

INSTRUCTION

N° 12-012-M0 du 30 mai 2012

NOR : BUD Z 12 00030 J

MARCHÉS PUBLICS - SOUS-TRAITANCE

ANALYSE

Définition, mise en œuvre et exécution

Date d'application : 30/05/2012

MOTS-CLÉS

MARCHÉ PUBLIC ; SOUS-TRAITANCE ; CONTENTIEUX

DOCUMENTS À ANNOTER

Néant

DOCUMENTS À ABROGER

Instruction n° 10-027-M0 du 2 novembre 2010

DESTINATAIRES POUR APPLICATION

RGP	TGP	DOM	RF	T								

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

*Sous-direction de la gestion comptable et financière des collectivités locales
Bureau CL-1A*

SOMMAIRE

1. DÉFINITION DE LA SOUS-TRAITANCE PAR LA LOI N° 75-1334 DU 31 DÉCEMBRE 1975 MODIFIÉE.....	5
1.1. Marché principal	5
1.1.1. Le marché principal, premier maillon de la relation triangulaire consécutive à la sous-traitance.....	5
1.1.2. Les relations entre le pouvoir adjudicateur et le titulaire	5
1.2. Contrat de sous-traitance	6
1.2.1. Champ d'application de la sous-traitance.....	6
1.2.2. Prohibition de la sous-traitance totale	6
1.2.3. Distinction par rapport aux autres contrats.....	7
2. MISE EN ŒUVRE DE LA SOUS-TRAITANCE.....	8
2.1. Par le titulaire	8
2.1.1. Présentation du sous-traitant	8
2.1.2. Sanction du défaut de présentation du sous-traitant	9
2.1.3. Constitution de garanties de paiement au profit du sous-traitant	10
2.2. Par le pouvoir adjudicateur	10
2.2.1. Buts et modalités de l'acceptation et de l'agrément des conditions de paiement.....	10
2.2.2. Notification de l'acceptation et de l'agrément au sous-traitant	15
2.2.3. Modifications des prestations sous-traitées	16
3. EXÉCUTION	18
3.1. Sous-traitance régulière.....	18
3.1.1. Conditions de mise en œuvre du paiement direct.....	18
3.1.2. Étendue du paiement direct	19
3.1.3. Délais de paiement	21
3.1.4. Cession ou nantissement de créances	21
3.1.5. Conséquences de la sous-traitance irrégulière.....	21
4. RESPONSABILITÉS ET CONTENTIEUX.....	22
4.1.1. Du pouvoir adjudicateur envers le titulaire et le sous-traitant.....	22
4.1.2. Du titulaire envers le pouvoir adjudicateur et le sous-traitant.....	22
4.1.3. Du sous-traitant envers le pouvoir adjudicateur et l'entrepreneur principal	22
4.1.4. Cas particulier de la procédure collective ouverte à l'encontre du titulaire	23
4.1.5. Compétence juridictionnelle.....	23

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE N° 1 : Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance	24
ANNEXE N° 2 : Décret n° 76-476 du 31 mai 1976 modifiant le Code des marchés publics	29
ANNEXE N° 3 : Circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics	33
ANNEXE N° 4 : Circulaire du 31 janvier 1983 relative au régime de la sous-traitance dans les marchés publics et aux modalités de paiement par la collectivité publique contractante.	47

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance définit le régime général de la sous-traitance applicable aux contrats publics ou privés, qu'ils constituent ou non des marchés publics.

Ce dispositif législatif, d'ordre public, a connu de nombreuses modifications, notamment par les lois :

- n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ;
- n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises ;
- n° 94-638 du 25 juillet 1994 tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'Outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte ;
- n° 96-609 du 5 juillet 1996 portant diverses dispositions relatives à l'Outre-mer ;
- n° 98-69 du 6 février 1996 tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier ;
- n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier, dite loi « MURCEF » ;
- et n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

Dans le cas des marchés publics, ce régime doit se combiner, d'une part, avec les dispositions du Code des marchés publics issues du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 modifié et, d'autre part, avec les dispositions contenues dans les cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés considérés.

La présente instruction a pour objet de rappeler aux comptables publics les principes fondamentaux de la sous-traitance et d'en préciser les conditions d'application.

Toute difficulté d'application de la présente instruction devra être signalée sous le présent timbre.

LE SOUS-DIRECTEUR CHARGÉ DE LA GESTION COMPTABLE
ET FINANCIÈRE DES COLLECTIVITÉS LOCALES

JEAN-LUC BRENNER

1. DÉFINITION DE LA SOUS-TRAITANCE PAR LA LOI N° 75-1334 DU 31 DÉCEMBRE 1975 MODIFIÉE

L'article 1^{er} de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 dispose que « *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* ».

