

Cas particulier du paiement du sous-traitant : conseils, recommandations

Que ce soit pendant la procédure de passation ou après la notification du marché, les parties devront être vigilantes quant au contenu de la déclaration ou de l'acte spécial de sous-traitance car ces documents conditionnent les modalités de paiement. Lors de la phase d'exécution, si le maître d'ouvrage ne peut réduire le droit au paiement direct du sous-traitant, il dispose néanmoins de moyens d'action. Le sous-traitant peut quant à lui recourir au référé en cas de difficultés de paiement.

La sous-traitance dans les contrats de la commande publique revêt un enjeu majeur notamment sur le plan politique local, dans la mesure où il permet à des PME d'y accéder, notamment pour des opérations de travaux où ces entreprises seraient moins susceptibles de voir leur offre retenue.

Le régime juridique issu de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 *relative à la sous-traitance* ainsi que de l'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 *portant partie législative du code de la commande publique* (modifiant ladite loi), prévoit en particulier le principe du paiement direct en faveur du sous-traitant, érigé en principe d'ordre public⁽¹⁾.

Le Code de la commande publique le prévoit ainsi dans son article L. 2193-11⁽²⁾.

L'examen des textes en vigueur et la jurisprudence administrative révèle toutefois que ce paiement direct n'est pas sans limite, tant sur le fond que la forme et que la plus grande vigilance s'impose aux différents stades l'intervention de l'acte de sous-traitance.

Auteur

Jean-Marc Peyrical

Avocat associé

Pierre Cailloce

Avocat à la Cour

Cabinet Peyrical & Sabattier Associés

Mots clés

Déclaration de sous-traitance • Rémunération directe • Responsabilité • Référé provision

(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 de la présente loi » [article 15 de loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance].

(2) « Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution. Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite ».

Formation de la sous-traitance

La relation de sous-traitance peut d'abord se former pendant la procédure de passation, à tout le moins, ses principales caractéristiques peuvent être définies dans l'offre du futur titulaire.

Dans cette hypothèse, l'article R. 2193-1 du Code de la commande publique⁽³⁾ prévoit que la déclaration de sous-traitance comprend notamment les informations suivantes :

- la nature des prestations sous-traitées ;
- le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ;
- les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
- le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie.

L'acheteur, dans l'examen des offres, devra être vigilant sur cette déclaration, dès lors que son acceptation de l'offre du candidat qui a présenté tel sous-traitant, aura nécessairement comme effet son acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement⁽⁴⁾.

La sous-traitance peut ensuite intervenir après la notification du marché.

Dans cette hypothèse, un acte spécial de sous-traitance doit être établi⁽⁵⁾.

Le pouvoir adjudicateur devra être vigilant lorsqu'il sera saisi d'une déclaration de sous-traitance après la notification du marché.

En effet, à réception d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, contenant les renseignements mentionnés à l'article R. 2193-1 du Code de la commande publique, le pouvoir adjudicateur dispose de vingt-et-un jours pour se prononcer.

Passé ce délai, en cas de silence de sa part, il est réputé avoir accepté tacitement le sous-traitant agréé ses conditions de paiement⁽⁶⁾.

Outre cette acceptation tacite, qui n'est jamais idéale en particulier dans un marché de travaux où les différents

intervenants se succèdent, voire travaillent de manière concomitante, le pouvoir adjudicateur engage sa responsabilité dans l'hypothèse où, défaillant à avoir imposé la régularisation de la situation d'un sous-traitant, il a versé les sommes lui étant dues, à l'entrepreneur principal, placé par la suite en redressement judiciaire⁽⁷⁾.

Le sous-traitant, lui aussi, devra être vigilant sur le formalisme de l'acte spécial, dans la mesure où ce dernier devra obligatoirement comporter les mêmes informations visées *supra*, lorsque la demande d'acceptation du sous-traitant est formulée pendant la procédure de passation.

Faute de quoi, il ne pourra pas prétendre à la qualification de sous-traitant et au régime juridique qui en découle.

Il a ainsi été jugé qu'un simple compte-rendu d'une réunion de chantier, indiquant qu'une demande d'agrément et un contrat de sous-traitance concernant l'entreprise requérante qui entendant se prévaloir du régime de la sous-traitance, ne suffisait pas pour considérer qu'elle avait fait l'objet d'une acceptation et d'un agrément tacites par le pouvoir adjudicateur⁽⁸⁾.

