

Sous-traitance et responsabilité du maître d'ouvrage public : actualité jurisprudentielle

La jurisprudence administrative récente a rappelé certaines des règles qui s'appliquent en matière de sous-traitance et donné l'occasion d'évoquer certains points de vigilance qui s'imposent au maître d'ouvrage tels que la vérification de la régularité de l'intervention de l'entreprise ou des conditions dans lesquelles elle peut prétendre à une rémunération.

Auteur

Marianne Hauton
Avocate
Cabinet Seban et Associés

Références

CAA Versailles 8 février 2018, Cne de Sainte Geneviève des Bois, req. n° 16VE02861
CAA Nancy 20 février 2018, Sté HSols Industriels, req. n° 16NC01473
CAA Nantes 23 février 2018, Sté Bretagne Extrusion, req. n° 16NT01336
CAA Nantes 23 février 2018, Sté lumana, req. n° 16NT01170
CAA Bordeaux 8 mars 2018, Commune de la Plaine des Palmistes, req. n° 16BX02206
CAA Nantes 30 mars 2018, Société Constructions B. Fournigault, req. n° 17NT00772
CAA Bordeaux 26 avril 2018, Département des Landes, req. n° 15BX02295
CAA Douai 5 mai 2018, SARL Andelle Assainissement, req. n° 15DA01451
CAA Douai 17 mai 2018, Sté Ysenbaert, req. n° 16DA02390
CAA Nantes, 6 juillet 2018, Sté SAS, req. n° 16NT04079
Cass. 3^e civ., 20 juillet 2008, RG, n° 06.20946

Mots clés

Contrat de fourniture • Maître d'ouvrage • Paiement direct • Sous-traitance • Sujétions imprévues

La sous-traitance dont le régime est défini par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 donne lieu à un contentieux abondant tant devant le juge administratif que devant le juge judiciaire.

Dans le droit fil de solutions jurisprudentielles bien établies, la jurisprudence administrative récente a rappelé certaines des règles qui s'appliquent en la matière et donné l'occasion de d'évoquer certains points de vigilance qui s'imposent au maître d'ouvrage qu'il s'agisse de la vérification de la régularité de l'intervention de l'entreprise ou des conditions dans lesquelles elle peut prétendre à une rémunération.

Responsabilité du maître d'ouvrage et régularité de l'intervention des sous-traitants

Caractérisation d'une relation de sous-traitance et distinction avec le contrat de fourniture

Selon l'article 1^{er} de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 « 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 ».

L'existence d'une relation de sous-traitance déclenche l'application du régime défini par la loi du 31 décembre 1975 et en particulier le droit au paiement direct au bénéficiaire du sous-traitant ou encore l'obligation pour le maître d'ouvrage de s'assurer que l'entreprise principale place ses sous-traitants dans une situation régulière.

Mais, pour ce faire, encore faut-il, avant toute chose, être en présence d'une véritable relation de sous-traitance, et non en présence d'un autre type de relation contractuelle. Or, plusieurs décisions récentes ont encore rappelé la différence entre un contrat de sous-traitance et un simple contrat de fourniture.

La sous-traitance implique en effet, d'une part, une relation bipartite entre le maître d'ouvrage et le titulaire du marché public également qualifié d'entrepreneur principal, et, d'autre part, une autre relation bipartite entre cet entrepreneur principal et le sous-traitant, cette seconde relation ayant pour objet de confier au sous-traitant une partie de l'obligation à laquelle l'entrepreneur principal s'est engagé. Ainsi, le contrat de sous-traitance constitue, comme le contrat principal, un contrat d'entreprise par lequel le sous-traitant souscrit une obligation qui s'inscrit elle-même dans le champ de l'obligation de faire à laquelle l'entrepreneur principal a souscrit à l'égard du maître d'ouvrage.

