Juillet-Août 2023

Les rapports entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant

LAURENT BIDAULT
AVOCAT ASSOCIÉ

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

Les rapports entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant

La sous-traitance créée une relation triangulaire entre le maître d'ouvrage, le titulaire du marché et son sous-traitant. Même si le maître d'ouvrage n'est donc pas lié contractuellement avec le sous-traitant, cela ne signifie pas pour autant qu'aucun lien n'existe entre eux. En effet, ils entretiennent d'étroites relations d'ordre essentiellement financier.

Le titulaire d'un marché public peut faire appel, lors de la présentation de son offre ou en cours d'exécution du marché, à un sous-traitant. Celui-ci va alors exécuter une partie des prestations qui font l'objet du marché.

L'intervention du sous-traitant, qui comme on le rappellera ci-après ne peut se faire sans l'aval du maître d'ouvrage (l'acheteur), va engendrer une relation triangulaire entre le maître d'ouvrage, le titulaire du marché public, seul engagé contractuellement avec le maître d'ouvrage, et le sous-traitant du titulaire qui n'est lui engagé que vis-à-vis du titulaire.

Bien qu'indépendant contractuellement, le maître d'ouvrage et le sous-traitant vont néanmoins entretenir des rapports financiers principalement.

Le recours à un sous-traitant

En matière de marché public, les dispositions relatives à la sous-traitance sont prévues aux articles L. 2193-1 à L. 2193-14, ainsi qu'aux articles R. 2193-1 à R. 2193-22 du Code de la commande publique, étant particulièrement insisté sur le fait que sont réputés nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec à ces dispositions[1].

Ces dispositions sont également reprises dans les Cahiers des clauses administratives générales applicables (CCAG) aux marchés publics, en particulier le CCAG applicable aux marchés publics de travaux[2].

Auteur

Laurent Bidault
Avocat au barreau de Paris
Novlaw Avocats

(1) CCP, art. L. 2193-3.
(2) CCAG-Travaux (2021), art. 3.6.

Notons que des dispositions particulières sont prévues s'agissant des marchés publics de défense ou de sécurité[3].

Liberté de recourir à la sous-traitance

L'article L. 2193-2 du Code de la commande publique définit la sous-traitance comme l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur[4].

L'opérateur économique – soumissionnaire ou titulaire – est libre d'avoir recours à la sous-traitance et le maître d'ouvrage ne peut en principe s'y opposer, sauf exception[5].

De même, le maître d'ouvrage ne peut s'immiscer dans le choix du sous-traitant ou dans les conditions de la sous-traitance.

La sous-traitance n'est possible que dans le cadre d'un contrat d'entreprise

La sous-traitance n'est possible que dans le cadre d'un contrat d'entreprise (ou de louage d'ouvrage), à l'instar des marchés publics de travaux, des marchés publics de services ou des marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou qui comprennent des prestations de services, telles que des prestations de conception ou d'adaptation.

À l'inverse, la sous-traitance est donc interdite dans le cadre de marchés publics de fournitures.

L'obligation de sous-traitance partielle

La sous-traitance est obligatoirement partielle, le titulaire ne pouvant en effet sous-traiter l'exécution que d'une partie seulement des prestations de son marché[6], ce qu'a l'occasion de rappeler régulièrement la jurisprudence administrative[7].

Il faut souligner que le maître d'ouvrage peut exiger que certaines tâches ou prestations essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire, et donc qu'elles ne puissent pas être sous-traitées.

Une relation contractuelle triangulaire

Comme évoqué, la sous-traitance créée une relation triangulaire entre le maître d'ouvrage, le titulaire du marché et son sous-traitant, au sein de laquelle :
– le maître d'ouvrage est engagé avec le titulaire dans le cadre du marché public (qui peut être un contrat administratif ou pas) ;
– le titulaire du marché public et son sous-traitant dans le cadre d'un contrat de sous-traitance (qui est en principe un contrat privé[8] qui relève de la compétence du juge judiciaire[9]). Ce contrat est lui-même un contrat d'entreprise, à la différence d'un contrat de fourniture[10].

