



GUIDE PRATIQUE SUR LA SOUS-TRAITANCE DANS LES MARCHÉS DE TRAVAUX 2025

AVERTISSEMENT

Le présent Guide est relatif à la sous-traitance des travaux et des études dans le secteur du Bâtiment et des Travaux Publics.

Son contenu a été élaboré en intégrant les apports de la jurisprudence depuis la parution de la loi de 1975. Les décisions des tribunaux – les plus marquantes – sont citées avec, à chaque fois, un lien hypertexte permettant de les consulter.

À QUI S'ADRESSE LE GUIDE ?

Autant à l'entrepreneur principal (EP) ou titulaire du marché qu'au sous-traitant (ST) quel que soit son rang, le rappel de la réglementation et les décisions du juge, ainsi que les recommandations dispensées s'adressant aux uns comme aux autres.

En interne à l'entreprise, il s'adresse aux directeurs et conducteurs de travaux, aux responsables administratifs supervisant les sujets touchant à la sous-traitance, aux services études de prix ainsi qu'aux juristes qui recherchent la confirmation d'un point de droit particulier (une FAQ, en annexe, vient compléter le contenu du Guide).

PRÉSENTATION DU GUIDE

Le Guide comprend deux parties :

→ **La première partie** porte principalement sur :

- La définition de la sous-traitance ;
- La comparaison de la sous-traitance avec les autres contrats passés par les entreprises de la profession ;
- Les règles incontournables posées par la loi de 1975 ;
- Les sanctions prononcées par le juge en cas de non-respect de celles-ci ;
- Le rôle du maître de l'ouvrage.

→ **La deuxième partie** a vocation à accompagner l'entrepreneur principal (EP) et le sous-traitant (ST) pour :

- Négocier ;
- Préparer ;
- Et exécuter

un contrat de sous-traitance, par référence aux dispositions du contrat type de la Profession⁽¹⁾ – Édition 2020 – en suivant l'ordre des articles de ce contrat.

Avant de rentrer dans l'analyse de la loi sur la sous-traitance, rappelons que cette loi a connu des évolutions, notamment en 2005 afin de responsabiliser les maîtres d'ouvrages et, plus récemment, en 2018, avec la codification des règles de la commande publique qui a eu pour effet d'insérer, dans le Code de la commande publique (CCP), les dispositions des Titres I, II et IV de la loi lorsqu'elles sont applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices soumis à ce Code.

(1) La FNTP, élabore avec la Fédération Française du Bâtiment (FFB), la Confédération de l'Artisanat et des Petites Entreprises du Bâtiment (CAPEB), le Conseil National de la Sous-Traitance du Bâtiment (CNSTB), Entreprises Générales de France (EGF BTP), le Syndicat National du Second Œuvre (SNSO), la Fédération des SCOP du BTP (Fédération SCOP BTP), les conditions générales du contrat de sous-traitance du BTP, disponibles sur le site de la FNTP  et des conditions particulières simplifiées et non simplifiées avec la FFB.

SOMMAIRE

ACRONYMES

5 →

MOTS CLÉS

6 →

PREMIÈRE PARTIE : LES RÈGLES APPLICABLES À LA SOUS-TRAITANCE

1 DÉFINITION DE LA SOUS-TRAITANCE – DIFFÉRENTES FORMES DE SOUS-TRAITANCE

8 →

- 1.1 Qu'est-ce que la sous-traitance ? →
- 1.2 Sous-traitance et autres modes d'exécution des marchés de travaux →
- 1.3 Quel est le cadre législatif de la sous-traitance ? →
- 1.4 Le contrat de sous-traitance est toujours un contrat de droit privé →
- 1.5 La liberté de sous-traiter →
- 1.6 Quelles sont les différentes formes de sous-traitance ? →

2 CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET AUTRES CONTRATS

14 →

- 2.1 Contrat de sous-traitance et contrat de vente →
- 2.2 Contrat de sous-traitance et contrat de location →
- 2.3 Contrat de sous-traitance et contrat de travail →
- 2.4 Contrat de sous-traitance et contrat de transport →
- 2.5 Contrat de sous-traitance et autres prestations →

3 RÈGLES APPLICABLES À TOUS LES CONTRATS DE SOUS-TRAITANCE 24 →

- 3.1 Identification des sous-traitants par le maître d'ouvrage →
- 3.2 Obligations légales, réglementaires et contractuelles →
- 3.3 Paiement du sous-traitant et garantie de paiement →

4 SANCTIONS POUR NON-RESPECT DE LA LOI DE 1975

36 →

- 4.1 Quelles sont les conséquences du défaut d'acceptation et d'agrément des conditions de paiement du sous-traitant ? →
- 4.2 Quelles sont les conséquences de l'absence de délivrance par l'EP d'une garantie de paiement au ST qui ne bénéficie pas du paiement direct par le MOA ? →
- 4.3 Quelles sont les conséquences de la non-communication du contrat au maître d'ouvrage ? →

5 RÔLE DU MAÎTRE D'OUVRAGE, GARANT DU RESPECT DE LA LOI

40 →

- 5.1 Le maître d'ouvrage découvre l'existence d'un sous-traitant non-accepté →
- 5.2 Le maître d'ouvrage constate que la caution de garantie de paiement n'a pas été remise par l'entrepreneur principal au sous-traitant →
- 5.3 Le montant des prestations exécutées excède le montant déclaré dans l'acte spécial →
- 5.4 Conséquences financières et pénales du défaut de surveillance du maître d'ouvrage →

SOMMAIRE

DEUXIÈME PARTIE : LA CONCLUSION DU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

6 OBJET DU CONTRAT, OBLIGATION DES PARTIES ET EXÉCUTION DES TRAVAUX

45 ➔

Art. 1 à 4 des CG et des CP du contrat de la profession

6.1 Recommandations préalables à la signature du contrat de sous-traitance (phase études et consultation) ➔

6.2 Recommandations pour la rédaction du contrat de sous-traitance ➔

7 FIXATION DU PRIX

53 ➔

Art. 5 des CG et des CP du contrat de la Profession

8 MODALITÉS DE PAIEMENT ET GARANTIES DE PAIEMENT

55 ➔

Art. 6 des CG et des CP du contrat de la Profession

8.1 Les modalités de règlement du sous-traitant doivent être précisées dans les conditions particulières ➔

8.2 La liquidation des comptes au terme du contrat de sous-traitance ➔

9 DÉLAIS D'EXÉCUTION ET PÉNALITÉS

57 ➔

Art. 7 des CG et des CP du contrat de la Profession

9.1 La période de préparation ➔

9.2 Le calendrier d'exécution ➔

9.3 La prolongation du délai d'exécution ➔

9.4 Les retards et pénalités ➔

10 RÉCEPTION, RESPONSABILITÉS ET ASSURANCES

62 ➔

Articles 8 à 11 des CG et des CP du contrat de la Profession

10.1 La réception des travaux ➔

10.2 Les responsabilités ➔

10.3 Les assurances ➔

11 RÉSILIATION ET LITIGES

68 ➔

Articles 14 et 16 des CG et des CP du contrat de la Profession

11.1 La résiliation ➔

11.2 Les litiges ➔

ANNEXES

74 ➔

Annexe I Foire aux questions ➔

Annexe II Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ➔

Annexe III Dispositions du Code de la commande publique relatives à la sous-traitance ➔

Annexe IV Maîtres d'ouvrages soumis au CCP et Entreprises Publiques ➔

Annexe V Formulaire DC4 et notice explicative ➔

Annexe VI Check List pour la conclusion d'un contrat de sous-traitance ➔

Annexe VII Circuit de paiement du sous-traitant à paiement direct sur Chorus pro ➔

Annexe VIII Exemple de délégation de paiement au profit du sous-traitant acceptée par le maître d'ouvrage ➔

Annexe IX Exemple de déclaration de sous-traitance - marché privé ➔

Annexe X Règlement des factures impayées du ST en cas de procédure collective de l'EP ➔

ACRONYMES

AFNOR : Association française de normalisation

BC : Bureau de contrôle

BET : Bureau d'études techniques

BPU : Bordereau des prix unitaires

BtoG : Business to Government (activités des entreprises à destination des pouvoirs publics)

BTP : Bâtiment et travaux publics

CCAG : Cahier des clauses administratives générales

CCP : Code de la commande publique

CCRD : Contrat collectif de responsabilité décennale

CCTG : Cahier des clauses techniques générales

CCTP : Cahier des clauses techniques particulières

CG : Conditions générales

CISSCT : Collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail

CMATP : Comité de médiation et d'arbitrage des travaux publics

CP : Conditions particulières

CSPS : Coordonnateur de sécurité et de protection de la santé

DC4 : Formulaire normalisé de déclaration de sous-traitance en marché public

DICT : Déclaration d'intention de commencement des travaux (travaux à proximité des réseaux)

DQE : Détail quantitatif estimatif

DPGF : Décomposition du prix global et forfaitaire

EP : Entreprise principale ou Entrepreneur principal

EPC : Equipement de protection collective

EPI : Equipement de protection individuelle

FAQ : Foire aux questions

FNTF : Fédération nationale des travaux publics

GAPD : Garantie à première demande

GME : Groupement momentané d'entreprises

LRAR : Lettre recommandée avec accusé de réception

LRE : Lettre recommandée électronique

MOA : Maître de l'ouvrage ou Maître d'ouvrage

MOAD : Maître d'ouvrage délégué

MOE : Maître d'œuvre

OFII : Office français de l'immigration et de l'intégration

PPSPS : Plan particulier de sécurité et de protection de la santé

PV : Procès-verbal

RG : Retenue de garantie

ST : Sous-Traitant

MOTS CLÉS

Acceptation du sous-traitant

- En marché public →
- En marché privé →
(défaut et refus d'acceptation)
- Acceptation tacite → →
(Silence du MOA, notification du marché)

Acte spécial

- Modifications → → → →

Action directe du ST

→ →

Agrément des conditions de paiement du ST

→

Assurances du ST

→

Avance versée au ST

→

Caution au sous-traitant

→

Capacité technique (EP/ST)

→ → → →

Communication du contrat de ST

→ →

Contractant général et EP

→

Contrat d'entreprise

→

Contrat

- De location →
- De prestations →
- De transport →
- De travail →
- De vente →

Convention tripartite (fournitures du ST)

→

DC4

→

Défaillance

- De l'EP → → →
- Du ST → → →

Délais d'exécution

→

Délégation de paiement

→ →

Garantie de paiement

→

Groupeement

- De titulaires →
- De sous-traitants →

Imprévision

→ →

Litiges

- Médiation et arbitrage CMATP →

Loi d'ordre public

→ →

Maîtres d'ouvrage publics et entreprises publiques

→

Marchés de la défense

→ → → → → →

Modèles :

- Délégation de paiement du ST au MOA →
- Déclaration du ST en marché privé →

Nantissement – Cession Dailly

→ →

Norme AFNOR (Bât / GC)

→ → → → →

Nullité du contrat de sous-traitance

→

Objet du contrat de ST

→

Obligation de résultat

→ → →

Paiement du ST

- Sur le portail Chorus Pro →
- Si liquidation judiciaire de l'EP → →

Pénalités de retard

→ →

Prix

→

Retards de l'EP

→

Retards du ST (formalisme contrat)

→

Réception des travaux

→

Réclamation du ST

→

Réserves à la réception

→

Résiliation

→

Responsabilité :

- Du ST →
- De l'EP →
- Du MOA →

Retenue de garantie

→ →

Révision des prix

→

Signature du contrat de ST (recommandations)

→

ST d'entreprises étrangères

→

Sous-traitance, sous-traitant :

- Définition →
- De capacité →
- De spécialité →
- Directe → →
- Indirecte →

Travail illégal (vérification situation du ST)

→ →

Travaux supplémentaires

→ →

TVA (autoliquidation)

→



PREMIÈRE PARTIE

Les règles applicables à la sous-traitance



DÉFINITION DE LA SOUS-TRAITANCE

DIFFÉRENTES FORMES DE SOUS-TRAITANCE

- 1.1 - QU'EST-CE QUE LA SOUS-TRAITANCE ?
- 1.2 - SOUS-TRAITANCE ET AUTRES MODES D'EXÉCUTION DES MARCHÉS DE TRAVAUX
- 1.3 - QUEL EST LE CADRE LÉGISLATIF DE LA SOUS-TRAITANCE ?
- 1.4 - LE CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE EST TOUJOURS UN CONTRAT DE DROIT PRIVÉ
- 1.5 - LA LIBERTÉ DE SOUS-TRAITER
- 1.6 - QUELLES SONT LES DIFFÉRENTES FORMES DE SOUS-TRAITANCE ?

1 DÉFINITION DE LA SOUS-TRAITANCE DIFFÉRENTES FORMES DE SOUS-TRAITANCE

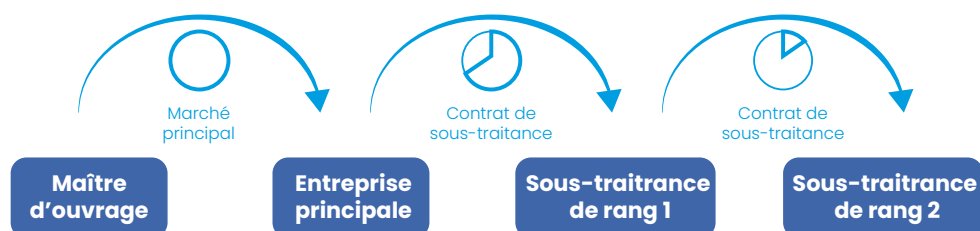
1.1 QU'EST-CE QUE LA SOUS-TRAITANCE ?

La sous-traitance est définie par la loi comme l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité (contrat de sous-traitance), et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie d'un marché dit « principal », qu'il soit public ou privé, conclu avec un maître d'ouvrage. Le sous-traitant peut sous-traiter à son tour.

La sous-traitance permet donc à un titulaire de faire exécuter une partie de son marché par un tiers, ce qui constitue une exception à l'exécution personnelle du marché.

Le titulaire du marché principal n'en reste pas moins tenu à une obligation de résultat vis-à-vis du maître d'ouvrage et demeure garant de la bonne exécution des prestations par son ou ses sous-traitants.

Schéma de sous-traitance



La sous-traitance suppose :

- L'existence de deux contrats distincts de louage d'ouvrage⁽¹⁾ (encore appelé contrat d'entreprise) :
 - Le marché principal (qui peut être public ou privé) entre le maître d'ouvrage (MOA) et l'entreprise principale (EP),
 - Et le contrat de sous-traitance (toujours de nature privée) qui consiste à transférer la charge d'exécuter tout ou partie du marché principal par l'entreprise principale (EP) au sous-traitant (ST).



Lorsque le donneur d'ordre a la qualité de « contractant général », il est nécessaire de vérifier s'il agit en qualité de mandataire du maître de l'ouvrage ou s'il a passé un contrat de louage d'ouvrage avec le maître d'ouvrage. Dans cette dernière hypothèse, les dispositions de la loi de 1975 sur la sous-traitance doivent être respectées (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 10 novembre 2021, n° 20-19.372).

- L'indépendance du sous-traitant vis-à-vis de l'entreprise principale.

Il ne doit exister aucun lien de subordination hiérarchique entre l'entreprise principale et le sous-traitant. L'entreprise principale n'a pas d'autorité, ni de pouvoir direct sur le personnel du sous-traitant, si ce n'est dans le cadre du contrat qui les lie. Elle n'a qu'une fonction de coordination et de contrôle. La fonction de direction et d'encadrement des salariés ne peut être exercée que par le sous-traitant ou son représentant sur le chantier.



Dans le cas inverse, il existe un risque de requalification en contrat de travail / prêt de main d'œuvre illicite et/ou délit de marchandage, ce qui peut conduire à des sanctions pénales (voir plus loin 2.3 et Q5 FAQ).

⁽¹⁾ Un contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel une entreprise s'engage à réaliser un ouvrage déterminé en contrepartie d'une rémunération convenue (art. 1779 3° du Code civil).

Pour les marchés publics de défense et de sécurité, la définition est plus large puisque le texte utilise la notion de « sous-contractant » qui réunit les ST tels que définis précédemment, et les fournisseurs de biens ou services courants ne nécessitant pas d'adaptation spécifique pour répondre aux besoins de la personne publique (art. L2393-1  du CCP). Le régime de ces sous-contrats, qui présentent le caractère de sous-traités, emprunte en grande partie celui prévu pour la sous-traitance dans les marchés publics.

1.2 SOUS-TRAITANCE ET AUTRES MODES D'EXÉCUTION DES MARCHÉS DE TRAVAUX

Le maître d'ouvrage ou les entreprises ont le choix entre plusieurs modes d'exécution des marchés :

- **Marché en entreprise générale** – Une seule entreprise est chargée de réaliser la totalité des prestations nécessaires à la réalisation d'un projet.

L'entrepreneur unique présente ses sous-traitants au maître d'ouvrage.

- **Marché en lots séparés** – L'ouvrage est décomposé en plusieurs lots qui sont répartis entre plusieurs entreprises n'ayant aucun lien contractuel entre elles.

Chaque titulaire d'un lot présente ses sous-traitants directement au maître d'ouvrage ;

- **Marché en groupement momentané d'entreprises (cotraitance - GME)** – Des entreprises se regroupent momentanément pour répondre à une consultation, présenter une offre et exécuter ensemble les travaux nécessaires à la réalisation d'un ouvrage.

Chacun des cotraitants a un lien contractuel avec le maître d'ouvrage. Le mandataire du groupement, qui est le représentant du GME auprès du maître d'ouvrage, présente les sous-traitants de chaque cotraitant au MOA sans, pour autant, créer de lien contractuel avec eux.

1.3 QUEL EST LE CADRE LÉGISLATIF DE LA SOUS-TRAITANCE ?

La sous-traitance, qu'elle s'exerce dans le cadre d'un marché public ou d'un marché privé, est régie par la loi du 31 décembre 1975. Elle est également régie par le Code de la commande publique (CCP) pour les marchés qui y sont soumis.

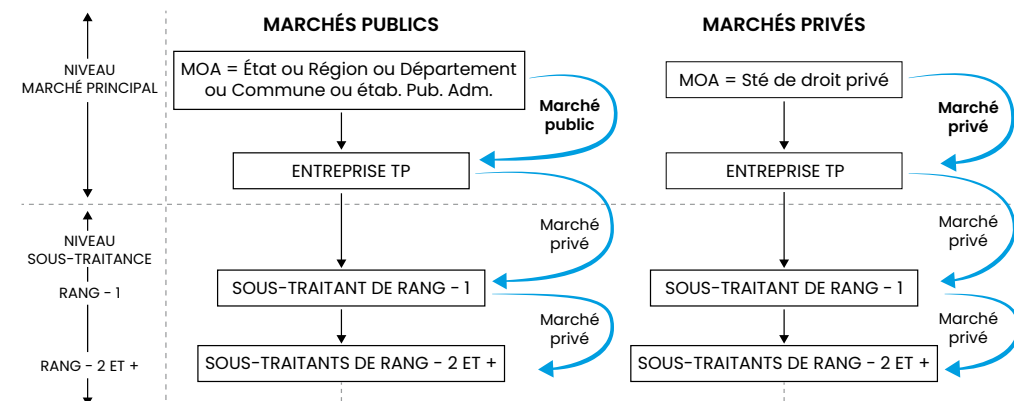
Leurs dispositions visent essentiellement à garantir le paiement des sous-traitants, notamment en cas de défaillance de l'entrepreneur principal.

Ses dispositions sont impératives (on ne peut y déroger contractuellement). Il s'agit d'une loi « d'ordre public » :

 « *Sont nuls et de nul effet, quelles qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi* » (Art. 15).

1.4 LE CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE EST TOUJOURS UN CONTRAT DE DROIT PRIVÉ

Le contrat de sous-traitance est toujours un contrat de droit privé (louage d'ouvrage / contrat d'entreprise) qu'il s'inscrive dans un contexte de marché principal public ou privé.



En conséquence, lorsque le marché principal est un marché public :

- Les litiges entre MOA et EP sont tranchés par les juridictions administratives (Tribunaux administratifs, Cours administratives d'appel et Conseil d'état),
- Les litiges entre l'EP et le ST sont jugés devant les juridictions de l'ordre judiciaire (Tribunaux de commerce, Cours d'appel, Cour de cassation), le juge administratif ayant confirmé qu'il n'est pas compétent pour juger des litiges entre l'EP et ses ST (Tribunal des conflits 16 novembre 2015 n° C4029 - CAA Marseille, 8 septembre 2016, n° 15MA02692 .

1.5 LA LIBERTÉ DE SOUS-TRAITER

Au nom de la liberté contractuelle, tout entrepreneur peut sous-traiter les prestations qu'il s'est engagé à exécuter (et les obligations qui en résultent) en signant son marché, **sauf mention contraire dans celui-ci**.

Cette règle connaît une limitation légale pour les marchés publics.

1.5.1 Le titulaire ne peut pas sous-traiter la totalité d'un marché public

La loi du 31 décembre 1975 dispose que « *la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un contrat de sous-traitance, ... l'exécution de **tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public** conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

Il faut donc en déduire qu'il est interdit de sous-traiter la totalité d'un contrat soumis au Code de la commande publique : pour autant, il n'existe pas de pourcentage minimum que doit conserver l'entrepreneur principal.

Cette limitation peut résulter de l'exigence exprimée par le maître d'ouvrage qui peut limiter la sous-traitance en exigeant que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire (art. L2193-3 CCP); ce qui est également possible en marché privé.

Le Code de la commande publique impose également au titulaire d'un marché global, qui est une grande entreprise ou une entreprise de taille intermédiaire, de confier à une (ou des) petite(s) ou moyenne(s) entreprise(s) ou un (ou des) artisan(s), une part minimale à hauteur de 20 % du montant prévisionnel du marché directement ou indirectement (c'est-à-dire en sous-traitance) (art. R2171-23 CCP .

Pour les marchés de défense et de sécurité, le titulaire peut se voir imposer l'exécution de certaines tâches essentielles pour des motifs liés à la sécurité des approvisionnements ou des informations. Ainsi, le recours à des sous-contrats peut être exclu pour certaines tâches essentielles (art. R2393-4 al 2 du CCP). L'acheteur peut aussi exiger du titulaire qu'il sous-contracte une partie du marché (art. L2393-3 du CCP , dans la limite de 30% de ce montant. (art. R2393-7 et suivants du CCP).

1.5.2 Le candidat à un marché public peut avoir recours à la sous-traitance pour disposer des capacités techniques requises

Le candidat à un marché public qui ne dispose pas de la totalité des capacités techniques exigées pour la réalisation de l'ouvrage peut justifier, avec sa candidature, qu'il disposera bien de celles d'un sous-traitant désigné en cas d'obtention du marché.

- Art. R2193-1 du CCP : « *Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant l'ensemble des informations suivantes : ... 5° Le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie* ».

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement (art. R2193-2 du CCP .



Attention ! Le titulaire d'un marché public n'est toutefois pas obligé de recourir exclusivement à la sous-traitance pour disposer des qualifications d'une tierce entreprise, lors d'une consultation. Le Code de la commande publique indique en effet « *quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs* » (art. R2142-3 )

Ce principe est rappelé dans la Fiche technique de Bercy « Présentation des candidatures » -  (page 10) et dans un arrêt de la CJUE du 26 janvier 2023, C-403/21 (paragraphe 70).

1.5.3 Existe-t-il une limite aux rangs de sous-traitance ?

Quand le marché principal est un marché public

En théorie, rien ne l'interdit mais chaque sous-traitant doit être accepté par le maître d'ouvrage et ses conditions de paiement agréées ce qui permet de limiter les rangs de sous-traitance.

De même, le titulaire du marché étant responsable vis-à-vis du maître de l'ouvrage de la qualité des travaux réalisés, il aura également intérêt à limiter la chaîne de sous-traitance.

Et dans les marchés privés ?

Certains marchés privés peuvent également interdire contractuellement la sous-traitance ou la limiter (bien vérifier les pièces du marché).

Par exemple, pour les marchés privés soumis à la Norme :

- NF P 03-001 « Marchés privés de bâtiment » (2017) : « l'entrepreneur peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché, mais doit exécuter avec sa propre main d'œuvre **une part significative des prestations correspondant à son (ses) activité(s) de base** » ;
- NF P 03-002 « Marchés privés de génie civil » (2014) : « l'entrepreneur peut sous-traiter, sous sa responsabilité, **l'exécution de certaines parties de son marché** ».

1.6 QUELLES SONT LES DIFFÉRENTES FORMES DE SOUS-TRAITANCE ?

1.6.1 Sous-traitance de capacité et sous-traitance de spécialité

La sous-traitance est dite de « spécialité » lorsque l'EP ne dispose pas des compétences, savoir-faire, qualifications, références, équipements, matériels... pour réaliser une tâche et qu'elle fait appel à un « spécialiste » disposant desdits moyens pour la réaliser.

Ex. : une entreprise de génie civil sous-traite un lot terrassement à une entreprise spécialisée dans ce type de travaux.

La sous-traitance est dite de « capacité » dès lors que l'EP, qui dispose pourtant de toutes les compétences nécessaires, a recours à un sous-traitant :

- Soit occasionnellement, en raison d'un pic momentané d'activité ou d'un incident technique auquel il ne peut faire face ;
- Soit parce qu'il souhaite maintenir en interne une capacité de production propre.

Ex. : une entreprise principale de réseaux peut avoir recours à un sous-traitant spécialiste dans la pose de réseaux pour répondre à des impératifs de délais imposés par le MOA, auxquels elle ne pourrait faire face si elle réalisait seule les travaux.

1.6.2 Sous-traitance directe et sous-traitance indirecte ⁽¹⁾

La sous-traitance peut être directe (un seul niveau de sous-traitance) ou indirecte, c'est-à-dire qu'un sous-traitant peut être amené à sous-traiter à son tour.

Il peut y avoir ainsi plusieurs niveaux de sous-traitance, sous réserve que le marché principal ne limite pas le recours à la sous-traitance indirecte.

À noter que les sous-traitants de rang 2 et plus ne bénéficient pas du paiement direct en marchés publics. Une garantie de paiement doit leur être fournie (cf. 3.3.1 .

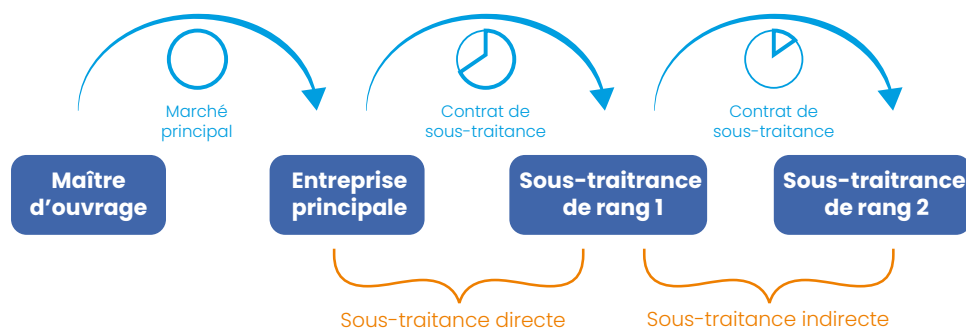
Le ST qui sous-traite à son tour est considéré comme EP à l'égard de ses propres sous-traitants et doit donc faire accepter son ST et faire agréer ses conditions de paiement par le MOA (par l'intermédiaire du titulaire et de chaque EP, selon son rang).

1.6.3 Sous-traitance matérielle et sous-traitance intellectuelle

La sous-traitance n'est pas que matérielle. Elle peut concerner des prestations intellectuelles, dès lors qu'elles concourent à l'exécution de l'ouvrage, objet du marché principal.

Ex. : un bureau d'études techniques chargé de réaliser les études de structure d'un ouvrage, pour le compte d'une entreprise à laquelle ces prestations incombent au titre du marché principal, est un sous-traitant, quand bien même il n'intervient pas matériellement sur le chantier.

Schéma de sous-traitance



(1) Terminologie adoptée par le CCAG Travaux 2021 pour les marchés publics

CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET AUTRES CONTRATS

2.1 - CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET CONTRAT DE VENTE

2.2 - CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET CONTRAT DE LOCATION

2.3 - CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET CONTRAT DE TRAVAIL

2.4 - CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET CONTRAT DE TRANSPORT

2.5 - CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET AUTRES PRESTATIONS

2

CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET AUTRES CONTRATS

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la sous-traitance, le juge a souvent été sollicité pour qualifier le contrat soit de contrat de sous-traitance soit de contrat de :

- Vente,
- Location d'engin avec ou sans opérateur,
- Travail,
- Transport,
- Prestation de services (géomètres, nettoyage/gardiennage, laboratoires, ...).

Pour quelles raisons le juge est-il aussi souvent sollicité ?

Le plus souvent parce que la loi offre au sous-traitant un statut protecteur concernant les paiements des travaux qu'il a réalisés. C'est ainsi, par exemple, qu'un fournisseur ou qu'un locatier, impayé suite à la défaillance financière de l'EP, souhaitera voir son contrat de vente requalifié en contrat de sous-traitance pour obtenir du MOA le paiement des prestations qu'il n'a pas pu obtenir de l'EP.

Les décisions du juge, rendues au cas par cas, permettent d'opérer la distinction entre le contrat de sous-traitance et les autres formes de contrats utilisées dans la profession.