Surtout, l'acte spécial ou la déclaration de sous-traitance fige la créance que peut revendiquer le sous-traitant⁽⁹⁾.

Une vigilance toute particulière s'impose donc lors de la rédaction de cet acte, généralement à l'initiative de l'entrepreneur principal. Les délais parfois réduits des appels d'offres et le choix parfois rapide des sous-traitants peut être source d'imprécisions dans les pièces déposées et dans la déclaration de sous-traitance.

La modification des termes de la sous-traitance

Il est fréquent que, pour tenir compte de modifications du programme, des demandes des futurs utilisateurs ou simplement pour intégrer des travaux non prévus initialement, le montant du marché et la nature des travaux soient modifiés.

Ceci pouvant naturellement impacter le montant des prestations sous-traitées, il conviendra de prévoir la modification de la déclaration de sous-traitance ou de l'acte spécial.

Dans d'autres hypothèses, le maître d'ouvrage peut envisager de réduire le droit au paiement direct du sous-traitant, pour tenir compte des carences de ce dernier, que ce soit en ce qui concerne la qualité des prestations

(3) Déjà prévu par l'article 133 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, qui reste d'ailleurs applicable aux marchés dont la procédure de passation a été engagée avant le 1^{er} avril 2019 (en vertu de l'article 18 du décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique).

(4) CCP, art. R. 2193-2.

(5) CCP, art. R. 2193-3 : « Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient après la notification du marché, le titulaire remet à l'acheteur contre récépissé ou lui adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un acte spécial de sous-traitance contenant les renseignements mentionnés à l'article R. 2193-1 ».

(6) CCP, art. R. 2193-4 : « L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont constatés par la signature de l'acte spécial de sous-traitance. Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés à l'article R. 2193-3 vaut également acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement ».

(7) CE 28 mai 2001, SA Bernard X Polynésie, req. n° 205449.

(8) CAA Paris 4 octobre 2013, Société Forclum, req. n° 11PA00731.

(9) CAA Bordeaux 12 décembre 2013, SCP Silvestri Baujet mandataire liquidateur de la société Menuiserie N'services, req. n° 12BX00185 : « Considérant que le sous-traitant agréé ne peut prétendre au bénéfice du paiement direct que dans la limite de la somme inscrite à l'acte spécial de sous-traitance (...) ».

réalisées, que leur délai d'exécution (retard du sous-traitant).

Par un arrêt du 27 mars 2017, le Conseil d'État⁽¹⁰⁾ a jugé qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 6 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 et de l'article 114 du Code des marchés publics⁽¹¹⁾ que, en l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations du marché dont le sous-traitant assure l'exécution ou à leur montant, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant dans le but de tenir compte des conditions dans lesquelles les prestations sous-traitées ont été exécutées.

Le maître d'ouvrage n'est toutefois pas dénué de moyen d'action.

Par un arrêt du 27 janvier 2017⁽¹²⁾, le Conseil d'État a rappelé que, dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant.

Il a aussi jugé que le maître d'ouvrage pouvait engager la responsabilité du sous-traitant sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle.

Mais ceci n'est possible que pour autant :

- que l'engagement de la responsabilité de l'entrepreneur principal ou, plus généralement, de toute personne avec laquelle le maître d'ouvrage a conclu un contrat de louage d'ouvrage, ne soit pas possible ;
- que le maître de l'ouvrage invoque des manquements aux règles de l'art ou aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur.

L'absence de démonstration de manquement du sous-traitant aux règles de l'art entraîne le rejet de l'action en responsabilité quasi-délictuelle⁽¹³⁾.

Surtout, le Conseil d'État a étendu la portée du contrôle que le maître d'ouvrage pouvait opérer sur les travaux réalisés par le sous-traitant⁽¹⁴⁾.

Dorénavant, au titre de ce contrôle, le maître d'ouvrage peut s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspondait à ce qui était prévu par le marché.

Et, alors même que les travaux réalisés par la société sous-traitante auraient été conformes aux règles de l'art, « la commune était fondée à refuser de procéder au

paiement direct de la somme sollicitée par cette société, dès lors qu'il ressortait des éléments qu'elle avait souverainement relevés, sans dénaturation, que la consistance des travaux de fondation réalisés par [la société sous-traitante] ne correspondait pas à ce que prévoyait le marché (...) ».

