

La sous-traitance en chaîne...

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 214 - Novembre 2020

Replier

Auteur(s): Simon Daboussy, Avocat - associé - Auberi Gaudon, Avocat Senior ADDEN AVOCATS MEDITERRANEE

Le recours à la sous-traitance en chaîne dans les marchés publics est autorisé sous certaines conditions. En outre, la jurisprudence récemment rendue en la matière rappelle que le sous-traitant indirect bénéficie d'une protection relative en matière de paiement, notamment en cas de défaillance de son propre cocontractant.

Le recours à la sous-traitance dans les marchés publics présente de nombreux avantages pour les entreprises et les acheteurs. Elle permet de faciliter l'accès à la commande publique aux entreprises qui se trouvent dans l'incapacité de soumissionner directement. Parallèlement, la sous-traitance garantit aux acheteurs la bonne exécution de prestations nécessitant des compétences et un savoir-faire spécifique. De manière fréquente, et presque systématique en matière de marchés de travaux, les caractéristiques du marché et la structuration des acteurs du secteur nécessitent de recourir à une chaîne de sous-traitants. Le recours à la sous-traitance en cascade dans le cadre de marchés publics initiaux est soumis à des règles et principes communs aux marchés de droit privé, ce qui n'a rien d'étonnant dès lors que l'on se trouve ici en présence d'une succession de contrats entre personnes privées. Force est toutefois de constater que le cadre législatif et réglementaire existant s'applique essentiellement au premier rang de sous-traitance, au-delà duquel les opérateurs économiques retrouvent une certaine liberté dans la contractualisation de leurs relations. Les règles et principes applicables à la sous-traitance en chaîne doivent en réalité permettre d'atteindre un équilibre ménageant les intérêts des acheteurs et la protection des entreprises qui interviennent comme dernier maillon, tout en évitant l'alourdissement excessif des procédures de passation et surtout d'exécution des marchés publics.

Alors que le recours à la sous-traitance en chaîne dans les marchés publics est autorisé sous condition par les textes en vigueur, la jurisprudence récemment rendue en la matière nous rappelle que le sous-traitant indirect bénéficie d'une protection relative en matière de paiement, notamment en cas de défaillance de son propre cocontractant.

L'encadrement du recours à la sous-traitance en chaîne

Le Code de la commande publique autorise expressément le titulaire d'un marché à avoir recours à d'autres entreprises pour exécuter son marché, et le sous-traitant à déléguer lui-même une partie des prestations qui lui sont confiées à un tiers. La sous-traitance en cascade doit toutefois être portée à la connaissance du maître d'ouvrage afin de garantir sa bonne information ainsi que le contrôle adéquat des sous-traitants.

Une large acceptation du recours à la sous-traitance indirecte

L'article L. 2193-4 du Code de la commande publique dispose que le titulaire d'un marché a la possibilité de recourir à la sous-traitance. Cette liberté s'applique :

- d'une part, sous réserve que seule une partie des prestations confiées au titulaire soient sous-traitées. Contrairement aux marchés privés, pour lesquels l'article 1er de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 autorise expressément la délégation de l'intégralité du contrat d'entreprise, la sous-traitance dans les marchés publics ne peut être que partielle eu égard au principe d'exécution personnelle du marché ;

- d'autre part, à tout moment du marché, c'est-à-dire soit lors de la soumission si le titulaire a déjà connaissance du fait qu'il sous traitera une partie des prestations qui lui seront confiées, soit au cours de l'exécution si le recours à la sous-traitance s'avère finalement nécessaire.

En outre, il est précisé à l'article L. 2193-3 de ce même code que l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées par le seul titulaire du marché. Ces tâches ne peuvent donc pas être confiées à un sous-traitant, même en cas d'acceptation par l'acheteur.

La sous-traitance indirecte, ou de second rang, fait quant à elle l'objet d'une autorisation implicite au travers des dispositions de l'article L. 2193-2 du Code de la commande publique selon lesquelles « Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants ». Les textes ne limitent donc pas le recours en chaîne à de multiples opérateurs, notamment car ce mécanisme peut s'avérer opportun dans le cas de marchés p or tant sur des prestations complexes nécessitant des compétences très spécifiques. Aussi, comme le rappellent le dernier alinéa de l'article L. 2193-3(1) précité et le ministre en charge de l'Économie(2), il ne peut être dérogé par contrat à la liberté de sous-traiter, y compris au-delà du premier rang. Une clause en ce sens au sein d'un marché public sera donc réputée nulle.