2.1 CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET CONTRAT DE VENTE

2.1.1 La production standardisée et la fabrication en série ne relèvent pas de la sous-traitance

La Cour de cassation l'a confirmé à plusieurs reprises.

Des fournitures **spécifiques** (réalisées sur la base d'un cahier des charges) permettent, toutefois, de retenir la qualification de contrat de sous-traitance.

Exemple – Cass. 3^{ème} Ch. civ. 5 février 1985, n° 83-16.675 

Le titulaire d'un marché privé ayant pour objet l'exécution de travaux de fondations, a commandé des armatures métalliques à une société spécialisée. L'entrepreneur principal ayant été mis en liquidation judiciaire, la société qui a fourni les armatures n'a pas été payée. Elle a donc saisi le juge pour que son contrat soit qualifié de contrat de sous-traitance et non de contrat de vente et obtenir ainsi du maître d'ouvrage, le paiement des travaux réalisés.

Dans cette affaire, le juge a accepté la qualification de contrat de sous-traitance, car :

- Les barres métalliques, livrées sous forme de « cages », avaient toutes **des dimensions spécifiques**, tant en ce qui concerne leur longueur que leur calibre, ainsi que le pas d'enroulement des spires autour des barres principales ;
- Et que, par conséquent, la multiplicité des dimensions des composants aurait rendu impossible au fournisseur de stocker à l'avance de tels assemblages.

Le juge considère donc que la société ayant fourni les assemblages métalliques n'avait pu satisfaire la commande **qu'après avoir effectué un travail spécifique en vertu d'indications particulières rendant impossible de remplacer le produit commandé par un autre, équivalent**. Il a donc reconnu le statut de sous-traitant à cet armaturier et lui a accordé le bénéfice des dispositions de la loi de 1975.

Le Conseil d'État, 7^{ème} – 2^{ème} chambres réunies, 17 octobre 2023, n° 465913  a jugé également qu'une société a la qualité de sous-traitant lorsqu'elle :

- Fournit des menuiseries présentant des spécifications techniques déterminées conformément au cahier des clauses techniques particulières et fabriquées spécialement pour les besoins du marché ;
- Et intervient sur le chantier pour participer à leur pose.

D'autres exemples viennent confirmer cette approche de la nécessité d'un travail spécifique pour qu'il y ait sous-traitance. Un bref résumé en est donné ci-après.

Juridiction / Date décision / Référence	Résumé de la demande	Position du juge
Cour de cassation (3 ^{ème} Ch. Civ.) 17.03.2010 / N° 09-12.208 	Le titulaire d'un marché privé, spécialisé en menuiseries extérieures, commande des fenêtres à une société, mais du fait de difficultés financières, il ne les paie pas. L'entreprise impayée fait valoir que les fenêtres ayant des dimensions d'ouvrants différentes, il s'agissait bien d'un contrat d'entreprise et non d'une production standardisée, en chaîne.	Le juge refuse de qualifier le contrat du contrat de sous-traitance car : - D'une part, le contrat ne comprenait pas la prestation de pose ; - Et d'autre part, le fait que les fenêtres aient des ouvrants différents (cinq dimensions différentes) ne suffisait pas à démontrer qu'elles n'étaient pas standard.
Cour de cassation (3 ^{ème} Ch. Civ.) 02.07.2008 / N° 06-20.946 	Un entrepreneur principal commande des prédalles, des poutrelles précontraintes, des éléments de structure et de dalles alvéolées à un prestataire extérieur. Ce dernier, impayé, saisit le juge pour demander à être reconnu sous-traitant et bénéficier de la loi sur la sous-traitance, au motif que sa prestation nécessitait des adaptations.	Le juge n'a pas voulu accorder la qualité de sous-traitant au fournisseur des prédalles, car : - Les biens commandés étaient standards ; on pouvait les retrouver sur tous les chantiers ; ils n'étaient pas destinés à un chantier en particulier ; - <u>Bien que des adaptations soient à effectuer pour chaque bon de commande, cela n'impliquait pas pour autant « une technique spécifique pour chaque commande »</u> et la substitution de produits équivalents à ceux fournis étant possible, cela permettait la production en série normalisée.
Cour de cassation (3 ^{ème} Ch. Civ.) 21.10.2014 / N° 13-21.031 	L'adaptation réalisée en fonction de mesures précises implique-t-elle une commande spéciale nécessaire pour caractériser l'existence d'une sous-traitance ?	Le juge a considéré que : « Si ces pré-murs répondaient à des critères précis, leur adaptation à l'ouvrage n'impliquait pas une technique de fabrication spécifique rendant impossible la substitution d'un produit équivalent et n'était pas incompatible avec une production en série normalisée ». <u>L'entreprise était donc un fournisseur et non un sous-traitant.</u>
Cour de cassation (3 ^{ème} Ch. Civ.) 14.12.2017 / N° 14-20.298 	Le sous-traitant de rang 2, suite à liquidation judiciaire du sous-traitant de rang 1, demande à l'entrepreneur principal de lui payer ses fournitures au titre d'un contrat qu'il qualifie de contrat de sous-traitance.	Le juge a considéré qu'il s'agissait d'un <u>contrat de vente</u> et non de sous-traitance aux motifs que : - Les devis et factures produits ne comprenaient pas la pose ; - Les produits facturés n'étaient pas des produits individualisés et non-substituables puisque des produits équivalents avaient pu être commandés à d'autres prestataires sans qu'il soit nécessaire de faire mention d'un travail spécial à exécuter en vertu d'indications particulières.
Cour de cassation (3 ^{ème} Ch. Civ.) 09.03.2017 / N° 16-12.891 	Le prestataire auprès duquel l'entrepreneur principal avait commandé la livraison de murs préfabriqués (pré-murs) soutenait avoir la qualité de sous-traitant.	Le juge a refusé d'admettre cette qualification car il a relevé que : - Le prestataire « n'avait fait que prendre en compte, en vue de la fabrication, les informations qui lui avaient été transmises par l'entreprise principale, notamment les réservations pour chaque niveau et chaque façade » ; - Les outils de production automatisés du fournisseur « permettaient d'adapter aux caractéristiques de chaque chantier les produits fabriqués » ; - Et « il n'était pas démontré qu'elle aurait été contrainte de prévoir ou d'utiliser une technique de fabrication spécifique ... ni qu'elle aurait réalisé un travail de conception spécifique ... résultant de données incompatibles avec la production automatisée ».

2.1.2 Le fournisseur qui assure la pose est un sous-traitant

Dans tous les cas où il y a pose de la fourniture sur le chantier (que celle-ci soit effectuée par le fournisseur du produit ou par un tiers), **la pose emporte automatiquement la qualification de contrat de sous-traitance.**

Dans les exemples ci-dessus, jugés en 2010 (N° 09-12.208) et 2017 (N° 14-20.298) **le juge a précisé que, si le fournisseur avait assuré la pose, le contrat aurait été un contrat de sous-traitance.**

2.1.3 L'acceptation d'une entreprise et l'agrément de ses conditions de paiement n'entraînent pas automatiquement la qualification de sous-traitance

Le Conseil d'État l'a confirmé dans une affaire jugée en 2007 (Arrêt du 26 septembre 2007 - Conseil d'État 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, n° 255993 ) concernant la livraison de béton :

- Bien que l'entreprise qui livrait le béton prêt à l'emploi sur le chantier ait obtenu du maître d'ouvrage son acceptation et l'agrément de ses conditions de paiement, il ne pouvait y avoir contrat de sous-traitance puisque l'analyse des pièces du dossier faisait ressortir que **« les prestations fournies par la société [relevaient] de simples fournitures et non d'un contrat d'entreprise conclu par elle avec la société titulaire du marché ... »** ;
- Alors que, pour qu'une prestation ouvre droit au bénéfice de la loi sur la sous-traitance, **« les prestations fournies [doivent relever] du champ d'application de la loi du 31 décembre 1975, lequel ne concerne que les prestations relatives à l'exécution d'une part du marché et non de simples fournitures au cocontractant du maître de l'ouvrage »**.

On retiendra que pour qu'un contrat soit un contrat de sous-traitance, il faut qu'il réponde à la définition du contrat d'entreprise (cf. Chapitre 1 ) , même si le prestataire a obtenu du maître d'ouvrage son acceptation et l'agrément de ses conditions de paiement.

Est un sous-traitant, le prestataire qui :

- Pose des produits même s'ils sont standards ;
- Fournit des produits conçus spécifiquement pour répondre aux besoins de l'ouvrage même s'il ne les pose pas.

N'est pas un sous-traitant, le prestataire qui :

- Livre des produits standardisés disponibles sur catalogue ou substituables à d'autres produits équivalents sans recourir à une technique spécifique ou des biens qui ne répondent pas à un cahier des charges spécifique ;
- Livre des matériaux/équipements standardisés sans effectuer de travaux de pose sur le chantier.

Pour résumer simplement ce qui différencie le contrat de sous-traitance du contrat de vente, on pourrait dire que le contrat de sous-traitance c'est du « sur mesure » alors que le contrat de vente, c'est du « prêt-à-porter ».

2.2 CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET CONTRAT DE LOCATION

Le loueur de matériel (locatier), qui installe et monte sur chantier un bien d'équipement qu'il loue à un entrepreneur (un échafaudage par exemple) ou qui met à disposition, en plus de la location du matériel, un conducteur d'engin (grue ou engin automoteur), devient-il sous-traitant pour autant ?

Ici encore, le juge a donné la réponse à cette question en vérifiant si le contrat qui lui était présenté répondait :

- À la définition du contrat de location, qui est un « *contrat de louage de chose* » (mise à disposition d'une chose pendant un certain temps, moyennant un prix).
- Ou à celle du « *contrat d'entreprise* » qui caractérise le contrat de sous-traitance comme vu au Chapitre 1 du présent Guide.

2.2.1 Cas d'échafaudages montés sur site par le locatier

Le juge a apporté les réponses suivantes :

Juridiction Date décision Référence	Résumé de la demande	Position du juge
Cour de cassation (3 ^{ème} Ch. Civ.) 23.01.2002 N° 00-17.759 	Le fait que : - Le locatier installe et monte avec sa propre main d'œuvre, un échafaudage sur le chantier ; - Cet échafaudage participe à la construction de l'ouvrage ; - Et que celui-ci soit (provisoirement) ancré dans l'ouvrage pour assurer sa stabilité... fait-il de ce locatier un sous-traitant ?	Le juge a décidé que le montage d'un échafaudage ne peut être un contrat de sous-traitance car : - « <i>Le devis et les factures établis par (le locatier) portaient uniquement sur la location de matériel avec main d'œuvre pour la pose, la dépose et le transport ;</i> - <i>Aucun document n'établissait la réalité de prestations relevant d'une spécificité particulière ;</i> - <i>(Le locatier) ne participait pas directement par apport de conception, d'industrie ou de matière à l'acte de construire objet du marché principal mais se limitait à mettre à disposition ... le matériel adapté dont il avait besoin pour mener à bien sa tâche ».</i>
CAA Lyon 11.05.2006 N° 01LY00279 	La convention qui se réfère au DQE annexé à l'acte d'engagement du marché principal, lequel prévoit que l'entreprise fournit, pose et déplace un échafaudage pour la durée du chantier, sur toutes les façades et pignons à rénover, peut-elle être qualifiée de contrat de sous-traitance ?	Le juge a considéré que la convention conclue entre le titulaire du marché principal et la société à laquelle cette prestation avait ainsi été confiée, avait eu « <i>pour effet de lui confier l'exécution d'une partie du marché de travaux ... au sens des dispositions précitées de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975</i> ».

2.2.2 Cas de la location de grues

Le juge a apporté les réponses suivantes :

Juridiction Date décision Référence	Résumé de la demande	Position du juge
Cour de cassation (Ch. Com.) 01.12.1992 N° 90-18.315 	Dans le cadre de l'exécution d'un marché privé, un entrepreneur loue des grues avec le personnel de conduite. Pour tenter d'obtenir le paiement de ses prestations par le maître d'ouvrage (l'entrepreneur principal étant en liquidation judiciaire), le locatier saisit le juge pour lui demander de qualifier son contrat de contrat de sous-traitance.	Le juge a considéré que l'EP ne s'est pas déchargé sur le locatier de l'exécution de tout ou partie des travaux pour lesquels les grues sont utilisées et que le locatier n'avait aucune obligation de résultat à assumer dans la construction de l'ouvrage. Le contrat de location des grues est un contrat « <i>de louage de choses</i> » qui n'a aucun point commun avec le contrat d'entreprise qui caractérise le contrat de sous-traitance. À signaler : le fait que le contrat de mise à disposition des grues soit intitulé « <i>contrat de sous-traitance</i> », n'a aucune incidence sur la qualification exacte du contrat, le juge ayant le pouvoir de requalifier un contrat en fonction de sa nature réelle.
Cour de cassation (2 ^{ème} Ch. Civ.) 30.06.2005 N° 04-11.168 	Un constructeur demande à un locatier de lui mettre à disposition une grue avec un grutier. Le constructeur fait valoir que le bon de commande précisait que l'acceptation de la commande implique que le locatier accepte sans réserve les conditions générales de son contrat de sous-traitance et soutient devant le juge que cette référence à la sous-traitance était suffisante pour qualifier le contrat de contrat de sous-traitance.	Le juge a décidé qu'il ne fallait pas s'en tenir à la dénomination que les parties avaient donné à leur contrat mais qu'il fallait vérifier la nature des prestations exécutées : « <i>le contrat de mise à disposition et location d'une grue avec grutier et équipement complet pour le levage, entre autres équipements, de la cheminée de la cimenterie, consistait en une mise à disposition de matériel avec mise à disposition de personnel et non en un contrat de sous-traitance en dépit de la production par [le constructeur] d'un document imprimé, intitulé Conditions Générales de sous-traitance</i> ». Il ajoute que « le conducteur de la grue, placé sous l'autorité de l'utilisateur, avait acquis la qualité de préposé (du constructeur) ».

2.2.3 Cas de la location d’engin avec chauffeur

Juridiction Date décision Référence	Résumé de la demande	Position du juge
Cour de cassation (1 ^{ère} Ch. Civ.) 31.01.1989 N° 87-11.127 	Un locatier (matériel de terrassement) soutenait qu’il était sous-traitant au motif qu’il mettait à disposition de l’entrepreneur, outre deux dumpers, deux conducteurs qualifiés, et qu’il conservait tous les frais de fonctionnement, ce qui caractérisait, selon lui « un contrat de sous-traitance de services ».	Cette position a été rejetée par le juge qui a considéré que le bon de commande mentionnait qu’il s’agissait uniquement de la « location de deux dumpers », que le bon de commande « ne comportait aucune indication sur les travaux à exécuter » et que les conducteurs devaient se conformer aux instructions des services techniques de l’entrepreneur qui « de ce fait, avaient acquis la qualité de préposés (de l’entrepreneur) ». Il a aussi retenu que la rémunération du locatier intervenait sous forme d’un tarif horaire, « assimilable à un salaire » et a donc refusé de qualifier le contrat de contrat de sous-traitance.
Cour de cassation (3 ^{ème} Ch. Civ.) 05.11.2013 N° 12-27.045 	Le demandeur soutenait que le fait de ne pas utiliser le terme « location » dans la convention de mise à disposition de matériel et d’avoir un responsable sur site présent quotidiennement, suffisait à caractériser l’existence d’un contrat d’entreprise.	Le juge a refusé la qualification de contrat de terrassement à un contrat de location de matériel avec chauffeur : « Si le devis établi le 21 juin 2005 ne comportait pas le mot location, il était précisé qu’il s’agissait d’une mise à disposition de matériel pour effectuer un terrassement d’immeuble et que l’expression " mise à disposition de matériels " avait le même sens que le mot location ... ».
Cour de cassation (Ch. Com.) 08.04.2014 N°13-15.087 	Un locatier met deux grues à tour en location, avec chauffeurs à une entreprise en charge de travaux. A l’occasion d’un sinistre, l’entreprise soutient que la manœuvre avait été faite par les grutiers du locatier qui, de ce fait, avaient pris la direction et la responsabilité de l’opération. L’entreprise en conclut que le contrat de location était en fait un contrat d’entreprise et que la responsabilité du sinistre incombait donc au locatier qui était en fait un sous-traitant, donc responsable de la manœuvre.	Le juge a considéré au contraire que les deux chauffeurs étaient passés sous l’autorité de l’entreprise « le temps d’accomplir un travail déterminé », ce qui ne justifiait pas la requalification du contrat de location en contrat d’entreprise (de sous-traitance). D’autant que le juge a relevé que l’entreprise locataire « a accepté, en signant la prise en charge des grues, de réaliser l’élingage, ce qu’elle a fait et de diriger la manœuvre de levage », que les opérations effectuées par les grutiers étaient « des tâches qui leur étaient dévolues, de sorte qu’il ne peut en être déduit que [l’entreprise] n’avait plus la direction du chantier », d’autant que le juge relève que le locatier « n’a pas délégué de chef de manoeuvre » et « qu’aucun représentant du loueur n’était présent lors des travaux ».



Rappel : dans les conditions générales interprofessionnelles de location d’engin avec opérateur, l’engin et l’opérateur sont indissociables (art.1-5) et l’opérateur intervient uniquement dans le cadre de la conduite et de l’entretien du matériel loué (art.3-3). Pour plus de précisions : 

CE QU’IL FAUT RETENIR DES DÉCISIONS RENDUES PAR LE JUGE

N’est pas un sous-traitant, le locatier qui met à disposition d’un entrepreneur des moyens matériels (avec ou sans opérateur), y compris en effectuant leur montage sur site avec sa propre main d’œuvre.



Ces critères de classification sont opposables au maître d’œuvre, au maître d’ouvrage, au coordonnateur SPS ou à l’inspection du travail qui imposerait que tout intervenant sur un chantier soit obligatoirement un sous-traitant.

2.3 CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET CONTRAT DE TRAVAIL

Le ST ayant une obligation de résultat pour les travaux qu’il réalise est autonome dans le choix de ses moyens pour parvenir au résultat qu’il doit atteindre au même titre que l’EP à l’égard du MOA pour la totalité de son marché.

Cette autonomie est une différence essentielle avec le contrat de travail dans lequel le salarié est, au contraire, dans une situation de subordination à l’égard de son supérieur hiérarchique.

Toutefois, dans les faits, on constate parfois une certaine confusion entre ces deux types de contrats, pourtant radicalement différents, ce qui a conduit le juge à rappeler la distinction entre contrat de travail et contrat de sous-traitance.

Ce recadrage effectué par le juge permet d’établir la frontière à ne pas franchir, au risque de basculer dans le « faux contrat de sous-traitance » qui n’aurait pour but que de dissimuler le recours au travail illégal.

2.3.1 Quand peut-on dire que le sous-traitant n'agit plus de manière autonome ?

Lorsqu'on relève un faisceau d'indices concordants tels que :

- Les salariés du « sous-traitant » obéissent directement aux consignes / ordres de l'encadrement de l'entrepreneur principal ;
- Les équipes du « sous-traitant » sont affectées sur certains postes de travail par l'encadrement de l'entrepreneur principal et aux dates imposées par celui-ci ;
- La fourniture des outils de travail - en particulier le petit matériel - et/ou la mise à disposition des équipements de protection individuels (EPI) du « sous-traitant » est assurée par l'entrepreneur principal ;
- Le « sous-traitant » n'est pas rémunéré au forfait ou au bordereau, mais au temps passé ;
- Le contrat de « sous-traitance » révèle une absence d'obligation de résultat du « sous-traitant » (par exemple : absence de toute pénalité, retenue de garantie ou de garanties contractuelles sur la qualité des ouvrages réalisés).

Ces constats peuvent s'accompagner d'une situation administrative du « sous-traitant » qui n'est pas en règle : attestations fiscales ou sociales - URSSAF notamment - inscriptions au registre du commerce et des sociétés ou attestations d'assurance qui ne sont pas produites ou ne sont pas à jour.

Ils sont révélateurs d'une situation de dépendance du « sous-traitant » à l'égard de l'entrepreneur principal, contraire au principe d'autonomie et de choix des moyens qui incombent au sous-traitant.



Attention ! La « sous-traitance de pose » dans laquelle l'entrepreneur principal assure la fourniture des matériaux n'est pas en soi interdite ; elle peut notamment être prévue en cas de matériaux très spécifiques ou nécessitant des investissements financiers très lourds.

2.3.2 La mise à disposition du personnel d'une entreprise est-elle constitutive d'une situation de travail illégal ?

Mettre du personnel à disposition d'une autre entreprise (détachement temporaire) n'est pas illicite en soi.

Lorsqu'une **société d'intérim** met du personnel à disposition d'une entreprise de BTP cette mise à disposition de main d'œuvre à but lucratif est autorisée car réglementée. Dans ce cas, la société d'intérim est autorisée à faire un bénéfice sur cette mise à disposition.

Une entreprise de BTP est autorisée à mettre du personnel à disposition d'une autre entreprise de BTP du fait, notamment, d'une baisse d'activité passagère chez la première alors que la seconde est au contraire dans une période de pleine activité. Dans ce cas, **certaines conditions doivent être respectées** :

- **Absence de tout bénéfice** réalisé par l'entreprise qui détache un salarié dans une autre entreprise (le salarié est refacturé à l'euro/l'euro, salaire et avantages inclus sans réalisation d'aucune marge). Réaliser une marge serait constitutif d'un délit sanctionné pénalement ;
- Signature d'une convention de mise à disposition du salarié entre entreprise prêteuse et entreprise emprunteuse devant contenir un certain nombre de dispositions comme la durée de la mise à disposition, les éléments de la rémunération du salarié prêté, son identité et sa qualification, la mise à disposition des équipements de sécurité et des outils de travail ;
- Accord du salarié mis à disposition par voie d'avenant à son contrat de travail (qui stipulera notamment que le salarié ne perd aucun de ses avantages sociaux) ;
- Information des institutions représentatives du personnel des entreprises prêteuse et emprunteuse (art. L8241-1  Code du travail).

Comme vu au Chapitre 1, un contrat de sous-traitance suppose qu'une entreprise principale confie l'exécution d'une tâche précise et définie à une autre entreprise disposant des moyens en hommes et en matériels nécessaires à l'exécution de cette tâche et des capacités spécifiques à son exécution.

Le recours à l'intérim, de même que la convention de prêt de main d'œuvre ne répondant pas à cette définition, ne relèvent donc pas de la sous-traitance.

Le juge a précisé la frontière entre sous-traitance et convention de prêt de personnel, (Cass Ch. Soc. 6 février 2008, n° 06-45.385 ) , dans une affaire dans laquelle il a précisé les critères d'un « vrai » contrat de sous-traitance :

- L'entreprise, à laquelle appartenaient les salariés détachés, exécutait une « tâche spécifique »,
- Les salariés détachés étaient restés sous le contrôle et l'autorité de la société qui les avait détachés,
- Et les prestations fournies en exécution du contrat de sous-traitance étaient rémunérées de manière forfaitaire.

Plus récemment pour un exemple de mise à disposition dans le cadre d'une prestation de service ne constituant pas une opération illicite de prêt de main d'œuvre à titre lucratif (Cour de cassation, Chambre sociale, 18 décembre 2019, n° 18-16.462 ) :

- Le tarif était forfaitaire ;
- Un savoir-faire spécifique était apporté ;
- L'entreprise prestataire procédait aux entretiens d'évaluation et assurait la formation des salariés ; de sorte qu'ils étaient demeurés sous son autorité.

À contrario, est coupable de prêt illicite de main d'œuvre :

- Le dirigeant d'une entreprise ayant eu recours, sous le couvert d'un contrat de prestation de services, au personnel fourni par une société étrangère qui avait œuvré, sans apport d'un savoir-faire spécifique, avec du matériel fourni par ladite entreprise et sous les ordres de son personnel d'encadrement, à des postes qui auraient dû être occupés par ses salariés ;
- Le but lucratif de l'opération résultant de ce que le paiement des charges sociales avait ainsi pu être éludé.

En pareil cas, il ne peut être invoqué les dispositions du Code du travail précitées autorisant les opérations de prêt de main-d'œuvre, à but non lucratif, pour lesquelles l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice que les salaires versés aux salariés, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés au titre de la mise à disposition (Cass., Ch. crim., 19 mars 2013, n° 11-86.552 ) .

2.3.3- Exemple de « faux » contrat de sous-traitance

Le juge pénal retient un ensemble de critères pour révéler un « faux contrat de sous-traitance » (Cass. Ch. Crim. 21 mars 2000, n° 99-84.368 ) :

*« ILKER X... présentait aux gendarmes un contrat qualifié de sous-traitant... précisant que « la sous-traitance qu'il effectuait consistait en un prêt **exclusif** de main d'œuvre »... et qu' « **il n'était là que pour fournir les bras** » ;*

*que si un contrat **dit de sous-traitance**... est invoqué et produit par le prévenu, conducteur de travaux, titulaire d'une délégation de pouvoir pour la société ... , il est constant qu'il appartient au juge répressif de rechercher... sa véritable qualification ;*

*[...] qu'est prohibée, **sous couvert d'un contrat de sous-traitance**, toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre effectué hors du cadre légal du travail temporaire ;*

qu'un contrat de sous-traitance suppose qu'une entreprise principale confie l'exécution d'une tâche précise et définie à une autre entreprise disposant des moyens en hommes et en matériels nécessaires à l'exécution de cette tâche et des capacités spécifiques à son exécution ;

qu'en l'espèce, il apparaît que le recours à l'entreprise ... n'avait nullement pour fondement la recherche d'un savoir-faire spécifique distinct de celui de l'entreprise utilisatrice, critère d'une réelle sous-traitance,

*[...] « qu'ILKER X ... a également fait remarquer aux gendarmes que, sur le contrat de sous-traitance qu'il leur présentait, **seule la main d'œuvre était indiquée dans le prix et a précisé que les matériaux étaient livrés sur le chantier directement par la société ...** »*

[...] « l'enquête a en revanche, révélé que les trois ouvriers travaillant sur le chantier n'étaient pas déclarés ni inscrits sur le registre unique du personnel et avaient été recrutés uniquement pour ce chantier; qu'il résulte ainsi de la procédure et des débats que le prévenu a bien eu recours à ILKER X... pour répondre à un besoin exclusif de main d'œuvre, opération réservée aux seules entreprises de travail temporaire, **sous couvert d'un contrat de sous-traitance sans réalité** ; que **le but lucratif de l'opération résulte du fait que celui-ci a permis de diminuer ses charges en évitant le recours à l'embauche**, alors qu'il lui appartenait en cas de nécessité de s'adresser à une entreprise de travail temporaire, ce qui suffit à caractériser l'élément intentionnel de l'infraction ».

CE QU'IL FAUT RETENIR DES DÉCISIONS RENDUES PAR LE JUGE

Les contrats qui ont pour objet de confier à une autre entreprise une activité spécifique (de spécialité), exercée par celle-ci de manière autonome et avec ses propres moyens sont des contrats de sous-traitance, dès lors que le ST garde l'autorité sur le personnel détaché.

Les conventions de prêt de main d'œuvre réalisées à but lucratif par des entreprises qui n'ont pas le statut d'entreprises d'intérim sont des conventions illicites qui engagent la responsabilité pénale des dirigeants de la société et/ou des titulaires de délégations de pouvoirs.

Le critère de rémunération est déterminant pour différencier le « vrai » contrat de sous-traitance du « faux », une rémunération au temps passé étant révélatrice d'un prêt de personnel illicite à la différence d'une rémunération au forfait ou au bordereau.

2.4 CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET CONTRAT DE TRANSPORT

Les dispositions de la loi relatives à la sous-traitance, et celles – pour les marchés publics – codifiées dans le CCP, sont applicables aux opérations de transport (art. L1432-13  du Code des transports).

Dans ce cas, le donneur d'ordre initial est assimilé au maître d'ouvrage et le transporteur qui fait appel à un transporteur sous-traitant est assimilé à l'entrepreneur principal.

Dans les faits, les entreprises de BTP ne sont pas confrontées à la demande des transporteurs de mettre en œuvre les dispositions protectrices issues de la loi sur la sous-traitance.

La raison en est que les transporteurs, s'ils sont impayés de leur prestation, peuvent exercer une action directe à l'encontre **de l'expéditeur ou du destinataire**, lesquels sont garants du paiement du prix du transport. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. L132-8  du Code de commerce).

Recommandation : quand les entreprises de travaux publics passent un contrat à une entreprise de transport, elles peuvent, sans contrevenir aux dispositions d'ordre public du Code de commerce, insérer une clause dans le contrat interdisant expressément au transporteur de se substituer un tiers dans l'exécution du transport.



En sorte que si le transporteur sous-traite tout de même, le transporteur sous-traitant perdra le droit au bénéfice des dispositions protectrices du Code de commerce (Cass. Ch. Com., 28 janvier 2004 n° 02-13.912 ). Dans ce cas, le transporteur sous-traitant perd sa qualité pour agir en paiement direct à l'encontre de l'entrepreneur principal (Cass. Ch. Com., 13 juin 2006, n° 05-16.921 .

2.5 CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET AUTRES PRESTATIONS

2.5.1 Prestations intellectuelles (bureau d'études techniques, géotechnicien, géomètre, métreur)

Les travaux d'ordre intellectuel ne sont pas exclus de la définition du contrat de sous-traitance.