Il a ainsi pu valider l'analyse menée par la cour administrative d'appel de Paris, selon laquelle, quelle que soit la conformité aux règles de l'art des travaux du sous-traitant, un maître d'ouvrage pouvait refuser de procéder au paiement des sommes dues au titre du paiement direct, dès lors que les travaux, ne respectent pas les stipulations du cahier des clauses techniques particulières du marché de conception-réalisation, qui imposaient, en l'espèce, le respect de la norme DTU 13-2 « fondations profondes » ainsi que des préconisations du rapport géotechnique auquel il était expressément renvoyé⁽¹⁵⁾.

S'agissant du sous-traitant, ce dernier peut faire valoir une rémunération supplémentaire, au titre par exemple de travaux modificatifs ou de l'allongement des délais du chantier.

Toutefois, il ne peut être rémunéré pour les travaux supplémentaires effectués, que pour autant que ces derniers soient indispensables à la réalisation de l'ouvrage faisant l'objet du marché principal⁽¹⁶⁾.

Et il est impératif que ces travaux se distinguent de ceux qui font l'objet du marché initial, sous peine de rejet de la demande⁽¹⁷⁾.

Le rôle du juge

S'agissant du sous-traitant, il peut saisir le juge du référé-provision⁽¹⁸⁾, en cas de difficultés de paiement.

Il veillera toutefois à ne pas attendre l'établissement du décompte général et définitif du marché, pour former sa demande en paiement avant de saisir le juge, afin de mettre toutes les chances de son côté pour obtenir la provision espérée⁽¹⁹⁾ et qu'il soit considéré que la demande relève de son droit au paiement direct.

Toutefois, même en cas d'établissement du décompte général et définitif, le sous-traitant pourra utilement saisir le juge du référé provision.

Le Conseil d'État a pu juger que cet acte ne saurait faire obstacle à ce qu'il soit ordonné au maître d'ouvrage de verser à un sous-traitant une provision au titre d'une obligation non sérieusement contestable lui incombant dans le cadre de l'exécution du marché, dès lors que la

[10] CE 27 mars 2017, Société Daufin Construction Metallique, req. n° 394664.

[11] Dorénavant repris aux articles R. 2193-1 et suivants du Code de la commande publique.

[12] CE 27 janvier 2017, Société Baudin Châteauneuf Dervaux, req. n° 397311.

[13] CAA Marseille 8 octobre 2018, Région Provence-Alpes-Côte d'Azur, req. n° 17MA03639.

[14] CE 9 juin 2017, Société Keller Fondations Spéciales, req. n° 396358.

[15] CAA Paris 24 novembre 2015, Commune de Montereau-Fault-Yonne, req. n° 14PA02484.

[16] CE 3 mars 2010, Société Presspali SPA, req. n° 304604 ; CAA Douai 3 avril 2014, Société Les compagnons paveurs, req. n° 12DA01302.

[17] CAA Paris 15 avril 2014, req. n° 13PA00178.

[18] CJA, art. R. 541-1 et s.

[19] CE 15 janvier 2018, Société Colas Ile-de-France Normandie, req. n° 410235.

demande de paiement direct lui est parvenue en temps utile^[20].

En défense, le maître d'ouvrage ne pourra pas utilement soulever que les sommes réclamées par le sous-traitant, ont déjà pu faire l'objet d'un paiement auprès de l'entrepreneur principal.

En effet, dans cette hypothèse, la circonstance que le maître d'ouvrage avait déjà procédé au règlement des prestations effectuées par le sous-traitant, en les attribuant en partie au titulaire, ne le libérait pas de son obligation de payer directement le sous-traitant^[21].

En revanche, il aura intérêt à faire valoir devant le juge que les droits du sous-traitant au paiement direct s'apprécient dans la limite du montant prévisionnel des sommes à payer au sous-traitant figurant dans l'acte spécial.

En effet, s'il est démontré que la totalité de la somme inscrite à l'acte spécial a déjà fait l'objet d'un paiement intégral, le juge sera amené à rejeter la demande de provision, la créance ne pouvant être regardée comme non sérieusement contestable^[22].

[20] CE 15 janvier 2018, Société Colas Ile-de-France Normandie, req. n° 410235, précité.

[21] CE 15 janvier 2018, Société Colas Ile-de-France Normandie, req. n° 410235, précité.

[22] TA Lille, ord., 27 septembre 2017, Société SET Tertiaire, req. n° 1704742.