

L'évolution du droit de la sous-traitance dans les marchés publics

- Le droit commun de la sous-traitance applicable aux contrats privés et publics comporte quelques dispositions spécifiques aux marchés publics.
- Ces dispositions qui ont pour objectif de favoriser l'accès des PME à la commande publique (prise en compte des capacités des sous-traitants lors de l'examen de la candidature de l'entreprise principale et simplification du paiement du sous-traitant) ne sont pas les plus efficaces pour améliorer le régime de la sous-traitance.

Mathieu Heintz
Avocat spécialiste en droit public,
SCP Seban & Associés

Sous-traitance • Marché public •
Régime • Entrepreneur principal •
Maître d'ouvrage • PME • Accès à la
commande publique • Sous-traitant
• Capacités •

La loi du 31 décembre 1975 (n° 75-1334) définit le régime général de la sous-traitance applicable quels que soient les contrats pris en considération, privés ou publics, marchés publics⁽¹⁾ ou non. Ainsi, la loi du 31 décembre 1975 propose une définition commune

au droit privé et public des contrats aux termes de laquelle « 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 »⁽²⁾ d'une part de son contrat. Il s'agit donc d'une relation triangulaire entre un maître d'ouvrage, une entreprise titulaire d'un contrat privé ou d'un marché public et un sous-traitant titulaire d'un contrat de sous-traitance avec cette entreprise. Par ailleurs, la loi de 1975 désigne le contrat passé avec un sous-traitant comme un contrat d'entreprise. De même, les obligations de l'entrepreneur principal en marchés publics et en marchés privés sont identiques. Celui-ci doit faire accepter son sous-traitant par le maître d'ouvrage et faire agréer ses conditions de paiement.

Cependant, le droit commun de la sous-traitance n'exclut pas que la matière soit précisée ou fasse l'objet de dispositions particulières pour les contrats de la commande publique, et notamment les marchés publics; la loi de 1975 elle-même comporte des dispositions propres à la sous-traitance dans les marchés publics. Cette particularité est renforcée par certains articles du code des marchés publics et par certaines dispositions contractuelles contenues dans les cahiers des clauses administratives générales (CCAG).

Or, l'ensemble de ces textes et dispositions a évolué ces dernières années afin de favoriser l'accès des PME à la commande

publique. En effet, tant pour le pouvoir normatif communautaire que français, les dispositions en matière de sous-traitance doivent encourager l'accès de ces PME aux marchés publics⁽³⁾. Deux mesures retiennent l'attention à cet égard. Il s'agit de la prise en compte de la capacité du sous-traitant à l'appui de la candidature du soumissionnaire auquel il est associé (I) et de la simplification du paiement du sous-traitant (II). Aussi s'interrogera-t-on sur l'efficacité de ces mesures au regard de l'objectif assigné : l'accès des PME à la commande publique.

I. Les capacités du sous-traitant au renfort de la candidature du soumissionnaire

Le choix de sous-traiter une part de marché peut être opéré par une entreprise au moment de l'offre ou après la conclusion du contrat. Dans la première hypothèse, la jurisprudence puis les textes applicables à la commande publique ont reconnu au sous-traitant sa place au côté de l'entreprise titulaire, permettant à ce dernier de faire valoir les capacités et références du premier pour justifier de sa propre capacité lors de la sélection des candidatures.

Initialement, la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu à un prestataire, pour établir qu'il satisfait aux conditions économiques, financières et techniques de participation à une procédure d'appel d'offres en vue de conclure un marché public, de faire état des capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qu'il entretient avec elles, à condition qu'il soit en mesure de prouver qu'il a effectivement la disposition des moyens de ces entités nécessaires à l'exécution du marché⁽⁴⁾.

(1) H. Pielberg, *Jurisclasseur Contrats marchés publ.*, fasc. 180 : sous-traitance.

(2) Art. 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

(3) Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 cons. 32 ; *Guide de bonnes pratiques - circulaire du 29 décembre 2009 - JO du 31 décembre 2009 - point 17.1 : le paiement direct du sous-traitant.*

(4) CJCE, 2 décembre 1999, *Holst Italia Spa*, aff. C-176/98.

Par la suite, la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services du 31 mars 2004 a intégré les termes de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, l'article 47-2 dispose qu'« un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités à cet effet ».

Cette possibilité a été transposée ensuite dans le code des marchés publics du 7 janvier 2004. Son article 45 précisait alors que « pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'un ou de plusieurs sous-traitants ».

Enfin, l'article 45-III du code des marchés publics issu du décret n°2006-975 du 1^{er} août 2006, tout en transposant à nouveau cette possibilité, l'a élargi en permettant au candidat de justifier des capacités des opérateurs économiques (y compris les sous-traitants) dont il disposera pour l'exécution du marché.