- Est caractérisé un contrat de sous-traitance lorsqu'un entrepreneur ou locateur d'ouvrage confie à un autre tiers tout ou partie de l'exécution d'une prestation matérielle ou intellectuelle et que ce tiers exécute cette prestation en toute indépendance et sans lien de subordination (Cour d'appel de Paris 6 juin 2019 - RG n° 17/00215 et Cass. com., 7 juillet 2021, n° 19-22.229).
- « En effectuant l'étude et les calculs de la charpente, qui incombait à M. X..., chargé de construire cet ouvrage, l'ingénieur-conseil avait participé en engageant sa responsabilité personnelle à l'égard de l'entrepreneur, à l'exécution du contrat d'entreprise conclu par M. X... avec le maître de Y ... » (Cass. 3^{ème} Ch. civ. 28 février 1984, n° 82-15.550).

L'article 14-1 de la loi de 1975 peut s'appliquer à une sous-traitance de prestation intellectuelle dès lors qu'elle est liée à l'exécution d'un programme de construction immobilière (Cass. 3^{ème} Ch. civ., 26 mai 2004, n° 02-19.629).

2.5.2 Sous-traitance industrielle (hors chantier)

Le législateur a précisé (art. 14.1) que les dispositions de l'article 14 de la loi sur la sous-traitance s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître d'ouvrage connaît son existence « **nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier** ».

Le juge a appliqué strictement ce principe en rappelant que les dispositions de l'article 14.1 « s'appliquent à la sous-traitance industrielle... nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier » (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 7 novembre 2012, n° 11-18.138) et plus récemment, de manière encore plus large (Cass. Ch. Com. 5 novembre 2013, n° 12-14.645).

Le cas de figure visait la construction d'une charpente métallique construite en usine (mais ce pourrait être d'autres parties d'ouvrage), à transporter sur le site des travaux pour être incorporée à l'ouvrage.

Le principe reste le même si la construction de ces parties d'ouvrage, effectuée hors chantier, est réalisée à l'étranger.

2.5.3 Nettoyage / Gardiennage

Rappel : pour être qualifiée de sous-traitant, l'entreprise doit :

- Soit intervenir sur le site et/ou participer à la construction physique de l'ouvrage,
- Soit fabriquer des fournitures spécifiquement adaptées au chantier et qui ne sont pas standards (armatures béton, éléments préfabriqués non standards),
- Soit réaliser des prestations intellectuelles telles que les études spécifiques à un chantier déterminé (ex. bureau d'études techniques...).

Le gardiennage, comme le nettoyage, portent sur une prestation de services qui n'impliquent pas une participation à la construction physique de l'ouvrage.



Le fait, pour un prestataire intervenant sur le site du chantier d'établir certains documents ou d'accomplir certaines formalités (PPSPS, badges d'entrée, demandes d'autorisations d'accès sur sites réglementés ...), ne lui confère pas pour autant la qualité de sous-traitant.

RÈGLES APPLICABLES À TOUS LES CONTRATS DE SOUS-TRAITANCE

- 3.1 – IDENTIFICATION DES SOUS-TRAITANTS PAR LE MAÎTRE D'OUVRAGE
- 3.2 – OBLIGATIONS LÉGALES, RÉGLEMENTAIRES ET CONTRACTUELLES
- 3.3 – PAIEMENT DU SOUS-TRAITANT ET GARANTIE DE PAIEMENT

3

RÈGLES APPLICABLES À TOUS LES CONTRATS DE SOUS-TRAITANCE

La loi du 31 décembre 1975 a instauré le principe selon lequel le sous-traitant qui a correctement réalisé les prestations qui lui sont confiées par un entrepreneur principal doit être réglé de celles-ci, quelle que puisse être la situation financière de l'EP, notamment en cas de « faillite ».

Le dispositif mis en place est le suivant :

1. Permettre au maître d'ouvrage d'identifier les sous-traitants intervenant sur son chantier ;
2. Garantir leur paiement, soit par le maître d'ouvrage directement, soit par le biais d'une caution ou d'une délégation de paiement ;

et cela, quelle que puisse être la volonté (ou la négligence) de l'entrepreneur principal.

Nota : les conséquences du non-respect des obligations résultant de ce dispositif sont évoquées au Chapitre 4. 

3.1 IDENTIFICATION DES SOUS-TRAITANTS PAR LE MAÎTRE D'OUVRAGE (Titre I de la loi de 1975)



Observation : l'article 2 de la loi dispose que : « Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants ».

Cela signifie que quel que soit son rang de sous-traitance, l'entreprise qui sous-traite à son tour est tenue par les mêmes obligations d'acceptation et d'agrément visées au présent chapitre.

3.1.1 Acceptation du sous-traitant

Forme et contenu de la demande d'acceptation

L'acceptation du sous-traitant est obligatoire quel que soit le montant sous-traité.

La demande d'acceptation est à l'initiative de l'entrepreneur principal, et doit intervenir **avant** tout début d'exécution des prestations sous-traitées, sous peine des conséquences évoquées au Chapitre 4  ci-après.

→ En cas de carence de l'EP, le sous-traitant a intérêt à le mettre en demeure de respecter ses obligations et d'en informer le MOA.

Le contrat de sous-traitance est un contrat de droit privé ; son existence peut être prouvée par tout moyen : acceptation d'un devis par mail, début d'exécution – y compris en atelier –, présence d'un « sous-traitant » à une réunion de chantier en l'absence de réserves de la part de l'entrepreneur principal, etc.

Même s'il existe des difficultés de mise au point du contrat de sous-traitance (prix, délais, conditions d'exécution...), dès lors que les relations contractuelles sont établies sur la base, par exemple, d'un devis accepté, le sous-traitant a un droit acquis à l'exécution des travaux, sous réserve de son acceptation par le maître d'ouvrage.



Il est conseillé de signer le contrat de sous-traitance avant la demande d'acceptation du sous-traitant auprès du maître d'ouvrage.

Les modalités d'acceptation du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement dépendent du caractère public ou privé du marché principal ou des modalités prévues dans le marché lui-même.

En marché public

Pour les marchés de la commande publique : consulter le formulaire DC4 et sa notice explicative .

Lorsque la demande de sous-traitance est effectuée au moment du dépôt de l'offre, le candidat au marché public fournit à l'acheteur une déclaration de sous-traitance contenant (article R2193-1  du Code de la commande publique) :

- La nature des prestations sous-traitées (description précise des prestations à fournir) ;
- Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant (il faut indiquer le prix HT et, si l'autoliquidation de la TVA ne s'applique pas, le prix TTC et le taux de TVA) ;
- Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
- Et le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie.



La notification du marché au titulaire emporte alors automatiquement acceptation du ST et agrément de ses conditions de paiement. Il n'est donc pas formellement nécessaire que l'acheteur signe la déclaration de sous-traitance.

Lorsque la demande de sous-traitance est effectuée **après la notification du marché public**, 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 (art. R2193-3  CCP) :

- L'ensemble des éléments précités de l'article R2193-1 du CCP ;
- Et l'**exemplaire unique**⁽¹⁾ ou le **certificat de cessibilité**⁽²⁾ ou une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créance afin d'établir qu'aucune cession ni aucun nantissement de créance résultant du marché public ne font obstacle au paiement direct du ST.

Sous-traitance en chaîne

Le CCAG travaux prévoit que l'entrepreneur principal du sous-traitant indirect transmet au titulaire une déclaration comportant l'ensemble des informations exigées pour la déclaration d'un sous-traitant direct (art. 3.6.2.2  et suivants).

En marché privé

L'EP doit faire sa demande par écrit (lettre recommandée avec AR), au moment de la conclusion du contrat, ou pendant toute la durée d'exécution en cas de recours ultérieur à la sous-traitance.

L'acceptation et l'agrément du MOA ne sont soumis à aucun formalisme, sauf disposition spécifique du marché (cf. exemple de déclaration de sous-traitance en marché privé en annexe IX .

(1) « **L'exemplaire unique** » est une copie de l'original du marché (acte d'engagement) certifiée conforme par l'inscription d'une mention "exemplaire unique" et signée par l'acheteur public. Ce document est remis par le titulaire au cessionnaire (généralement un établissement de crédit) en cas de cession ou de nantissement de créance. L'acheteur ne remettant plus automatiquement l'exemplaire unique au titulaire, le titulaire doit alors le réclamer ou demander un certificat de cessibilité du marché public.

(2) « **Le certificat de cessibilité** » permet à l'acheteur public d'attester de la validité de la créance pouvant être cédée. Lorsque la créance du marché a été cédée, le titulaire peut obtenir une mainlevée du cessionnaire qui accepte de renoncer totalement ou partiellement à la créance cédée. Le titulaire doit transmettre à l'acheteur public l'attestation de mainlevée du cessionnaire afin de permettre le paiement direct du sous-traitant.

Sous-traitance en chaîne

La Cour de cassation, appliquant les dispositions de l'article 2 de la loi selon lequel le sous-traitant est tenu comme entrepreneur principal de ses propres sous-traitants, considère que c'est au sous-traitant de premier rang de déclarer au maître de l'ouvrage le sous-traitant de second rang et non au titulaire du marché principal (Cass. – 3^{ème} civ., 21 janvier 2015, n° 13-18.316 ).

C'est en application de ce principe que le juge conclut également que l'entrepreneur principal n'a pas à répondre, sauf stipulation contraire, des manquements du sous-traitant de rang 1 à l'égard de son propre sous-traitant (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 18 janvier 2024 n° 22-20.995 ) et de même en cas de sous-traitance en chaîne.

Cas du refus d'acceptation

Le refus d'acceptation par le maître d'ouvrage, peut tenir à différentes motivations, notamment s'il estime que le sous-traitant n'est pas en mesure d'assumer ses engagements.

En marché privé, cette décision est qualifiée de discrétionnaire, cependant :

- L'acceptation ne doit pas être équivoque (Cour d'appel de Paris, 20 novembre 2020, n° 18/21837 ) ;
- Les tribunaux ont pu juger qu'il convient de rechercher si les motifs du refus « *dont le caractère discrétionnaire est limité par un éventuel abus de droit* » sont bien fondés. Il faut entendre par « *abus de droit* », le refus d'agrément d'un sous-traitant pour des motifs « *fallacieux et fabriqués avec des moyens frauduleux* » (Cass. 3^{ème} Civ., 2 février 2005, n° 03-15.409 & 03-15.482 ) .

Ainsi a été considéré comme un abus de droit dans la procédure d'agrément, le refus du MOA d'agréer le ST au motif exclusif de l'absence de signature par ce dernier d'un document lui faisant renoncer, par avance, à tout recours à l'encontre du MOA (Cass. 3^{ème} Civ., 10 février 2009, n° 08-11.818 ) .

Lorsque le maître d'ouvrage est soumis au Code de la commande publique :

→ Certaines situations lui imposent de refuser l'acceptation :

- Interdiction de sous-traiter la totalité du marché (art. L2193-2  du CCP) ou certaines tâches qualifiées d'essentiels, mentionnées dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation ou dans le marché, qui doivent être réalisées par le titulaire (art. L2193-3  CCP) ;
- Sous-traitant présenté en phase de consultation et placé dans un cas d'exclusion de la commande publique (art. L2141-14  et L2341-1  et suivants CCP pour les marchés de défense et de sécurité) ;
- Nantissement ou cession de créances du marché principal qui ferait obstacle au paiement direct du sous-traitant.

→ D'autres situations permettent au maître d'ouvrage de refuser l'acceptation :

- Capacités insuffisantes du sous-traitant susceptibles de nuire à la bonne exécution du marché public ;
- Montant de la sous-traitance anormalement bas : si la demande d'agrément est présentée lors du dépôt de l'offre, l'acheteur peut rejeter la totalité de l'offre du candidat ; si la demande est présentée en cours d'exécution du marché, l'acheteur peut refuser d'agréer le sous-traitant (art. L2193-9  CCP).

Marchés de défense et de sécurité, l'acheteur peut refuser un sous-traitant au regard des impératifs tels que la sécurité des informations ou des approvisionnements, de l'aptitude à exécuter le marché, etc. (art. R2393-21  CCP).

Recommandations :



- *S'assurer, au besoin verbalement, que le sous-traitant pressenti sera accepté sans difficulté ;*
- *Solliciter l'acceptation le plus tôt possible.*

Cas du défaut d'acceptation

Le défaut d'acceptation du sous-traitant tient en général au fait que l'entrepreneur principal, volontairement ou non, n'a pas présenté le sous-traitant dans les formes obligatoires. Les conséquences sont celles décrites au Chapitre 4 ci-après.

Comment s'interprète le silence du maître d'ouvrage ?

- **Pour les marchés soumis au Code de la commande publique**, le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents nécessaires (art. R2193-3 CCP) vaut acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement (art. R2193-4 CCP) ;
- **Pour les marchés privés soumis à la Norme NF P03-001 « CCAG marchés privés de bâtiment » (article 4.6.1). et NFP 03-002 « CCAG marchés privés de génie civil » (art. 4.6)**, ce délai est ramené à 15 jours ;
- Pour les autres marchés privés et en l'absence de dispositions spécifiques, le silence du maître d'ouvrage ne peut pas s'interpréter comme un accord tacite.



Recommandations : relancer le MOA en expliquant que l'acceptation du ST et l'agrément de ses conditions de paiement sont imposés par la loi qui est d'ordre public.

3.1.2 Agrément des conditions de paiement du sous-traitant

La demande d'agrément des conditions de paiement

La demande d'agrément des conditions de paiement doit porter sur la **totalité** du montant du contrat de sous-traitance.

L'article R2193-1 4° du Code de la commande publique précise que la déclaration de sous-traitance mentionne notamment « les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ».

À noter qu'il peut être envisagé le **paiement des fournitures** du sous-traitant ou d'une partie d'entre-elles par l'entrepreneur principal au moyen d'une **convention tripartite**. Cette possibilité ne doit pas être assimilée à la renonciation par le sous-traitant à son droit au paiement direct, dans le cadre d'un marché public.

S'agissant des marchés publics de défense ou de sécurité : l'article R2393-24 du Code de la commande publique impose à l'acheteur d'indiquer, dans l'avis de marché, que chaque sous-traitant doit être soumis à son acceptation et de préciser les conditions de rejet des sous-traitants.

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et, le cas échéant, acceptation de ses conditions de paiement (art. R2393-26 CCP).

En revanche, l'acceptation du ST n'implique pas nécessairement le droit au paiement direct. L'absence d'agrément des conditions de paiement du sous-traitant par l'acheteur aura alors pour conséquence de priver le sous-traitant du droit au paiement direct. Le sous-traitant dont les conditions de paiement n'ont pas été agréées par l'acheteur est payé par le titulaire (art. R2393-34-2).

On peut ainsi retenir qu'en marchés publics de défense, le paiement direct n'est pas obligatoire quel que soit le montant du contrat de sous-traitance.

La modification de la demande d'agrément

Dès lors qu'une modification en plus ou en moins du montant des travaux sous-traités intervient, la demande d'agrément des conditions de paiement doit être modifiée et les garanties de paiement adaptées (paiement direct, délégation de paiement ou caution).

Selon le cas :

- Un acte spécial modificatif doit être établi ;
- Un avenant à la délégation de paiement doit être émis ;
- Une nouvelle caution doit être émise en complément de celles déjà émise (ou une mainlevée partielle de la caution doit être délivrée).

Toute modification en moins-value du montant du contrat de sous-traitance doit obtenir l'accord préalable, même tacite, du sous-traitant : à défaut les sommes non réglées au sous-traitant ne peuvent être reversées à l'entrepreneur principal. Ce point est particulièrement important en cas de défaillance du sous-traitant (cf. Avertissement au 3.3.1. .

3.1.3 Est-il possible de déléguer l'acceptation et l'agrément à un maître d'ouvrage délégué (MOAD) ?

La réponse est oui, et c'est le contenu de la délégation MOA / MOAD qui va déterminer l'étendue des pouvoirs de décision délégués au MOAD.

L'entreprise principale qui n'a pas présenté ses sous-traitants peut être mise en demeure de le faire par le MOAD. Un MOAD s'est vu reproché de n'avoir pas mis en œuvre la procédure de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 , en n'ayant pas mis en demeure l'entreprise principale de lui présenter le sous-traitant. Il est condamné envers le sous-traitant « in solidum » avec le maître d'ouvrage (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 16 juin 2009, n° 07-21.198 .

3.2 OBLIGATIONS LÉGALES, RÉGLEMENTAIRES ET CONTRACTUELLES

3.2.1- Obligations légales ou réglementaires

Communication obligatoire du contrat de sous-traitance

La réglementation impose à l'entrepreneur principal de communiquer le contrat de sous-traitance au maître d'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande (art. 3 de la loi de 1975  et L2193-7 CCP .

Ceci vise évidemment le contrat de sous-traitance initial et ses annexes mais également les actes modificatifs, quelle que soit leur forme.

Pour les marchés de défense et de sécurité : le titulaire qui ne communique pas à l'acheteur les sous-contrats, après avoir été mis en demeure dans un délai de 15 jours, encourt une pénalité égale à un millième du montant du marché ou de la tranche concernée (art. R2393-23 CCP .

Obligations liées au personnel

L'organisation de chantier définie par l'entrepreneur principal ne dispense pas le sous-traitant, en sa qualité d'employeur, de respecter les dispositions du droit du travail : salaires, horaires, hygiène et sécurité. En aucun cas, le personnel du sous-traitant n'est placé sous l'autorité de l'entrepreneur principal (cf. 2.3.1 .

Le fait que l'entrepreneur principal mette à disposition les installations de chantier et les équipements de protection collective ne modifie pas ce principe. De même, son obligation de contrôler la régularité du personnel présent sur le chantier n'enlève pas la responsabilité du sous-traitant qui assure l'accueil de son propre personnel.

Il incombe au sous-traitant d'établir un Plan Particulier de Sécurité et de Protection de la Santé (PPSPS) lorsque les dispositions légales l'exigent.

Autres obligations

Le sous-traitant assure personnellement, vis-à-vis des autorités ou des tiers les responsabilités suivantes :

- Respect du droit de l'environnement : à noter cependant que l'identification des producteurs ou détenteurs de déchets doit faire l'objet de clarification dans les conditions particulières du contrat de sous-traitance ;
- Respect des règles de fonctionnement et d'utilisation du matériel (transport routier, engins de chantier) ;
- Respect des règles liées à la conformité et à l'éthique et notamment au droit de la concurrence, étant rappelé que la responsabilité pénale est personnelle ;
- Dommages qu'il cause aux tiers (corporels, matériels ou immatériels) y compris assurance Responsabilité Civile ;
- Déclaration d'intention de commencement des travaux - DICT (Travaux à proximité des réseaux).

3.2.2 Obligations contractuelles

Quelles que soient les conventions conclues entre entrepreneur principal et sous-traitant, l'ouvrage construit par ce dernier doit répondre aux spécifications techniques du marché principal.

L'EP et le ST définissent d'un commun accord l'ensemble des conditions d'exécution des travaux (cf. deuxième partie du présent Guide .

3.2.3 La loi s'impose aux entreprises étrangères travaillant sur le sol français

C'est ce que le juge a décidé dans deux décisions rendues en 2007 et 2008 dans lesquelles, s'agissant de **la construction d'un immeuble dont les fondations sont ancrées dans le sol français**, les dispositions protectrices de la loi de 1975 ont été érigées en « loi de police »⁽¹⁾ et donc s'imposent à l'EP et au ST, même si :

- Le contrat de sous-traitance entre l'EP (allemand) et le ST (français) est régi par une autre loi que la loi française, en l'occurrence la loi allemande (Cass. Ch. Mixte, 30 novembre 2007 n° 06-14.006 );
- Le contrat entre l'EP (allemand) et le ST (allemand) est aussi régi par la loi allemande (Cass. 3^{ème} Civ., 30 janvier 2008, n° 06-14.641 .

(1) Une loi de police est une loi dont l'application ne peut être exclue lorsque les parties à un contrat international décident de le soumettre à un droit étranger.

3.3 PAIEMENT DU SOUS-TRAITANT ET GARANTIE DE PAIEMENT

La loi sur la sous-traitance a pour objectif essentiel de garantir le paiement du sous-traitant, dès lors que son travail a été exécuté conformément aux règles de l'art et aux dispositions contractuelles.

La garantie mise en place est différente selon que le maître d'ouvrage est public (paiement direct pour le ST de rang 1) ou privé (caution de garantie de paiement ou délégation de paiement et action directe).

Rappel : le régime d'autoliquidation de la TVA pour la sous-traitance

(cf. Memo FNTF: « L'autoliquidation de la TVA pour les prestations de construction réalisées en sous-traitance » .

Aucune TVA ne doit être facturée par le sous-traitant réalisant des travaux de construction, de réparation, de nettoyage, d'entretien, de transformation et de démolition d'un bien immobilier (art. 283, 2 nonies du Code général des impôts .

La taxe due pour ces travaux est acquittée par le donneur d'ordre. Le sous-traitant n'a ni à déclarer, ni à payer la TVA pour ces opérations. Le montant déclaré dans l'acte spécial est donc HT.



Le régime d'autoliquidation ne s'applique pas :

- Aux opérations de nettoyage, dépollution, évacuation en décharge, transport ;
- Aux prestations intellectuelles confiées par les entreprises de construction à des bureaux d'études, économistes de la construction ou sociétés d'ingénierie ;
- À la fabrication de pièces sur mesure ;
- Aux prestations temporaires (signalisation du chantier, installation de bases-vie)

et le montant déclaré sera TTC.

3.3.1 Paiement du ST lorsque le MOA est public et garantie de paiement

(art. L2193-11  du CCP et 4  de la loi du 31 décembre 1975 (Titre II  de la loi))

Sous-traitant de rang 1 : le paiement direct

Le sous-traitant (direct) du titulaire d'un marché de la commande publique est payé directement par le MOA pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Sont concernés les marchés passés par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics et par d'autres personnes publiques et privées(*) soumises au Code de la commande publique : SNCF(*), RATP, EDF(*), SEML(*), SPL(*), OPH et SA d'HLM(*).

Le seuil à partir duquel le paiement direct est obligatoire est actuellement fixé à 600 euros TTC (art. R2193-10  du CCP).

Pour les marchés de défense et de sécurité, le seuil est identique mais un régime spécifique existe pour « *les marchés de services, de travaux ou de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, passés par les services de la défense, notamment les marchés de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations ou de maintien en condition et de prestations intellectuelles* ».

Les sous-traitants ne sont payés directement que si le montant de leur contrat de sous-traitance est égal ou supérieur :

- 1° À 10 % du montant total du marché lorsque le ST est une PME ou un artisan ;
- 2° À 50 % du montant total du marché lorsque le ST est lié au titulaire ;
- 3° À 20 % du montant total du marché dans les autres cas (art. R2393-33 alinéa 2 du CCP ). (Notice explicative DC4 page 6 .

En dessous de ce seuil, le sous-traitant impayé par son EP peut engager une action directe contre le maître d'ouvrage (Titre III  de la loi de 1975) pour obtenir le paiement de sa créance auprès du maître d'ouvrage « *si l'entrepreneur ne paie pas, un mois après avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance* ».

La renonciation au paiement direct est interdite. Le paiement direct est obligatoire même si le titulaire du marché est en état de liquidation judiciaire, de redressement judiciaire ou de procédure de sauvegarde.

Le Conseil d'Etat a toutefois admis qu'un paiement du sous-traitant par l'entrepreneur principal n'est pas contraire au principe du paiement direct et a pour effet d'éteindre, à due concurrence, la créance du ST sur le MOA (Conseil d'Etat, 3 novembre 1989, n° 54778  ; CE, 23 mai 2011, n° 338780 ) et Fiche sur la sous-traitance de la DAJ de Bercy (paragraphe 4.1.1 .

Le délai de paiement du sous-traitant.

Le délai de paiement du sous-traitant court à compter de la réception de l'accord du titulaire **ou de l'expiration d'un délai de 15 jours**, si le titulaire n'a notifié aucun accord ou refus motivé à l'acheteur sur les pièces justificatives fournies par le sous-traitant, servant de base à son paiement (art. R2192-23  CCP).

Sous cette réserve, le délai de paiement du ST est identique à celui prévu au marché principal et le ST a droit aux mêmes intérêts moratoires que le titulaire en cas de retards de paiement (Memo FNTF « *Les délais de paiement des marchés publics* » .

Assiette du paiement direct et DRC (Demande de Règlement Complémentaire)

Le sous-traitant a droit au paiement de travaux supplémentaires, sous réserve que ces travaux aient un caractère indispensable (Conseil d'Etat, 13 février 1987, n° 67314 .

Il bénéficie également du paiement direct pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues. Cependant, pour apprécier si des sujétions imprévues apparues pendant l'exécution d'une partie des travaux sous-traités ont entraîné un bouleversement de l'économie générale du marché, le montant des dépenses résultant de ces sujétions doit être comparé au montant total du marché et non au montant de la partie sous-traitée (Conseil d'Etat, 1^{er} juillet 2015, n° 383613 .

Le sous-traitant peut également agir contre l'entrepreneur principal au titre de l'imprévision de l'article 1195  du Code civil ou, si le contrat de sous-traitance est conforme au modèle de la Profession, en application des dispositions de l'article 5.1 des conditions générales du contrat type de la Profession qui ont repris ces dispositions en les aménageant.

Procédure du paiement direct du ST (art. R2193-11 et R2193-14 CCP)

Le Code de la commande publique prévoit la procédure suivante :

1. Le ST direct adresse, à l'EP, sa demande de paiement comprenant une facture libellée au nom de l'EP, ainsi que toutes les pièces justificatives permettant le règlement des travaux qu'il a exécutés ;
2. Le ST adresse également sa demande de paiement au maître d'ouvrage ou à la personne désignée dans le marché public (maître d'œuvre) accompagnée d'une copie de la facture adressée à l'EP et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que ce dernier a bien reçu la demande ou de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou bien n'a pas été réclamé ;
3. Le maître d'ouvrage ou la personne désignée dans le marché public (maître d'œuvre) adresse, sans délai, au titulaire une copie de la facture produite par le ST ;
4. Le titulaire dispose d'un délai de 15 jours à compter de la signature de l'accusé de réception ou du récépissé pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part au ST et d'autre part, au maître d'ouvrage et si le marché le prévoit, au maître d'œuvre.

Depuis la généralisation de la facturation électronique en BtoG en 2020, tous les titulaires de marchés conclus avec l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics, **ainsi que leurs sous-traitants admis au paiement direct**, doivent transmettre leurs factures sous format électronique. **L'utilisation du portail public de facturation est exclusive de tout autre mode de transmission.** Lorsqu'une facture lui est transmise en dehors de ce portail, la personne publique destinataire peut la rejeter après avoir informé l'émetteur par tout moyen de l'obligation mentionnée à l'article L2192-1  du CCP et l'avoir invité à s'y conformer en utilisant ce portail (art. R2192-3  – Annexe VII sur le circuit de paiement du sous-traitant à paiement direct sur Chorus Pro .

S'agissant des acheteurs non soumis à l'obligation d'usage du portail public, comme la RATP ou la SNCF, la facturation s'opère selon les modalités prévues au marché (art. L2192-5 et L2192-6  du CCP). Concernant la plateforme de la SNCF, la Charte facture SNCF de 2023  prévoit que seul le titulaire (le mandataire du groupement à RIB unique/ les cotraitants à facturation séparée) est en capacité de déposer les factures sur le portail.

Cependant, un outil spécifique est dédié aux sous-traitants afin qu'ils puissent suivre l'évolution de leurs factures.

→ Points d'attention pour l'EP et le ST !

- Le titulaire du marché dispose d'un délai de 15 jours pour traiter la facture du sous-traitant (Exemples : CE 7^{ème} et 2^{ème} Ch. réunies 17 octobre 2023 n° 469071  et n°465913  ;
- Dans tous les cas (acceptation, refus ou non intervention du titulaire dans Chorus Pro dans le délai de 15 jours), la demande de paiement est acheminée au MOE et, sauf observation de celui-ci sur la qualité des travaux, le paiement est effectué (l'EP perd le droit de s'opposer à ce paiement) ;
- La demande de paiement du sous-traitant doit être ajoutée en pièce jointe au projet de décompte mensuel du titulaire du marché. Elle sera ainsi intégrée au dossier de facturation et transmise au service financier pour mise en paiement ;
- Toute demande de paiement direct doit intervenir avant l'établissement du décompte général définitif du marché et dans la limite du montant déclaré dans l'acte spécial.

Le maître d'ouvrage est en droit de contrôler les travaux réalisés par le sous-traitant et vérifier leur conformité aux stipulations du marché (Conseil d'État, 9 juin 2017, n° 396358 ). Ce contrôle ne peut, cependant, porter que sur la consistance des travaux par rapport aux dispositions du marché principal et non sur la qualité de ces travaux (Conseil d'Etat, 2 février 2024, n° 75639 .



Le montant de l'acte spécial de sous-traitance ne peut être modifié par le maître d'ouvrage et le titulaire du marché qu'avec l'accord du sous-traitant (Conseil d'État, 7^{ème} & 2^{ème} chambres réunies, 27 janvier 2017, n° 397311 .



Attention ! Le litige concernant uniquement le paiement direct du ST sera de la compétence du juge administratif et non du juge judiciaire (voir Paragraphe 11.2 .