Et, selon l'acception classiquement retenue tant par la jurisprudence administrative que judiciaire, c'est le degré de spécificité des prestations réalisées par l'entreprise se présentant comme sous-traitante qui différencie le contrat de sous-traitance du simple contrat de fourniture conclu par le titulaire du marché principal. Ainsi, la fourniture d'équipements de production courante ou d'équipements « standards » ne faisant pas l'objet d'adaptations spécifiques au marché concerné ne constitue pas un contrat de sous-traitance mais un simple contrat de fourniture⁽¹⁾.

Par une décision récente du 6 juillet 2018, la cour administrative d'appel de Nantes⁽²⁾, dans une instance portant sur un marché public de travaux relatif à la suppression d'un passage à niveau, a estimé que dès lors que les armatures nécessaires à la réalisation desdits travaux que le titulaire du marché public s'est procurées auprès d'une tierce entreprise ont été réalisées « sur mesure », conformément aux plans élaborés par le maître d'ouvrage et dans le seul but de « répondre aux spécifications techniques du cahier des clauses techniques particulières du marché de travaux », alors une relation de sous-traitance est effectivement caractérisée.

Le même raisonnement consistant à rechercher le caractère « sur mesure » des prestations réalisées par la société se présentant comme sous-traitante a également été mis en œuvre par la cour administrative d'appel de Bordeaux dans une décision du 8 mars 2018⁽³⁾. La juridiction retient ainsi la qualification de sous-traitance au sujet de prestations portant sur la réalisation d'« un ensemble de poutres en bois lamellé-collé, répondant à des spécifications techniques précises en termes de longueur, d'épaisseur, de largeur et d'inclinaison, fabriquées sur mesure aux fins de constituer la charpente du préau et d'une salle en forme d'œuf, ainsi que la métallerie et la quincaillerie nécessaires à leur assemblage. »

À l'inverse, dans le cadre d'un marché portant sur des travaux de création d'un ascenseur et d'un escalier extérieur à un musée, la cour administrative d'appel de Nantes, dans une décision rendue le 23 février 2018⁽⁴⁾, a refusé d'identifier une situation de sous-traitance. La juridiction a ainsi rappelé que « le contrat par lequel le titulaire d'un marché public de travaux commande à une entreprise la fourniture d'éléments de construction ne peut être regardé comme confiant au fournisseur l'exécution en sous-traitance d'une partie des prestations du marché » puis estimé qu'en se bornant « à produire, transporter et livrer un ascenseur sans exécuter de prestation d'installation ou de montage de cet ascenseur sur le chantier », et alors qu'il n'est pas établi que l'ascenseur en cause aurait répondu à des spécifications techniques propres au marché en cause, la société ne pouvait se présenter comme une sous-traitante du titulaire du marché principal.

Ces décisions récentes rappellent également que l'acceptation formelle d'une société par le maître d'ouvrage comme sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement ne sauraient entraîner à eux seuls la qualification de sous-traitants si les prestations réalisées ne justifient pas la qualification de contrat d'entreprise. Les juridictions rappellent ainsi qu'« une entreprise dont le contrat conclu avec l'entrepreneur principal n'a pas les caractéristiques d'un contrat d'entreprise mais d'un simple contrat de fournitures n'a pas droit au paiement direct de ses fournitures par le maître d'ouvrage, en dépit du fait qu'elle a été acceptée par ce dernier en qualité de sous-traitante et que ses conditions de paiement ont été agréées »⁽⁵⁾.

À cet égard, on relèvera que dans l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Nantes le 23 février 2018, le formulaire DC4 n'avait été signé ni par le maître d'ouvrage, ni par l'entrepreneur principal, de sorte que la société n'avait jamais été acceptée comme sous-trai-

[1] CAA Nantes 30 décembre 1999, Société Biwater, req. n° 96NT02356, Rec. CE tables p. 882 ; CAA Nantes 7 octobre 2011, Sté Atlan VDI, req. n° 10NT02052 ; CAA Marseille 15 mai 2006, Société Presider, req. n° 02MA02082. Voir également Cass. 3^e civ., 21 octobre 2014, n° 13-21.031, Inédit ; Cass. 3^e civ., 20 juillet 2008, RG, n° 06.20946.