On peut considérer que la possibilité de faire valoir les capacités d'un sous-traitant à l'appui de la candidature d'une entreprise qui soumissionne à un marché public favorise en tant que tel l'accès des PME à la commande publique. En effet, plutôt que de recourir à la forme du groupement momentané d'entreprises qui comporte un engagement juridique fort tant entre ses membres que vis-à-vis du pouvoir adjudicateur avec lequel il contractera le cas échéant, cette possibilité permet à une entreprise de pallier une capacité professionnelle, technique et financière insuffisante pour soumissionner à un marché public tout en demeurant l'unique contractant. En d'autres termes, certaines entreprises pourraient préférer le recours à la sous-traitance dès le stade de la soumission à un marché public qui sera une solution moins contraignante et plus souple à mettre en œuvre que celle qui résulterait d'un groupement d'entreprises. La simplification du paiement des sous-traitants constitue la seconde mesure adoptée en leur faveur.

II. La simplification du paiement du sous-traitant

Le sous-traitant, dont le contrat de sous-traitance est supérieur à 600 euros TTC, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le pouvoir adjudicateur est payé directement par ce dernier pour la partie du marché dont il assure l'exécution. Si ce droit au paiement direct contribue à la sécurité financière du sous-traitant, on s'interrogera en revanche sur son adéquation avec l'objectif assigné d'accès des PME à la commande publique.

Tout d'abord, le sous-traitant peut avoir droit au versement d'une avance. Le code disposait jusqu'à peu qu'une avance était versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct. Par conséquent, le sous-traitant devait satisfaire lui-même aux conditions prévues pour le versement d'une avance, par l'article 87 du code des marchés publics pour pouvoir y prétendre. Ce point a été modifié par le décret n°2009-1086 du 2 septembre 2009, dit « effet utile ». Le code précise

désormais que cette avance est versée au sous-traitant, dès lors que le titulaire remplit lui-même les conditions pour en bénéficier. En d'autres termes, seule la situation de l'entreprise titulaire sera prise en compte pour déterminer si le sous-traitant peut bénéficier de l'avance. Ainsi, un sous-traitant qui, pour sa part sous-traitée, ne remplirait pas les conditions prévues à l'article 87 du code des marchés publics, pourrait tout de même prétendre au versement d'une avance dès lors que l'entreprise titulaire satisferait à ces conditions.

Le code des marchés publics de 2006 a également simplifié la procédure de paiement du sous-traitant afin que ce dernier soit réglé plus rapidement, notamment en cas de différend avec l'entreprise titulaire. L'article 116 du code des marchés publics prévoit que la demande de paiement doit être adressée dans un premier temps au titulaire du marché, mais libellée au nom du pouvoir adjudicateur, sous pli recommandé avec accusé de réception ou contre récépissé. Le sous-traitant adresse également sa demande de paiement au pouvoir adjudicateur, accompagnée des factures et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande, voire de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé. Le pouvoir adjudicateur adresse alors sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant. Le titulaire dispose d'un délai de 15 jours pour donner son accord ou notifier un refus, tant au sous-traitant qu'au pouvoir adjudicateur. Enfin, le pouvoir adjudicateur procède au paiement du sous-traitant dans le respect des délais de paiement soit après réception de l'accord du titulaire du marché, soit à l'expiration du délai de quinze jours (courant à compter de la signature par le titulaire de l'accusé de réception ou du récépissé de la demande de paiement), si pendant ce délai le titulaire n'a notifié aucun accord ni aucun refus, soit enfin, après réception de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé.

La procédure ainsi mise en place constitue incontestablement une garantie de paiement du sous-traitant, notamment en cas de désaccord entre celui-ci et l'entreprise titulaire du marché, voire en cas de défaillance de ce dernier. Toutefois, il ne s'agit pas d'une mesure qui favorise en tant que tel l'accès des PME à la commande publique.

Conclusion

Les dispositions adoptées ces dernières années en matière de sous-traitance pour favoriser l'accès des PME aux marchés publics sont peu nombreuses. On peut également s'interroger sur le fait de savoir si ces mesures contribuent réellement à favoriser l'accès des PME aux marchés publics. En réalité, ce sont probablement d'autres mesures – qui ne sont pas propres à la sous-traitance – qui vont permettre cet accès, comme par exemple l'allotissement des marchés publics.

Les quelques mesures adoptées contribuent finalement non pas à renforcer le régime juridique de la sous-traitance, mais sont utilisées comme un outil pour la réalisation d'une politique publique d'accès des petites entreprises à la commande publique. Or cette restriction se fait au détriment d'une avancée du régime juridique de la sous-traitance et de l'évolution d'un régime juridique commun à l'ensemble des sous-contrats publics (au sein de laquelle coexisteraient pourquoi pas, la sous-traitance mais également la subdélégation de service public et les sous-concessions domaniales). ■