Nantissement et Cession Dailly

Le montant maximum de la créance que le titulaire peut céder ou donner en nantissement correspond au montant de son marché diminué du montant des prestations sous-traitées et donnant lieu à paiement direct (art. R2191-45  du CCP – art. 9  loi de 1975).

Lorsque l'EP envisage de sous-traiter une part du marché ayant fait l'objet d'un nantissement, l'acceptation des sous-traitants est subordonnée à une réduction du nantissement à concurrence de la part que l'EP se propose de sous-traiter.

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance (art. R2193-22  du CCP).

Lorsque le sous-traitant cède sa créance à un établissement de crédit, celui-ci doit notifier la cession de créance au titulaire du marché et non au comptable public car le maître d'ouvrage public n'est ni débiteur cédé ni défendeur à l'action en paiement (Cass. 3^{ème} Ch. civ., 8 décembre 2021, n° 20-16.152 .

Sous-traitance de rang 2 et de rangs suivants

Les sous-traitants de rang 2 et suivants seront payés par leur EP qui devra leur délivrer une garantie de paiement sous forme de caution personnelle et solidaire ou de délégation de paiement (cf. Modèle de délégation  (cf. articles 6  et 14  de la loi de 1975).

Le CCAG Travaux 2021 rappelle ces obligations aux articles 3.6.2.4  et suivants.

3.3.2 Paiement du ST lorsque le MOA est privé et garantie de paiement

Lorsque le MOA est de droit privé ⁽¹⁾, les règles applicables sont celles du Titre III  de la loi sur la sous-traitance de 1975.

Les conditions de paiement sont définies dans le contrat de sous-traitance, sous réserve de leur agrément par le MOA préalablement à la signature du contrat et du respect des délais maximum de paiement (art. L441-10  du Code de commerce). (cf. Memo FNTF « *Les délais de paiement entre entreprises* » .

La caution ou la délégation de paiement (Art. 14 de la loi de 1975)

Les conditions de paiement du contrat précisent si le sous-traitant est payé par son EP ou si ses paiements sont délégués au MOA.

Dans le premier cas (caution), l'EP doit fournir au ST une caution personnelle et solidaire d'un établissement agréé. Le montant porté sur la caution est obligatoirement celui du montant total du contrat de sous-traitance.

L'établissement garant doit être une banque, une assurance ou un organisme de cautionnement agréé.

La délivrance d'une caution au ST, si elle n'est pas remplacée par une délégation de paiement, est une disposition d'ordre public : il est impossible pour l'EP d'échapper à cette obligation par le biais d'une disposition contractuelle (article 15  de la loi de 1975).

Le cautionnement remis doit être exprès et personnel.

(1) Par exemple : les sociétés civiles immobilières, les sociétés commerciales, les associations Loi 1901, les AFUL (Association Foncière d'Urbaine Libre), les copropriétés, ...

L'EP doit communiquer au ST l'identité de l'organisme de caution et les termes de son engagement (Cass. 3^{ème} Civ. 18 juin 2003, n° 01-17.366  ; Cass. 3^{ème} Civ., 8 septembre 2010, n° 09-68.724 ).

Selon l'évolution des travaux du ST, et notamment en cas de travaux supplémentaires, l'engagement de caution doit être modifié afin d'être conforme au nouveau montant du sous-traité, modifié par avenant.

Il est à noter, cependant, que la Cour de cassation a jugé que **la caution ne constitue pas le seul mode de garantie possible en cas de travaux supplémentaires** (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 22 octobre 2013, n° 12-26.250 ).

Depuis 2012, le juge qui avait invalidé la caution « flotte » qui consistait en un engagement global d'une banque envers un entrepreneur principal pour tous les sous-traités conclus dans la limite d'un montant maximum, en raison de l'absence de mention du nom du sous-traitant et du montant garanti, a admis la validité de la caution par « attestation ».

Les conditions à respecter pour qu'une caution par attestation puisse valablement être mise en place :

- Le cautionnement revêt la forme d'un accord cadre annexé au contrat de sous-traitance ;
- La banque s'engage sur un montant global, mais l'entrepreneur principal notifie chaque contrat de sous-traitance signé à la banque ;
- L'engagement de la banque est ferme et irrévocable ;
- Et la banque délivre au ST une attestation justifiant sa garantie après la notification du marché par l'EP à la banque (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 20 juin 2012, n° 11-18.463 ).

Que se passe-t-il si l'EP ne remet pas la caution et que le ST exécute son contrat ?

Les conséquences de cette situation sont évoquées au § 4.2  « *Quelles sont les conséquences de l'absence de délivrance par l'EP d'une garantie de paiement au ST qui ne bénéficie pas du paiement direct par le MOA ?* ».

Dans le second cas (délégation de paiement), le sous-traitant peut être payé directement par le MOA des sommes qui lui sont dues en application du contrat de sous-traitance. Il s'agit d'une alternative au paiement par l'EP prévue par l'article 14  de la loi de 1975.

La « délégation de paiement » requiert un accord contractuel entre le MOA, l'EP et le ST. Sa mise en place n'est pas obligatoire (le marché peut imposer la fourniture d'une caution).

La délégation de paiement est mise en œuvre dans les termes de l'article 1338  du Code civil, il s'agit d'une délégation dite imparfaite qui ne libère pas l'EP de son obligation de paiement si le MOA est défaillant. Le ST dispose donc de deux débiteurs.

La délégation de paiement signée des trois parties indique clairement la nature des travaux sous-traités (le lot/les prestations), leur montant et les modalités de paiement (modèle délégation de paiement en Annexe VIII ).



En cas d'augmentation du montant du contrat de sous-traitance, le montant de la caution délivrée par l'EP ou le montant de la délégation de paiement, selon le cas, doivent être modifiés en conséquence, sous peine de nullité du contrat de sous-traitance.

La délégation de paiement, visée par la loi de 1975, apporte la garantie au ST qu'en cas de défaillance de l'EP, il sera payé par le MOA (c'est une forme de paiement direct volontaire).

La loi de 1975 n'envisage que l'hypothèse d'une délégation de paiement dans laquelle le ST est payé **par le MOA**.

Dans l'hypothèse où un ST de rang 2 (ST2) accepte que son donneur d'ordres, le ST1 mette en place une délégation de paiement **par l'EP (et non par le MOA)**, cette délégation de paiement est possible mais elle ne produit pas les mêmes effets que celle prévue par la loi de 1975.

Avec la délégation au MOA, celui-ci ne peut opposer au ST1 des refus de paiement issus du contrat de sous-traitance de l'EP avec le ST. La délégation de l'entreprise principale au paiement du sous-traitant est en conséquence soumise aux seules dispositions supplétives de l'article 1338 du code civil, de sorte que les parties peuvent déroger à l'interdiction faite au délégué d'opposer au délégataire les exceptions tirées des rapports entre le délégant et le délégataire. (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. du 23.11.2023 n°22-17.027 ).

Nantissement et cession Dailly

L'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 consacre le principe d'un droit à cession ou nantissement de créances de l'entrepreneur principal sous conditions : l'EP ne peut céder ou nantir ses créances nées de son marché avec le MOA qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues consécutivement aux travaux qu'il réalise.

L'EP peut, toutefois, les céder ou nantir s'il a délivré une caution au sous-traitant pour garantir ses paiements.

Le principe s'applique de la même manière à la sous-traitance en chaîne.

L'action directe du ST envers le MOA

Le sous-traitant impayé par l'entreprise principale dispose d'une action envers le MOA.

→ Conditions de mise en œuvre de l'action directe (art. 12 de la loi)

Le ST doit avoir été accepté et ses conditions de paiement agréées par le MOA. L'action directe est mise en œuvre par le ST à l'encontre du MOA dès qu'il constate qu'il n'a pas été réglé par l'EP dans les délais contractuels.

Le ST adresse alors une mise en demeure à l'EP de le payer et doit transmettre une copie de celle-ci au MOA. Il incombe au ST de respecter le formalisme imposé par l'article 12 de la loi qui conditionne la recevabilité de l'action directe du ST.

Attention ! En cas de procédure collective prononcée à l'encontre de l'EP, le ST doit déclarer sa créance auprès du représentant des créanciers dans un délai de deux mois à compter de la publication au bulletin officiel (BODACC) et en transmettre une copie au maître de l'ouvrage, l'envoi de cette copie ayant valeur de mise en demeure (Cass. Ch. Com. 12 mai 1992, n° 89-17.908 et Cass. 3^{ème} Ch. CIV. 13 juillet 2023, 21-23.747).

L'EP dispose du droit de contester la demande de paiement du ST.

À défaut de contestation et, un mois après la mise en demeure, le ST impayé adresse, la demande de paiement directement au MOA.

Le MOA est alors tenu de régler le ST sans délai.

La FNTF propose des courriers-types.

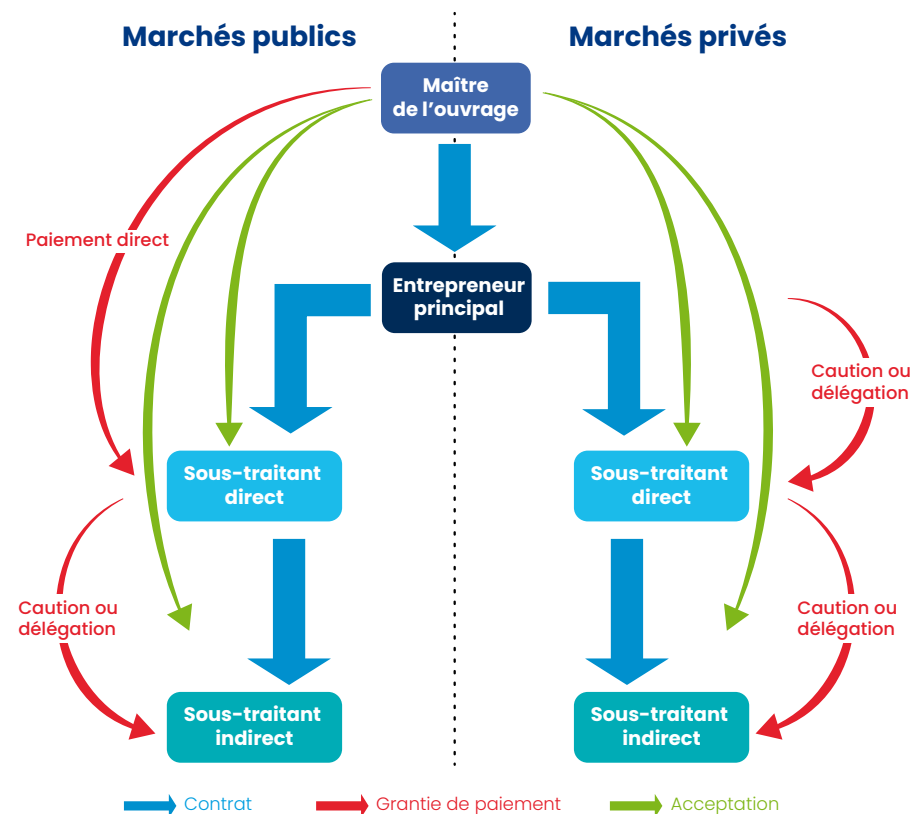
→ Sommes visées par l'action directe et sommes exclues (art. 13 de la loi)

L'action directe du ST concerne toutes les sommes dues au titre du contrat de sous-traitance, c'est-à-dire les travaux initiaux du marché et les travaux supplémentaires reconnus, constituant sa créance certaine **dans la limite des sommes dont le MOA reste débiteur à l'égard de l'EP** (Cass 3^{ème} Ch. Civ. du 18 janvier 2024 n° 22-20.995).

Le MOA est tenu de retenir toutes les sommes dues à l'EP à la date de la réception de la mise en demeure. Il commet une faute s'il s'en libère auprès de l'EP entre-temps.

La renonciation à l'action directe est interdite, même partiellement. Il s'agit d'une disposition d'ordre public.

Schéma de paiement et de garantie de paiement du sous-traitant selon que le marché principal est de droit public ou de droit privé



4

SANCTIONS POUR NON-RESPECT DE LA LOI DE 1975

- 4.1 - QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DU DÉFAUT D'ACCEPTATION ET D'AGRÉMENT DES CONDITIONS DE PAIEMENT DU SOUS-TRAITANT ?
- 4.2 - QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DE L'ABSENCE DE DÉLIVRANCE PAR L'EP D'UNE GARANTIE DE PAIEMENT AU ST QUI NE BÉNÉFICIE PAS DU PAIEMENT DIRECT PAR LE MOA ?
- 4.3 - QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DE LA NON-COMMUNICATION DU CONTRAT AU MAÎTRE D'OUVRAGE ?

4

SANCTIONS POUR NON-RESPECT DE LA LOI DE 1975

Les principales obligations qui s'imposent à l'entrepreneur principal, sont de trois ordres :

- Faire accepter le sous-traitant et agréer ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage en vue de garantir les sommes qui lui sont dues ;
- Fournir une garantie de paiement au sous-traitant qui ne bénéficie pas d'un paiement direct par le MOA ;
- Communiquer le contrat de sous-traitance lorsque le maître d'ouvrage en fait la demande.

4.1 QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DU DÉFAUT D'ACCEPTATION ET D'AGRÉMENT DES CONDITIONS DE PAIEMENT DU SOUS-TRAITANT ?

4.1.1 L'inopposabilité du contrat au sous-traitant et la faculté de résiliation du ST



« Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant » (art. 3 alinéa 2 loi de 1975).

Il en résulte qu'en l'absence d'acceptation du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage, l'entrepreneur principal doit s'acquitter de ses obligations contractuelles à l'égard du sous-traitant, notamment sur le plan financier. En revanche, le sous-traitant a le droit de résilier unilatéralement le contrat de sous-traitance pendant toute sa durée.

Concrètement, il peut mettre fin au contrat et quitter le chantier à tout moment sans avoir à indemniser l'entrepreneur principal. Ce droit est un moyen de pression très efficace à l'encontre de l'entreprise principale.

Toutefois, pour éviter les abus, il est strictement limité par la jurisprudence.

La Cour de cassation considère en effet que le sous-traitant reste tenu par les clauses du contrat tant qu'il ne fait pas expressément usage de la faculté de résiliation unilatérale (Cas. 3^{ème} Ch. Civ. 24 avril 2003, n° 01-11.889).

→ Par exemple, le sous-traitant non accepté par le maître d'ouvrage, qui exécute son contrat, **sans demander sa résiliation**, s'expose en cas de retard à des pénalités ou en cas d'abandon de chantier à la résiliation pour faute de son contrat (Cas. 3^{ème} Ch. Civ., 10 novembre 2021, n° 20-19.372).

Il est également tenu envers l'entrepreneur principal de l'obligation contractuelle de livrer exempts de vices les ouvrages dont il a reçu ou dont il réclame le paiement (cf. Cass. Ch. Civ., 13 avril 1988, n° 87-11.036).

Par ailleurs, la responsabilité du sous-traitant pourra toujours être recherchée par le maître d'ouvrage pendant 10 ans pour les dommages aux ouvrages qu'il a réalisés, conformément à l'article 1792-4-2 du Code civil.

4.1.2 Une amende est encourue (Art. L8271-1-1 Code du travail)

Si l'EP fait intervenir un ST avant qu'il ne soit formellement accepté par le maître d'ouvrage, il s'expose à une amende de 37.500 € pour les personnes morales. Cette infraction peut notamment être constatée lors d'un contrôle de l'inspection du travail, de la police ou des douanes.

4.1.3- Les sanctions applicables par le MOA à l'EP

Lorsque le refus du MOA d'accepter un ST intervient avant tout démarrage des travaux du ST, l'EP n'encourt bien évidemment aucune sanction par le MOA.

Mais lorsque ce refus intervient après que le ST a commencé à intervenir sur le chantier, la plupart des marchés contiennent des clauses permettant au MOA de sanctionner l'EP par :

- Des pénalités ;
- La résiliation du marché à ses torts.

En marchés publics régis par le CCAG Travaux 2021, l'art. 50.3  autorise le MOA à résilier le marché principal pour faute de l'EP en cas de recours à un sous-traitant non accepté.

En marchés privés, les normes NF P 03-001 Bâtiment (articles 4.6.4 et 22.1.2.1) et NF P 03-002 Génie Civil (articles 4.6.3 et 22.1.2) prévoient également une résiliation aux torts de l'EP.

4.2 QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DE L'ABSENCE DE DÉLIVRANCE PAR L'EP D'UNE GARANTIE DE PAIEMENT AU ST QUI NE BÉNÉFICIE PAS DU PAIEMENT DIRECT PAR LE MOA ?



Rappel Chapitre 3 : lorsque le marché principal est privé ou, quand le maître d'ouvrage est public et que le ST n'est pas de rang 1, la loi impose à l'EP de fournir une garantie de paiement couvrant toutes les sommes dues au titre du contrat de sous-traitance.

Cette garantie prend la forme soit d'une caution personnelle et solidaire, soit d'une délégation de paiement conclue entre l'EP, le maître d'ouvrage et le ST.

4.2.1- La nullité du contrat de sous-traitance

Cette nullité est prévue par l'article 14 de la loi de 1975 . Jusqu'en 2023, la Cour de cassation considérait que la caution devait impérativement être remise au ST au plus tard au moment de la signature du contrat et avant le commencement des travaux. La situation ne pouvait plus être ensuite régularisée. A défaut, le ST pouvait soulever la nullité du contrat à tout moment même à la fin de son exécution.

Depuis novembre 2023, la Cour de cassation a changé sa position et considère que le ST perd son droit à invoquer la nullité du contrat :

- Soit parce qu'il accepte de ne pas avoir la caution par une « *confirmation expresse* »,
- Soit parce qu'il exécute ses travaux « *en toute connaissance de cause* », sans avoir reçu la caution (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. du 23 novembre 2023 n°22-21.463 .

Antérieurement la chambre commerciale de la Cour de cassation avait déjà adopté ce principe (Cass. Ch Com. du 09 septembre 2020 n°18619.250 .

Il incombera au juge de se prononcer, au cas par cas, sur la question de savoir si le ST a exécuté ses travaux en toute connaissance de cause ou non.

4.2.2- Effets de la nullité du contrat de sous-traitance

Le ST peut soulever la nullité du contrat jusqu'à l'apurement des comptes.

Lorsque le ST l'invoque, le contrat est anéanti de façon rétroactive.

Il est réputé n'avoir jamais existé de telle sorte que les prix unitaires ou forfaitaires du contrat de sous-traitance annulé ne peuvent plus être opposés par l'EP au ST.

Il peut donc demander à être réglé à un prix supérieur à celui du contrat de sous-traitance (le prix réel auquel les prestations objet du contrat annulé ont été réalisées), le plus souvent au terme d'une expertise judiciaire visant à déterminer le coût réel des travaux exécutés.



La Cour de cassation considère toutefois que : « *le sous-traitant ne peut se prévaloir du contrat de sous-traitance pour obtenir le paiement de ses travaux et le rejeter pour échapper à ses obligations contractuelles* » (Cass. 3^{ème} Ch. Civ, 14 décembre 2011, n° 10-28.149 .

Ainsi un sous-traitant ne peut demander le paiement du solde d'un prix forfaitaire ... et invoquer en même temps la nullité du contrat pour échapper à la reprise des malfaçons dont il est responsable.

Dans un délai maximum de 5 ans à compter de la signature du contrat.

L'action en nullité fondée sur les dispositions de l'article 14  de la loi du 31 décembre 1975 est soumise à la prescription quinquennale prévue par le Code civil à compter de la date de conclusion du sous-traité (Cass. 3^{ème} Ch. Civ., 20 février 2002, n°00-17.406 .

4.3 QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DU REFUS DE COMMUNICATION DU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE PAR L'EP AU MOA ?

Une amende de 37.500 € pour les personnes morales est prévue par l'article L8271-1-1  Code du travail en cas de non-respect des dispositions de l'article 3 de la loi de 1975  qui incluent la communication du contrat de sous-traitance.

Cette infraction peut notamment être constatée lors d'un contrôle de l'inspection du travail, de la police ou des douanes.

Dans les marchés régis par le CCAG Travaux 2021, l'EP qui refuse de communiquer le contrat de sous-traitance à la demande du MOA s'expose, après mise en demeure, à des pénalités (1/1000^{ème} du montant du marché par jour de retard) et à une résiliation du marché.

Dans les marchés privés régis par les normes NF P 03-001 (Bâtiment) et NF P 03-002 (Génie Civil), comme dans les marchés privés non-régis par ces normes, ce sont les dispositions particulières du marché qui définissent les sanctions contractuelles applicables.

RÔLE DU MAÎTRE D'OUVRAGE, GARANT DU RESPECT DE LA LOI

- 5.1 - LE MAÎTRE D'OUVRAGE DÉCOUVRE L'EXISTENCE D'UN SOUS-TRAITANT NON-ACCEPTÉ
- 5.2 - LE MAÎTRE D'OUVRAGE CONSTATE QUE LA CAUTION DE GARANTIE DE PAIEMENT N'A PAS ÉTÉ REMISE PAR L'ENTREPRENEUR PRINCIPAL AU SOUS-TRAITANT
- 5.3 - LE MONTANT DES PRESTATIONS EXÉCUTÉES EXCÈDE LE MONTANT DÉCLARÉ DANS L'ACTE SPÉCIAL
- 5.4 - CONSÉQUENCES FINANCIÈRES ET PÉNALES DU DÉFAUT DE SURVEILLANCE DU MAÎTRE D'OUVRAGE

5 RÔLE DU MAÎTRE D'OUVRAGE, GARANT DU RESPECT DE LA LOI

La responsabilité du maître d'ouvrage peut être engagée envers le sous-traitant au titre de l'article 14-1  de la loi de 1975.

Cet article stipule :

« 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 ;
- Si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'État, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution ».

Ainsi, deux hypothèses sont évoquées par la loi de 1975 :

- Le MOA découvre l'existence d'un ST non-agréé par lui ;
- Le MOA constate que la caution de garantie de paiement n'a pas été remise par l'EP au ST.

5.1 LE MOA DÉCOUVRE L'EXISTENCE D'UN ST NON-ACCEPTÉ ?

Si le MOA a connaissance de la présence sur le chantier d'un ST qui ne lui a pas été présenté, et dont il n'a pas agréé les conditions de paiement, il doit mettre en demeure l'EP de procéder à la régularisation de cette situation.

Une fois cette régularisation effectuée, la part des sommes revenant à l'EP est diminuée du montant de celles revenant au ST.



Attention ! En cas de sous-traitance de rang 2 et suivants, l'EP n'est pas responsable du fait que le ST de rang 2 ne soit pas en situation régulière (rappel : le sous-traitant est tenu comme entrepreneur principal de ses propres sous-traitants) ainsi que cela a été précisé par le juge (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. du 18 janvier 2024 n° 22-20.995 ).

Si le MOA n'a pas procédé à la mise en demeure de l'EP, il engage sa responsabilité délictuelle envers le ST sur le fondement de l'article 1240  du Code civil (Cass., 3^{ème} Civ., 22 mai 1997, n° 95-13.676 .

Ainsi, dans l'hypothèse où **le MOA ne détient plus de fonds restant dus à l'EP**, il peut tout de même être obligé de payer le ST, si le ST apporte la preuve que le MOA avait connaissance de la présence du ST sur le chantier.

5.2 LE MOA CONSTATE QUE LA CAUTION DE GARANTIE DE PAIEMENT N'A PAS ÉTÉ REMISE PAR L'EP AU ST

Si le ST a été accepté et ses conditions de paiement agréées, mais que l'EP ne lui a pas fourni une caution, le MOA engage également sa responsabilité à l'égard du sous-traitant.

Un maître de l'ouvrage commet une faute de nature à engager sa responsabilité (CAA Paris, 29 décembre 2017, n° 16PA02350 .

- En ne s'assurant pas, directement auprès du ST de premier rang que celui-ci a bien délivré au ST de deuxième rang une caution personnelle et solidaire ou qu'une délégation de paiement a été mise en place ;
- En ne mettant pas en demeure le ST de premier rang de s'acquitter de ses obligations en matière de caution bancaire.

Le MOA est tenu de vérifier que l'EP fournit une caution dès l'instant où il a connaissance de l'intervention d'un ST (Cass. Ch. Com. 12 juillet 2005 n° 02-16.048 ) , même en l'absence du sous-traitant sur le chantier et même après l'achèvement des travaux ou la fin du chantier (Cass. 3^{ème} Ch. Civ., 11 septembre 2013, n° 12-21.077 ) .

La jurisprudence a considéré que le MOA doit jouer un rôle actif dans la surveillance de la délivrance des garanties à l'égard du ST. Dès lors, une simple mise en demeure adressée à l'EP ne suffit pas (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 8 septembre 2010, n° 09-68.724 ) .

La Cour de cassation a jugé « *qu'il appartient au maître d'ouvrage de veiller à l'efficacité des mesures qu'il met en œuvre pour satisfaire aux obligations mises à sa charge par l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975* » (Cass. 3^{ème} Ch. Civ., 21 novembre 2012, n° 11-25.101 ) .

Ainsi, le MOA est tenu de veiller à l'efficacité des mesures qu'il met en œuvre pour satisfaire à ses obligations sous peine de voir sa responsabilité engagée (Cass. 3^{ème} Ch. Civ., 17 novembre 2021, n° 20-20.731 ) .

À ce titre, le MOA devra indemniser le sous-traitant pour la partie impayée des travaux exécutés (Cass. 3^{ème} Ch. Civ., 18 février 2015, n° 14-10.604 & 14-10.632 ) ; Cass. 3^{ème} Civ., 24 mai 2018, n° 16-22.460 ) . Sont prises en compte les sommes réellement déboursées par le ST (notamment les travaux supplémentaires dont l'exécution est justifiée) et non le prix convenu au contrat ni la valeur réelle de l'ouvrage.

Le MOA pourrait, dès lors, être tenu de payer un montant supérieur au prix du marché.

5.3 LE MONTANT DES PRESTATIONS EXÉCUTÉES EXCÈDE LE MONTANT DÉCLARÉ DANS L'ACTE SPÉCIAL

Face à une telle situation, le maître d'ouvrage doit mettre en demeure le titulaire du marché de prendre toute mesure utile pour mettre fin à cette situation ou pour la régulariser, à charge pour le titulaire du marché, le cas échéant, 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 (Conseil d'État 2 décembre 2019 n° 422307 ) .

5.4 CONSÉQUENCES FINANCIÈRES ET PÉNALES RÉSULTANT DU DÉFAUT DE SURVEILLANCE DU MOA

La loi impose à tout MOA une obligation de vigilance afin de lutter contre le travail dissimulé (art. L8222-1 ) du Code du travail) et l'emploi irrégulier d'un étranger sans titre de travail (art. L8251-1 ) du même Code).

En matière de travail dissimulé, la Cour de cassation retient, de longue date, que commet sciemment le délit de travail dissimulé « *celui qui ne vérifie pas, alors qu'il y est tenu [...] la régularité de la situation de l'entrepreneur dont il utilise les services* » (Cass. crim., 24 mai 2005, n° 04-86.813 ) .

Si la solidarité financière du MOA est engagée, il sera tenu solidairement, au titre de l'article L8222-2 ) du Code du travail du paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations dus au Trésor ou aux organismes de protection sociale ainsi que des rémunérations, indemnités et charges dues par lui à raison de l'emploi de salariés.

Au-delà de la solidarité financière, la responsabilité pénale du maître d'ouvrage peut être engagée (art. L8224-5 ) du Code du travail et 131-39 ) du Code pénal).

En matière d'emploi irrégulier d'un étranger sans titre de travail, si la solidarité financière du maître d'ouvrage est engagée, il sera tenu solidairement de payer la contribution spéciale à l'OFII - Office français de l'immigration et de l'intégration (art. L8253-1 ) du Code du travail) et la contribution forfaitaire pour frais de réacheminement de l'étranger en cas de reconduite.

Au-delà de la solidarité financière, la responsabilité pénale du maître d'ouvrage peut être engagée (art. L8256-7 ) du Code du travail et 131-39 ) du Code pénal).



DEUXIÈME PARTIE

La conclusion du contrat de sous-traitance

LA CONCLUSION DU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

Afin d'accompagner les entreprises, un contrat de sous-traitance de la Profession est élaboré par les organisations professionnelles du bâtiment et des travaux publics et constitue un référentiel pour tous types de travaux.

Il est composé de Conditions Générales (« CG »)  et de Conditions Particulières (« CP ») complètes ou simplifiées qui sont disponibles (en mode PDF remplissable et téléchargeable), accès restreint aux entreprises adhérentes sur indication du numéro TP.

Il est nécessaire de choisir les CP et de les adapter, le cas échéant, selon les risques propres à chaque opération.



Conseil : *Le montant ou la durée du sous-traité ne sont pas les seuls critères à prendre en considération. Par exemple, le modèle de CP simplifié ne sera pas adapté aux opérations de sous-traitance se trouvant sur le chemin critique du planning général.*

Les développements qui suivent (chapitres 6 à 11) ont pour objet :

- De rappeler les droits, obligations et risques pesant sur chaque partie au contrat de sous-traitance : Entrepreneur Principal (« EP ») et Sous-traitant (« ST ») ;
- Et d'apporter des conseils, recommandations de rédaction du contrat de sous-traitance et des alertes sur les dispositions contractuelles les plus sensibles.