La sous-traitance implique donc la conclusion de deux contrats distincts :

- un contrat principal (marché public) conclu entre l'entrepreneur (titulaire) et le maître d'ouvrage ;
- un contrat de droit privé (contrat de sous-traitance ou sous-traité) conclu entre l'entrepreneur principal et une autre entreprise (sous-traitant).

Elle instaure donc une relation triangulaire entre le maître d'ouvrage, le titulaire et le sous-traitant, mais tous ces liens n'ont pas la même nature.

1.1. MARCHÉ PRINCIPAL

1.1.1. Le marché principal, premier maillon de la relation triangulaire consécutive à la sous-traitance

Le marché principal peut être défini comme le contrat passé entre le maître d'ouvrage et l'entreprise principale. La loi du 31 décembre 1975 le qualifie de contrat d'entreprise ou de marché public. Cette double qualification résulte du fait que la loi régit à la fois la sous-traitance en droit privé et en droit public.

Le contrat d'entreprise, aussi appelé louage d'ouvrage, est un contrat par lequel une personne s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles (cf. article 1710 du Code civil).

Conformément à l'article 1^{er} du Code des marchés publics, « *les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

1.1.2. Les relations entre le pouvoir adjudicateur et le titulaire

Conformément aux dispositions des articles 1^{er} de la loi de 1975 et 113 du Code des marchés publics, le titulaire demeure personnellement et seul responsable, devant le maître d'ouvrage, de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché, qu'elles soient assurées par lui ou par un sous-traitant¹.

Cette responsabilité personnelle trouve son fondement dans le contrat qui lie l'entreprise au maître d'ouvrage et qui implique l'obligation d'exécution personnelle du contrat, sans pour autant interdire le recours à la sous-traitance.

À cet égard, la circulaire du 7 octobre 1976 relative au régime de la sous-traitance dans les marchés publics précise que les titulaires de marché « *restent personnellement responsables envers la collectivité publique de l'exécution de la totalité de leurs marchés, même lorsqu'ils en sous-traitent une partie, quelles que soient les modalités de paiement des sous-traitants. L'absence de responsabilité du sous-traitant vis-à-vis de l'acheteur public constitue l'une des principales différences entre la sous-traitance et la co-traitance* ».

Ainsi, il n'existe aucun lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. Ce principe est constant en droit administratif.

¹ CE, 6 mars 1987, OPHLM de Châtillon-sous-Bagneux, n° 37731.

1.2. CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

C'est une convention de droit privé qui permet à un entrepreneur de faire exécuter une partie de son marché par un tiers. Par définition, le lien contractuel se situe uniquement entre l'entrepreneur principal et son sous-traitant et non pas entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant.

1.2.1. Champ d'application de la sous-traitance

Seuls, les marchés publics de travaux, de services ou les marchés industriels peuvent être partiellement sous-traités.

Un marché de fournitures ne peut donner lieu à la sous-traitance visée par les textes précités. Un fournisseur qui procure à l'entreprise principale de simples fournitures comme des matériaux standardisés ou une simple charpente, sans être néanmoins chargé de la pose, ne peut être considéré comme sous-traitant (cf. CAA Nantes, 2^{ème} chambre, 30 décembre 1999, Sté Biwater).

En revanche, le prestataire qui participe à l'exécution du marché principal en appliquant à ses fournitures des spécificités techniques particulières, imposées par l'entrepreneur principal, a la qualité de sous-traitant (CC^o 3^{ème} Civ., 5 février 1985, Pernot c/ SCI les nouveaux marchés d'Osny). C'est le sens de l'article 112, alinéa 2, du Code des marchés publics, qui définit le marché industriel comme le marché ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototypes conçus et réalisés spécialement pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur.

Concernant le champ d'application territorial, les articles 15-1 à 15-3 de la loi de 1975, résultant de la loi n^o 94-638 du 25 juillet 1994 tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'Outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte et de la loi n^o 96-609 du 5 juillet 1996 portant diverses dispositions relatives à l'Outre-mer, prévoient son application à Mayotte, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Nouvelle Calédonie et en Polynésie Française. Par ailleurs, l'ordonnance n^o 2010-137 du 11 février 2010 portant adaptation du droit des contrats relevant de la commande publique passés par l'État et ses établissements publics en Nouvelle Calédonie, Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna indique que la loi de 1975 est applicable par arrêté de l'administrateur supérieur aux îles Wallis et Futuna. Enfin, cette loi est également applicable aux collectivités d'Outre Mer de Saint Barthélemy et de Saint Martin.

