

## Marchés publics

### La sous-traitance reste sous haute protection

La jurisprudence récente insiste sur la nécessité d'un strict respect du formalisme de la loi du 31 décembre 1975.

**Par Rachel Cattier**, spécialiste en droit public, avocate *of counsel* chez AdDen avocats

**L**e juge administratif a rendu ces deux dernières années plusieurs décisions réaffirmant les spécificités du régime de la sous-traitance. Ces contentieux répétés soulignent que ce cadre juridique est parfois méconnu des professionnels, ce qui empêche sa pleine efficacité.

L'objectif essentiel de ce régime est de tenir le sous-traitant à l'abri des défaillances et des manquements de l'entrepreneur principal ou du maître d'ouvrage. Mais cette protection ne sera accordée que si le sous-traitant a inscrit son intervention dans le parfait respect des dispositions de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Les récents arrêts sur ce sujet sont l'occasion de quelques rappels utiles, à la fois sur la qualité de sous-traitant, sur les formalités à respecter pour bénéficier du droit au paiement direct, et enfin sur les garanties dont le sous-traitant dispose.

#### Le fournisseur n'est pas un sous-traitant

Pour bénéficier du statut de sous-traitant, encore faut-il l'être. Or, cette qualité ne sera reconnue qu'en présence d'une succession de deux contrats d'entreprise : le contrat principal et le sous-contrat (1).

**Matériel et fournitures sur mesure.** Est qualifié comme tel un contrat qui porte sur une obligation de faire, c'est-à-dire de réaliser des travaux, des services ou des fournitures conçues et produites spécifiquement pour les besoins du commanditaire, et non pas de donner, c'est-à-dire simplement de livrer ou vendre du matériel ou des fournitures standard, qui n'ont pas été réalisées spécifiquement pour le client. Lorsque le titulaire d'un marché public de travaux conclut un sous-contrat de fourniture de béton, il n'y a ainsi pas de sous-traitance et le fournisseur de béton

ne bénéficie pas du droit au paiement direct (CE, 26 septembre 2007, n° 255993, mentionné aux tables du Lebon). De la même façon, le titulaire d'un marché de travaux qui signe un sous-contrat portant uniquement sur la fourniture d'ascenseurs, sans prestations de pose, ne conclut pas un contrat de sous-traitance (CAA Nantes, 23 février 2018, n° 16NT01170).

On peut s'interroger sur les raisons de l'exclusion des fournisseurs du régime de la sous-traitance, qui tiennent peut-être à ce que qualifier tous les fournisseurs de sous-traitants multiplierait l'application du droit au paiement direct dans une ampleur plus contraignante que protectrice pour les professionnels.

**Pas de formulaire d'agrément des fournisseurs.** Pour autant, les fournisseurs disposent du mécanisme du privilège de Pluviôse. Celui-ci leur permet, en cas de défaillance du titulaire principal d'un marché public de travaux qu'ils ont livré en matériel, de solliciter de la personne publique le paiement des sommes qui leur sont dues, à condition que cette dernière les

ait agréés (articles L. 3253-22 du Code du travail et 131 du décret n° 2016-360).

Un alignement du régime des fournisseurs sur celui des sous-traitants pourrait simplifier la vie des professionnels.

On peut regretter ici que la Direction des affaires juridiques de Bercy n'ait pas mis à la disposition des professionnels un formulaire d'agrément des fournisseurs, à l'image du DC4 pour la sous-traitance. Dans la mesure où un méca-

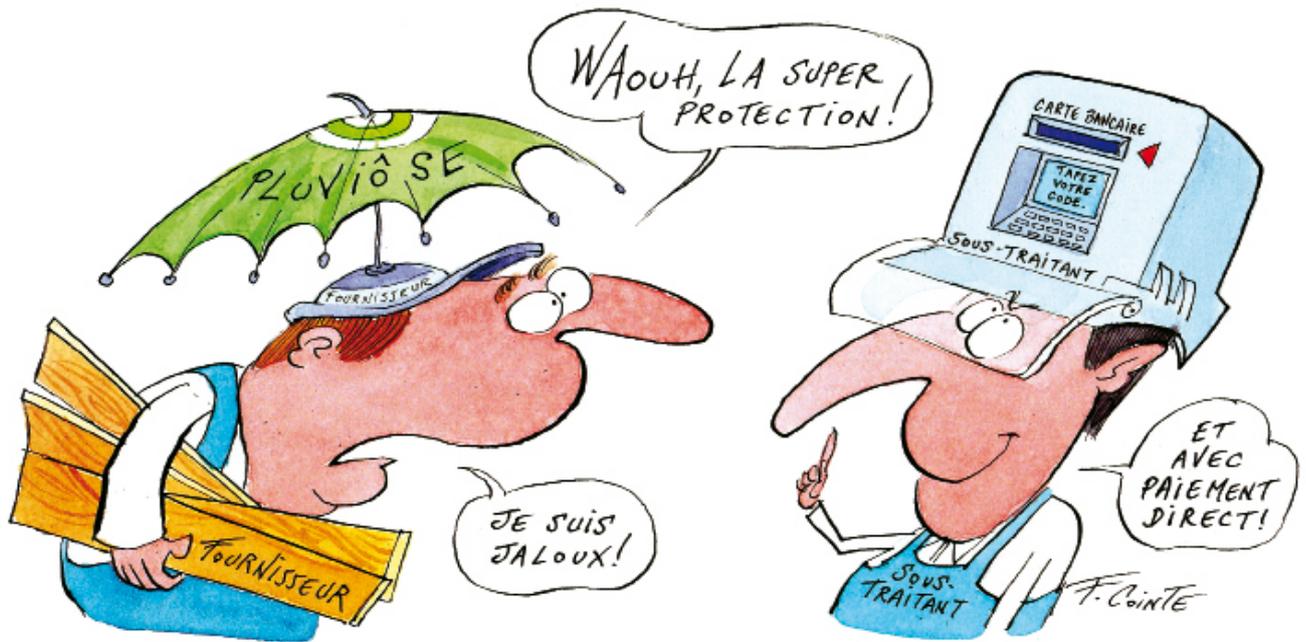
nisme similaire au droit au paiement direct existe pour les fournisseurs, la question d'un alignement de leur régime sur celui des sous-traitants n'est pas inintéressante et simplifierait la vie des professionnels.