Le sous-traitant de premier rang ne se voit quant à lui pas limité par l'obligation de sous-traitance partielle et peut dès lors déléguer à son propre sous-traitant l'intégralité des prestations confiées par le titulaire du marché, ce qui fait alors de lui un simple intermédiaire entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant indirect exécutant.

Cette large liberté offerte pour le recours à la sous-traitance en cascade peut, en pratique, donner lieu à des difficultés d'identification des opérateurs notamment dans le cadre de marchés de travaux de grande ampleur. Ainsi, dans un arrêt du 4 avril 2019, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel d'Amiens qui avait considéré à tort, dans le cadre d'un contrat de partenariat, que l'entrepreneur principal disposait de la qualité de maître d'ouvrage délégué et avait en conséquence imposé à son cocontractant, en réalité sous-traitant, le respect d'obligations normalement applicables à l'entrepreneur principal (3). Les chaînes de contrat peuvent ainsi rendre peu lisible le montage contractuel, de sorte qu'il est indispensable que les entreprises qui y sont parties fassent leurs meilleurs efforts pour décrire, le plus clairement possible au sein du contrat, le cadre dans lequel la relation s'inscrit.

Le contrôle du maître d'ouvrage sur le recours au sous-traitant indirect

Le libre recours à la sous-traitance indirecte n'exclut pas un certain contrôle du maître d'ouvrage lorsque les prestations confiées au titulaire font l'objet d'une délégation en chaîne.

L'article L. 2193-4 du Code de la commande publique pose ainsi le principe selon lequel la sous-traitance est admise « à condition de l'avoir déclarée à l'acheteur et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement ». Cette obligation, qui figure également aux articles 3 et 5 de la loi du 31 décembre 1975, s'applique à tous les niveaux de sous-traitance.

En cas de sous-traitance en chaîne, la Cour de cassation a ainsi récemment rappelé que le sous-traitant ayant recours à un sous-traitant de second rang devait fournir à l'entrepreneur principal les informations lui permettant d'informer le maître d'ouvrage sur cette circonstance (4). C'est donc bien l'entrepreneur principal, en sa qualité de titulaire du marché, qui est redevable de la déclaration envers le maître d'ouvrage même s'il n'a pas directement contracté avec le sous-traitant de second rang.

La Direction des Affaires Juridiques du ministère en charge de l'Économie précise en outre que « l'acheteur n'est pas formellement tenu de notifier au titulaire du marché son acceptation du sous-traitant indirect. Néanmoins, le titulaire, en sa qualité de responsable de la bonne exécution du marché public, doit être informé de l'existence du sous-traitant de second rang et doit donner son accord »(5). On comprend ainsi qu'en cas de sous-traitance

indirecte, l'entrepreneur principal n'est redevable que d'une obligation de déclaration, et non d'acceptation par l'acheteur, du sous-traitant de second rang. Il devra en revanche donner son propre accord au sous-traitant direct pour que ce dernier ait recours à la sous-traitance.

Les textes ne prévoient pas de sanction en cas de non-respect de cette obligation déclarative par le titulaire du marché, si ce n'est que le sous-traitant peut engager la responsabilité contractuelle de son cocontractant, sous réserve qu'il ait livré un ouvrage exempt de vice(6). En outre, en vertu de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 dont les dispositions sont applicables aux marchés publics de travaux, le maître d'ouvrage qui a connaissance d'un sous-traitant de second rang non déclaré doit mettre en demeure le sous-traitant de s'acquitter de cette obligation, sous peine pour ce maître d'ouvrage d'engager sa responsabilité quasi délictuelle à l'égard du sous-traitant non déclaré(7). Le sous-traitant de second rang ne peut quant à lui pallier la carence du sous-traitant direct ou de l'entrepreneur principal en se déclarant lui-même auprès de l'acheteur.