6

OBJET DU CONTRAT, OBLIGATION DES PARTIES ET EXÉCUTION DES TRAVAUX

6.1 – RECOMMANDATIONS PRÉALABLES À LA SIGNATURE DU CONTRAT
DE SOUS-TRAITANCE (PHASE ÉTUDES ET CONSULTATION)

6.2 – RECOMMANDATIONS POUR LA RÉDACTION DU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

6

OBJET DU CONTRAT, OBLIGATIONS DES PARTIES ET EXÉCUTION DES TRAVAUX

Art. 1 à 4 des CG et des CP

6.1 RECOMMANDATIONS PRÉALABLES À LA SIGNATURE DU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE (PHASE ÉTUDES ET CONSULTATION)

Chaque contrat négocié doit :

- ☐ Respecter les règles imposées par la loi de 1975 et complétées par le juge ;
- ☐ Clarifier les devoirs et obligations de l'entrepreneur principal et du sous-traitant.

L'entrepreneur principal doit :

- ☐ S'assurer que la sous-traitance a un intérêt pour l'exécution de son marché ;
- ☐ Vérifier que le marché principal ou son propre contrat de sous-traitance autorise la sous-traitance des prestations concernées ;
- ☐ Procéder à un examen attentif des compétences techniques des sous-traitants consultés, en adéquation avec les exigences du marché principal ;

- ☐ Communiquer au stade des études aux sous-traitants consultés toutes les données d'entrée (plans, études géologiques, ...) et les pièces qui deviendront contractuelles. Les informations et pièces répondant à son domaine de spécialité doivent lui permettre d'évaluer précisément les prestations à réaliser et le chiffrage (le cas échéant, proposer une visite préalable du site) ;
- ☐ Évaluer, le cas échéant, la situation des ST au regard de la cartographie des risques de corruption qu'il a établie, en particulier lorsqu'il est assujéti aux dispositions de l'article 17 II de la loi du 9 décembre 2016  relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite loi Sapin II.

Le sous-traitant doit :

- ☐ Signaler toute carence, erreur ou incohérence rencontrée dans le dossier de consultation ;
- ☐ S'assurer que l'interface éventuelle avec les autres intervenants est bien appréhendée ;
- ☐ Évaluer, le cas échéant, la situation de l'EP au regard de la cartographie des risques de corruption qu'il a établie, en particulier lorsqu'il est assujéti aux dispositions de l'article 17 II de la loi du 9 décembre 2016  relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite loi Sapin II.

Obligations de l'EP et du ST :

- ☐ Communiquer à l'autre entreprise par tout moyen toute information dont l'importance est déterminante pour la conclusion du contrat ;
- ☐ Vérifier que le signataire dispose des pouvoirs pour engager sa société (notamment au regard du montant du contrat) ;
- ☐ Assurer la traçabilité des échanges entre EP et ST tout au long de la consultation et préalablement à la signature du contrat.

6.2 RECOMMANDATIONS POUR LA RÉDACTION DU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

Le sous-traitant a intérêt à :

- ❑ Vérifier que les dispositions du projet de contrat sont bien conformes aux conditions de l'offre qu'il a présentée (définition des prestations, nature et forme du prix, participation au compte prorata, délais d'exécution, retenues diverses) ;
- ❑ S'assurer que le contrat fait référence aux conditions générales de la profession ou que les conditions négociées sont équilibrées ;
- ❑ Exiger la production du justificatif attestant qu'il a été accepté par le maître d'ouvrage et que ses conditions de paiement ont été agréées.

Art. 1.1 des CG et des CP du contrat

« Les travaux faisant l'objet du présent contrat sont définis aux conditions particulières ».

Décrire le plus précisément possible, la nature et l'étendue des travaux qui sont confiés au ST. Il est recommandé de bien définir le périmètre de la prestation et la nature exacte des travaux à réaliser (y compris les prestations qui en sont exclues), afin d'éviter tout litige.

Art. 1.2 des CG et des CP du contrat

« Les travaux sous-traités sont exécutés conformément aux conditions des pièces contractuelles définies et numérotées aux conditions particulières ».

- Les CP doivent lister les pièces contractuelles qui entrent dans le champ d'exécution du contrat : pièces générales et pièces particulières, à caractère administratif et technique ;
- Les pièces du contrat de sous-traitance doivent être numérotées, dans l'ordre hiérarchique, et, dans la mesure du possible, cette numérotation doit être en conformité avec celle du marché principal ;



Il appartiendra à l'EP et au ST de déterminer si tout ou partie de l'offre technique et financière du ST est contractuelle et sa place dans la hiérarchie des pièces.

- Dans les CP, il est indispensable de retrouver l'ensemble des dispositions contractuelles applicables entre l'EP et le ST.

Les dispositions administratives et techniques spécifiques au marché principal (cahier des charges administratif, CCTP, fascicules du CCTG, normes en vigueur...) ne seront applicables que si elles sont énumérées dans cet article.



Un renvoi général au marché principal ne suffit pas. Les données du marché principal, dont l'application apparaît indispensable à la bonne exécution du contrat de sous-traitance, doivent être mentionnées de façon très précise (notamment les références aux articles des pièces particulières administratives ou techniques).

Il pourra être utile de reprendre explicitement les dispositions du marché principal en les adaptant au cas particulier du contrat de sous-traitance (par exemple, délai d'exécution, clause de variation des prix, travaux modificatifs, pénalités, insertion, ...).

→ Le cahier des charges du marché principal, pour les marchés publics (CCAG Travaux), pour les marchés privés (Normes AFNOR ...), ne sera applicable au sous-traité que s'il a été cité dans la liste des pièces contractuelles générales à caractère administratif des C.P du contrat de ST. Ainsi, les conditions de liquidation des comptes du contrat de sous-traitance seront, a minima, identiques à celles de l'EP avec son MOA.

Si le ST ne souhaite pas que le décompte général de son marché soit traité à l'identique de celui du marché principal, il sera nécessaire de clarifier ce point avec l'EP.



Attention ! Vérifier si le CCTP du marché principal, concernant les travaux sous-traités, est bien contractualisé.

« Dans le cas de signature du contrat avant conclusion du marché principal, l'entrepreneur principal s'engage pour l'exécution des travaux objet du présent contrat à ne présenter à l'acceptation du maître de l'ouvrage que le seul entrepreneur désigné comme sous-traitant aux conditions particulières ».

« En ce cas, le présent contrat est signé sous la condition suspensive expresse que le marché principal... soit lui-même attribué à l'entrepreneur principal par le maître de l'ouvrage ».

- Pour éviter des contestations, il est nécessaire de formaliser les engagements entre le ST et l'EP dans un contrat **écrit** ;
- Le contrat de sous-traitance peut être signé **avant la conclusion du marché principal**, lorsque le ST est par exemple déclaré dans l'offre, mais sous la condition suspensive que le marché principal soit bien attribué à l'EP ;
- Dans les marchés soumis au Code de la commande publique, l'attribution du marché à l'EP vaut acceptation et agrément des conditions de paiement du ST.
 - Si l'offre principale donne lieu à des négociations après la remise de l'offre avec le maître d'ouvrage, l'EP doit tenir informé le ST, lequel a toute latitude pour accepter ou non les conséquences de cette négociation sur les conditions d'exécution de son contrat.



Attention ! Lorsque le maître d'ouvrage est privé et que la caution doit donc être délivrée par l'EP au ST, le juge peut prononcer la nullité du contrat si la remise de la caution n'est pas intervenue **« avant la conclusion du sous-traité et si le commencement d'exécution des travaux lui est antérieur, avant celui-ci »** (cf. 3.3.2 et 4.2.1).

- Il est plus couramment signé **postérieurement à l'attribution du marché principal** ;
- L'intérêt commun de l'EP et du ST est de signer le contrat de sous-traitance **préalablement au démarrage des travaux sous-traités**, afin d'éviter toute discussion nouvelle après attribution du marché principal et tout risque de nullité (voir ci-dessus quand le maître d'ouvrage est privé).

Art. 2.2 des CG

« Application des dispositions légales et contractuelles – Obligations du sous-traitant lors de la conclusion du présent contrat ».

- L'EP vérifiera que le ST dispose des **capacités requises et respecte les obligations fiscales et sociales** (Code du travail) en contrôlant, avant la conclusion du contrat, et durant toute son exécution (tous les 6 mois) que le sous-traitant retenu est dans une situation régulière au regard de ses obligations fiscales et sociales, et s'engage à respecter :
 - Toutes les dispositions du Code du travail, notamment celles concernant le travail dissimulé ;
 - Et celles relatives à la lutte contre la concurrence sociale déloyale.

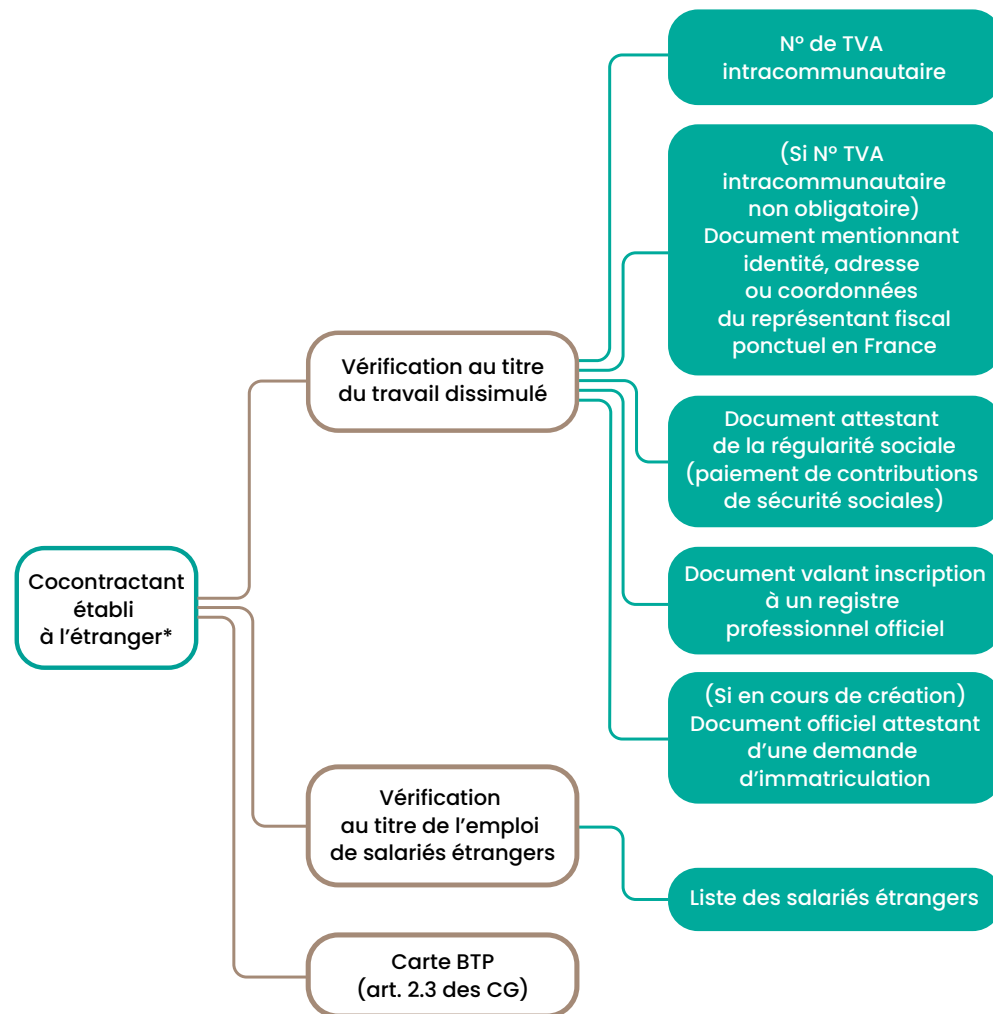
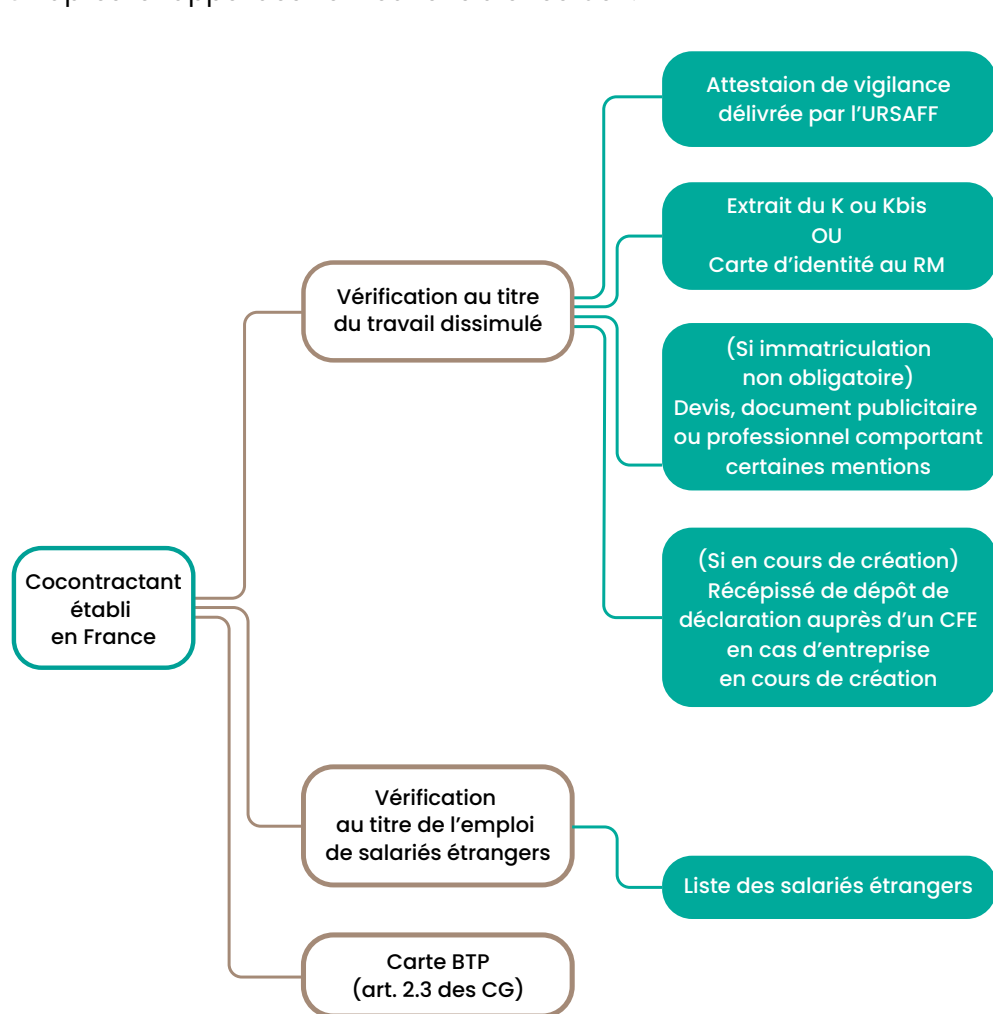
Pour cela, il utilisera par exemple l'annexe-type au contrat de sous-traitance du BTP en matière de lutte contre le travail illégal et la fraude au détachement consultable sur le site www.fntp.fr et produira la liste nominative des salariés soumis à autorisation de travail (mentionnant la date d'embauche, la nationalité, le type et le numéro d'ordre du titre de séjour – cf. Guide « Travail illégal » FNTF).

- Le ST de rang 1 devra veiller au respect de l'ensemble de ces dispositions par ses propres sous-traitants.



Rappel : le sous-traitant ne peut sous-traiter tout ou partie de ses travaux sans l'autorisation préalable et écrite de l'entrepreneur principal (article 4-22 des CG du contrat type).

Ci-après le rappel des vérifications à effectuer :



Attention ! Si votre cocontractant est établi à l'étranger et envoie ses salariés en France pour réaliser la prestation, il doit respecter les règles relatives au détachement. Ces règles ne sont pas abordées dans le présent guide, mais la FNTP est à votre disposition pour vous apporter les précisions nécessaires. N'hésitez pas à contacter la direction des affaires sociales (social@fnfp.fr).

* Cocontractant établi à l'étranger (les documents et les attestations doivent être rédigés en français ou accompagnés d'une traduction en français).

« Travaux supplémentaires, en diminution ou modificatifs ».

Art. 3-3 des CG

« Le sous-traitant accepte les augmentations et les diminutions résultant d'un changement de la masse des travaux ou de la nature des ouvrages prévu au contrat de sous-traitance. En cas d'augmentation ou de diminution excédant les limites fixées aux conditions particulières du présent contrat, ou à défaut dans le marché conclu par l'entrepreneur principal avec le maître de l'ouvrage, le sous-traitant reste tenu de réaliser les prestations du contrat.

Il est indemnisé, le cas échéant, du préjudice subi du fait de cette augmentation ou de cette diminution au-delà de ces limites.

À défaut d'accord entre les parties, le présent contrat peut être résilié par l'une ou l'autre des parties ; dans ce cas, la résiliation intervient par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal (LRAR) ou lettre recommandée électronique (LRE). En cas de diminution le sous-traitant a droit au remboursement des dépenses engagées pour l'exécution des travaux ».

- Si l'article des CP ne précise pas de seuil d'augmentation ou de diminution (sous forme de montant ou de pourcentage du montant sous-traité), c'est celui du marché principal qui s'applique par défaut. Or, le plafond du marché principal n'est pas nécessairement adapté aux travaux objet du contrat de sous-traitance.

L'EP et le ST négocieront l'assiette et le pourcentage applicables.

- Si la part des prestations sous-traitées est modifiée en diminution ou en augmentation par voie d'avenant :
 - Un nouvel acte spécial (formulaire DC4) – ou une nouvelle déclaration de sous-traitance est régularisé ;
 - La caution de garantie de paiement ou la délégation de paiement est ajustée en conséquence.

Concernant l'EP, celui-ci s'engage, vis-à-vis du ST, à :

- Transmettre au sous-traitant l'ensemble des plans et documents précisés aux CP du contrat ;
- Transmettre, dès réception, les comptes rendus des réunions et des rendez-vous qui le concernent ;
- Établir en accord avec le ST un calendrier prévisionnel des travaux à l'aide des éléments fournis par ce dernier, en conformité avec le délai global d'exécution du marché principal ;



Rappel : le délai global d'exécution du marché principal est donné à titre indicatif au ST.



Il appartient à l'EP de mettre à jour régulièrement le calendrier d'exécution et au ST de demander ces mises à jour (cf. 9 ci-après).

- Faire accepter par le ST les ouvrages ou supports qu'il a exécutés, ou qui ont été exécutés par un autre de ses ST, et sur lesquels le ST doit intervenir.

Recommandation : l'EP doit permettre au ST de prendre toute disposition pour procéder à ces constats.

- Établir un avenant ou adresser un ordre de service préalable ou un ordre écrit au ST, si des travaux modificatifs lui sont demandés ou que les volumes de travaux exécutés dépassent les seuils mentionnés à l'article 3 des CP ;
- En cas de besoin technique, l'EP fait participer le représentant du ST aux constats et aux réunions le concernant, ainsi qu'aux opérations préalables à la réception des travaux.



Les dispositions consignées dans les comptes rendus transmis au sous-traitant ont force contractuelle dans la mesure où il ne les a pas contestées dans les formes et délais précisés à l'art. 4.13 des CP du contrat.

Concernant le ST, celui-ci est tenu aux obligations suivantes, vis-à-vis de l'EP :

- **Déléguer un représentant habilité** à prendre toutes dispositions relatives à l'exécution des travaux lors des réunions auxquelles l'EP le convie ;



***Conseil :** il appartient au ST de demander à participer aux réunions qui relèvent de sa spécialité. L'EP y a en outre un intérêt évident afin que la prestation du ST soit strictement conforme au descriptif du marché principal ou que les observations éventuelles du ST soient comprises du MOA.*

- **Respecter les règles de l'art**, les dispositions légales et réglementaires et les prescriptions prévues aux conditions particulières.



***Rappel :** Il est tenu à ce titre d'une obligation de résultat pour la réalisation des travaux, à l'égard de l'entrepreneur principal, obligation dont il peut s'exonérer par la preuve d'une cause étrangère.*

- Le ST agissant en tant qu'entrepreneur, **dans le cadre de son obligation de résultat :**

- A donc le choix des moyens et assume de ce fait toutes les charges occasionnées par les travaux sous-traités (Cf. 2.3), notamment : recrutement de la main d'œuvre, versement des salaires et des charges y afférentes, établissement, le cas échéant, des plans d'exécution et notes de calcul, fourniture et mise en œuvre des matériaux et matériels, paiement des taxes, impôts, assurances ;
- Et est tenu d'exécuter son marché et de livrer ses ouvrages en état d'être réceptionnés, exempts de vices, conformes aux règles de l'art.



***Rappel :** étant « sachant » dans sa partie, il est tenu à un devoir de conseil pour ses prestations.*

***Recommandation :** le ST a intérêt à tracer, par écrit, toutes ses alertes et/ou avis.*

- **Informier l'EP sur les éventuelles difficultés rencontrées dans le cadre de ses travaux.** Le ST doit faire toutes les observations qui lui paraissent opportunes sur les études de conception ou d'exécution qui lui sont communiquées et rendre compte de toutes les sujétions intéressant l'organisation du chantier et l'exécution des travaux ;

- Lorsque les **travaux sont soumis à coordination SPS**, établir et remettre au coordonnateur SPS un Plan Particulier de Sécurité et de Protection de la Santé (PPSPS), avant le démarrage de ses travaux, dans un délai de 30 jours (8 jours pour les travaux de second œuvre) après la réception du contrat de sous-traitance signé par l'EP (art. 2.42 des CG). Si les travaux objet du contrat de sous-traitance concernent des lots ou travaux accessoires dans le cas d'une opération de génie civil, ce délai peut être réduit à 8 jours dès lors que ceux-ci ne figurent pas sur la liste des travaux comportant des risques particuliers (art. R4532-62 du code du travail).

Le sous-traitant, dans la mesure où il est concerné, doit participer au Collège Interentreprises de Sécurité, de Santé et des Conditions de Travail (CISSCT) lorsque cette instance existe sur le chantier.

- **Le ST doit aviser immédiatement par écrit l'EP des observations ou réclamations qui lui seraient directement adressées** et s'interdire de remettre au maître d'ouvrage des prix concernant des travaux modificatifs et d'exécuter tout ordre qui lui serait donné directement par tout autre intervenant que l'EP.



*L'art. 4.215 des CP précise : **à peine de forclusion**, le ST doit signaler par écrit à l'EP, dans un délai maximum de 10 jours à compter de leur constatation par le ST, tous les faits qui peuvent justifier une demande ou une réclamation (délai adaptable dans les CP si nécessaire).*

Dans ce cas, le formalisme des échanges (lettre RAR par exemple) et la traçabilité des événements (constats contradictoires notamment) sont essentiels pour ne pas risquer de perdre ses droits à prolongation de délais ou à indemnisation (cf. Outils sur la traçabilité des événements de chantier FNTP).

L'EP doit fournir toutes les informations à ce sujet provenant du maître d'ouvrage.

Le ST doit estimer et intégrer dans son offre le coût des prestations correspondantes sauf si le contrat de sous-traitance prévoit que les obligations relatives à l'élimination des déchets restent à la charge de l'EP. Le ST fournit son propre schéma relatif à la gestion de ses déchets.

À ce titre :

- **Évacuation et traitement des déchets** - Le ST est responsable de l'évacuation et du traitement des déchets de ses travaux, en respectant la législation relative à la protection de l'environnement.
- **Hygiène et sécurité** - Le ST prend ou fait prendre toutes dispositions afin d'assurer la sécurité du chantier, l'hygiène, la santé et la sécurité de ses travailleurs et la sécurité publique.
 - Il procède ou fait procéder aux épreuves et vérifications réglementaires du matériel qu'il utilise sur le chantier ;
 - Il exerce une surveillance continue sur le chantier à l'égard de son personnel et de celui qu'il a sous son autorité pour leur propre sécurité et celle des tiers du fait des travaux.

7

FIXATION DU PRIX

7

FIXATION DU PRIX

Art. 5 des CG et des CP

« Les prix fixés aux conditions particulières s'entendent pour l'exécution et la parfaite finition de tous les travaux faisant l'objet du sous-traité, tels qu'ils sont décrits et définis dans les pièces contractuelles répertoriées aux conditions particulières. Ils sont réputés tenir compte de toutes les circonstances de l'implantation, des spécificités du contrat de sous-traitance et des délais, et rémunèrent le sous-traitant de tous ses débours, charges et obligations normalement prévisibles ».

Les conditions particulières définissent la **forme du prix**, qui est établi :

- Soit sur la base des quantités réalisées (BPU – Bordereau des Prix Unitaires – et DQE – Détail Quantitatif Estimatif) ;
- Soit pour une somme globale et forfaitaire (le devis estimatif ou la DPGF ne peut être invoqué pour modifier le prix, sauf exception).

Elles précisent également les **clauses de variation des prix** :

- Ferme et actualisable ;
- Révisable ;
- Actualisable et révisable (possible hors contrat de la commande publique) ;
- Ou ferme.

Dans l'hypothèse où le prix est actualisable/révisable, le mois d'établissement des prix, de même que la formule et les index ou indices, doivent être définis aux CP.

Les CG prévoient que les **travaux supplémentaires** (TS) demandés par l'EP font l'objet d'un ordre écrit (mail a minima) ou d'un avenant préalablement aux travaux, même en cas d'urgence.



C'est **PRÉALABLEMENT** à tout commencement d'exécution que l'ordre écrit d'exécuter des TS doit être demandé et **OBTENU** !

Le sous-traitant, titulaire d'un contrat d'entreprise, est soumis à une **obligation de résultat**.



Attention ! Le ST est engagé sur la base des données d'entrée et informations qui lui ont été communiquées ou qui étaient disponibles. Il doit justifier de toute demande de rémunération complémentaire.

L'**imprévision**, codifiée à l'article 1195  du Code civil, est insérée dans les conditions générales du contrat de sous-traitance de la Profession (art. 5.1). Il s'agit d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat qui rend l'exécution excessivement onéreuse pour le ST.

Il appartient au ST d'initier une demande de renégociation du contrat auprès de l'EP. En cas d'échec de cette négociation, les dispositions des CG prévoient de recourir à une conciliation ou à une médiation préalablement à toute action en justice.

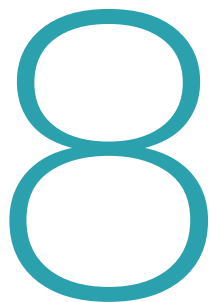


Rappel : la **FNTP** met à la disposition des entreprises le **Comité de Médiation et d'Arbitrage des Travaux Publics (CMATP)** pour aider les entreprises à résoudre à l'amiable leurs différends .

MODALITÉS DE PAIEMENT ET GARANTIE DE PAIEMENT

8.1 - LES MODALITÉS DE RÈGLEMENT DU SOUS-TRAITANT DOIVENT ÊTRE PRÉCISÉES
DANS LES CONDITIONS PARTICULIÈRES

8.2 - LA LIQUIDATION DES COMPTES AU TERME DU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE



MODALITÉS DE PAIEMENT ET GARANTIE DE PAIEMENT

Art. 6 des CG et des CP

Les conditions générales du contrat de sous-traitance reprennent les dispositions applicables, telles que codifiées dans le Code de la commande publique pour les MOA qui y sont soumis, et les dispositions de la loi de 1975 pour ceux qui restent soumis à ses dispositions (Cf. Annexes II  et III .

Ces règles sont celles commentées au 3.3  du présent Guide.

Les conditions particulières adoptent la même classification.

8.1 LES MODALITÉS DE RÈGLEMENT DU ST DOIVENT ÊTRE PRÉCISÉES DANS LES CP

Le CCAG Travaux 2021 prévoit que les prestations du sous-traitant sont payées dans les conditions prévues par l'acte spécial (versement d'une avance si le titulaire remplit les conditions pour en bénéficier et si le sous-traitant en a fait la demande) :

- Guide FNTF « Cautions et garanties financières » ,
- Actualisation ou révision des prix, pénalités de retard, retenue de garantie ... (Formulaire DC4 et sa notice explicative .



Il incombe au sous-traitant qui demande le versement d'une avance, dans le cadre d'un marché de la commande publique, de fournir la caution personnelle et solidaire ou la garantie à première demande si l'acheteur l'exige.

L'article 15 des CP permet au sous-traitant de se réserver la propriété des fournitures non mises en œuvre, jusqu'à leur complet paiement (art. 2367  du Code civil).



L'acte spécial de sous-traitance ne peut être modifié par le maître d'ouvrage et le titulaire du marché qu'avec l'accord du sous-traitant (cf. 3.1.1 .

8.2 LA LIQUIDATION DES COMPTES AU TERME DU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

Le contrat de sous-traitance étant un contrat de droit privé, les modalités de règlement des comptes définitifs entre l'EP et le ST (opération comptable qui aboutit à la détermination du solde dû par l'un à l'autre) sont librement déterminées entre eux.

Les CG du contrat de sous-traitance de la Profession ne prévoyant pas de disposition spécifique, il est recommandé de prévoir dans les CP, les délais dans lesquels le ST doit transmettre son projet de décompte final et ceux dont disposera l'EP pour instruire cette demande (délais compatibles avec ceux de l'EP au regard des règles du marché principal).