#### Le formalisme du droit au paiement direct

**La présentation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.** Le sous-traitant ne bénéficie du droit au paiement direct par le maître d'ouvrage que s'il a été présenté à celui-ci et que ses conditions de paiement ont été acceptées (CAA Nantes, 30 mars 2018, n° 17NT00772). Et il ne peut prétendre au paiement direct que pour les prestations exécutées après l'agrément du maître d'ouvrage (CAA Nancy, 20 février 2018, n° 16NC01473). A défaut, la responsabilité de ce dernier ne sera engagée que s'il est établi qu'il avait pleinement connaissance de l'intervention du sous-traitant sur le chantier en cette qualité.

Les entrepreneurs sous-traitants doivent donc s'assurer que l'entrepreneur principal a bien effectué ces démarches de présentation, matérialisées par le formulaire DC4 qu'ils doivent d'ailleurs signer.

**La mise en œuvre du paiement direct.** Pour être valable, la demande de paiement direct doit impérativement être soumise à l'accord de l'entrepreneur principal par le sous-traitant (CE, 19 avril 2017, n° 396174, mentionné aux tables du Lebon). Concrètement, celui-ci adresse au titulaire du marché sa demande de paiement libellée au nom du maître d'ouvrage, et joint la preuve de cet envoi à la même demande de paiement qu'il adresse concomitamment au maître d'ouvrage. En effet, le droit au paiement direct n'est pas un droit au règlement des prestations non ou mal réalisées, et l'entrepreneur principal est



redevable de ces prestations envers le maître d'ouvrage. Il a le droit de contrôler la demande de paiement que le sous-traitant présente; son silence gardé pendant quinze jours vaut acceptation de la demande (art. 8 de la loi de 1975).

D'ailleurs, le maître d'ouvrage peut lui aussi contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant, s'assurer que la consistance des travaux réalisés correspond à ce qui est prévu par le marché, et réduire le montant de la créance du sous-traitant en conséquence des constats de ce contrôle (CE, 9 juin 2017, n° 396358, mentionné aux tables du Lebon).

### La pleine protection des droits du sous-traitant

Une fois le sous-traitant déclaré et dès lors qu'il a adressé ses factures à l'entrepreneur principal et au maître d'ouvrage, il bénéficie d'une protection de son droit au paiement direct.

**Pas d'acte spécial modificatif.** D'abord, le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant sans que le contrat de sous-traitance n'ait été lui-même modifié (CE, 27 janvier 2017, n° 397311, mentionné aux tables du Lebon; CE, 27 mars 2017, n° 394664). Cette approche, qui semble évidente, rappelle que la sous-traitance est d'abord un contrat conclu entre le titulaire principal et le sous-traitant, et que ce dernier a droit au respect de l'intégrité de l'engagement contractuel auquel il a consenti.

Ensuite, si le sous-traitant doit adresser sa demande de paiement direct au titulaire principal et au maître d'ouvrage « en temps utile », tel est le cas dès lors qu'il l'adresse avant l'établissement du décompte général et définitif du marché principal. Dans ce cas, le maître d'ouvrage ne peut se prévaloir ni de ce que le décompte général du marché est devenu définitif, ni de la circonstance qu'il a déjà versé ces sommes au titulaire du marché : il doit régler sa créance auprès du sous-traitant (CE, 23 octobre 2017, n° 410235; et, plus ancien : CE, 3 juin 2005, n° 275061,

mentionné aux tables du Lebon). Cette protection du droit au paiement direct du sous-traitant impose aux maîtres d'ouvrage une vigilance particulière dans l'exécution financière de leurs marchés, afin d'éviter toute situation de double paiement. ●

*(1) Cette intention du législateur a été confirmée par une circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics. Si l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics ne disent mot à ce sujet, le juge identifie la source de ce champ d'application dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1975 (CE, 26 septembre 2007, n° 255993, mentionné aux tables du Lebon).*

### Ce qu'il faut retenir

► La loi du 31 décembre 1975 fournit un cadre juridique très protecteur pour le sous-traitant, en lui offrant notamment un droit au paiement direct par le maître d'ouvrage. La jurisprudence est encore venue récemment conforter ce cadre sécurisant, tout en rappelant la nécessité de suivre à la lettre les formalités prescrites.

► Seul le véritable sous-traitant, et non le fournisseur, bénéficie de ce régime. Il doit avoir été accepté par le maître d'ouvrage, et ses conditions de paiement avoir été agréées. Pour revendiquer un droit au paiement direct, le sous-traitant doit de plus soumettre sa demande de règlement à l'accord de l'entrepreneur principal.

► Le Conseil d'Etat a jugé qu'il n'était pas possible de modifier l'acte de sous-traitance sans l'accord du sous-traitant. Et que ce dernier pouvait adresser sa facture jusqu'à l'établissement du décompte général du marché.