Enfin, bien que l'absence de déclaration ne fasse pas par elle-même obstacle à l'application du contrat conclu entre le sous-traitant de premier rang et le sous-traitant de second rang, cette circonstance est de nature à préjudicier au dernier maillon de la chaîne dont les facultés de recours sont limitées en cas de défaillance de son cocontractant.

La protection limitée du sous-traitant de rang supérieur à un

Le sous-traitant de rang supérieur à un ne dispose pas de droits équivalents à celui du sous-traitant direct. Malgré la mise en place de mécanismes compensatoires pour garantir le paiement des prestations sous-traitées, le sous-traitant indirect peut se trouver en difficulté lorsque le sous-traitant de premier rang et l'entrepreneur principal sont dans l'incapacité de lui régler les prestations effectuées.

La garantie de paiement du sous-traitant de second rang : une contrepartie à l'absence de droit au paiement direct

Dans sa version initiale, l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 applicable aux marchés publics et privés instaurait un droit au paiement direct du sous-traitant sans distinguer selon le rang occupé par celui-ci. Le Conseil d'État avait toutefois pris le parti de considérer que ce droit n'avait pas vocation à s'appliquer aux sous-traitants de second rang(8).

En pratique, il est vrai que si le droit au paiement direct pouvait constituer une sécurité pour les entreprises n'ayant pas directement contracté avec le maître d'ouvrage, son intérêt pour les entreprises était souvent mis à mal par la lourdeur du processus administratif et les retards de paiement consécutifs qui pénalisaient les sous-traitants.

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF, a ainsi expressément réservé le droit au paiement direct au sous-traitant de premier rang. L'article 6 de la loi du 31 décembre 1975, et désormais l'article L. 2193-14 du Code de la commande publique, sécurisent le paiement du sous-traitant indirect en obligeant le sous-traitant direct à lui délivrer une caution personnelle et solidaire ou une délégation de paiement. L'article 14-1 de la loi de 1975 met à la charge du maître d'ouvrage une obligation de vigilance puisque lorsque ce dernier a connaissance de la présence d'un sous-traitant de second rang n'ayant pas bénéficié d'une garantie de paiement, il lui appartient de mettre en demeure le sous-traitant de premier rang de satisfaire à ses obligations. Cette obligation s'ajoute à celle qui lui incombe en l'absence de déclaration du sous-traitant indirect.

La cour administrative d'appel de Paris a ainsi eu l'occasion de juger qu'un maître d'ouvrage s'étant contenté de demander à l'entrepreneur principal, et non au sous-traitant direct, la transmission d'une copie de la caution bancaire bénéficiant au sous-traitant indirect n'avait pas satisfait à son obligation et engageait ainsi sa responsabilité délictuelle à l'égard de ce sous-traitant impayé(9). Le juge est ainsi attentif non seulement au destinataire de l'écrit qui doit être le débiteur de la garantie de paiement, mais également aux termes employés dont le ton doit être comminatoire. La cour administrative d'appel de Lyon a quant à elle récemment précisé que cette obligation légale s'appliquait nonobstant toute stipulation contractuelle ou arrangement contraire, ce que précise désormais expressément le dernier alinéa de l'article L. 2193-3 du Code de la commande publique. En effet, dans cette affaire, le maître d'ouvrage n'ayant pas procédé à cette mise en demeure se prévalait de stipulations figurant dans l'acte de déclaration de sous-traitance et dans un avenant au marché prohibant tout recours des sous-traitants à l'encontre du maître d'ouvrage(10).

En l'absence de cautionnement ou de délégation de paiement, la défaillance du sous-traitant direct envers son propre sous-traitant peut ainsi être compensée par l'engagement de la responsabilité du maître d'ouvrage qui, s'il a failli à ses obligations, peut être condamné au versement de dommages et intérêts équivalents au montant des impayés.

