Juillet-Août 2023

L'indemnisation du sous-traitant en cas de prestations supplémentaires

LAURENT BIDAULT
AVOCAT ASSOCIÉ

JULIANE GAURY
AVOCATE À LA COUR

Paris :
53 boulevard de Magenta
75010 Paris

Lyon :
123 rue Tête d'Or
69003 Lyon

Tél. : 01 44 01 46 36
Mail : contact@novlaw.fr

Contrats Publics
Actualités MONITEUR JURIS

L'indemnisation du sous-traitant en cas de prestations supplémentaires

Le sous-traitant accepté par le maître d'ouvrage et dont les conditions de paiement ont été agréées par celui-ci, peut bénéficier du droit au paiement direct des prestations qu'il a exécutées. Lors de l'exécution d'un marché public, le titulaire comme son sous-traitant peuvent être amenés à réaliser des travaux ou des prestations non prévues initialement. Dans ce cas, à quelles conditions le sous-traitant peut-il prétendre à une indemnisation supplémentaire ?

Le sous-traitant du titulaire d'un marché public a droit en principe, outre au paiement direct de ses prestations par le maître d'ouvrage, au paiement des prestations ou des travaux supplémentaires qu'il a pu être amené à réaliser.

La grille d'appréciation du caractère « supplémentaire » de ces travaux et prestations est identique à celle des travaux et prestations supplémentaires effectués par l'entrepreneur principal : demandes du maître d'ouvrage et/ou du maître d'œuvre, travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art, sujétions techniques imprévues.

Les modalités d'indemnisation du sous-traitant sont alors, elles, les mêmes que le règlement des prestations prévues initialement.

Le paiement direct du sous-traitant

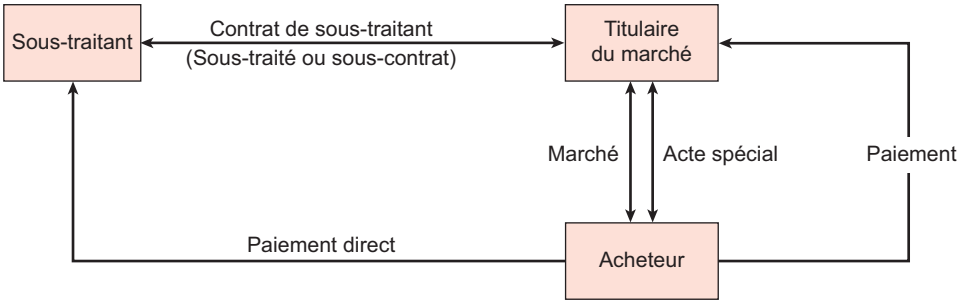
Succinctement, on rappellera que le titulaire d'un marché public – autrement désigné comme l'entrepreneur principal – a le droit d'avoir recours à un sous-traitant pour l'exécution du marché public[1].

Dans ce cadre, l'entrepreneur principal doit impérativement déclarer le sous-traitant au maître d'ouvrage, soit au cours de la procédure de passation du marché public, soit en cours d'exécution de celui-ci[2]. La déclaration de sous-traitance se fait généralement au moyen du DC4, formulaire mis au point par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie[3].

Auteurs

Laurent Bidault
Juliane Gaury
Avocats au barreau de Paris
Novlaw Avocats

(1) CCP, art. L. 2193-3.
(2) CCP, art. L. 2193-4 et L. 2393-13.
(3) Notice explicative sur le DC4.



L'exécution financière du marché en présence d'un sous-traitant

Source : B. Martinez et F. Serr, *Exécution des marchés publics*, Ed. Le Moniteur, 2022

La notification du marché (lorsque le sous-traitant est déclaré lors de la passation du marché) ou l'acceptation du sous-traitant (lorsque celui-ci est déclaré lors de l'exécution du marché) vaut également acceptation des conditions de paiement du sous-traitant par le maître d'ouvrage et lui donne droit au paiement, emporte l'agrément de ses conditions de paiement, de sorte que le sous-traitant sera directement réglé de ses prestations par le maître d'ouvrage.

Le droit au paiement direct du sous-traitant reste néanmoins conditionné à ce que le montant de la sous-traitance soit égal ou supérieur à 600 euros TTC ou à un montant égal à 10 % du montant total du marché dans le cas où celui-ci porte sur des services, travaux et fournitures nécessitant notamment des travaux de pose, d'installation ou qui comportent des prestations de service ou des prestations intellectuelles[4].