DÉLAIS D'EXÉCUTION ET PÉNALITES

9.1 – LA PÉRIODE DE PRÉPARATION

9.2 – LE CALENDRIER D'EXÉCUTION

9.3 – LA PROLONGATION DU DÉLAI D'EXÉCUTION

9.4 – LES RETARDS ET PÉNALITÉS

9 DÉLAIS D'EXÉCUTION ET PÉNALITÉS

Art. 7 des CG et des CP



Les délais d'exécution constituent l'un des éléments les plus importants dans un contrat, quelle qu'en soit la nature. Le contrat de sous-traitance ne déroge pas à cette règle, bien au contraire.

Ils doivent faire l'objet d'une attention toute particulière lors de la rédaction du contrat et, une fois le contrat en cours d'exécution, faire l'objet d'un suivi rigoureux aussi bien par l'EP que par le ST.

Par ailleurs, « L'entrepreneur principal demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations du marché principal. » (art. 1  de la loi 75-1334 du 31 décembre 1975 et art. L 2193-2  du Code de la commande publique).

Ainsi, le fait pour l'EP d'avoir sous-traité tout ou partie des prestations de son marché principal ne l'exonère pas du respect des délais correspondants vis-à-vis du maître d'ouvrage.

9.1 LA PÉRIODE DE PRÉPARATION

Art. 7.2 des CG et 7.1 des CP

L'article 7-1 des CP invite à déterminer si le sous-traitant disposera ou non d'une période de préparation.

Dans la plupart des contrats, il est fortement recommandé d'en prévoir une.

En effet, comme le souligne l'article 7-21 des CG, cette période de préparation devra permettre au sous-traitant, avant de commencer l'exécution de ses prestations, de procéder :

- À la réalisation d'études ;
- À l'établissement d'un calendrier prévisionnel des travaux ;
- Aux approvisionnements, installations et mises en place des matériels ;
- À la définition des mesures, installations et dispositifs de protection d'hygiène et de sécurité sur le chantier.



Cette liste n'est pas exhaustive. Le sous-traitant devra produire son PPSPS avant tout commencement d'exécution. Il dispose pour cela d'au moins 30 jours. Si les travaux objet du contrat de sous-traitance concernent des lots ou travaux accessoires dans le cas d'une opération de génie civil, ce délai peut être réduit à 8 jours dès lors que ceux-ci ne figurent pas sur la liste des travaux comportant des risques particuliers (art. R4532-62  du code du travail).

La période de préparation devra également permettre au ST :

- D'effectuer les demandes d'agrément des fournitures à incorporer à l'ouvrage ;
- D'établir éventuellement un plan qualité et un plan de respect de l'environnement ;
- De procéder aux Déclarations d'Intention de Commencement des Travaux (DICT).

L'EP et le ST veilleront à fixer le point de démarrage de la période de préparation.

9.2 LE CALENDRIER D'EXÉCUTION

Art. 7-3 des CG et 7-2 des CP

Article 7-31 des CG du contrat :

« **Le calendrier prévisionnel des travaux établi par l'entrepreneur principal en accord avec le sous-traitant pendant la période de préparation, ou à défaut de celle-ci en temps utile, fixe, en conformité avec les délais prévus aux conditions particulières, les dates, tâches et durées d'intervention qui deviendront contractuelles. Ensuite, le sous-traitant soumet, à l'approbation de l'entrepreneur principal, à la date fixée par ce dernier, un calendrier d'exécution détaillé. Ce calendrier devient contractuel après accord de l'entrepreneur principal ; il est mis à jour dans les mêmes conditions** ».

Le calendrier des travaux du sous-traitant est distinct de celui du marché principal, mais s'inscrit dans ce dernier. Il tient compte des impératifs du marché principal, notamment des délais partiels et du chemin critique.

Même si le marché principal n'en prévoit pas, il est recommandé de contractualiser des délais partiels et le délai global propres aux prestations sous-traitées (art. 7-2 des CP complètes).

L'EP formalise par écrit les ordres de démarrage des différents délais contractuels du contrat de sous-traitance.



Recommandation : le ST doit demander et faire constater par écrit l'achèvement de ses travaux correspondant à chacun des délais du contrat de sous-traitance. Cette constatation ne vaut pas réception des prestations sous-traitées, laquelle peut seulement être prononcée par le maître d'ouvrage.

9.3 LA PROLONGATION DU DÉLAI D'EXÉCUTION

Art. 7-4 des CG et 7-3 des CP

Article 7-4 des CG :

« **Le ou les délais ne sont prolongés que dans les cas prévus aux conditions particulières** ».

Article 7-3 des CP complètes / 7-2 dernier alinéa des CP simplifiées :

« **Le ou les délais sont prolongés dans les cas suivants : travaux supplémentaires, travaux modificatifs, intempéries. Autres, préciser : ...** ».

L'EP et le ST veilleront non seulement à bien compléter cet article mais aussi à rayer éventuellement les cas qu'ils ont choisi de ne pas appliquer au contrat. Les modalités utiles des prolongations seront précisées (durée de la prolongation, éventuelle franchise de jours).



Recommandation : l'EP doit, dans la mesure du possible, accorder au sous-traitant les mêmes prolongations de délai que celles dont il bénéficie au titre du marché principal et qui concernent tout ou partie des prestations sous-traitées. Toutefois, il doit veiller à ce que les prolongations de délais prévues au contrat de sous-traitance ne soient pas susceptibles de le placer lui-même en retard. Une attention toute particulière doit être prêtée aux prolongations de délais pour intempéries.



Le ST doit, sous peine de forclusion, signaler par écrit à l'EP les faits susceptibles de donner lieu à prolongation de délai dans un délai de 4 jours ouvrables à compter du premier jour de leur manifestation (art. 7-4 CG).

9.4 LES RETARDS ET PÉNALITÉS

9.4.1 Retards du sous-traitant

Art. 7-5 des CG et 7-4 des CP complètes/ 7-3 des CG simplifiées

Article 7-51 des CG :

« Dans le cas où une ou des dates ou durées d'exécution fixées par le calendrier d'exécution visé en 7-3 - ou à défaut par les conditions particulières - ne sont pas respectées par le sous-traitant, des pénalités sont appliquées par l'entrepreneur principal après envoi d'une mise en demeure faite dans l'une des formes prévues à l'article 1-7 du présent contrat ».

Si le ST dépasse les délais contractuels, l'EP doit l'en aviser (art. 7-53 CG .



Les pénalités de retard sont considérées comme des indemnités, ayant pour objet de sanctionner le retard pris par l'entrepreneur dans l'exécution du contrat et de réparer le préjudice subi, de ce fait, par le client. Elles ne constituent pas la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de services et ne sont donc pas situées dans le champ d'application de la TVA (Bulletin Officiel des Impôts 2022  - TVA - Section 5).

Ni les CP ni les CG ne prévoient la possibilité d'application des pénalités de retard sur les délais sans mise en demeure préalable. Cette dernière devra elle-même être précédée de la concertation prévue à l'article 7-71 des CG :

« Si au cours des travaux, il apparaît que le calendrier d'exécution n'est pas respecté du fait du sous-traitant, l'entrepreneur principal doit le convoquer pour examiner avec lui les mesures à prendre. Les mesures convenues sont notifiées au sous-traitant par lettre valant mise en demeure faite dans l'une des formes prévues à l'article 1-7 du présent contrat ».



Ainsi, avant toute application de pénalités, l'EP doit mettre le ST en mesure de prendre toute disposition pour que son retard soit résorbé ou soit sans conséquence sur les autres travaux à réaliser par l'EP.

Le montant et les modalités d'application des éventuelles pénalités ainsi que leur éventuel plafonnement doivent être précisés à l'article 7-41 des CP. A défaut l'article 7-51 des CG les fixe à 1/3000ème du montant du marché et les plafonne à 5% du montant du contrat de sous-traitance.



Recommandation : dans les CP, il est nécessaire de clarifier l'assiette de calcul des pénalités (contrat de sous-traitance ou marché principal).

9.4.2 Retards sur les délais d'exécution partiels

Art. 7-52 des CG

En cas de retard sur les délais partiels, l'EP peut déduire des situations mensuelles les pénalités correspondant au nombre de jours de retard, qui auront été constatés contradictoirement.

En cas de désaccord, le ST dispose de 15 jours pour formuler des réserves motivées. Il ne suffit pas ainsi de signifier un simple désaccord.

9.4.3 Retards de l'entrepreneur principal

Art. 7-6 des CG

L'EP doit informer le ST des retards sur ses propres travaux, qui pourraient affecter ceux du ST.

9.4.4 Défaillance du sous-traitant

Art. 7-7 des CG

Cet article n'est applicable que dans le cas de retards du fait du sous-traitant à l'exclusion d'autres cas de défaillance (redressement judiciaire non suivi de poursuite d'exécution par exemple).



Pour pouvoir engager la procédure de résiliation de l'article 14-2 des CG, il est impératif de respecter scrupuleusement les dispositions des articles 7-71 et 7-72, qui prévoient une concertation préalable, suivie d'une notification de la décision prise par l'EP.

9.4.5 Autres pénalités

L'absence d'article spécifique au sein des CP et des CG ne fait pas obstacle à ce que le contrat de sous-traitance puisse prévoir des pénalités autres que celles sur les délais et correspondant à celles du marché principal.

Ces mécanismes pourront être décrits à l'article 17 « Autres dispositions » des CP.

Recommandations :



- Les pénalités prévues doivent être « raisonnables » au vu du montant du contrat. En cas de contentieux, le juge a toujours la possibilité d'en modérer le montant s'il l'estime disproportionné notamment au regard du préjudice subi.

Une mise en demeure préalable et un plafonnement de ces autres pénalités peuvent également être envisagées.

10

RÉCEPTION, RESPONSABILITÉS ET ASSURANCES

10.1 - LA RÉCEPTION DES TRAVAUX

10.2 - LES RESPONSABILITÉS

10.3 - LES ASSURANCES

10 RÉCEPTION, RESPONSABILITÉS ET ASSURANCES

Art. 8, 10 & 11 des CG et des CP

10.1 LA RÉCEPTION DES TRAVAUX

Art. 8 des CG et des CP

Rappel : la réception est définie par l'article 1792-6  du Code civil comme : « l'acte par lequel le maître d'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement ».

Les modalités de réception des prestations réalisées par le sous-traitant sont précisément décrites dans les CG. Néanmoins, elles peuvent être adaptées dans les CP pour tenir compte notamment des modalités prévues au marché principal.

Dans la grande majorité des cas, la réception de l'ouvrage est unique et est prononcée par le MOA.

En application de l'article 8.1 des CG, dès qu'il obtient le PV de réception, l'entrepreneur principal doit en transmettre une copie à son sous-traitant.

Le PV de réception précise notamment : la date retenue pour l'achèvement des travaux, la date de la réception et la liste des réserves.

La réception a pour effet de :

- Transférer la garde de l'ouvrage ;
- Couvrir les vices et défauts de conformité apparents lors des opérations de réception ;
- Arrêter le décompte des pénalités de retards sur délai d'exécution (bien vérifier la « date retenue pour l'achèvement des travaux ») ;
- Fixer le point de départ des garanties légales (parfait achèvement, biennale de bon fonctionnement et décennale) et de la procédure de décompte final du marché principal.

Recommandations :



- *Prévoir dans les CP un délai maximum laissé à l'EP, à compter de la date de réception par le MOA, pour transmettre le PV de réception au ST ;*
- *Prévoir un formalisme, spécifique, dans les CP, pour la transmission du PV par l'EP au ST, signé par le MOA (LRAR, LRE,...). En l'absence de transmission du PV de réception par l'EP, le ST a intérêt à adresser une mise en demeure à l'EP avec copie au MOA.*

10.1.1 Le transfert anticipé de la garde des ouvrages

Les CG (article 8.3) prévoient la possibilité d'un transfert de la garde des ouvrages réalisés par le ST avant la réception unique du chantier. Cette possibilité est intéressante à mettre en œuvre dans le cas d'un décalage important entre l'achèvement des ouvrages du sous-traitant et l'achèvement du chantier.

Dans cette hypothèse un constat contradictoire précis et exhaustif sera dressé en présence du ST et de l'EP.

10.1.2 Les réserves à la réception

Le PV de réception précise (article 8.2 des CG) le délai dans lequel le ST doit procéder à la levée des réserves. Ce délai court à compter de la date à laquelle le ST a pris connaissance desdites réserves.



Les CP offrent la possibilité de fixer par avance un délai pour la levée des réserves par le ST ; ce délai doit être fixé avec prudence car il pourrait être incompatible avec celui fixé par le MOA.

À défaut de levée des réserves dans le délai contractuellement convenu, l'EP peut faire exécuter les travaux de levée des réserves par une entreprise tierce, aux frais du ST, après mise en demeure restée infructueuse pendant plus de 10 jours par LRAR ou LER. Le ST ne pourra pas s'y opposer (article 8.2 CG).

Dans l'hypothèse où le ST a versé une retenue de garantie dans les conditions prévues à l'article 9 des CG, l'EP pourra retenir les sommes nécessaires à la levée des réserves directement sur cette retenue de garantie ou actionner la caution qui la remplace.

- Le non-respect des règles de l'art ;
- Les malfaçons consécutives aux matériaux employés ;
- La mauvaise exécution des travaux ;
- L'abstention fautive ;
- Les désordres imputables à son intervention ...

L'inexécution ou la mauvaise exécution de ses obligations entraîne, pour le ST, les sanctions prévues au contrat : pénalités, résiliation, mobilisation des garanties contractuelles ...

Le sous-traitant est tenu d'une obligation de résultat, qui emporte présomption de faute et de lien de causalité entre la faute et les désordres (art. 1231-1  Code civil). Dès lors, il appartient au sous-traitant, afin de s'exonérer de sa responsabilité, d'apporter la preuve d'une cause étrangère (Cour d'appel de Reims, 12 février 2019, n°18/009601 .

Les CG prévoient que le ST :

- À la charge du remplacement et de la réparation de ses travaux, matériaux et équipements jusqu'à la réception, nonobstant la mise en jeu d'un dispositif assurantiel (art. 10.2 CG) ;
- Est tenu à la garantie de parfait achèvement prévue à l'article 1792-6 du Code Civil et, à ce titre, qu'il devra reprendre ses ouvrages sur demande de l'EP (art. 10.3 CG) ;
- Garantit l'EP contre tous recours et actions de nature décennale qui pourraient être exercés à son encontre du fait de désordres affectant les prestations réalisées par le ST (art. 10.4 CG).
- Plus généralement, est responsable à l'égard de l'EP pour les dommages causés à autrui à l'occasion de l'exécution des prestations sous-traitées. À ce titre, le ST garantit l'EP contre tous recours et actions qui pourraient être exercés à son encontre par le MOA et tous tiers, qui trouveraient leur origine dans les prestations sous-traitées (art. 10).

Il est possible de prévoir dans les CP des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilités.

10.2 LES RESPONSABILITÉS

Art. 10 des CG et des CP



À signaler : *si des dispositions particulières sont décidées entre EP et ST au cas par cas, concernant les limites de responsabilités de chacun d'eux, il faudra le mentionner à l'article 17 des CP en précisant, le cas échéant, si ces dispositions dérogent à celles des articles 10 des CG et des CP du contrat.*

10.2.1 La responsabilité contractuelle du ST vis-à-vis de l'EP

L'EP doit communiquer au ST tous les renseignements et précisions nécessaires au bon accomplissement de sa mission. Le ST pourra voir sa responsabilité engagée en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de ses obligations contractuelles comme :

Les plafonds et exclusions de responsabilités, qui pourront être précisés à l'article 17 des CP, devront être définis en prenant notamment en compte :

- La nature des prestations réalisées par le ST ;
- Les éventuels plafonds de responsabilités conclus entre l'EP et le MOA ;
- Le montant du contrat de sous-traitance ;
- L'objet du contrat principal ;
- Les conditions d'assurance du ST ;
- La nature des dommages susceptibles d'être causés par le ST.

Ces clauses, qui visent à limiter ou exonérer la responsabilité du ST, peuvent porter sur tous types de dommages (matériels, immatériels, directs, indirects) et tous types de préjudices (perte d'exploitation commerciale, perte de bénéfice ...) à l'exception des préjudices corporels.

Il est notamment recommandé :

- De fixer des plafonds de responsabilité proportionnés au regard des risques générés par l'activité du ST (le montant du contrat de sous-traitance n'est pas un critère pour fixer le seuil des risques) ;
- De vérifier que les polices d'assurance fournies par le ST sont en adéquation avec les travaux réalisés, ses identifications professionnelles, qualifications, et conformes aux exigences du marché principal.

Les actions en responsabilité de l'EP contre le ST se prescrivent, **sauf clause contractuelle contraire**, par 5 ans à compter de la connaissance du risque par l'EP (art. 2224  du Code civil : « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer », c'est-à-dire à compter de la demande en indemnisation engagée par le MOA et non une simple demande en référé expertise (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 14 décembre 2022 n° 21-21.305 ).

10.2.2 La responsabilité délictuelle du ST vis-à-vis des tiers



En complément de la responsabilité contractuelle décrite à l'article 10 des CG (EP / ST), le ST peut également voir sa responsabilité engagée par des tiers (personnes avec lesquelles il n'est pas en lien contractuel tels que, le MOA, le MOE, les riverains ...). On parle alors de responsabilité délictuelle ou extracontractuelle.

10.2.3 La responsabilité délictuelle du ST vis-à-vis du MOA

En application de l'article 1 de la loi de 1975 et de l'article L2193-2  du Code de la commande publique, l'EP est responsable vis-à-vis du MOA de la bonne exécution des prestations confiées à ses ST.

En conséquence, il répond seul vis-à-vis du MOA des fautes que pourraient commettre ses ST lors de la réalisation de leur prestation, sur le terrain de la responsabilité contractuelle (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. du 25 juin 2020 n° 19-15.929 ).

Toutefois, le MOA peut directement mettre en cause le ST, sur le fondement d'une faute ou d'une imprudence, selon les articles 1240  & 1241  du Code civil (Cass. Ch. Plénière, 6 octobre 2006, n°05-13.255  et Cass., 13 janvier 2020, n° 17-19.963 ) , de même pour les marchés publics (CE 7 décembre 2015, Commune de Bihorel, n° 380419 ).

Dans cette hypothèse, l'action contre le ST implique l'existence d'une faute de ce dernier et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage subis par le MOA.

Les actions en responsabilités du maître d'ouvrage contre le ST prévues par l'article 1792-4-2  du Code Civil se prescrivent :

- Par 10 ans à compter de la réception des travaux pour les éléments d'équipement indissociables de l'ouvrage ou qui peuvent le rendre impropre à sa destination (art. 1792  et 1792-2  du code Civil) ;
- Par 2 ans à compter de la réception pour les dommages affectant les éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage (art. 1792-3  du Code Civil).

Toute faute est susceptible d'engager la responsabilité délictuelle du sous-traitant vis-à-vis du MOA y compris tout manquement à son devoir de conseil et à son obligation de résultat :

- Manquement à son devoir de conseil (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 9 juin 2004, n° 02-20.292 );
- Manquement du ST à son obligation de résultat d'exécuter un ouvrage exempt de vices (Cass. Ch. com, 10 mai 2012, n° 08-22.049 .



Il appartient au MOA de rapporter la preuve de la faute du ST.

L'article 10.1 des CG prévoit la responsabilité du ST pour les dommages causés à autrui à l'occasion de l'exécution de ses prestations. A ce titre, le ST garantit l'EP contre tous recours et actions qui pourraient être exercés à son encontre par le MOA et qui trouveraient leur origine dans les prestations sous-traitées.

10.2.4 La responsabilité du ST vis-à-vis des autres constructeurs et des tiers

En l'absence de tout lien contractuel, les règles de mise en jeu de la responsabilité du ST envers les tiers, décrites ci-dessus, sont applicables :

- Rien ne s'oppose à ce qu'un ST fasse l'objet d'une recherche en responsabilité délictuelle lorsque, par sa faute, il cause un dommage à un tiers. Par exemple, les dommages causés aux riverains, aux réseaux... l'EP n'est pas responsable des fautes commises par ses ST envers les tiers (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 22 septembre 2010, n° 09-11.007 );
- Le titulaire d'un marché de travaux ne dispose d'aucun lien contractuel avec son ST de second rang. La responsabilité délictuelle du ST de second rang peut, toutefois, être recherchée par le titulaire, si le ST de rang 2 a commis des fautes qui sont à l'origine d'un manquement contractuel du titulaire vis-à-vis du maître d'ouvrage (ex. retards de chantier).

10.3 LES ASSURANCES

Art.11 des CG et des CP

10.3.1 Assurance responsabilité civile professionnelle et autres assurances

Art. 11.1 CG et CP

Les obligations d'assurance du ST sont prévues dans le contrat de sous-traitance.

Au regard des exigences du marché principal, l'EP fixe les conditions d'assurances applicables au ST dans les CP, ce dernier pouvant les négocier le cas échéant.

Le contrat définit :

- En Responsabilité Civile (RC), la typologie des dommages qui doivent être couverts (corporels, matériels, immatériels, ...), le cas échéant, les montants de garantie à souscrire par le ST ;
- La souscription ou la participation financière à d'éventuelles polices d'assurances complémentaires (Tous Risques Chantier (TRC), bris de machine en cas de mise à disposition d'engins, Contrat Collectif de Responsabilité Décennale (CCRD)...).



Recommandation : *compte tenu des possibilités offertes par le marché de l'assurance, qui peuvent être limitées, et/ou des surcoûts éventuels importants liés à la souscription d'un programme assurantiel conforme aux stipulations du contrat de sous-traitance, il est recommandé d'intégrer les demandes d'assurances en amont, dès la phase d'étude de l'appel d'offres et d'établissement du prix.*

Les obligations d'assurance du ST sont prévues dans le contrat de sous-traitance.

Au regard des exigences du marché principal, l'EP fixe les conditions d'assurances applicables au ST dans les CP, ce dernier étant libre de les négocier le cas échéant.

Le ST est tenu de justifier à l'EP sur simple demande de celui-ci, qu'il satisfait aux conditions d'assurance prévues par le contrat. Cette justification prend généralement la forme d'attestations d'assurance transmises à l'EP. Le défaut de transmission des dites attestations à l'EP peut constituer un cas de résiliation pour défaillance du ST au sens de l'article 14.2 des CG.



L'EP doit vérifier que les activités réalisées par ses ST sont bien garanties et le sont dans les conditions et limites fixées par le marché.

10.3.2 Assurance responsabilité décennale

Art. 11.2 à 11.4 CG et CP



Le ST n'est pas « constructeur » au sens de l'article 1792 du Code civil et se trouve par conséquent hors du champ d'application de la responsabilité décennale et de l'assurance obligatoire. Toutefois, les CG du contrat de sous-traitance type lui répercutent cette responsabilité pour les travaux qui lui sont confiés (art. 10.4 des CG).

Deux régimes d'assurance sont applicables selon la nature des travaux réalisés (bâtiment = ouvrages soumis / génie civil = ouvrages non-soumis).

Ouvrage soumis à assurance décennale obligatoire (obligation légale)

– Art. L241-1  et L243-1-1  du Code des assurances

L'article 11.2 des CG prévoit que le ST souscrive une assurance responsabilité décennale pour des prestations qui participent à la réalisation d'ouvrages soumis à l'obligation légale d'assurance décennale (ex. terrassement, fondations, VRD accessoires d'un bâtiment).

Les montants de garanties doivent être précisés aux CP.

Contrat Collectif de Responsabilité civile Décennale (CCRD)

Si le coût total HT de la construction (y compris révisions, honoraires, taxes, ...) est supérieur à 15 millions d'euros, l'entrepreneur principal devra indiquer dans les CP :

- Si un CCRD a été mis en place ;
- Si le CCRD comporte une clause de renonciation à recours contre le ST et son assureur.

En principe, dans la majorité des cas, c'est le MOA qui souscrira le CCRD. De manière plus exceptionnelle, il pourra être souscrit par l'entreprise titulaire du marché principal (usuellement le mandataire, si le titulaire est un groupement).

- Il convient de vérifier que le CCRD est bien souscrit au bénéfice de l'ensemble des intervenants sur le chantier, y compris les ST.

Ouvrages non soumis à assurance décennale obligatoire (autres que de bâtiment et non-accessoires à un bâtiment)

– Art. L241-1  et L243-1-1  du Code des assurances

La souscription d'une assurance responsabilité décennale pour les chantiers de construction d'ouvrages ne relevant pas du régime de l'assurance obligatoire au sens de l'article L243-1-1 du Code des assurances (ouvrages maritimes, ouvrages d'infrastructures routières, portuaire et aéroportuaires, ...) peut être imposée contractuellement (article 11.3 des CP). Il s'agit alors d'une obligation contractuelle d'assurance décennale.

Souvent, l'EP l'imposera au ST s'il est lui-même dans l'obligation de la souscrire en application du marché principal.

- Il est nécessaire de vérifier que l'attestation fournie par le ST couvre bien les ouvrages non soumis, objet du contrat de sous-traitance.
- Il est nécessaire de vérifier dans l'attestation d'assurance les conditions de garantie d'assurance du ST imposées par l'assureur (montant d'opération limite, montant du contrat de sous-traitance limite, etc...).
- Il est également nécessaire de vérifier que les activités garanties par le ST sont bien mentionnées dans l'attestation d'assurance et que ces activités assurées correspondent bien à celles réalisées par le ST sur le chantier.
- Pour plus d'éléments concernant les assurances, ne pas hésiter à consulter le Guide FNTP « Les assurances des entreprises de Travaux Publics » .

RÉSILIATION DU CONTRAT ET LITIGES

11.1 – LA RÉSILIATION

11.2 – LES LITIGES

11 RÉSILIATION DU CONTRAT ET LITIGES

11.1 LA RÉSILIATION

Art. 14 des CG et des CP

Les CG envisagent les situations suivantes :

- La résiliation de plein droit (art. 14.1 CG) ;
- La résiliation pour défaillance contractuelle du ST (art. 14.2 CG) ;
- La résiliation suite à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du ST (art. 14.3 CG) ;
- La résiliation pour défaut de paiement (art. 14.4 CG).

11.1.1 La résiliation de plein droit

Art. 14.1 CG

L'article 14-1 des CG permet aux parties de résilier le contrat de sous-traitance, de façon automatique, dans les deux cas suivants :

- Lorsque le marché principal est résilié :
 - Sans faute de l'EP : dans ce cas, le ST n'est pas fondé à demander à l'EP une indemnité, sauf si le maître d'ouvrage en verse une à l'EP (dans ce cas, le ST perçoit une quote-part de l'indemnité, en proportion de son préjudice et de ceux de l'EP et des autres sous-traitants) ;
 - Aux torts de l'EP : la faute de l'EP autorise le ST à lui demander de l'indemniser de son préjudice.

- Lorsque le maître d'ouvrage refuse d'accepter le sous-traitant et d'agréer ses conditions de paiement : dans ce cas, le ST ne peut prétendre à aucune indemnité sauf à ce qu'il démontre que le refus résulte d'une faute de l'EP (non-transmission au maître d'ouvrage des éléments prouvant sa capacité technique et/ou financière, ...).



Recommandation : les parties ont intérêt à formaliser par écrit (avenant, protocole, ...) la résiliation du contrat de sous-traitance, afin d'en définir sa date d'effet, de dresser l'état des travaux réalisés, d'établir le décompte des sommes restant à payer et de fixer éventuellement le montant de l'indemnité à verser au ST.

11.1.2- La résiliation pour défaillance contractuelle du ST

Art. 14-2 des CG

Quels sont les principaux cas de défaillance du ST ?

- Non-intervention, refus d'intervention, abandon de chantier ;
- Prestations non conformes ;
- Non-fourniture d'attestations à jour (régularité fiscale, sociale, assurances, Kbis, ...) ;
- Non-respect des règles QSE, droit du travail, lors de travaux à proximité des réseaux (DICT), éthique ;
- Sous-traitance en chaîne non déclarée ;
- Non-respect des délais d'exécution (pour ce cas particulier de défaillance, une procédure spécifique est prévue à l'article 7.7 du contrat (Cf. 9  du présent Guide).

Quel formalisme faut-il respecter quand la défaillance entraîne la résiliation du contrat ?

La procédure de résiliation et la jurisprudence imposent un formalisme précis, à savoir, l'envoi d'une mise en demeure par l'EP comprenant :

- L'indication du (des) manquement(s) du ST au(x)quel(s) il doit être mis fin (il faut impérativement justifier et motiver en quoi consiste ce manquement) ;
- L'indication du délai dans lequel il doit y être mis fin ou dans lequel le ST doit prendre les dispositions nécessaires à cet effet ;
- La référence à l'article 14-2 des CG pour une alerte sur la sanction encourue (résiliation, pénalités, etc.) ;
- Éventuellement, les dispositions qui doivent être mises en œuvre par le ST pour remédier à son (ses) manquement(s).

Le ST a huit (8) jours calendaires (sauf dérogation dans les conditions particulières du marché) pour se conformer à la mise en demeure. A défaut, l'EP peut résilier le contrat de sous-traitance en totalité ou partiellement (pour les seules obligations dont la carence du ST est établie).

L'EP notifie alors au ST par LRAR ou LRE sa décision de résilier totalement ou partiellement le contrat de sous-traitance et l'informe de la date à laquelle il sera procédé à un constat contradictoire de l'état de ses travaux. En cas d'absence du ST dûment convoqué, le constat lui est réputé contradictoire et opposable.



