531.

Le fait pour un sous-traitant d'être intervenu antérieurement à l'attribution du marché public ne suffit donc pas à ce que ce dernier intègre le cercle restreint des personnes recevables à contester le contrat finalement conclu ou en passe de l'être.

La reconnaissance d'un droit au recours du sous-traitant justifiant d'un intérêt particulier

La règle selon laquelle le sous-traitant n'a pas vocation à agir contre le contrat pour lequel il avait été présenté a toutefois connu une évolution récente dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat.

Pour mémoire, il convient de rappeler que ce recours permet à « tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses » de former un recours de pleine juridiction visant à contester le contrat ou certaines de ses clauses divisibles devant le juge administratif^[8]. Malgré une jurisprudence novatrice, le Conseil d'État avait dès le départ pris soin d'encadrer la recevabilité de ce recours en s'inspirant de la rédaction des articles L. 551-10 et L. 551-14 du CJA et en limitant ainsi strictement les catégories de requérants pouvant être admis à contester le contrat.

Saisi à l'occasion d'un recours formé par un sous-traitant audacieux sur le fondement de cette jurisprudence, le juge suprême est venu rappeler que « si la société requérante n'est pas un concurrent dont la candidature ou l'offre a été rejetée ou qui aurait été empêché de présenter sa candidature, sa seule qualité de société susceptible d'intervenir en qualité de sous-traitante (...) ne justifie pas d'un intérêt lésé pouvant la rendre recevable à contester la validité du contrat en cause »^[9]. La règle reste donc défavorable au sous-traitant qui n'a, par principe, toujours pas vocation à contester le contrat conclu par un tiers alors même qu'il aurait été candidat à son attribution.

Le Conseil d'État tempère toutefois ce principe en ajoutant qu'« il ressort des pièces du marché que l'offre d'un des groupements candidats reposait sur la technologie que fournit cette société ; que, dans ces conditions, elle justifie être lésée par la conclusion du contrat litigieux de manière suffisamment directe et certaine pour être recevable à en demander l'annulation ainsi que la suspension ». Il faut donc en déduire qu'un sous-traitant dont le rôle a été déterminant dans l'offre remise par l'entreprise principale peut se voir reconnaître un intérêt particulier lui permettant de contester le contrat finalement conclu.

Le juge administratif revient ainsi sur sa position de principe en reconnaissant un droit d'agir au sous-traitant, même si la rédaction de l'arrêt laisse à penser

[8] CE Ass. 4 avril 2014, Département Tarn-et-Garonne, req. n° 358994.

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



que la brèche ici ouverte n'a vocation à concerner qu'un nombre limité d'hypothèses.

Une incertitude demeure enfin sur la possibilité de transposer cette jurisprudence dans le cadre d'un référé précontractuel ou contractuel pour lequel le sous-traitant devrait justifier être lésé, non pas par la conclusion du contrat en elle-même, mais plus spécifiquement par le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence invoqué. Si elle n'est pas impossible, cette démonstration paraît néanmoins plus ardue pour le sous-traitant dont la présentation par l'entreprise candidate n'intervient qu'au stade de l'offre.

Des voies de recours diverses pour le sous-traitant dans le cadre de l'exécution du marché public

La détermination des voies de recours ouvertes au sous-traitant s'étend également bien évidemment à celles dont il dispose au cours de l'exécution du marché dans le cadre duquel il intervient.

Les recours du sous-traitant à l'encontre du maître d'ouvrage

En premier lieu, le sous-traitant peut engager un certain nombre de recours à l'encontre du maître d'ouvrage public avec lequel, rappelons-le, il n'a aucun lien contractuel. La majorité de ces recours relève de la compétence du juge administratif puisqu'ils mettent directement en cause une personne publique ou les actes dont elle est à l'origine.

Le sous-traitant est tout d'abord fondé à intenter une action à l'encontre du maître d'ouvrage lorsqu'il rencontre des difficultés à se faire payer alors qu'il bénéficie du paiement direct en application du titre II de la loi n° 75-1334 du 31 janvier 1975. Dans cette hypothèse, le sous-traitant peut alors engager un recours indemnitaire à l'encontre du maître d'ouvrage à la suite du refus par ce dernier de s'acquitter des sommes dues en application du contrat⁽¹⁰⁾.

La voie du référé-provision prévue à l'article R. 554-1 du CJA est également ouverte au sous-traitant désireux d'obtenir la condamnation du maître d'ouvrage à lui payer les sommes dues⁽¹¹⁾. Rappelons néanmoins que l'octroi d'une provision est conditionné à l'absence de contestation sérieuse de l'obligation sur laquelle est fondée la demande. Ainsi, un sous-traitant n'est pas fondé à solliciter une provision correspondant au paiement de sujétions imprévues ou de travaux supplémen-

taires⁽¹²⁾. De même, le sous-traitant sollicitant une provision du maître d'ouvrage doit tenir compte des règles de la prescription quadriennale⁽¹³⁾.

Enfin, le sous-traitant agréé bénéficiant du paiement direct est fondé à demander au maître d'ouvrage la rémunération correspondant à l'exécution de travaux supplémentaires qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage⁽¹⁴⁾ ou à des sujétions imprévues ayant bouleversé l'économie générale du marché⁽¹⁵⁾.

Le sous-traitant peut par ailleurs être conduit à contester les actes pris dans le cadre du marché public.

À un stade encore peu avancé du marché, le sous-traitant peut notamment former un recours en responsabilité à la suite du refus d'agrément opposé par le maître d'ouvrage à la demande du titulaire du contrat⁽¹⁶⁾.