À cet égard, l'acte de sous-traitance mentionne expressément les prestations réalisées par le sous-traitant lui donnant droit au paiement direct par le maître de l'ouvrage desdites prestations.

Pour conclure, on précisera que cet acte peut être modifié en cours d'exécution dans le cas où les prestations confiées au sous-traitant augmentent ou baissent.

Les cas dans lesquels le sous-traitant peut prétendre à une indemnisation supplémentaire

Lors de l'exécution d'un marché public, les conditions d'exécution de celui-ci ou la survenance de nouveaux besoins peuvent conduire le maître d'ouvrage à commander expressément des prestations supplémentaires auprès du titulaire ou à modifier unilatéralement le marché à ce titre, par exemple en commandant des travaux au moyen d'un ordre de service.

Le titulaire a alors, en principe, droit au règlement de ces prestations et travaux supplémentaires[5].

Il en va de même s'agissant du sous-traitant qui, en raison des prestations supplémentaires commandées par le maître d'ouvrage, voit le volume des travaux qui lui avaient été confiés augmenter.

À cela s'ajoute que l'exécution d'un marché public peut être émaillée d'aléas ou de difficultés imprévues ou indépendantes des parties qui peuvent conduire le titulaire – comme son sous-traitant – à réaliser des travaux ou des prestations non prévus initialement.

Dans ce cas, le titulaire du marché public a droit en principe au règlement par le maître d'ouvrage des travaux et prestations supplémentaires qu'il peut être amené à effectuer dès lors qu'ils s'avèrent indispensables pour la réalisation du marché dans les règles de l'art[6] ou en raison de sujétions techniques imprévues[7].

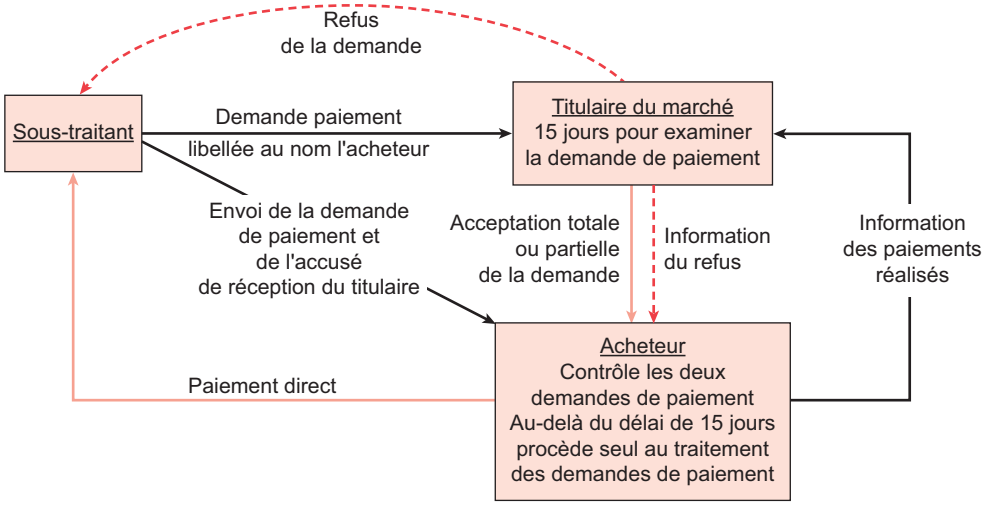
Ces principes s'appliquent également au sous-traitant, qui doit cependant veiller à respecter scrupuleusement la procédure de paiement direct pour se voir indemnisé des prestations supplémentaires qu'il a pu réaliser.

Les conditions d'indemnisation du sous-traitant pour des prestations supplémentaires indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art

Le sous-traitant peut prétendre à une indemnisation en raison des prestations supplémentaires qu'il a exécutées dans le cadre du marché et qui se sont avérées

(4) Sur le paiement direct du sous-traitant par le maître d'ouvrage, voir dans ce numéro : L. Bidault, « Les rapports entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant ».

(5) CCP, art. L. 2194-3.
(6) Voir en ce sens : CE 3 décembre 2012, Société Baudin Châteauneuf, req. n° 347940.
(7) Voir en ce sens : CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, req. n° 223445 ; CE 4 février 2013, Établissement public Voie navigable de France, n° 357016.