Tout cela pour dire que le maître d'ouvrage n'est donc pas lié contractuellement avec le sous-traitant.

Par voie de conséquence, le titulaire du marché demeure l'unique responsable vis-à-vis du maître d'ouvrage, de l'exécution des prestations faisant l'objet du marché public, et cela y compris concernant l'exécution des prestations qui ont été sous-traitées[11]. À cet égard, l'entrepreneur principal ne peut appeler en garantie son sous-traitant dans le cadre d'un litige l'opposant au maître d'ouvrage devant le juge administratif[12].

La sous-traitance directe et la sous-traitance indirecte

Le sous-traitant est considéré comme direct (ou de premier rang) lorsqu'il est le sous-traitant du titulaire ou, dans le cas d'un groupement d'opérateurs économiques, le sous-traitant de l'un des membres du groupement.

Le sous-traitant est considéré comme indirect (ou de second rang) lorsqu'il est le sous-traitant d'un sous-traitant, dénommé entrepreneur principal du sous-traitant indirect.

Le contrôle de l'intervention du sous-traitant par le maître d'ouvrage

Par principe, le titulaire d'un marché est libre, soit lorsqu'il présente son offre, soit en cours d'exécution du marché, de sous-traiter une partie des prestations objet du marché.

(3) CCP, art. R. 2393-24 à R. 2393-40.
(4) Cette définition et plus généralement les dispositions du Code de la commande publique reprennent celles de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance qui est applicable plus généralement à la sous-traitance dans l'exécution des contrats d'entreprise, parmi lesquels les marchés publics.
(5) Voir ci-dessous.
(6) CCP, art. L. 2193-3.
(7) Voir par exemple : CAA Douai 26 janvier 2021, Société Les Compagnons du bois, req. n° 19DA00948.
(8) Sauf par exemple dans le cas où le titulaire a la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice (Voir en ce sens : CJCE 18 novembre 2004, Commission c/ République Fédérale d'Allemagne, aff. C-126/03).
(9) Voir par exemple : CAA Douai 9 mai 2023, req. n° 21DA00124.
(10) Le juge administratif a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la qualification de sous-traitant ou de fournisseur. Voir par exemple : CAA Bordeaux 30 juillet 2019, req. n° 17BX02501 ; CAA Douai 26 janvier 2021, Société Les Compagnons du bois, req. n° 19DA00948).
(11) CCP, art. L. 2193-3 ; CE 6 mars 1987, OPHLM Châtillon-sous-Bagneux, req. n° 37731.
(12) Voir par exemple : CAA Douai 9 mai 2023, req. n° 21DA00124.

Pour autant, l'intervention du sous-traitant est subordonnée à l'accord du maître d'ouvrage et à l'agrément par ce dernier de ses conditions de paiement.

L'opérateur économique (soumissionnaire ou titulaire) peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution qu'à condition d'avoir déclaré celui-ci au maître d'ouvrage et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement[13].

L'intervention du sous-traitant lors de la passation du marché

Un soumissionnaire peut, lors de la présentation de son offre, se prévaloir des capacités techniques, professionnelles, voire économiques et financières, d'un tiers.

Dans ce cadre, le soumissionnaire doit déclarer le sous-traitant au moment du dépôt de son offre en identifiant dans une déclaration de sous-traitance[14], les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel ainsi que la nature et le montant des prestations sous-traitées[15].

À cet égard, le montant de celles-ci fait l'objet d'un contrôle de la part du maître d'ouvrage s'il semble anormalement bas[16].

Aussi, la déclaration et plus généralement l'offre du soumissionnaire permettent ainsi au maître d'ouvrage de s'assurer – pour ne pas dire contrôler – des capacités du sous-traitant : à cet égard, aux termes de l'acte de sous-traitance, le sous-traitant doit notamment justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières ou encore attester (voire apporter les preuves) qu'il n'est pas dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner à un marché public[17].