[2] CAA Nantes 6 juillet 2018, Sté SAS, req. n° 16NT04079.

[3] CAA Bordeaux 8 mars 2018, Commune de la Plaine des Palmistes, req. n° 16BX02206. Voir également s'agissant d'une référence à la spécificité des articles proposés.

[4] CAA Nantes 23 février 2018, Sté lumana, req. n° 16NT01170.

[5] CAA Nantes 6 juillet 2018, Sté SAS, req. n° 16NT04079, précité ; CAA Nantes 23 février 2018, Sté lumana, req. n° 16NT01170, précité.

tante et que le maître d'ouvrage ne pouvait être regardé comme l'ayant induite en erreur sur la qualité au titre de laquelle elle intervenait dans le marché. Cela laisse entendre, en revanche, que dans l'hypothèse où le DC 4 est formellement valable et signé, le maître d'ouvrage est susceptible d'engager sa responsabilité du fait de l'erreur qu'il commet en identifiant à tort une relation de sous-traitance.

Responsabilité du maître d'ouvrage en cas de sous-traitance irrégulière

Lorsqu'une entreprise intervient en qualité de sous-traitante sur un chantier, la personne publique est tenue de s'assurer de la régularité de son intervention au regard des dispositions de la loi du 31 décembre 1975. L'article 14-1 de ladite loi dispose en effet que « 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 ».

Autrement dit, dans le cadre d'un marché public de travaux, le maître d'ouvrage ayant connaissance de l'intervention d'une entreprise pour laquelle l'entrepreneur principal n'a sollicité ni l'acceptation par le maître d'ouvrage ni l'agrément des conditions de paiement, doit mettre l'entrepreneur principal en demeure de régulariser cette situation. À défaut, le maître d'ouvrage qui, ayant eu connaissance d'une sous-traitance irrégulière, s'abstient de toute mesure propre à y mettre fin, commet une faute de nature à engager sa responsabilité⁽⁶⁾.

Si ce principe est parfaitement établi, la difficulté consiste le plus souvent, pour la société revendiquant le statut de sous-traitante, à démontrer que le maître d'ouvrage avait effectivement connaissance de son intervention et du fait qu'elle devait être regardée comme une sous-traitante du titulaire du marché.

Selon une jurisprudence classique, cette preuve est rapportée, et la faute du maître d'ouvrage qui s'abstient de régulariser la situation caractérisée, lorsque le maître d'ouvrage a collaboré de façon effective à l'occasion du chantier avec la ou les entreprises concernées ou qu'il a entretenu avec elles des relations directes et caractérisées⁽⁷⁾. Néanmoins, la jurisprudence, nécessairement très casuistique, rendue sur cette question se révèle assez souvent sévère à l'égard de la société se présentant comme sous-traitante.

À titre d'exemple, la preuve de la connaissance par le maître d'ouvrage de la situation de sous-traitance irrégulière n'est pas rapportée par les circonstances selon lesquelles un représentant du pouvoir adjudicateur aurait participé à trois réunions de chantiers auxquelles l'entreprise concernée aurait également participé, dès lors que cette circonstance « ne suffit pas à prouver que le maître d'ouvrage aurait été informé des conditions exactes de son intervention et de la nature exacte des liens l'unissant à l'entrepreneur principal »⁽⁸⁾. Est également insuffisante à établir la connaissance par le maître d'ouvrage de la situation du sous-traitant la circonstance selon laquelle l'entrepreneur aurait évoqué son nom et sa qualité de sous-traitant dans un courrier mais sans précision sur la nature précise des liens entretenus⁽⁹⁾.

Plusieurs décisions récentes illustrent la difficulté rencontrées par les sociétés dont la sous-traitance n'est pas régulière pour parvenir à mettre en cause la responsabilité du maître d'ouvrage.