La procédure de paiement direct

Source : B. Martinez et F. Serr, *Exécution des marchés publics*, Ed. Le Moniteur, 2022

indispensables à la réalisation de l'ouvrage ou à l'exécution du marché en cause dans les règles de l'art[8].

Rappelons que cette indemnisation couvre en principe toutes les dépenses utiles et le manque à gagner qui sont consécutifs à la réalisation de ces prestations supplémentaires.

Une telle indemnisation suppose cependant que le titulaire ou son sous-traitant démontre le caractère indispensable des travaux et prestations supplémentaires[9], la seule réalisation de ces derniers ne suffisant pas à prétendre à une indemnisation.

De même, les travaux supplémentaires auxquels le maître d'ouvrage s'est expressément opposé ou les travaux qui étaient prévus dans les pièces du marché ne donnent pas droit à une indemnisation.

À l'inverse, il n'est pas nécessaire que les surcoûts résultant des travaux supplémentaires aient eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat pour que le titulaire comme son sous-traitant puissent prétendre à une indemnisation.

Pour le reste, l'appréciation du caractère indispensable des prestations et travaux se fait au cas par cas.

C'est dans ces conditions, similaires donc à celles du titulaire, que le sous-traitant peut prétendre à une indemnisation.

Toutefois, tout en rappelant ces principes, deux décisions récentes viennent rappeler que les conditions prévues par les articles L. 2193-4 et suivants et R. 2193-1 et suivants du Code de la commande publique[10] et relatives en particulier au règlement des prestations du sous-traitant et à l'obligation du sous-traitant de transmettre ses factures et demandes indemnitaires à l'entrepreneur principal, n'en demeurent pas moins applicables.

La cour administrative d'appel de Marseille dans un arrêt du 10 octobre 2022[11] a précisé ainsi que pour pouvoir bénéficier du paiement direct des travaux supplémentaires par le maître d'ouvrage, le sous-traitant, régulièrement agréé et dont les conditions de paiement ont été acceptées, doit transmettre sa demande en ce sens à l'entrepreneur principal afin que celui-ci exerce un contrôle sur les pièces transmises lui permettant, le cas échéant, de s'opposer à ce paiement direct.

Ainsi, dans cette première affaire, les travaux supplémentaires avaient bien un caractère indispensable à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art, toutefois le sous-traitant n'a pas transmis préalablement à l'entrepreneur principal la demande de paiement et ne pouvait pas conséquence demander le paiement direct des sommes au titre des travaux supplémentaires.

Le juge rappelle dans cet arrêt que la procédure relative au paiement direct du sous-traitant a pour objet de permettre au titulaire du marché principal d'exercer un contrôle sur les pièces transmises par le sous-traitant et de s'opposer, le cas échéant, au paiement direct, et donc de contrôler si la demande d'indemnisation du sous-traitant est fondée et justifiée.

(8) Voir en ce sens : CE 13 février 1987, Société Ponticelli Frères, req. n° 67314, *AJDA* 1988, p. 18. ; CE 24 juin 2002, Département Seine-Maritime, req. n° 240271 ; CE 3 mars 2010, Société Presspali, req. n° 304604 ; CAA Bordeaux 2 avril 2013, req. n° 11BX02720.
(9) Voir en ce sens : CE, 11 mars 2009, Société Dominique Houssiau, req. n° 296067.

(10) Articles du Code de la commande publique qui codifient la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.
(11) Voir en ce sens : CAA Marseille 10 octobre 2022, SAS Temsol, req. n° 20MA03764.

Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date de réception ou du récépissé pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, au maître d'ouvrage[12], passé ce délai, le titulaire est présumé avoir accepté[13].

La méconnaissance par le sous-traitant de cette procédure fait alors obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, auprès du maître d'ouvrage, d'un droit à ce paiement des travaux et prestations supplémentaires, indépendamment même du fait qu'ils s'avéraient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art.

Dans un second arrêt récent du 7 février 2023, la cour administrative d'appel de Douai a justifié le refus de paiement direct des travaux supplémentaires réalisés par un sous-traitant au motif que même si celui-ci avait bien respecté la transmission de la demande de paiement, l'acte spécial n'avait pas été modifié afin de contenir les nouvelles prestations et le maître d'ouvrage n'était donc pas informé de l'exécution de ces travaux supplémentaires[14].

Autrement dit, le sous-traitant ne peut pas demander le paiement direct de sommes qui correspondent aux travaux supplémentaires si ces travaux n'ont pas donné lieu à une régularisation d'une déclaration de sous-traitance modificative et qu'il ne peut pas démontrer que le maître d'ouvrage était informé de ces travaux supplémentaires.