Le maître d'ouvrage peut en outre se faire communiquer, à sa demande, le contrat de sous-traitance, lui permettant d'apprécier plus précisément encore les conditions d'intervention du sous-traitant dans le cadre du marché à conclure[18].

La notification du marché emporte par la suite agrément du sous-traitant et de ses conditions de paiement[19].

L'intervention du sous-traitant au cours de l'exécution du marché

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient en cours d'exécution du marché (c'est-à-dire après sa notification), le titulaire remet à l'acheteur un acte spécial de sous-traitance[20], contre récépissé ou par lettre recommandée avec avis de réception[21].

Cet acte spécial doit comporter les mêmes informations que celles de la déclaration de sous-traitance (voir ci-dessus), de sorte que le maître d'ouvrage peut à ce stade également vérifier les capacités du sous-traitant à exécuter les prestations objet du marché.

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont constatés par la signature de l'acte spécial de sous-traitance par le maître d'ouvrage. Toutefois, ce dernier doit faire preuve de vigilance dans la mesure où à défaut de réponse de sa part pendant vingt-et-un jours à compter de la réception de l'acte spécial, il est réputé avoir accepté le sous-traitant[22].

Pour conclure sur ce point, il est important de préciser que le maître d'ouvrage a une obligation d'inviter à régulariser la situation des sous-traitants non déclarés dès lors qu'il a connaissance de leur intervention. À défaut, le maître d'ouvrage engage sa responsabilité quasi délictuelle vis-à-vis du sous-traitant[23].

Le refus du maître d'ouvrage de l'intervention du sous-traitant

Dans le cadre de la procédure d'attribution du marché ou en cours d'exécution de celui-ci, le maître d'ouvrage a donc la possibilité de s'opposer à l'intervention du sous-traitant.

C'est comme évoqué ci-dessus par exemple le cas lorsque le maître d'ouvrage considère que le montant des prestations sous-traitées serait anormalement bas, parce que les capacités du sous-traitant seraient insuffisantes et susceptibles de nuire à la bonne exécution du marché public, ou encore parce que le sous-traitant serait dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner.

Il est important de préciser que dès lors que les conditions légales quant à l'intervention du sous-traitant sont remplies, le maître d'ouvrage doit accepter et agréer le sous-traitant, sous peine d'engager sa responsabilité[24], étant précisé qu'un tel litige relève de la compétence du juge administratif[25].

À cet égard, la décision de refus du maître d'ouvrage doit être motivée[26].

(13) CCP, art. L. 2193-4.
(14) Formulaire DC4.
(15) CCP, art. L. 2193-5.
(16) CCP, art. L. 2193-8 et L. 2193-9 ; art. R. 2193-9.
(17) CCP, art. R. 2193-1 et Formulaire DC4.
(18) CCP, art. L. 2193-7.
(19) CCP, art. R. 2193-2.
(20) CCP, art. L. 2193-5.
(21) CCP, art. R. 2193-3.
(22) CCP, art. R. 2193-4.
(23) Voir en ce sens : CE 15 novembre 2012, commune de Cavalaire-sur-Mer, req. n° 355755.
(24) Voir en ce sens : CE 28 mai 2001, req. n° 205449.
(25) Voir en ce sens : CE 23 janvier 1976, Hôpital-hospice de la Ferté-Macé, req. n° 94778.
(26) CRPA, art. L. 211-1 à L. 211-8.

Les rapports financiers entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant

Les rapports entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant sont, à défaut d'être contractuels, essentiellement financiers.

Le paiement direct du sous-traitant par le maître d'ouvrage

Comme évoqué ci-dessus, l'acceptation du sous-traitant par le maître d'ouvrage emporte également l'agrément de ses conditions de paiement, de sorte que le sous-traitant sera directement réglé de ses prestations par le maître d'ouvrage. Pour le dire autrement, afin de prétendre au paiement direct, le sous-traitant doit avoir été régulièrement agréé 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[27].