Surtout, le juge administratif a admis le droit au recours du sous-traitant à l'encontre d'un acte de sous-traitance alors même qu'il s'agit d'un acte contractuel entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur mais pour lequel le sous-traitant possède un intérêt lésé lui donnant qualité pour en demander l'annulation⁽¹⁷⁾.

Toujours au titre de l'acte de sous-traitance, il convient de faire mention d'une jurisprudence récente favorable aux droits du sous-traitant, et donc suffisamment rare pour être remarquée. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a consacré l'impossibilité pour le maître d'ouvrage et l'entrepreneur de réduire le droit au paiement du sous-traitant par la seule modification de l'acte spécial de sous-traitance sans que soient également modifiées les clauses du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations du marché⁽¹⁸⁾. Le sous-traitant est donc désormais fondé à contester la réduction de son droit au paiement dès lors que celle-ci ne résulterait que d'une modification de l'acte de sous-traitance. Le Conseil d'État revient ainsi sur sa jurisprudence antérieure en vertu de laquelle seul l'acte auquel avait consenti le maître d'ouvrage était pris en compte pour déterminer les conditions de paiement du sous-traitant⁽¹⁹⁾.

Il nous faut enfin faire cas de l'action en responsabilité pouvant être engagée par le sous-traitant irrégulier

(10) Pour une demande de paiement du sous-traitant à la suite de la résiliation du marché public : CE 19 avril 2017, Département de l'Hérault, req. n° 396174.

(11) CE 17 décembre 2003, Société Laser, req. n° 250484.

(12) CAA Lyon 28 janvier 1999, Société Boutte, req. n° 98LY00536.

(13) CE 10 mars 2017, Société Solotrat, req. n° 404841.

(14) CE 3 mars 2010, Société Presspali SPA, req. n° 304604.

(15) CE 1^{er} juillet 2015, Régie des eaux du canal Belletrud, req. n° 383613.

(16) Cass. 3^e civ. 2 février 2005, n° 03-15.409.

(17) CAA Marseille 15 octobre 2012, Commune de la Seyne-sur-mer, req. n° 09MA01770.

(18) CE 27 janvier 2017, Société Baudin Chateaufort, req. n° 397311 ; CE 17 mars 2017, Sté Daufin construction métallique, req. n° 394664.

(19) CE 17 décembre 1999, Société d'aménagement de Lor-et-Garonne, req. n° 177806.



à l'encontre du maître d'ouvrage^[20]. L'importance de cette voie de recours doit néanmoins être relativisée puisqu'elle suppose que le sous-traitant démontre que le maître d'ouvrage était au courant de son intervention et collaborait même avec lui.

Les différents recours qui viennent d'être évoqués ne doivent pas faire oublier que le sous-traitant demeure encore exclu d'une part importante du contentieux contractuel initié dans le cadre du marché public. Le Conseil d'État écarte ainsi l'intérêt à agir du sous-traitant à l'occasion de l'action initiée par le titulaire du marché contre le maître d'ouvrage alors même que celle-ci visait, entre autres, au paiement des sommes dues au sous-traitant. En effet, pour le juge, « le sous-traitant ne peut être regardé comme pouvant, dans le cadre de ce litige, se prévaloir d'un droit auquel la décision à rendre est susceptible de préjudicier »^[21].

Les recours du sous-traitant à l'encontre de l'entrepreneur principal

Notre analyse nécessite enfin, pour être exhaustive, d'aborder les recours dont dispose le sous-traitant à l'encontre de l'entrepreneur principal auquel il est contractuellement lié via son contrat de sous-traitance.

Il faut rappeler ici que toute action engagée dans le cadre de l'exécution du contrat de sous-traitance relève de la compétence exclusive du juge judiciaire dès lors que ce contrat, conclu entre deux personnes privées, est nécessairement de nature privée^[22]. Cette compé-

tence s'étend d'ailleurs au-delà du seul contrat de sous-traitance puisqu'elle s'applique également à n'importe quelle action mettant en cause le sous-traitant^[23].

Les actions potentielles à l'encontre de l'entrepreneur sont nombreuses, le sous-traitant étant notamment fondé à engager devant le juge judiciaire toute action procédant du contrat à l'encontre de son cocontractant. Ce dernier peut ainsi introduire un recours sur le fondement de la méconnaissance par l'entrepreneur principal de ses obligations contractuelles sur le fondement des articles 1217 et suivants du Code civil.

Le sous-traitant a également la possibilité de saisir le juge civil des référés lorsqu'il souhaite que soit diligentée une expertise mettant notamment en cause l'entrepreneur principal^[24].

Il faut enfin relever que le sous-traitant ne bénéficiant pas du paiement direct peut tout à fait assigner l'entrepreneur principal afin d'obtenir le paiement de ses prestations ou la fixation de sa créance et ce en dépit de l'action directe dont il dispose contre le maître d'ouvrage en application du titre III de la loi du 31 décembre 1975^[25].

L'on notera que c'est dans le cadre des actions dont il dispose à l'encontre de son cocontractant, qui relèvent pour l'essentiel du contentieux contractuel de droit commun, que le sous-traitant est finalement le plus à même de faire valoir ses droits.

[23] TC 18 juin 2007, Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier sis place de la Gare, req. n° 3515 ; TC 16 novembre 2015, Métropole Européenne de Lille, req. n° 4029.

[24] TC 17 octobre 1988, Société Entreprise Niay, req. n° 2530.

[25] Cass. 3° civ. 3 décembre 2008, n° 07-19.997.

[20] CE 7 novembre 1980, SA Schmidt-Valenciennes, req. n° 12060.

[21] CE 27 mars 2013, SELARL EMJ, req. n° 360505.

[22] TC 15 janvier 1973, Société Quilery-Goury, req. n° 1973.