Ce formalisme est à rapprocher de la règle selon laquelle, le respect des règles de l'art n'autorise pas le sous-traitant à réaliser des travaux supplémentaires si le maître d'ouvrage s'y oppose[15].

Par conséquent, le sous-traitant doit s'assurer du respect de la procédure de règlement puisque la méconnaissance de celle-ci peut faire obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, auprès du maître d'ouvrage, d'un droit au paiement de ses prestations notamment dans le cas de prestations supplémentaires.

En définitive, outre l'établissement du caractère indispensable des prestations et travaux supplémentaires à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art, le sous-traitant, pour prétendre à une indemnisation, doit scrupuleusement respecter la procédure du paiement direct et le formalisme imposé par les textes quant à la modification de l'acte spécial.

Les conditions d'indemnisation au titre des sujétions imprévues

De la même façon, le sous-traitant peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a supportées qui résulteraient pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché[16]. Autrement dit des sujétions présentant un caractère exceptionnel et imprévisible et dont la cause est extérieure aux parties, si elles ont eu pour effet de bouleverser l'économie générale du marché.

Rappelons que le bouleversement de l'économie générale du marché s'apprécie en comparant « le montant des dépenses résultant de ces sujétions au montant total du marché et non par rapport au montant de la partie sous-traitée »[17].

Ainsi, la notion de bouleversement général du marché est avant tout une notion financière, qui permet de mesurer si les charges extracontractuelles supportées par le titulaire ou le sous-traitant sont raisonnables ou non.

À titre d'illustration, le juge administratif a refusé de reconnaître un bouleversement de l'économie générale du marché, alors même que le sous-traitant avait dû prendre à sa charge des prestations supplémentaires représentant une augmentation de près de 11,3 % du montant du marché[18].

Le juge apprécie la notion de bouleversement général du marché pour chaque chef d'indemnisation présenté par le titulaire et non pas pour la totalité des sommes qu'il a demandées[19].

Par conséquent, afin de pouvoir prétendre à une indemnisation à ce titre, le sous-traitant devra démontrer que les sujétions imprévues ont entraîné un bouleversement de l'économie générale du marché.

Ainsi, comme c'est le cas pour des travaux supplémentaires indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art, un sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit à ce paiement direct pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché.

L'absence d'indemnisation des prestations et travaux réalisés par le sous-traitant en lieu et place de l'entrepreneur principal

Il faut distinguer les deux cas précédents – travaux supplémentaires indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art et sujétions imprévues – de la situation dans laquelle le sous-traitant exécute des prestations supplémentaires au regard de la

(12) CCP, art. R. 2193-11.
(13) CCP, art. R. 2193-12.
(14) Voir en ce sens : CAA Douai 7 février 2023, req. n° 21DA01650.
(15) Voir en ce sens : CE 27 mars 2020, req. n° 426955.

(16) TC 14 mai 1984, SA SMAC Aciéroid, n° 02313 : *Rec. CE*, p. 448 ; *RFJA* 1985, p. 21 note F. Moderne ; CAA Lyon, 15 mai 2008, Sté Solétanche Bacay France, req. n° 07LY02778.
(17) Voir en ce sens : CE 1er juillet 2015, Régie des eaux du canal de Belletrud, req. n° 383613.
(18) Voir en ce sens : CE 1er juillet 2015, Régie des eaux du canal de Belletrud, req. n° 383613.
(19) Voir en ce sens : CAA Bordeaux 3 janvier 2012, Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des transports et du logement, req. n° 10BX01578.

déclaration de sous-traitance ou de l'acte spécial, mais pas au regard du marché.

Il s'agit plus concrètement de l'hypothèse dans laquelle le sous-traitant réalise des prestations et travaux normalement dévolus à l'entrepreneur principal : ces prestations et travaux sont prévus au marché mais pas dans la déclaration de sous-traitance ou l'acte spécial.

Au niveau du marché et du maître d'ouvrage, ces prestations n'ont dans ce cas pas le caractère de prestations supplémentaires.

Le caractère des prestations supplémentaires s'apprécie en effet au regard non pas du contrat de sous-traitance mais de l'objet du marché attribué à l'entreprise titulaire[20].