Ainsi, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé dans sa décision précitée en date du 6 juillet 2018 que le maître d'ouvrage ne commet pas de faute en ne régularisant pas une situation de sous-traitance irrégulière lorsqu'il est informé de l'existence et de l'intervention de la société à une date où les prestations sont en cours et sont « presque entièrement payées » et lorsque l'entrepreneur principal précise au maître d'ouvrage que l'entreprise est un simple fournisseur et qu'elle n'a jamais demandé à être agréée en qualité de sous-traitante⁽¹⁰⁾.

De même, dans une décision du 30 mars 2018, la cour administrative d'appel de Nantes⁽¹¹⁾ a considéré que le maître d'ouvrage n'engageait pas sa responsabilité lorsque, d'une part, aucune demande d'acceptation et d'agrément du sous-traitant ne lui est adressée, mais seulement une demande de paiement de prestations présentée plus d'un an après la réception des travaux et plus de deux ans après leur exécution, et d'autre part, qu'un représentant du maître d'ouvrage aurait participé à trois réunions de chantiers en présence de représentants de la société concernée, ces éléments étant insuffisants pour établir la connaissance par le maître d'ouvrage d'une sous-traitance irrégulière.

Dans la même logique, la seule visibilité de la présence d'une entreprise (personnels et engins frappés du logo de l'entreprise intervenant sur le chantier) par le maître d'ouvrage dont le siège est situé en face du chantier ne suffit pas à caractériser sa connaissance de la présence de la société⁽¹²⁾.

Ces décisions récentes confirment donc la nécessité pour les sociétés intervenant sur un chantier de se montrer particulièrement vigilantes quant à la régularité

(6) Parmi de très nombreuses décisions : CAA Paris, 25 mai 2010, Société France Sols, req. n° 08PA00801 ; CAA Marseille 2 mai 2000, Sté d'activité métallière, req. n° 97MA01648 : *Contrats-Marchés publ.* 2000, comm. 12, note F. Llorens.

(7) CE 6 novembre 1985, Cne de Checy, req. n° 46587.

(8) CAA Paris 25 mai 2010, Société France HSols, req. n° 08PA00801, précitée.

(9) CAA Paris 25 mai 2010, Société France HSols, req. n° 08PA00801, précitée.

(10) CAA Nantes 6 juillet 2018, Société SAS, req. n° 16NT04079.

(11) CAA Nantes 30 mars 2018, Société Constructions B. Fournigault, req. n° 17NT00772.

(12) CAA Nantes 23 février 2018, Sté Bretagne Extrusion, req. n° 16NT01336.

rité des conditions de leur intervention. À défaut, elles s'exposent à rencontrer d'importantes difficultés pour obtenir, auprès des maîtres d'ouvrage, la réparation des préjudices qu'elles pourraient subir, notamment en cas de défaillance de l'entrepreneur principal ou de litige avec ce dernier.

Responsabilité du maître d'ouvrage et régularité de la rémunération des sous-traitants

Les arrêts récemment rendus ont également été l'occasion de confirmer des solutions jurisprudentielles bien établies au sujet de la rémunération des sous-traitants et de la responsabilité encourue par le maître d'ouvrage à ce titre.

Paiement direct et point de départ des prestations

On rappellera à cet égard que, conformément aux principes posés par l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 précitée, « 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 ».

Lorsque le sous-traitant n'est accepté qu'en cours d'exécution du marché, et non à l'occasion de sa conclusion, le droit au paiement direct ne vaut que pour les prestations réalisées à compter de l'acceptation et de l'agrément par le maître d'ouvrage et non pas pour les éventuelles prestations réalisées par l'entreprise antérieurement à son acceptation, puisqu'à cette date elle ne pouvait se prévaloir de la qualité de sous-traitant régulier. La régularisation de l'intervention d'un sous-traitant n'emporte donc pas rétroactivement de droit au paiement direct.