Le contrôle de la demande de paiement du sous-traitant par le maître d'ouvrage

Le sous-traitant doit adresser « en temps utile » sa demande de paiement direct à la fois au titulaire du marché et au maître d'ouvrage[28]. Pour rappel, cette demande est considérée comme étant effectuée en temps utile lorsqu'elle est adressée avant que le décompte général du marché ne soit établi et qu'il n'acquière un caractère définitif. À toutes fins utiles, précisons que cette demande doit être effectuée par tout moyen permettant d'en assurer la réception et d'en déterminer la date, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé[29].

Le titulaire du marché doit par la suite donner son accord à la demande de paiement direct présentée par son sous-traitant ou, le cas échéant, il doit signifier à ce dernier son refus, et ce dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande de paiement direct. Dans même délai, le titulaire doit notifier son éventuel refus au maître d'ouvrage[30]. Passé ce délai, à défaut de réponse de la part du titulaire du marché, celui-ci est réputé avoir accepté la demande de paiement direct et les documents afférents[31].

Le sous-traitant adresse alors au maître d'ouvrage sa demande de paiement accompagné de la preuve ou du récépissé attestant que le titulaire du marché a effectivement reçu sa demande de paiement (ou l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou non réclamé par le titulaire du marché)[32]. Concomitamment, le maître d'ouvrage adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.

À la suite de l'acceptation de la demande de paiement direct par le titulaire du marché et avant tout règlement, le maître d'ouvrage exerce un contrôle préalable du montant de la créance du sous-traitant, compte tenu des prestations qu'il a exécutées et des prix qui sont stipulés par le marché.

Cette procédure a également pour objet de permettre au titulaire du marché d'exercer un contrôle sur les pièces transmises par le sous-traitant et de s'opposer, le cas échéant, au paiement direct, ce que rappelle régulièrement le juge administratif[33].

À l'issue de ces opérations de contrôle, le maître d'ouvrage doit procéder au paiement direct du sous-traitant, en principe dans les délais usuels de paiement s'imposant lui en matière de marché public et il informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant de celui-ci[34].

L'indemnisation du sous-traitant

Le sous-traitant qui bénéficie du paiement direct des prestations sous-traitées a droit au paiement direct pour les prestations supplémentaires qu'il a exécutées dans le cadre du marché et qui se sont avérées indispensables à la réalisation de l'ouvrage ou à l'exécution du marché en cause[35].

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, étant précisé que ce bouleversement s'apprécie par rapport au montant global du marché et non pas uniquement par rapport au montant des prestations sous-traitées[36].

Dans le cas où le sous-traitant exécute des prestations qui excèdent celles qui étaient prévues par la déclaration de sous-traitance ou 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

(27) CCP, art. R. 2193-10.
(28) Voir en ce sens : CAA Lyon 22 septembre 2022, Société NGE Infranet, req. n° 20LY02597.
(29) CCP, art. R. 2193-11.
(30) CCP, art. R. 2193-12.
(31) CCP, art. R. 2193-13.
(32) CCP, art. R. 2193-14.
(33) Voir en ce sens : CAA Marseille 12 décembre 2022, Société Entreprise Mariani, req. n° 20MA03310.
(34) CCP, art. R. 2193-15.
(35) Voir en ce sens : CE 3 mars 2010, Société Presspali, req. n° 304604.
(36) Voir en ce sens : CE 1er juillet 2017, Régie des eaux du canal de Belletrud, req. n° 383613.

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[37].

À défaut, comme l'a rappelé récemment la cour administrative d'appel de Marseille, le maître d'ouvrage est susceptible d'engager sa responsabilité pour faute[38].

Pour conclure, d'une façon générale, les litiges portant sur le paiement direct du sous-traitant par le maître d'ouvrage relèvent de la compétence du juge administratif[39].

Les liens extracontractuels entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant

L'absence de lien contractuel avec le maître d'ouvrage

Pour mémoire, il n'existe pas de lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant.

Il en résulte que le titulaire du marché demeure seul responsable de la bonne exécution des prestations du marché par son sous-traitant[40]. Le titulaire ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité contractuelle en arguant des fautes de son sous-traitant (y compris lorsque ces fautes seraient de nature frauduleuse ou dolosive[41]).