Il s'ensuit que les travaux supplémentaires – pour lesquels le sous-traitant a droit au paiement direct de la part du maître d'ouvrage – sont uniquement ceux qui excèdent ceux confiés à l'entrepreneur principal par le maître d'ouvrage.

La cour administrative d'appel de Marseille dans un arrêt récent du 3 avril 2023 pose très clairement ce principe que « ne peuvent toutefois être considérés comme des travaux supplémentaires que les travaux qui excèdent ceux confiés à l'entrepreneur principal par le pouvoir adjudicateur » [21].

La Cour en déduit que « la circonstance que les travaux excéderaient ceux dont la réalisation avait été contractuellement confiée au sous-traitant par l'entrepreneur principal n'est pas de nature à leur conférer ce caractère dans l'hypothèse où le sous-traitant ne fait que se substituer à l'entrepreneur principal dans la réalisation des travaux confiés à ce dernier ».

En d'autres termes, les prestations n'auront le caractère de prestations supplémentaires uniquement si elles excèdent l'objet du marché attribué au titulaire.

Et si le sous-traitant ne fait qu'exécuter des prestations du marché, certes non prévues dans l'acte spécial et dans le contrat de sous-traitance, en lieu et place de l'entrepreneur principal, il ne fait que se substituer à ce dernier et ne peut solliciter du maître d'ouvrage une indemnisation à ce titre.

Dans ce cas, c'est auprès de l'entrepreneur principal que le sous-traitant doit obtenir le règlement de ces prestations qui ne sont considérées comme supplémentaires qu'au regard du contrat de sous-traitance (et non pas du marché).

Par conséquent, le paiement direct des sommes peut être sollicité au maître de l'ouvrage uniquement s'il s'agit de travaux supplémentaires indispensables à la réalisation de l'ouvrage ou pour des dépenses résultant pour le sous-traitant de sujétions imprévues.

(20) Voir en ce sens : CE 3 mars 2010, Société Presspali, req. n° 304604.
(21) Voir en ce sens : CAA Marseille 3 avril 2023, req. n° 21MA01199.

La responsabilité du maître d'ouvrage au titre des prestations supplémentaires réalisées par le sous-traitant

Il est important alors de préciser que le maître d'ouvrage peut voir sa responsabilité engagée s'il a connaissance de l'exécution de prestations et travaux supplémentaires.

En effet, dans l'hypothèse où le sous-traitant exécute des prestations qui excèdent celles qui étaient prévues par la déclaration de sous-traitance ou dans l'acte spécial, conduisant au dépassement du montant maximum des sommes à lui verser par paiement direct, le maître d'ouvrage a l'obligation, dès qu'il a connaissance de cette situation, de mettre en demeure le titulaire du marché ou le sous-traitant de celui-ci de prendre toutes les mesures utiles pour mettre un terme à cette situation ; ou à défaut pour régulariser cette situation, à charge pour le titulaire du marché, le cas échéant, de solliciter la modification de l'exemplaire unique notamment et celle de l'acte spécial afin de tenir compte d'une nouvelle répartition des prestations avec le sous-traitant[22].

À défaut de telles diligences de la part du maître d'ouvrage, comme l'a rappelé récemment la cour administrative d'appel de Marseille, le maître d'ouvrage sera susceptible de voir sa responsabilité pour faute engagée[23].

Comment obtenir le remboursement des sommes engagées pour la réalisation de prestations excédant l'acte spécial sans excéder l'objet du marché ?

Les travaux supplémentaires indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ou les sujétions imprévues se caractérisent par le dépassement de l'objet du marché.

Dans le cadre d'un marché, le sous-traitant peut être amené à réaliser des prestations qui n'étaient pas prévues dans l'acte spécial sans que ces prestations ne dépassent l'objet du marché.

Dans ce cas, il pourra bénéficier du paiement direct uniquement si l'acte spécial est modifié et prévoit les conditions de réalisation de ces prestations.

Dès lors, il convient pour le sous-traitant de s'assurer que la déclaration ou l'acte spécial a bien été modifié avant d'exécuter ces prestations.

Toutefois, s'il n'est pas possible d'obtenir le paiement direct de prestation excédant l'acte spécial, il est possible sous certaines conditions d'obtenir le paiement en

(22) Voir en ce sens : CE 2 décembre 2019, Département du Nord, req. n° 422307 ; CAA Douai 7 février 2023, Société Établissement A. Cathelain et Compagnie, req. n° 21DA01650 ; CAA Marseille 3 avril 2023, Société Constructions Fernandes, req. n° 21MA01199.
(23) CAA Marseille 10 octobre 2022, SAS Temsol, req. n° 20MA03764.

invoquant la responsabilité quasi délictuelle du maître d'ouvrage.