C'est dans ce cadre que la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté la demande présentée par une société ayant sollicité le paiement de prestations antérieures à l'agrément⁽¹³⁾ en rappelant que « le sous-traitant n'est en droit de prétendre au paiement direct que pour les seules prestations exécutées postérieurement à cet agrément ». La cour administrative d'appel de Versailles a fait de même en confirmant le refus de payer opposé par le maître d'ouvrage de régler des prestations réalisées avant l'acceptation d'un sous-traitant⁽¹⁴⁾.

Cette problématique renvoie ainsi directement à celle mentionnée ci-avant relative à la preuve – difficile à rapporter pour la société qui s'y emploie – de la connaissance par le maître d'ouvrage à une date donnée de l'intervention de l'entreprise en qualité de sous-traitant.

Paiement direct, prestations supplémentaires et sujétions imprévues

Confirmant une autre solution bien établie⁽¹⁵⁾, la cour administrative d'appel de Douai a, en outre, confirmé l'étendue du droit du sous-traitant à obtenir le paiement des prestations supplémentaires qu'il réalise.

Dans sa décision du 17 mai 2018, reprenant la formulation classique, la cour rappelle ainsi que « Le sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit à ce paiement direct pour les travaux supplémentaires qu'il a exécutés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage ainsi que pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché, dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'entrepreneur principal et par le maître de l'ouvrage »⁽¹⁶⁾.

Ainsi, les conditions de paiement de prestations supplémentaires sont – logiquement – les mêmes en matière de sous-traitance qu'en matière de paiement du titulaire d'un marché à forfait.

Dans l'espèce soumise à la cour administrative d'appel de Douai, toutefois, la juridiction retient que les prestations faisant l'objet de la demande de rémunération supplémentaires « entraînent dans le champ des prévisions du marché », et ne revêtaient, en conséquence, pas la qualification de travaux supplémentaires. L'entreprise n'a donc pas droit à leur paiement direct par le maître d'ouvrage. En revanche, toujours dans cette même espèce, la faute délictuelle du maître d'ouvrage est reconnue car ce dernier avait connaissance (ainsi que cela résulte de différents courriers produits dans l'instance) du fait que cette entreprise effectuait des prestations excédant celles prévues par l'acte spécial de sous-traitance et dont le montant dépassait le plafond de paiement direct prévu par ledit acte spécial. L'entreprise est donc fondée à engager la responsabilité du maître d'ouvrage afin d'obtenir le versement d'une somme correspondant aux prestations réalisées mais pour lesquelles l'entrepreneur principal, depuis lors placé en redressement judiciaire, ne lui a pas versé de rémunération. La responsabilité du maître d'ouvrage est, en l'espèce, ainsi retenue à hauteur du tiers du préjudice subi par la société.

Il s'agit là d'un utile rappel à destination des maîtres d'ouvrage auxquels il incombe donc de vérifier en cours d'exécution du marché que les entreprises qu'ils ont acceptées comme sous-traitantes et dont ils ont agréé les conditions de paiement n'excèdent pas, tant qualitativement que quantitativement, l'étendue de ce qui a été convenu.

[13] CAA Nancy 20 février 2018, Sté HSols Industriels, req. n° 16NC01473.

[14] CAA Versailles 8 février 2018, Cne de Sainte Geneviève des Bois, req. n° 16VE02861.

[15] Voir notamment CE 24 juin 2002, Département de la Seine Maritime, req. n° 240271 ; CE 3 mars 2010, Sté Presspali SPA, req. n° 304604.

[16] CAA Douai 17 mai 2018, Sté Ysenbaert, req. n° 16DA02390.

Une décision de la cour administrative de Bordeaux du 26 avril 2018⁽¹⁷⁾ a par ailleurs donné l'occasion au juge de se prononcer sur l'étendue des demandes indemnitaires susceptibles d'être présentées par l'entrepreneur principal au titre de coûts résultant de sujétions techniques imprévues rencontrées par son sous-traitant dans l'exécution des prestations sous-traitées.