Les difficultés du sous-traitant indirect à faire valoir ses droits auprès du maître d'ouvrage

En pratique, la protection accordée par les textes au sous-traitant indirect en matière de paiement est toutefois relative. Les jurisprudences rendues récemment témoignent en effet de la difficulté que peuvent rencontrer ces derniers pour obtenir le paiement de l'intégralité des sommes qui leur sont dues lorsque le sous-traitant de premier rang fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Il est ainsi fréquent que les sous-traitants de second rang soient conduits à réaliser des travaux au-delà des prestations pour lesquelles une déclaration a été initialement effectuée auprès de l'acheteur. Or, dans un tel cas de figure, la démonstration de ce que le maître d'ouvrage avait connaissance des prestations supplémentaires réalisées par ce sous-traitant indirect peut s'avérer complexe. La cour administrative d'appel de Nantes a par exemple très récemment jugé que faute d'éléments de preuve suffisants, il n'était pas établi que le maître d'ouvrage avait eu connaissance de ce que les interventions du sous-traitant de second rang dépassaient les prestations initialement déclarées, alors même que celles-ci atteignaient un montant cinq fois supérieur au montant initial du marché de sous-traitance(11). La cour administrative d'appel de Lyon a, quant à elle, adopté un raisonnement similaire dans l'affaire déjà évoquée en estimant qu'au regard des circonstances de l'espèce, le maître d'ouvrage n'avait pas eu connaissance de l'extension des prestations dont le montant était pourtant là encore près de dix fois supérieur celui du contrat initial ayant été déclaré(12).

L'absence de paiement direct fait également obstacle à ce que le sous-traitant de second rang puisse solliciter du maître d'ouvrage l'indemnisation des sujétions imprévues auxquelles il aurait été confronté dans le cadre de l'exécution de son contrat.

De même, dans les arrêts récents précités, les sous-traitants requérants avaient été conduits à solliciter l'indemnisation des prestations réalisées sur le fondement des travaux supplémentaires. Les juges lyonnais ont toutefois écarté cette prétention au motif notamment que ces derniers n'avaient pas été directement commandés par le maître d'ouvrage à la société sous-traitante. La cour administrative d'appel de Nantes a réservé le même sort à cette demande en considérant que les travaux en cause ne pouvaient être qualifiés de travaux supplémentaires puisqu'ils étaient prévus dans le marché initial et avaient simplement été sous-traités par l'entrepreneur principal puis par l'entrepreneur de premier rang, sans être cependant déclarés.

Ces cas d'espèces sont ainsi révélateurs des difficultés auxquelles peuvent être confrontées les petites et moyennes entreprises opérant en qualité de sous-traitant de second rang. En l'absence de déclaration complète et de délivrance d'une garantie de paiement par leur cocontractant, sous-traitant direct, ces intervenants ont seulement la possibilité d'engager la responsabilité quasi délictuelle du maître d'ouvrage s'ils parviennent à prouver que ce dernier a failli à ses obligations de mise en demeure. Il leur appartient ainsi de redoubler de vigilance lorsqu'ils se voient confier des prestations au-delà de leur marché initial, en s'assurant que le maître d'ouvrage en soit dûment informé et, en toutes circonstances, de l'obtention d'une garantie de paiement préalablement à l'exécution desdits travaux.

(1) Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent chapitre.

(2) Rép. min. n° 101807, JOAN Q. 5 juillet 2011.

(3) Cass. 3e civ. 4 avril 2019, n° 18-13873.

(4) Cass. 3e civ. 4 avril 2019, n° 18-13873.

(5) Fiche technique « La sous-traitance » publiée par la Direction des Affaires Juridiques du ministère de l'Économie, des finances et de la relance : <https://www.economie.gouv.fr/daj/sous-traitance-2019>.

(6) Cass. 3e civ. 13 avril 1988, n° 87-11036.

(7) « Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics : - le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ; (...) ».

(8) CE 10 février 1997, SEM d'équipement et d'aménagement de l'Aude, req. n° 115608, Rec. CE tables.

(9) CAA Paris 29 décembre 2017, Société OTND, req. n° 16PA02350.

(10) CAA Lyon 27 février 2020, Société Actif, req. n° 18LY02632.

(11) CAA Nantes 10 juillet 2020, Société SETRI, req. n° 19NT01026 : à l'appui de sa demande, la société sous-traitante produisait des courriels adressés notamment au maître d'ouvrage et un compte-rendu d'inspection SPS faisant succinctement état de son intervention sur le chantier.

(12) CAA Lyon 27 février 2020, Société Actif, req. n° 18LY02632.

Mots clés

Sous-traitant de second rang - Déclaration - Garantie de paiement - Responsabilité du maître d'ouvrage

Mes annotations (0)