En effet, le maître d'ouvrage a une obligation légale, lorsqu'il a connaissance de la réalisation par un sous-traitant de prestations excédant l'acte spécial, de mettre en demeure le titulaire du marché ou le sous-traitant de prendre toute mesure utile pour mettre fin au dépassement par le sous-traitant de l'acte spécial[24].

À la suite d'une telle mise en demeure, il revient au titulaire du marché de solliciter la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité et celle de l'acte spécial afin de tenir compte d'une nouvelle répartition des prestations avec le sous-traitant[25].

Ainsi, lorsqu'il est possible de démontrer que le maître d'ouvrage était au courant que le sous-traitant excédait les prestations prévues par l'acte spécial et qu'il n'a pas mis en demeure le titulaire ou le sous-traitant afin que l'acte spécial soit modifié, il engagera sa responsabilité pour faute sur le fondement quasi délictuel[26].

Dans l'arrêt précité rendu par la cour administrative d'appel de Marseille du 10 octobre 2022[27], la responsabilité délictuelle du maître d'ouvrage a été reconnue.

En l'espèce, le maître d'ouvrage avait décidé de modifier la structure du bâtiment, objet du marché, et a conclu à cet effet un avenant dès lors les prestations correspondantes faisaient parties de l'objet du marché. Toutefois le contrat de sous-traitance et l'acte spécial n'avaient pas fait l'objet d'une modification alors que la masse et le coût des travaux s'en trouvaient augmentés.

Alors que le maître d'ouvrage était à l'initiative de ces travaux et en avait ainsi connaissance, il n'avait pas mis en demeure le titulaire du marché ou le sous-traitant pour solliciter la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité et celle de l'acte spécial conformément à son obligation légale.

Par conséquent, si le sous-traitant n'a pas pu obtenir le paiement direct pour ses prestations qui excédaient l'objet de l'acte spécial, il a pu demander des dommages et intérêts au maître d'ouvrage correspondant aux sommes engagées.

Dans un arrêt plus récent et évoqué ci-dessus, la cour administrative d'appel de Marseille a pu considérer que le maître d'ouvrage avait commis une faute. Dans cette affaire, des travaux qui excédaient ceux confiés par l'acte spécial au sous-traitant avaient été réalisés par ce dernier dans le cadre d'un marché. Le maître d'ouvrage a pu constater la réalisation de ces travaux. Ainsi, le maître d'ouvrage, qui n'avait pas mis en demeure le titulaire ou le sous-traitant de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à l'irrégularité affectant l'exécution des prestations sous-traitées, a commis une faute donnant lieu au versement de dommages et intérêts au sous-traitant[28].

Toutefois, cette responsabilité n'a, à l'inverse, pas été retenue dans une autre affaire jugée par la cour administrative d'appel de Douai, dans son arrêt du 7 février 2023 dès lors que le sous-traitant n'apportait aucun élément permettant de démontrer que le maître d'ouvrage avait connaissance des prestations réalisées excédant l'acte spécial et que dès lors il ne pouvait démontrer que le maître d'ouvrage avait commis une faute en omettant de mettre en demeure le titulaire ou le sous-traitant.[29]

Par conséquent, afin de préserver ses droits au paiement direct pour ses prestations, le sous-traitant devra veiller :
– à ce que toutes prestations excédant la déclaration ou l'acte spécial donnent lieu à une modification de la déclaration ou de l'acte spécial ;
– à adresser en temps utile ses demandes de paiement à l'entrepreneur principal en suivant une procédure permettant de démontrer la date de réception de cette demande afin de pouvoir contrôler le respect des délais ;
– à être vigilant à ce que le maître d'ouvrage ait connaissance des prestations excédant la déclaration ou l'acte spécial, en ayant une preuve de son approbation.

(24) Article 14-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.
(25) Article 14-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.
(26) Voir en ce sens : CE 2 décembre 2019, req. n° 422307.
(27) Voir en ce sens : CAA Marseille 10 octobre 2022, SAS Temsol, req. n° 20MA03764.
(28) Voir en ce sens : CAA Marseille 3 avril 2023, req. n° 21MA01199.
(29) Voir en ce sens : CAA Douai 7 février 2023, req. n° 21DA01650.