Pour les cas d'urgence avérée (situation de travail illégal, non-respect des règles de sécurité ...), il est possible de procéder à une résiliation immédiate par notification transmise par lettre RAR ou LRE (art. 1226  Code civil).

En cas de défaillance du ST entraînant la résiliation du contrat, que peut exiger l'EP ?

- Une indemnité correspondant aux coûts, retards et conséquences dommageables dus à la défaillance du ST, y compris les charges supplémentaires résultant du remplacement du ST défaillant ;
- Le transfert de propriété des matériaux en usine et sur chantier nécessaires à la poursuite du marché ;
- La mise à sa disposition jusqu'au bon achèvement de l'ouvrage du matériel indispensable à la poursuite des travaux.



Recommandation : le constat listera le matériel que le ST retirera du chantier et celui qu'il laissera le temps de l'achèvement des travaux (le matériel qui reste sur site lui est rémunéré comme une location). Le constat mentionne également qui aura à sa charge la garde et les frais d'évacuation des matériels restés sur chantier.

11.1.3 La résiliation suite à l'ouverture d'une procédure collective du ST

Art. 14.3 CG

Si le ST fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'EP ne peut pas résilier automatiquement le contrat. Il est nécessaire de respecter la procédure prévue à l'article 14.3 des CG.

L'Administrateur (ou le ST s'il est habilité) dispose d'un délai d'un mois (éventuellement prolongé par le juge-commissaire) pour décider :

- Soit de poursuivre le contrat en cours : le ST doit alors respecter les obligations prévues au contrat, notamment le respect du délai d'exécution et la conformité des prestations. A défaut, l'EP peut résilier le contrat de sous-traitance pour défaillance du ST ;
- Soit de résilier le contrat de sous-traitance : il est alors établi contradictoirement un état des travaux exécutés, des approvisionnements, installations et matériels, des acomptes payés et des conséquences de la défaillance du ST (retard d'exécution, surcoût de la prestation liée au remplacement du ST défaillant ...).

À défaut de réponse dans le délai d'un mois, et sauf si le juge commissaire accorde un délai supplémentaire, le contrat de sous-traitance est résilié de plein droit.

Les C.G. rappellent qu'en cas de liquidation judiciaire du ST, l'administrateur (ou le liquidateur) peut exiger la poursuite du contrat de sous-traitance, dans les mêmes conditions qu'en cas de redressement judiciaire.



Penser à informer le MOA et le MOE de l'ouverture de la procédure et à modifier en conséquence le montant de l'acte spécial, en cas de non-poursuite du contrat de sous-traitance.

11.1.4 La résiliation pour défaut de paiement par l'EP

Art. 14.5 CG

Lorsque le ST est payé par l'EP, l'article 14-4 des CG prévoit que le ST peut résilier le contrat, en cas de non-paiement.

Dans ce cas, il doit mettre en demeure l'EP de régler les sommes acceptées. A défaut de paiement sous un mois à compter de la date de réception de la mise en demeure, le contrat est résilié.



Recommandation : *en cas d'impayé, quand le marché principal est un marché privé et, quand le marché principal est un marché public, pour les ST de rang 2 et plus, le ST peut appeler la caution fournie par l'EP, dans les conditions fixées dans l'acte de cautionnement ainsi qu'engager l'action directe en paiement auprès du maître de l'ouvrage (cf. 3.3.2)*.

11.1.5 La résiliation par accord des parties

Les parties peuvent, à tout moment, décider de modifier ou de mettre fin au contrat de sous-traitance avant son terme (art. 1193) du Code civil). Tout comme la conclusion du contrat, cela nécessite l'accord des deux parties, accord qui peut être tacite (Cass. 1^{ère} Ch. Civ. 18 mai 1994, n°92-15.184)

Il convient, dans ce cas, de :



- *Constater contradictoirement les travaux exécutés au titre du contrat de sous-traitance avec éventuellement des vidéos et de photographies datées, dressant un état précis de la qualité et de l'état d'avancement des prestations réalisées à la date de la résiliation, des approvisionnements laissés sur site ... ;*
- *Établir les comptes définitifs entre les parties (DGD, quitus du ST) ;*
- *Formaliser la résiliation amiable du contrat par écrit (protocole d'accord/avenant) en indiquant la date d'effet et ses conséquences (les garanties légales et contractuelles du ST s'appliquant aux prestations réalisées avant la résiliation) ;*
- *Procéder à la modification de l'acte spécial en marché public.*

11.1.6 La résiliation en cas de force majeure

L'article 1218) du Code civil définit la force majeure comme un événement qui empêche l'exécution de son obligation par l'une ou l'autre des parties au contrat et qui :

- Échappe à leur contrôle ;
- Qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ;
- Et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées.

Si le contrat comprend une clause spécifique relative au cas de force majeure, il est impératif de respecter les modalités de notification et de preuve (délai, justificatifs, ...) stipulées dans le contrat ;

Si le contrat ne comprend pas de clause spécifique, il est impératif d'alerter **par écrit** (courrier LRAR ou LRE) son cocontractant, dès connaissance de la survenance de l'événement de force majeure, en justifiant l'impossibilité définitive (éventuellement temporaire dans un premier temps) d'exécuter ses prestations.

11.1.7 La résiliation suite à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'EP

En cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'EP, le ST devra solliciter le mandataire judiciaire sur la poursuite de son contrat.

Les mêmes options que celles visées dans le cas d'une procédure concernant le ST vont se présenter à l'EP :

- Soit l'Administrateur ou le Liquidateur décide de poursuivre le marché principal et le contrat de sous-traitance ;
- Soit l'Administrateur ou le Liquidateur décide de résilier le marché principal, ce qui rendra caduc le contrat de sous-traitance.

L'Annexe X  au présent Guide détaille les règles à respecter.

La FNTF propose des courriers types en cas de procédures collectives de l'EP .

11.1.8 La résiliation pour augmentation / diminution des quantités au-delà des limites prévues dans le contrat de sous-traitance

L'article 3.3 des CG prévoit que le ST accepte les modifications en plus et en moins dans les limites prévues aux CP ou, à défaut, dans le marché principal.

Au-delà de ces limites et à défaut d'accord, le contrat de sous-traitance peut être résilié, par lettre RAR ou LRE.



L'article 3-3 des Conditions générales prévoit l'acceptation par le sous-traitant des augmentations et des diminutions résultant d'un changement de la masse des travaux ou de la nature des ouvrages prévue au contrat de sous-traitance.

Le sous-traitant, même confronté à des modifications nombreuses et importantes en montant, ne doit pas quitter (abandonner) le chantier, aux motifs que ces modifications bouleversent les conditions convenues d'exécution de son contrat (équilibre économique). Agir ainsi mettrait le sous-traitant en défaut et pourrait engager sa responsabilité et conduire à la résiliation de son contrat à ses torts exclusifs.

11.1.9 La résiliation judiciaire

La résiliation peut être demandée en justice :

- Par l'EP ou le ST qui sollicite la résiliation du contrat ;
- Par l'EP ou le ST qui conteste la résiliation unilatérale du contrat.

Du fait du caractère de droit privé du contrat de sous-traitance, le juge compétent est le juge judiciaire (le plus souvent le tribunal de commerce).

Au regard des demandes formulées par l'EP ou le ST, le juge peut décider :

- La résiliation du contrat ;
- La poursuite du contrat (si le juge ne constate pas d'inexécution ou de manquement suffisamment grave, il peut ordonner la poursuite du contrat) ;
- D'accorder du délai (si le juge estime que l'exécution du contrat est encore possible, il peut octroyer un délai d'exécution supplémentaire) ;
- D'accorder des dommages et intérêts (si le juge estime que le manquement constaté n'est pas suffisamment grave pour avoir justifié la résolution du contrat).

11.2 LES LITIGES

Art. 16 des CG et des CP

11.2.1- Quel est le juge compétent en cas de litige ?

Les litiges seront jugés par **le juge judiciaire, c'est-à-dire** le tribunal de commerce, la Cour d'appel, la Cour de cassation en application du principe confirmé par le Tribunal des conflits dans sa décision du 24 novembre 1987.

Mais, si le litige concerne uniquement le désaccord apparu entre le MOA public et le sous-traitant **au sujet de son paiement direct**, alors qu'il n'y a aucun désaccord sur le montant des sommes dues au ST, le juge compétent sera **le juge administratif** car celui-ci, dans ce cas, ne statue pas sur les conditions dans lesquelles le contrat a été exécuté mais sur la seule application du paiement direct par le MOA.



Cette règle dégagée par le juge à l'occasion d'un litige entre un MOAD titulaire d'un contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage (application des dispositions de l'article L.2422-6 du CCP) et un sous-traitant, sur la seule question du paiement direct, est transposable quand le litige apparait directement entre MOA et ST. (Cass. 3^{ème} Ch. Civ. 25 avril 2024 - n° 22-22.912  et Conseil d'Etat, 21 mai 2024, n° 490688t .

11.2.2- Les modes alternatifs de règlement des litiges

La conciliation, la médiation et l'arbitrage sont des modes de règlements alternatifs des différends. En ce sens, ils permettent aux parties de mettre fin au litige, sans l'intervention d'un juge.

Ces modes de règlement alternatifs sont avantageux en raison de leur rapidité. Ainsi, ils évitent les délais inhérents à la procédure judiciaire qui se comptent, le plus souvent en années, de même que l'aléa judiciaire.

La médiation et la conciliation sont deux procédures relativement similaires. En ce sens, une tierce personne entend les parties sur leur différend et les incite à trouver une solution mutuellement satisfaisante, sous couvert d'une obligation de confidentialité du tiers (médiateur ou conciliateur). De plus, elles ne nécessitent pas d'avocat, sauf souhait particulier des parties.

Des médiations gratuites existent, notamment celles proposées par des organismes ou des entreprises publiques (ex : médiateur des entreprises du ministère de l'économie .

La FNTP propose aux entreprises qui ont un litige entre elles de recourir soit à la médiation soit l'arbitrage via le CMATP (Comité de Médiation et d'Arbitrage des Travaux Publics) .

À l'issue de la procédure de médiation :

- Un protocole d'accord transactionnel peut être signé par les parties ;
- Ce protocole pourra être soumis à l'homologation du juge ;
- Si aucun accord n'est trouvé, les parties sont libres de faire régler leur litige devant le juge.

Dans le cas de l'arbitrage, les parties ne saisissent pas le juge pour trancher leurs litiges.

L'arbitrage permet de régler plus rapidement le litige et est confidentiel :

- Le tribunal arbitral ou l'arbitre unique rend une décision, appelée sentence, qui s'impose aux parties et met fin au litige ;
- La sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée. Elle a donc la même valeur juridique qu'une décision de justice.

ANNEXES

- ⇒ ANNEXE I : FOIRE AUX QUESTIONS
- ⇒ ANNEXE II : LOI N° 75-1334 DU 31 DÉCEMBRE 1975 RELATIVE À LA SOUS-TRAITANCE 
- ⇒ ANNEXE III : DISPOSITIONS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE RELATIVES À LA SOUS-TRAITANCE
- ⇒ ANNEXE IV : MAÎTRES D'OUVRAGES SOUMIS AU CCP ET ENTREPRISES PUBLIQUES
- ANNEXE V : FORMULAIRE DC4 ET NOTICE EXPLICATIVE 
- ANNEXE VI : CHECK-LIST POUR LA CONCLUSION D'UN CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE 
- ⇒ ANNEXE VII : CIRCUIT DE PAIEMENT DU SOUS-TRAITANT À PAIEMENT DIRECT SUR CHORUS PRO
- ⇒ ANNEXE VIII : EXEMPLE DE DÉLÉGATION DE PAIEMENT AU PROFIT DU SOUS-TRAITANT
- ⇒ ANNEXE IX : EXEMPLE DE DÉCLARATION DE SOUS-TRAITANCE EN MARCHÉ PRIVÉ
- ⇒ ANNEXE X : RÈGLEMENT DES FACTURES IMPAYÉES DU ST EN CAS DE PROCÉDURE COLLECTIVE DE L'EP

ANNEXE I

FAQ SOUS-TRAITANCE

1. Contrat de sous-traitance et autres contrats ↻

- Q1- Je passe un contrat pour les études d'exécution de mon chantier, dois-je passer un contrat de prestation de services ou un contrat de sous-traitance ?
- Q2- Je passe un contrat pour le nettoyage des bureaux de chantier, dois-je passer un contrat de prestation de services ou un contrat de sous-traitance ?
- Q3- Puis-je recourir à la sous-traitance de pose ?
- Q4- La location d'engin avec chauffeur constitue-t-elle un contrat de sous-traitance ?
- Q5- Un autoentrepreneur peut-il être sous-traitant ?
- Q6- La fourniture sans pose peut-elle être de la sous-traitance ?

2. Conditions de recours à la sous-traitance ↻

- Q7- Le recours à la sous-traitance est-il entièrement libre ? Peut-il être limité ?
- Q8- Est-il obligatoire de formaliser un contrat de sous-traitance ?
- Q9- Est-il possible de constituer un groupement de sous-traitants ?
- Q10- En cas de groupement d'entreprises titulaire d'un marché public, comment formaliser un contrat de sous-traitance ?

3. Déclaration de sous-traitance et garantie de paiement ↻

- Q11- Dans quel délai, le sous-traitant doit-il être accepté ?
- Q12- Le montant des travaux sous-traités indiqué dans le contrat de sous-traitance doit-il être le même que celui indiqué dans le DC4 ?

Q13- Peut-on établir un DC4 sans montant ?

Q14- Quel formalisme en cas de sous-traitance indirecte ?

Q15- Lorsque le sous-traitant est présenté au stade de l'offre en marché public, le DC4 doit-il être fourni ?

Q16- Est-il possible de changer un sous-traitant déclaré à l'offre avant la signature du marché entre le titulaire et le MOA ?

Q17- Un sous-traitant peut-il renoncer à recevoir une caution en garantie de paiement ?

4. Paiement et garanties du sous-traitant ↻

- Q18- Conditions de versement et de remboursement de l'avance au sous-traitant, en marché public
- Q19- Le maître d'ouvrage et l'entreprise principale peuvent-ils réduire le droit au paiement direct du sous-traitant ?
- Q20- En cas de cumul d'actions directes, comment les sous-traitants sont-ils payés si les sommes retenues par le MOA sont insuffisantes ?
- Q21- Comment la retenue de garantie s'applique-t-elle au sous-traitant dans les marchés publics ?
- Q22- Est-il possible de prévoir dans un contrat de sous-traitance une retenue pour couvrir les désordres apparus dans l'année de parfait achèvement ?
- Q23- Lorsque le marché principal est public, la retenue de garantie d'un sous-traitant doit-elle être remplacée par une caution ou une garantie à première demande (GAPD) ?

5. Modification du contrat de sous-traitance ↻

- Q24- Les prestations sous-traitées peuvent-elles être modifiées ?
- Q25- Que faire en cas d'augmentation de la part de travaux sous-traitée ?
- Q26- Le sous-traitant peut-il engager des travaux supplémentaires sans avoir obtenu un accord sur les travaux et leur montant ?

1. CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE ET AUTRES CONTRATS

Q1- Je passe un contrat pour les études d'exécution de mon chantier, dois-je passer un contrat de prestation de services ou un contrat de sous-traitance ?

Je passe un contrat de sous-traitance car mon cocontractant participe à l'acte de construire, en exécution directe du marché principal (public ou privé) que j'ai conclu. L'intervention du bureau d'études hors chantier ne modifie pas cette règle.

Q2- Je passe un contrat pour le nettoyage des bureaux de chantier, dois-je passer un contrat de prestation de services ou un contrat de sous-traitance ?

Je passe un contrat de prestation de services car il ne s'agit pas de l'exécution d'une partie du marché (public ou privé) que j'ai conclu avec le maître de l'ouvrage.

Q3- Puis-je recourir à la sous-traitance de pose ?

Le « tâcheronnage » dans le secteur du BTP consiste à effectuer un travail de pose ou de mise en œuvre, sans fourniture.

C'est une forme de sous-traitance si le tâcheron reste indépendant (absence de lien de subordination avec le donneur d'ordre). À défaut, il y a un risque de requalification du contrat par le juge (prêt de main d'œuvre à but lucratif, sanctionné pénalement).

Q4- La location d'engin avec chauffeur constitue-t-elle un contrat de sous-traitance ?

L'objet du contrat de location est de mettre à disposition un matériel pour un temps donné et selon un prix convenu (Cf Guide FNTP  sur la location d'engin (page 3) et Conditions générales de location de matériel FNTP/ DLR/ FFB .

Lorsque cette location s'accompagne de la mise à disposition d'un salarié qui est le conducteur de l'engin, elle ne doit pas être confondue avec une opération

de sous-traitance au sens de la loi du 31 décembre 1975. Il s'agit d'un contrat de « louage » d'une chose et non de « louage d'ouvrage » (cf. 2.2.3 .

En conséquence, la location d'engin avec ou sans opérateur n'entre pas dans le champ d'application de l'autoliquidation de la TVA.

Q5- Un autoentrepreneur peut-il être sous-traitant ?

Un autoentrepreneur est un sous-traitant dès lors qu'il exécute une partie du marché **en toute indépendance**. Il devra présenter les garanties requises de tout entrepreneur (notamment régularité fiscale et sociale, assurances RC professionnelle et décennale le cas échéant).

Le statut d'autoentrepreneur bénéficie d'une présomption simple de non-salariat.

L'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque l'autoentrepreneur est en réalité placé dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de son donneur d'ordre (art. L8221-6  et L8221-6-1  du Code du travail).

Dans cette situation le contrat peut être requalifié en contrat de travail et le donneur d'ordre peut alors être condamné pénalement pour travail dissimulé.

Q6- La fourniture sans pose peut-elle être de la sous-traitance ?

La fourniture sans pose peut relever de la sous-traitance lorsque la fourniture a été spécifiquement conçue pour le chantier (cf. 2.1 .

2. CONDITIONS DE RECOURS À LA SOUS-TRAITANCE

Q7- Le recours à la sous-traitance est-il entièrement libre ? Peut-il être limité ?

Le recours à la sous-traitance peut être limité soit par le contrat, soit par la loi. Dans le cas des **marchés publics**, la loi prévoit qu'il est impossible sous-traiter la totalité d'un marché public. L'acheteur peut également prévoir dans le marché une limitation de la sous-traitance.

En **marché privé**, la loi permet « l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ».

Cependant, les normes AFNOR* prévoient des limites :

- L'entrepreneur peut sous-traiter l'exécution de **certaines** parties de son marché (NFP 03-002 « Marchés privés de génie civil » (2014)) ;
- L'entrepreneur principal doit exécuter avec sa propre main d'œuvre **une part significative** des prestations correspondant à son ou ses activités de base (NFP 03-001 « Marchés privés de bâtiment » (2017) - art. 4.6.1).

* qui ne s'appliquent que si elles sont contractualisées.

Q8- Est-il obligatoire de formaliser un contrat de sous-traitance ?

Il n'y a pas d'obligation légale de signer un contrat d'entreprise (un devis validé et un acte spécial accepté par le maître de l'ouvrage sont suffisants), il est toutefois recommandé de formaliser un contrat afin d'en valider les aspects essentiels (nature et volume de la prestation, planning d'intervention, prix et modalités de règlement, garanties).

L'utilisation des conditions générales et particulières du contrat de sous-traitance de la Profession  permettent de clarifier les obligations de chaque entreprise.

Q9- Est-il possible de constituer un groupement de sous-traitants ?

Il est possible de conclure un contrat de sous-traitance avec un groupement momentané d'entreprises (GME). Dans ce cas, il faudra que chaque membre soit :

- Accepté par le maître de l'ouvrage ;
- Et ses conditions de paiement agréées par ce dernier.

En cas de groupement conjoint, les prestations étant individualisées, l'acceptation et les garanties de paiement peuvent être délivrées individuellement.

En cas de groupement solidaire, à défaut d'identification des prestations de chaque cotraitant, c'est le montant total sous-traité qui permettra de déterminer le montant du paiement direct ou le montant de la garantie de paiement (caution ou délégation de paiement).

Q10- En cas de groupement d'entreprises titulaire d'un marché public, comment formaliser un contrat de sous-traitance ?

La fiche technique de la DAJ de Bercy sur la sous-traitance indique que : « En cas de groupement d'opérateurs économiques, la déclaration de sous-traitance est signée par l'ensemble des membres du groupement ou par le mandataire habilité par ceux-ci »  (page 9) .

En cas de groupement d'entreprises, la notice du DC4  précise :

- Rubrique « D – Identification du titulaire du marché public » :
 - Chaque membre du groupement doit être identifié : nom commercial et dénomination sociale, adresse de l'établissement et du siège social (si elle est différente de celle de l'établissement), adresse électronique, numéros de téléphone et de télécopie, et numéro SIRET) ;
 - Le mandataire doit également être identifié et fournir ses coordonnées.
- Rubrique « L – Acceptation et agrément des conditions de paiement du sous-traitant » (signature) : le DC4 « est signé par l'ensemble des membres du groupement ou par le mandataire habilité par les membres du groupement. »

3. DÉCLARATION DE SOUS-TRAITANCE ET GARANTIE DE PAIEMENT

Q11- Dans quel délai le sous-traitant doit-il être accepté ?

Pour les marchés de la commande publique, l'acheteur dispose de 21 jours à compter de la réception des documents mentionnés à l'article R2193-3  CCP pour donner son agrément des conditions de paiement et accepter le sous-traitant. Passé ce délai, le silence de l'acheteur vaut acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement (art. R2193-4  du Code de la commande publique).

Pour les marchés privés soumis aux normes NF 03-001 et NF 03-002, le délai est fixé à 15 jours.

Dans les autres marchés privés et en l'absence de disposition spécifique, l'absence de réponse à la demande d'agrément ne peut s'interpréter comme un accord tacite.

Q12- Le montant des travaux sous-traités indiqué dans le contrat de sous-traitance doit-il être le même que celui indiqué dans le DC4 ?

Le montant indiqué dans le DC4 doit être en adéquation avec celui fixé dans le contrat de sous-traitance ou avec le devis établi si un contrat n'a pas été signé. Le MOA est en droit de demander communication du contrat de sous-traitance.

Q13- Peut-on établir une DC4 sans montant ?

Non, les articles R2193-1  et R2193-3  du CCP précisent les mentions obligatoires devant figurer dans la déclaration du sous-traitant (DC4) :

« Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant l'ensemble des informations suivantes :

(...) 3° **Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ;**

4° Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ; (...) ».

La fiche technique  de la DAJ de Bercy sur la sous-traitance précise que :

- « Le soumissionnaire ou titulaire du marché public précise le montant total du contrat de sous-traitance en indiquant le prix HT, TTC et le taux de TVA » (page 7) ;
- En matière d'**accord-cadre à bons de commande**, si un montant minimum est prévu, il correspond au montant à déclarer. Si l'accord-cadre ne prévoit pas de montant minimum, c'est le montant estimatif de l'accord-cadre qui servira de référence ;
- S'agissant d'un marché public comportant des **tranches optionnelles**, le seuil donnant lieu au paiement direct doit être apprécié au regard de la seule tranche ferme, tant que les tranches conditionnelles n'ont pas été affermies ;
- Dans le cadre d'un **marché public reconductible**, le seuil donnant droit au paiement direct doit être apprécié au regard de la seule période initiale puis de chaque reconduction prise individuellement (page 12).

Enfin, la notice accompagnant le DC4 précise que : « Dans le cas où le sous-traitant a droit au paiement direct, le montant des prestations sous-traitées, revalorisé le cas échéant par application de la formule de variation des prix indiqué dans le DC4, constitue le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant ».

Q14- Quel formalisme en cas de sous-traitance indirecte ?

En marchés publics, après avoir complété le formulaire DC4, l'entrepreneur principal du sous-traitant indirect le transmet au titulaire qui l'adresse au maître d'ouvrage, conformément à l'article 3.6.2.3.  du CCAG Travaux 2021.

En marché privé, il incombe à chaque entrepreneur principal de déclarer auprès du maître d'ouvrage son sous-traitant.

Les CG du contrat de sous-traitance de la Profession  précisent qu'il incombe au sous-traitant de 1er rang de déclarer le sous-traitant de 2^{ème} rang auprès du maître de l'ouvrage, sous réserve de l'accord préalable de l'entrepreneur principal (titulaire du marché) qui demeure responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché par lui-même et par ses sous-traitants.

Si le sous-traitant de 2^{ème} rang sous-traite à son tour, il lui incombe de faire accepter son ou ses sous-traitant(s) auprès du maître d'ouvrage, sous réserve de l'accord préalable de son entrepreneur principal et du titulaire du marché.

Q15- Lorsque le sous-traitant est présenté au stade de l'offre en marché public, le DC4 doit-il être fourni ?

Non car une annexe figure la plupart du temps à l'acte d'engagement qui permet d'indiquer les informations prévues par le Code de la commande publique (art. R2193-1 CCP .

En l'absence de cette annexe, le DC4 peut être utilisé.

Q16- Est-il possible de changer un sous-traitant déclaré à l'offre avant la signature du marché par le titulaire avec le MOA ?

Non, car une candidature ne peut pas être modifiée en phase de consultation.

Q17- Un sous-traitant peut-il renoncer à recevoir une caution en garantie de paiement ?

Non, il n'est pas possible de renoncer par anticipation, dans le contrat de sous-traitance au bénéfice de la caution (cf. article 15 de la loi : « 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 »).

Toutefois, le sous-traitant qui exécute ses travaux en sachant qu'il n'a pas reçu de caution solidaire et personnelle (« en toute connaissance de cause ») perd son droit à invoquer la nullité de son contrat.

4. PAIEMENT ET GARANTIES DU SOUS-TRAITANT

Q18- Conditions de versement et de remboursement de l'avance au sous-traitant, en marché public



Rappel : une entreprise peut demander à bénéficier d'une avance même si elle a indiqué « NON » dans l'acte d'engagement. Elle doit pour cela modifier son choix avant la signature du marché lors de la mise au point du marché ou par avenant si le marché a été signé.

La renonciation au bénéfice de l'avance par le titulaire n'empêche pas le ST d'en bénéficier.

Lorsque le titulaire sous-traite en cours d'exécution du marché, il perd automatiquement le droit au montant de l'avance correspondant au montant des travaux sous-traités même si le sous-traitant ne souhaite pas en bénéficier.

L'article R2191-7  du Code de la commande publique prévoit que dans le cadre d'un marché public le montant de l'avance est déterminé sur la base du montant initial TTC.

L'avance constituant un « à valoir » sur la rémunération d'une prestation à fournir par le sous-traitant, ce dernier demeure donc débiteur vis-à-vis de l'acheteur ou s'il est défaillant, ce sera son garant (banquier ou assureur qui a délivré la garantie à première demande ou la caution).

En conséquence, l'acheteur ne peut appliquer une retenue sur les situations de travaux du titulaire, correspondant au montant de l'avance versée au sous-traitant qui est en liquidation judiciaire.

Q19- Le maître d'ouvrage et l'entreprise principale peuvent-ils réduire le droit au paiement direct du sous-traitant ?



Oui, mais uniquement si le montant du contrat de sous-traitance a été lui-même modifié à la baisse préalablement, conformément à un arrêt du Conseil d'État du 27 janvier 2017, n° 397311 ( et Guide 3.3.1 ).

Q20- En cas de cumul d'actions directes, comment les sous-traitants sont-ils payés si les sommes retenues par le MOA sont insuffisantes ?

« La loi du 31 décembre 1975 n'a établi aucune priorité ou privilège au profit du sous-traitant exerçant l'action directe en premier. Les sous-traitants doivent être traités à égalité, dès lors qu'ils s'étaient manifestés avant paiement par le maître de l'ouvrage de certains d'entre eux ou décision judiciaire consacrant l'exercice à leur profit de l'action directe » (Cass. 3^{ème} Ch. Civ., 11 févr. 1987, n° 85-12.052 ).

Si les sommes restant dues par le maître de l'ouvrage sont insuffisantes pour désintéresser l'ensemble des sous-traitants, il sera nécessaire de répartir l'assiette disponible au prorata des créances des sous-traitants.

La Cour de cassation permet, d'ailleurs, à un sous-traitant d'agir pour faire annuler une transaction passée par le maître de l'ouvrage avec d'autres sous-traitants et qui prévoyait un paiement préférentiel à leur profit (Cass. 3^{ème} Ch. Civ., 9 juin 1999, n° 97-19.274 ).

Q21- Comment la retenue de garantie s'applique-t-elle au sous-traitant dans les marchés publics ?

Le titulaire peut prévoir dans le contrat de sous-traitance une retenue de garantie (RG) conformément à la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971  .

Dans les marchés de la commande publique, la retenue de garantie ne s'applique qu'au titulaire du marché public. En effet, il est responsable de l'ensemble des prestations réalisées au titre du marché, même de celles qu'il a confiées à des sous-traitants.

- Soit la RG est remplacée par une caution : le montant des travaux déclaré dans la DC4 correspond à 100% du montant du contrat de sous-traitance
- Soit la RG du ST n'a pas été remplacée par une caution et, dans ce cas, le DC4 peut mentionner l'existence de la retenue de garantie dans la rubrique « G - Prix des prestations sous-traitées » dont le montant maximum est de 5%.