En l'absence de lien contractuel, les obligations du marché ne sont pas opposables au sous-traitant et sa responsabilité ne peut être recherchée sur le terrain contractuel par le maître d'ouvrage.

De la même façon, le maître d'ouvrage ne peut donner de directives ou mesures d'exécution (ordre de service par exemple) au sous-traitant, son seul interlocuteur demeure le titulaire du marché. Seul ce dernier peut également se voir appliquer des pénalités.

Inversement, les clauses du contrat de sous-traitance ne sont pas opposables au maître d'ouvrage, de sorte que ce dernier ne peut pas non plus exiger du sous-traitant qu'il respecte le contrat qui le lie au titulaire du marché.

En définitive, dans le cadre de l'exécution d'un marché public, le maître d'ouvrage ne peut rechercher la responsabilité contractuelle du sous-traitant, tiers au marché public.

La responsabilité du sous-traitant vis-à-vis du maître d'ouvrage

Néanmoins, le Conseil d'État a reconnu la possibilité pour le maître d'ouvrage de rechercher la responsabilité du sous-traitant participant à une opération de construction quand bien même ils ne seraient pas liés contractuellement[42].

Ainsi, si le Conseil d'État a pu rappeler, dans un premier temps, qu'il appartient, en principe, au maître d'ouvrage qui entend obtenir la réparation des conséquences dommageables d'un vice imputable à la conception ou à l'exécution d'un ouvrage de diriger son action contre le ou les constructeurs avec lesquels il a conclu un contrat de louage d'ouvrage. Dans un second temps, il considère qu'il lui est loisible, dans le cas où la responsabilité du ou des cocontractants ne pourrait pas être utilement recherchée, de mettre en cause, sur le terrain quasi délictuel, la responsabilité des participants à une opération de construction avec lesquels il n'a pas conclu de contrat de louage d'ouvrage, mais qui sont intervenus sur le fondement d'un contrat conclu avec l'un des constructeurs, à l'instar du sous-traitant.

Dès lors, la responsabilité de ce dernier ne peut être recherchée que de façon subsidiaire à celle des intervenants principaux[43].

Dans ce cadre, le maître d'ouvrage pourra invoquer notamment la violation des règles de l'art ou la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires par le sous-traitant, mais ne pourra pas lui opposer les fautes résultant de la mauvaise exécution de ses obligations contractuelles[44]. De surcroît, le maître d'ouvrage ne peut rechercher la responsabilité de participants à l'opération de construction pour des désordres apparus après la réception de l'ouvrage et qui ne sont pas de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination.

D'ailleurs, le maître d'ouvrage peut également rechercher la responsabilité du sous-traitant sur le terrain de la responsabilité décennale[45].

Il s'ensuit que la possibilité pour le maître d'ouvrage d'engager la responsabilité du sous-traitant demeure donc limitée.

(37) 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.
(38) CAA Marseille 10 octobre 2022, SAS Temsol, req. n° 20MA03764.
(39) Voir en ce sens : TC 2 juin 2008, Société Aravis, n° C3642.
(40) CCP, art. L. 2193-3 ; CE 6 mars 1987, OPHLM Chatillon-sous-Bagneux, req. n° 37731.
(41) Voir en ce sens : CE 26 novembre 2007, Société Les travaux du Midi, req. n° 266423.
(42) CE 7 décembre 2015, Commune de Bihorel, req. n° 380419 ; Voir également en ce sens : CAA Bordeaux 15 mars 2018, SARL Essentiel, req. n° 15BX01915 ; TA Rouen 2 mars 2023, req. n° 2101696.
(43) Voir en ce sens : S. Hul, « Marché de travaux publics : le maître d'ouvrage peut, subsidiairement, rechercher la responsabilité quasi délictuelle d'un sous-traitant », *AJCT* 2016, p. 265.
(44) Voir en ce sens : CAA Bordeaux 6 mai 2021, Société SNEF, req. n° 18BX03003.
(45) Voir en ce sens : CE 2 août 2011, Région Centre, req. n° 330982.