À cet égard, on rappellera que pour apprécier si des sujétions imprévues apparues pendant l'exécution d'une partie sous-traitée d'un marché ont entraîné un bouleversement de l'économie générale de ce marché, « il convient de comparer le montant des dépenses résultant de ces sujétions au montant total du marché et non au montant de la partie sous-traitée »⁽¹⁸⁾.

Dans l'espèce soumise à la cour administrative d'appel de Bordeaux, le maître d'ouvrage public soutenait que l'entreprise titulaire du marché ne disposait d'aucun mandat pour présenter des demandes indemnitaires correspondant à des coûts exposés par ses sous-traitants en raison de sujétions techniques imprévues allant, par définition, au-delà des prévisions de l'acte spécial. La juridiction considère que « ce n'est au contraire que dans l'hypothèse d'un paiement direct du sous-traitant que l'entrepreneur principal ne peut réclamer le montant de la prestation du sous-traitant. (...). Dès lors, en l'absence de droit au paiement direct pour la société Sendin Armatures au titre de travaux non inclus dans le montant agréé, la société Eiffage GC SO est fondée à solliciter le règlement des coûts supplémentaires de main d'œuvre d'exécution exposés par son sous-traitant et ses prestataires, sous réserve que ceux-ci soient dûment justifiés et qu'ils relèvent effectivement de sujétions techniques imprévues ».

La possibilité pour le maître d'ouvrage de refuser de régler des prestations non conformes réalisées par le sous-traitant

Enfin, on peut également faire état d'une décision rappelant le principe selon lequel le maître d'ouvrage est en capacité de refuser de régler des travaux qui ne correspondraient pas aux prescriptions du marché.

[17] CAA Bordeaux 26 avril 2018, Département des Landes, req. n° 15BX02295.

[18] CE 1^{er} juillet 2015, Régie des Eaux du canal de Belletrud, req. n° 383613.

Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de préciser que « dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant »⁽¹⁹⁾. Il a complété cet état du droit en précisant qu'au titre de ce contrôle de l'exécution effective des travaux, le maître d'ouvrage pouvait « s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspondait à ce qui était prévu par le marché »⁽²⁰⁾.

Ainsi, en dépit de l'absence de lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant, le maître d'ouvrage n'est pas privé de toute possibilité de contrôle sur le travail effectué par le sous-traitant.

C'est à ce contrôle que s'est livré le maître d'ouvrage dans l'affaire ayant donné lieu à une décision de la cour administrative d'appel de Douai du 5 mai 2018.

Relevant que les puits réalisés n'étaient pas conformes à la commande passée par l'entreprise titulaire du marché public, ni aux stipulations dudit marché public, la Cour en déduit que « Dans ces conditions, après avoir constaté que les prestations réalisées n'étaient pas conformes à ce qui était contractuellement attendu du titulaire du marché, la commune de Bargny était fondée à ne pas faire droit aux demandes de paiement formées par la SARL Andelle Assainissement, à supposer même que celle-ci s'était conformée à la procédure de paiement direct prévue par les dispositions rappelées au point »⁽²¹⁾. La Cour confirme donc la décision rendue en première instance qui avait rejeté les conclusions indemnitaires dirigées notamment contre le maître d'ouvrage.

La jurisprudence récente paraît ainsi confirmer le durcissement de la situation des sous-traitants intervenant dans le cadre d'un marché public, ces derniers se trouvant à la fois largement tributaire de l'attitude de l'entreprise titulaire du marché et, dans le même temps, de plus en plus sous le contrôle du maître d'ouvrage.

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

[20] CE 9 juin 2017, Société Keller Fondations Spéciales c/ Commune de Montereau-Fault-Yonne, req. n° 396358.

[21] CAA Douai 5 mai 2018, SARL Andelle Assainissement, req. n° 15DA01451.