Le sous-traitant doit être déclaré auprès du maître d'ouvrage à hauteur de 100% du montant des travaux. Il est possible tout au long du chantier de modifier ce montant par un acte spécial modificatif.

Q22- Est-il possible de prévoir dans un contrat de sous-traitance une retenue pour couvrir les désordres apparus dans l'année de parfait achèvement ?

La loi n° 71-584 du 16 juillet 1971, qui s'applique au contrat de sous-traitance quelle que soit la nature du marché principal, prévoit que « les paiements des acomptes sur la valeur définitive des marchés de travaux privés visés à l'article 1779-3° du Code civil peuvent être amputés d'une retenue égale au plus à 5 p. 100 de leur montant et garantissant contractuellement l'exécution des travaux, pour satisfaire, le cas échéant, aux réserves faites à la réception par le maître de l'ouvrage ».

La Cour de cassation ayant jugé que la retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception, il n'est pas possible de retenir d'autres sommes à ce titre.

Q23- Lorsque le marché principal est public, la retenue de garantie d'un sous-traitant doit-elle être remplacée par une caution ou une garantie à première demande (GAPD) ?

Le sous-traité, qui est un contrat privé, ne peut que prévoir qu'une garantie conforme à la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971, applicable aux marchés privés et aux contrats de sous-traitance.

La retenue de garantie ne pourra donc être remplacée que par une caution personnelle et solidaire.

5. MODIFICATION DU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

Q24- Les prestations sous-traitées peuvent-elles être modifiées ?

Oui, selon les conditions prévues au contrat ou en cas d'accord écrit entre les parties.

Q25- Que faire en cas d'augmentation de la part de travaux sous-traitée ?

En cas d'augmentation de la part de travaux sous-traitée, il convient de :

- Formaliser un ordre écrit ou un avenant au contrat de sous-traitance préalablement aux travaux, y compris en cas de travaux à réaliser en urgence (art. 5.4 des CG) ;
- Modifier l'acte spécial afin d'annuler et remplacer la précédente déclaration de sous-traitance ;
- Et, si le marché est privé, modifier le montant de la caution fournie par l'entrepreneur principal ou de la délégation de paiement.

Q26- Le sous-traitant peut-il engager des travaux supplémentaires sans avoir obtenu un accord écrit sur les travaux et leur montant ?

En principe non. S'il engage ces travaux supplémentaires, il prend le risque de ne pas en être payé. Exceptionnellement, les tribunaux administratifs peuvent reconnaître le droit au paiement de travaux considérés comme indispensables (cf. CE 13 février 1987, Sté Ponticelli Frères, n° 67314  ; CAA Versailles, 5^e ch 2 février 2012 n° 09VE03036, Sté Valentin SA ).

ANNEXE II

LOI N° 75-1334 DU 31 DÉCEMBRE 1975 RELATIVE À LA SOUS-TRAITANCE

Titre I : Dispositions générales. (Articles 1 à 3)

Article 1

Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.

Article 2

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

Article 3

L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant.

Titre II : Du paiement direct. (Articles 4 à 10)

Article 4

Le présent titre s'applique aux marchés passés par les entreprises publiques qui ne sont pas des acheteurs soumis au code de la commande publique.

Article 5

Sans préjudice de l'acceptation prévue à l'article 3, l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter, ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel.

En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage.

Article 6

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Toutefois les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur à un seuil qui, pour l'ensemble des marchés prévus au présent titre, est fixé à 600 euros ; ce seuil peut être relevé par décret en Conseil d'État en fonction des variations des circonstances économiques. En-deçà de ce seuil, les dispositions du titre III de la présente loi sont applicables.

Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14.

Article 7

Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite.

Article 8

L'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation.

Passé ce délai, l'entrepreneur principal est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées.

Les notifications prévues à l'alinéa 1er sont adressées par lettre recommandée avec accusé de réception.

Article 9

La part du marché pouvant être nantie par l'entrepreneur principal est limitée à celle qu'il effectue personnellement.

Lorsque l'entrepreneur envisage de sous-traiter une part du marché ayant fait l'objet d'un nantissement, l'acceptation des sous-traitants prévue à l'article 3 de la présente loi est subordonnée à une réduction du nantissement à concurrence de la part que l'entrepreneur se propose de sous-traiter.

Article 10

Le présent titre s'applique :

Aux marchés sur adjudication ou sur appel d'offres dont les avis ou appels sont lancés plus de trois mois après la publication de la présente loi ;

Aux marchés de gré à gré dont la signature est notifiée plus de six mois après cette même publication.

Titre III : De l'action directe. (Articles 11 à 14-1)

Article 11

Le présent titre s'applique à tous les contrats de sous-traitance qui n'entrent pas dans le champ d'application du titre II.

Le présent titre ne s'applique pas aux marchés publics soumis à la deuxième partie du code de la commande publique à l'exception :

1° Des marchés publics relevant de ses livres Ier à III dont le montant est inférieur au seuil fixé en application du 2° de l'article L2193-10 ;

2° Des marchés publics relevant de son livre V.

Article 12

Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.

Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.

Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1799-1 du code civil sont applicables au sous-traitant qui remplit les conditions édictées au présent article.

Article 13

L'action directe ne peut viser que le paiement correspondant aux prestations prévues par le contrat de sous-traitance et dont le maître de l'ouvrage est effectivement bénéficiaire.

Les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal à la date de la réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article précédent.

Article 13-1

L'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement.

Il peut, toutefois, céder ou nantir l'intégralité de ces créances sous réserve d'obtenir, préalablement et par écrit, le cautionnement personnel et solidaire visé à l'article 14 de la présente loi, vis-à-vis des sous-traitants.

Article 14

A peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1338 du code civil  à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant.

À titre transitoire, la caution pourra être obtenue d'un établissement figurant sur la liste fixée par le décret pris en application de la loi n° 71-584  du 16 juillet 1971 concernant les retenues de garantie.

Article 14-1

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 ;
- si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'État, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution.

Les dispositions ci-dessus concernant le maître de l'ouvrage ne s'appliquent pas à la personne physique construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint.

Les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître de l'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier. Les dispositions du troisième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle.

Titre IV : Dispositions diverses. (Articles 15 à 16)

Article 15

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 16

Des décrets en Conseil d'État précisent les conditions d'application de la présente loi.

ANNEXE III

DISPOSITIONS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE RELATIVES À LA SOUS-TRAITANCE

PARTIE LÉGISLATIVE

Chapitre III : Sous-traitance (Articles L2193-1 à L2193-14)

Article L2193-1

Le présent chapitre s'applique aux marchés de travaux, aux marchés de services et aux marchés de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation.

Article L2193-2

Au sens du présent chapitre, la sous-traitance est 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.

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

Article L2193-3

Le titulaire d'un marché peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations de son marché, dans les conditions fixées par le présent chapitre.

Toutefois, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire.

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.

Section 1 : Acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement (Articles L2193-4 à L2193-9)

Sous-section 1 : Modalités d'acceptation et d'agrément (Articles L2193-4 à L2193-7)

Article L2193-4

L'opérateur économique peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution 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.

Article L2193-5

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire identifie dans son offre les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel ainsi que la nature et le montant des prestations sous-traitées.

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient en cours d'exécution du marché, le titulaire remet à l'acheteur un acte spécial de sous-traitance.

Article L2193-6

Les conditions d'acceptation du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement par l'acheteur sont fixées par décret en Conseil d'État.

Article L2193-7

Le soumissionnaire ou le titulaire du marché est tenu de communiquer le contrat de sous-traitance à l'acheteur lorsque celui-ci en fait la demande.

Sous-section 2 : Offres anormalement basses des sous-traitants (Articles L2193-8 à L2193-9)

Article L2193-8

Lorsque le montant des prestations sous-traitées semble anormalement bas, l'acheteur exige que le soumissionnaire ou le titulaire du marché lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de ces prestations.

Article L2193-9

Si, après vérification des justifications fournies par le soumissionnaire ou le titulaire du marché, l'acheteur établit que le montant des prestations sous-traitées est anormalement bas, il rejette l'offre lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou n'accepte pas le sous-traitant proposé lorsque la déclaration de sous-traitance est présentée après la notification du marché, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Section 2 : Paiement du sous-traitant (Articles L2193-10 à L2193-13)

Article L2193-10

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 pour la part du marché dont il assure l'exécution :

- 1° Dans les conditions prévues à la présente section lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire qui peut évoluer en fonction des variations des circonstances économiques ;
- 2° Dans les conditions prévues au titre III de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur au seuil fixé par voie réglementaire mentionné au 1° du présent article.

En ce qui concerne les marchés de travaux, de services et de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par voie réglementaire.

Article L2193-11

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.

Article L2193-12

Le paiement direct est obligatoire même si le titulaire du marché est en état de liquidation judiciaire, de redressement judiciaire ou de procédure de sauvegarde.

Article L2193-13

Les modalités de paiement du sous-traitant bénéficiant du paiement direct, notamment les pièces justificatives à transmettre au titulaire du marché, les délais et conditions d'acceptation de ce paiement sont définis par voie réglementaire.

Section 3 : Régime financier (Article L2193-14)

Article L2193-14

Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution personnelle et solidaire ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

PARTIE RÉGLEMENTAIRE

Chapitre III : SOUS-TRAITANCE (Articles R2193-1 à R2193-22)

Section 1 : Acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement (Articles R2193-1 à R2193-9)

Sous-section 1 : Modalités d'acceptation et d'agrément (Articles R2193-1 à R2193-4)

Paragraphe 1 : Déclaration de sous-traitance au moment de l'offre (Articles R2193-1 à R2193-2)

Article R2193-1

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant l'ensemble des informations suivantes :

- 1° La nature des prestations sous-traitées ;
- 2° Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- 3° Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ;

- 4° Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
- 5° Le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie.

Le soumissionnaire remet également à l'acheteur une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il n'est pas placé dans un cas d'exclusion mentionné par les dispositions législatives des sections 1 et 2  du chapitre Ier du titre IV.

Article R2193-2

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Le sous-traitant admis au paiement direct adresse sa demande de paiement au titulaire du marché, par tout moyen permettant d'en assurer la réception et d'en déterminer la date, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé.

Paragraphe 2 : Déclaration de sous-traitance après la notification du marché public (Articles R2193-3 à R2193-4)

Article R2193-3

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 R2193-1 .

Le titulaire établit en outre qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant, en produisant, lorsque les dispositions du chapitre Ier du présent titre s'appliquent, soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances.

Article R2193-4

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 R2193-3  vaut également acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Sous-section 2 : Modalités de modification de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité en cas de prestations confiées à un sous-traitant admis au paiement direct (Articles R2193-5 à R2193-8)

Article R2193-5

Lorsque le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct, postérieurement à la notification du marché, l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial et que les dispositions du chapitre Ier du présent titre s'appliquent, il demande à l'acheteur, sans préjudice des dispositions relatives à l'acceptation du sous-traitant de la sous-section 1 de la présente section, la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article R2191-46 .

Article R2193-6

Lorsque l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible. Cette justification est donnée par une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances.

Article R2193-7

L'acheteur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée à l'article R2193-6  ne lui a pas été remise.

Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés au premier alinéa et à l'article R2193-3  vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Article R2193-8

Toute modification en cours d'exécution du marché dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes nécessite la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires.

Sous-section 3 : Offres anormalement basses des sous-traitants (Article R2193-9)

Article R2193-9

Lorsque le montant de la sous-traitance apparaît anormalement bas, l'acheteur met en œuvre les dispositions des articles R2152-3 à R2152-5 .

Section 2 : Paiement du sous-traitant (Articles R2193-10 à R2193-16)

Article R2193-10

Le seuil prévu à l'article L2193-10 à partir duquel un sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées est payé directement par l'acheteur est fixé à 600 euros toutes taxes comprises.

En ce qui concerne les marchés de services, de travaux ou de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, passés par les services de la défense, notamment des marchés de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations ou de maintien en condition et de prestations intellectuelles, ce seuil est fixé à 10 % du montant total du marché.

Article R2193-11

Le sous-traitant admis au paiement direct adresse sa demande de paiement au titulaire du marché, par tout moyen permettant d'en assurer la réception et d'en déterminer la date, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé.

Article R2193-12

Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date de réception ou du récépissé mentionnés à l'article R2193-11  pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, à l'acheteur.

Article R2193-13

Passé le délai mentionné à l'article R2193-12 , le titulaire du marché est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées.

Article R2193-14

Lorsque le sous-traitant a obtenu la preuve ou le récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande de paiement dans les conditions fixées à l'article R2193-11  ou qu'il dispose de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé par le titulaire, le sous-traitant adresse sa demande de paiement à l'acheteur accompagnée de cette preuve, du récépissé ou de l'avis postal.

L'acheteur adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.

Article R2193-15

L'acheteur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant.

Article R2193-16

Lorsque le sous-traitant utilise le portail public de facturation mentionné à l'article L2192-5, il y dépose sa demande de paiement sans autre formalité. Le titulaire dispose de quinze jours à compter de ce dépôt pour accepter ou refuser la demande de paiement sur ce portail.

Sous-section 1 : Avances (Articles R2193-17 à R2193-21)

Article R2193-17

Lorsque les dispositions des sections 1 à 3 du chapitre I^{er} du présent titre s'appliquent au marché, elles s'appliquent aux sous-traitants sous réserve des dispositions particulières de la présente sous-section.

Article R2193-18

Lorsqu'une partie du marché est sous-traitée, l'avance versée au titulaire est calculée sur la base du montant du marché diminué le cas échéant du montant des prestations confiées aux sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.

Article R2193-19

Dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance, une avance est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct.

Pour le calcul du montant de cette avance, les limites fixées aux articles R2191-3 à R2191-10  sont appréciées par référence au montant des prestations confiées au sous-traitant tel qu'il figure dans le marché ou dans l'acte spécial mentionné à l'article R2193-3 .

Article R2193-20

Le droit du sous-traitant à une avance est ouvert dès la notification du marché ou de l'acte spécial par l'acheteur. Le remboursement de cette avance s'impute sur les sommes dues au sous-traitant selon les mêmes modalités que celles prévues aux articles R2191-11  et R2191-12 .

Article R2193-21

Si le titulaire du marché qui a perçu l'avance sous-traite une part du marché en cours d'exécution, il rembourse l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées et donnant lieu à paiement direct à l'acheteur, même dans le cas où le sous-traitant ne souhaite pas bénéficier de l'avance.

Le remboursement par le titulaire s'impute sur les sommes qui lui sont dues par l'acheteur et débute à compter de la notification de l'acte spécial.



Conformément à l'article 8 du décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022, ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} janvier 2023.

Sous-section 2 : Cession ou nantissement de créances (Article R2193-22)

Article R2193-22

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance.

La copie de l'original du marché ou du certificat de cessibilité prévu à l'article R2191-46  ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article R2193-4  désignant un sous-traitant admis au paiement direct, est remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct.

ANNEXE IV

MAÎTRES D'OUVRAGES SOUMIS AU CCP ET ENTREPRISES PUBLIQUES

1. La sous-traitance est régie par les dispositions du CCP (art. L2193-1 à L2193-14  et art. R2193-1 à R2193-22 ) , lorsqu'elle s'exerce dans le cadre de marchés dont les maîtres d'ouvrages sont des acheteurs soumis au CCP (art. L1211-1  et L1212-1 ) , ce qui inclut :

- **Les pouvoirs adjudicateurs** qui sont :

- Les personnes morales de droit public (État, collectivités territoriales - régions, départements, communes - et leurs établissements publics) ;
- Les personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, (par exemple, les Sociétés d'Économie Mixte - SEM) ;
- Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun (par exemple, les Sociétés Publiques Locales - SPL) ;

- **Les entités adjudicatrices** qui sont des acheteurs intervenant dans le domaine tels que l'énergie (électricité, gaz, chaleur), l'eau (eau potable et assainissement sous certaines conditions), les transports (chemin de fer, tramway...) qui comprennent les pouvoirs adjudicateurs exerçant une activité d'opérateur de réseaux (Ex. SEM exerçant une activité d'opérateur de réseaux...) et les entreprises publiques qui exercent une activité d'opérateur de réseaux.

- **Les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux** (Ex. Enedis, - ErDF, et GrDF dans le secteur de la distribution d'énergie...).

Depuis le 1^{er} janvier 2020, SNCF Réseau qui était un Établissement Public à Caractère Industriel et Commercial est devenu une société anonyme. Malgré ce changement de statut, ses marchés restent des contrats administratifs (art. L2111-9-4  Code des transports).

2. La sous-traitance, lorsqu'elle s'exerce dans le cadre de marchés dont les maîtres d'ouvrages sont les Entreprises Publiques non-soumises aux dispositions du Code, reste régie par les dispositions des Titres I, II et IV de la loi sur la sous-traitance.



Quant aux marchés passés avec des maîtres d'ouvrages privés, rien ne change et ce sont les Titres I, III et IV de la loi qui s'appliquent toujours en cas de sous-traitance.

ANNEXE VII

CIRCUIT DE PAIEMENT DU SOUS-TRAITANT À PAIEMENT DIRECT SUR CHORUS PRO

Le processus sur le portail public est le suivant (cf. Spécifications externes établies par l'Agence pour l'Information Financière de l'État (AIFE – 2.4.5 

1. Le ST transmet sa demande de paiement en mode Portail, Service ou EDI. En mode EDI, il valorise le titulaire dans l'entité « valideur » et les champs dédiés en mode Portail ou Service (Cadre de facturation A10) ;
2. Chorus Pro notifie par courriel le titulaire de l'émission d'une demande de paiement d'un ST ;
3. Le titulaire dispose d'un délai de 15 jours pour valider la demande de paiement dans l'espace « Factures à valider » de Chorus Pro en mode Portail ou Service. En l'absence de prise en charge dans ces délais, la validation est tacite ;
4. La MOE réceptionne la demande de paiement du ST et valorise le statut « Prise en compte MOE » ;
5. Le titulaire transmet le projet de décompte mensuel en mode Portail, Service ou EDI. En mode EDI, il valorise la MOE dans l'entité « valideur » et la MOA dans l'entité « débiteur » et les champs dédiés en mode Portail ou Service ;
6. Chorus Pro notifie par courriel la MOE de la soumission du projet de décompte mensuel. La MOE prend alors en charge le projet de décompte mensuel en mode Portail ou Service sur l'espace « Factures de travaux » ;

7. La MOE accepte ou rectifie le projet de décompte mensuel en lui associant un état d'acompte, complété de ses pièces jointes, sur l'espace « Factures de travaux » de Chorus Pro via un dépôt en mode Portail ou Service. La MOE précise que le document de facturation est un état d'acompte et valorise pour cela le cadre de facturation A15 à partir du document transmis par l'entreprise ;
8. Chorus Pro notifie par courriel la MOA de la soumission de l'état d'acompte. La MOA prend alors en charge l'état d'acompte en mode Portail ou Service dans l'espace « Factures de travaux » ;
9. La MOA associe à l'état d'acompte un état d'acompte validé sur l'espace « Factures de travaux » de Chorus Pro via un dépôt en mode Portail ou Service. La MOA précise que le document de facturation est un état d'acompte validé et valorise pour cela le cadre de facturation A19 à partir du document de la MOE. Si la MOA est une structure paramétrée « MOA uniquement », elle valorise le destinataire effectif (le service financier) dans le bloc « Destinataire » ;
10. Le service financier de la structure publique récupère l'état d'acompte validé selon les modalités qu'il a déterminées (espace « Factures reçues » du Portail, mode Service, mode EDI).

N.B. : la facturation en fin de marché suit les mêmes principes.

ANNEXE VIII

EXEMPLE DE DÉLÉGATION DE PAIEMENT DU SOUS-TRAITANT ACCEPTÉE PAR LE MAÎTRE D'OUVRAGE

*Article 14 de la loi n° 75-1334
du 31 décembre 1975*

<Lieu>, le <date>

Objet : <...>

Réf. chantier : <...>

Entrepreneur principal : <...>

Sous-traitant : <...>

Lot n° <...>

Entre les soussignés :

La société <...>, ayant qualité d'entrepreneur principal, ayant son siège social à <...>, représentée par <...> de première part, ci-après dénommée « l'entrepreneur principal »,

La société <...>, entreprise sous-traitante, ayant son siège social à <...>, représentée par <...> de seconde part ci-après dénommée « le sous-traitant »,

La société <...>, maître de l'ouvrage, ayant son siège social à <...>, représentée par <...>, de troisième part, ci-après dénommée « le maître de l'ouvrage »,

Préalablement à la délégation de paiement, il est exposé ce qui suit :

L'entreprise principale a été chargée par le maître de l'ouvrage de la réalisation de <...>, suivant un marché en date du <...>.

L'entreprise principale, de son côté, a confié au sous-traitant la partie des travaux concernant le lot n° <...>, à savoir pour un montant global TTC ou HT (si autoliquidation de la TVA) de <...> euros, suivant un contrat de sous-traitance en date du <...>, que les parties déclarent bien connaître.

Pour l'application de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975, le sous-traitant a été accepté et ses conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage et ce par lettre du <...>, que les parties déclarent bien connaître.

Afin de satisfaire aux obligations posées aux articles 14 et 14-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, les parties ci-dessus désignées se sont rapprochées et sont convenues de la présente délégation de paiement.

Cela exposé, il est convenu ce qui suit :

L'entreprise principale délègue le maître de l'ouvrage, qui l'accepte expressément, au sous-traitant pour recevoir le paiement des sommes dues au titre du contrat de sous-traitance visé ci-dessus.

Cette délégation s'inscrit dans le cadre de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 et dans les termes de l'article 1338 du Code civil. Elle porte sur l'ensemble des sommes dues au sous-traitant par l'entreprise principale, y compris la révision des prix et les éventuels travaux supplémentaires dans les limites prévues par le contrat de sous-traitance.

De convention expresse entre les parties, le maître de l'ouvrage ne procédera au règlement de situations présentées par le sous-traitant que sur ordre de l'entrepreneur principal. Le règlement des situations se fera dans les délais prévus dans le contrat de sous-traitance.

Fait à <...>, en trois exemplaires originaux.

Le <...>,

L'entrepreneur principal

<Signature>

Le sous-traitant

<Signature>

Le maître de l'ouvrage

<Signature>

ANNEXE IX

EXEMPLE DE DÉCLARATION DE SOUS-TRAITANCE – MARCHÉ PRIVÉ

Courrier d'envoi

Objet : déclaration de sous-traitance : demande d'agrément et d'acceptation des conditions de paiement

Nos références :

Vos références :

Date : XX/XX/2022

Madame, Monsieur,

Conformément aux dispositions de la loi du 31 décembre 1975, nous vous présentons pour acceptation et agrément de ses conditions de paiement l'entreprise sous-traitante XXX, chargée par nos soins de l'exécution des prestations suivantes :

-
-
-

Ses conditions de paiement sont les suivantes : XXX€

Nous vous remercions de nous faire part de votre accord par écrit, étant précisé que nous restons bien entendu entièrement responsables de la bonne exécution de l'ensemble du marché que vous nous avez confié.

Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos salutations distinguées.

Pièce jointe : Déclaration de sous-traitance (dossier)

Déclaration de sous-traitance

ACCEPTATION D'UN SOUS-TRAITANT ET AGRÈMENT DE SES CONDITIONS DE PAIEMENT

1. DÉCLARATION DE SOUS-TRAITANCE

- MARCHÉ
 - maître de l'ouvrage (nom ou raison sociale, adresse, n° SIRET) :
 - titulaire (nom ou raison sociale, adresse, n° SIRET) :
 - objet :
 - PRESTATIONS SOUS-TRAITÉES
 - nature :
 - montant HT :
 - SOUS-TRAITANT - (nom ou raison sociale, adresse, n° SIRET) :
 - CONDITIONS DE PAIEMENT
 - a) Si délégation de paiement :
 - modalités de calcul des décomptes :
 - mode de paiement :
 - délai de paiement :
 - pénalités prévues, réfections et retenues :
 - b) Si règlement par l'entreprise principale :
 - modalités de calcul des décomptes :
 - mode de paiement :
 - délai de paiement :
- L'entreprise principale s'engage à fournir au sous-traitant une caution bancaire en garantie de paiement. Elle en remettra copie au maître de l'ouvrage.

Fait à ... le ...

(signature de l'entrepreneur principal)

2 - DÉCISION DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE

Connaissance prise des renseignements ci-dessus mentionnés,

je, soussigné,...

agissant en qualité de maître de l'ouvrage, accepte le sous-traitant présenté et agrée ses conditions de paiement.

Fait à ... le ...

(signature du maître de l'ouvrage)

ANNEXE X

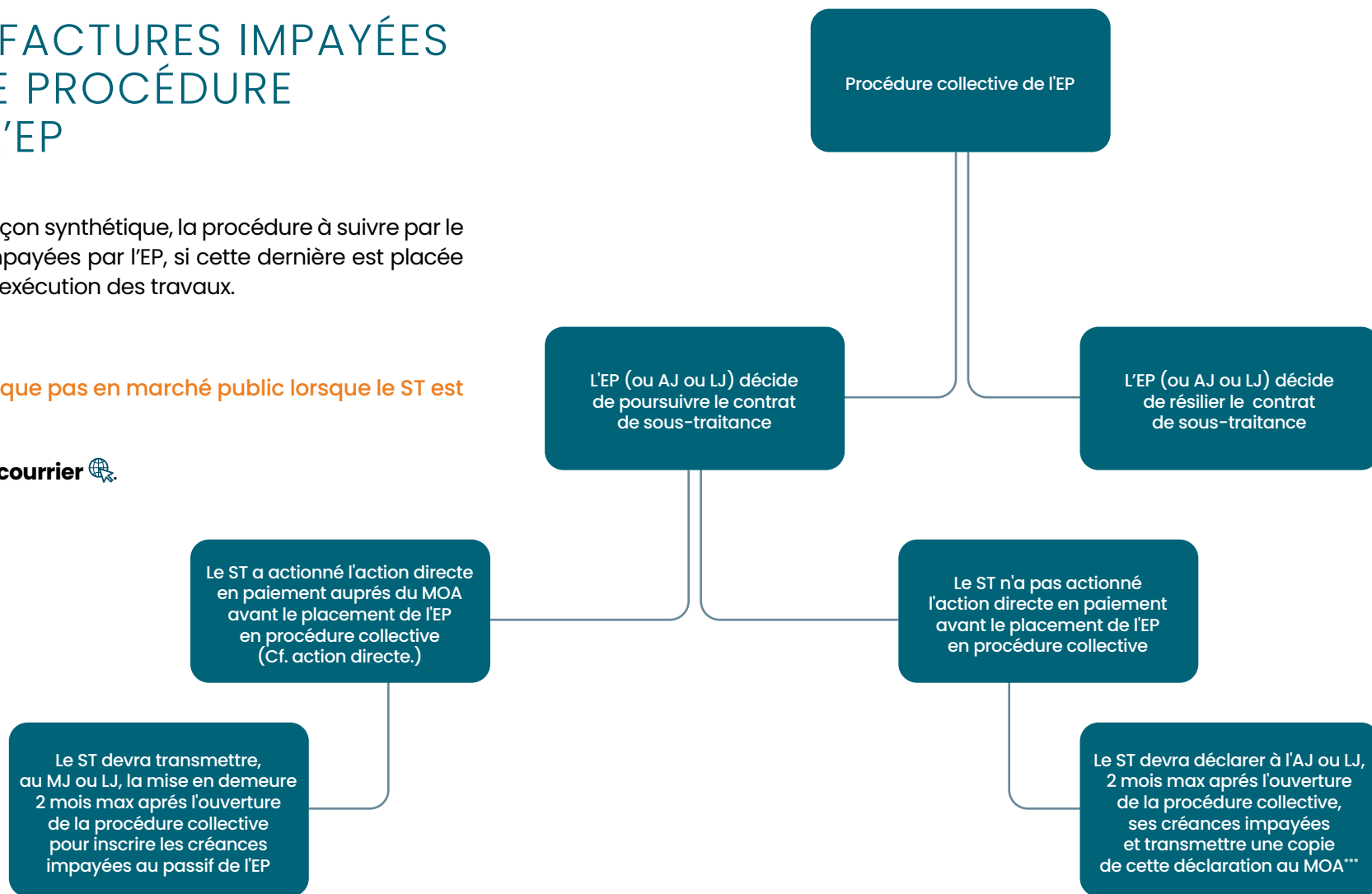
RÈGLEMENT DES FACTURES IMPAYÉES DU ST EN CAS DE PROCÉDURE COLLECTIVE DE L'EP

Le schéma ci-contre explicite, de façon synthétique, la procédure à suivre par le ST afin de recouvrer ses factures impayées par l'EP, si cette dernière est placée en procédure collective en cours d'exécution des travaux.



Attention, ce schéma ne s'applique pas en marché public lorsque le ST est payé directement par le MOA.

- Pour consulter des exemples de courrier



AJ = Administrateur Judiciaire

LJ = Liquidateur Judiciaire

MOA = Maître d'ouvrage

*** Par sécurité juridique, il conviendra d'envoyer une mise en demeure de payer les factures impayées à l'EP



Fédération Nationale des Travaux Publics – 3 rue de Berri – 75008 Paris – Tél. : 01 44 13 31 44



www.fntp.fr



Suivez-nous !