Concernant le statut international de la loi sur la sous-traitance, deux arrêts de la cour de cassation ont confirmé que, s'agissant de la construction d'un immeuble en France, les dispositions protectrices du sous-traitant contenues dans la loi du 31 décembre 1975 constituent une loi de police (CC^o, ch. mixte, 30 novembre 2007 et CC^o 3^{ème} civ., 30 janvier 2008), qu'il s'agisse de protéger un sous-traitant français face à son entrepreneur allemand, en lui conférant le bénéfice de l'action directe prévue par le droit français, alors que la loi allemande, qui était celle du contrat de sous-traitance, ne le prévoit pas (première espèce), ou de reconnaître à un sous-traitant allemand, face à un maître d'ouvrage français, le même bénéfice, alors que le contrat de sous-traitance est également soumis à la loi allemande (seconde espèce).

1.2.2. Prohibition de la sous-traitance totale

La sous-traitance ne peut porter que sur « *une partie du marché conclu avec le maître d'ouvrage* » (cf. article 1 de la loi de 1975 modifié par la loi n^o 2001-1168 du 11 décembre 2001). Le titulaire ne peut sous-traiter l'exécution que de « *certaines parties de son marché* » (cf. article 112, al.1, du Code des marchés publics, CMP).

La loi n^o 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF, a posé le principe de l'interdiction de la sous-traitance totale, harmonisant ainsi la loi de 1975 et la circulaire du 7 octobre 1976 précitée, qui indiquait que, si le Code des marchés publics confirme la faculté reconnue au titulaire de sous-traiter certaines parties du marché, « *a contrario, le titulaire est donc tenu d'effectuer une partie des prestations* ».

Cela étant, la loi MURCEF n'a pas donné de définition de la sous-traitance totale, ni défini de pourcentage minimal de prestations à effectuer personnellement par le titulaire. C'est donc au juge qu'il appartient de déterminer, au cas par cas, le caractère prohibé ou non d'une sous-traitance. Ainsi, dans un arrêt pourtant antérieur à la loi MURCEF précitée, le juge administratif a estimé que le recours occulte à une sous-traitance totale autorise le maître d'ouvrage à résilier le marché aux torts de l'entreprise principale (cf. CAA Bordeaux, 2^{ème} ch. 15 décembre 1997, n° 94BX01637, SA Thermotique c/Ville de Nîmes).

Par ailleurs, à titre d'information, la Cour de Justice de la Communauté Européenne s'est également prononcée sur un sujet connexe dans un arrêt du 18 mars 2004 (affaire n° C-314/01, Siemens AG Österreich, ARGE Telekom et Partner et Hauptverband des Österreichischen Sozialversicherungsträger) en indiquant qu'un règlement de consultation peut interdire, au stade de l'exécution du marché, le recours à la sous-traitance pour la réalisation de parties substantielles des prestations.

1.2.3. Distinction par rapport aux autres contrats

- Le contrat de sous-traitance se distingue des contrats de vente, de location ou de dépôt car il comporte une obligation de faire et de réaliser l'objet du contrat et non une simple obligation de donner.
- Le contrat de sous-traitance est différent du contrat de mandat, lequel a pour objet la représentation d'une personne par une autre qui agit au nom et pour le compte de la première. De plus, dans le contrat de mandat, le mandataire n'est assujéti à aucune des responsabilités contractuelles des constructions alors que le sous-traitant possède la qualité de constructeur.
- Le contrat de sous-traitance n'est pas davantage assimilable à un contrat de travail, lequel induit un rapport de subordination. Or, si le sous-traitant est tenu d'exécuter un travail déterminé, il décide librement de la manière dont il va accomplir cette mission.

Dans ce même cadre, le juge se prononce parfois sur la qualification des contrats de sous-traitance susceptibles de dissimuler des prêts illicites de main d'œuvre, en vérifiant, dans les circonstances de fait, la présence ou l'absence d'un lien de subordination entre l'employeur et le salarié. Le prêt de main d'œuvre à but lucratif est une activité réglementée et réservée uniquement aux entreprises de travail temporaire. Les opérations de prêt de main d'œuvre à but lucratif réalisées hors du travail temporaire sont constitutives des infractions de « prêt de main d'œuvre à but lucratif » ou de « marchandage ».

- Enfin, le contrat de sous-traitance doit être distingué de la co-traitance, qui est l'opération par laquelle deux entreprises ou plus, s'engagent entre elles en vue de soumissionner à un marché et de l'exécuter s'il leur est attribué (cf. convention de groupement momentané d'entreprises conjointes ou solidaires). C'est un mode de coopération contractuelle entre entreprises de même rang en vertu duquel « *lorsque le marché est attribué à un groupement d'entreprises, les lots sont attribués à des entrepreneurs nommément désignés, qui ont, chacun pour ce qui le concerne, la qualité de cocontractant du maître de l'ouvrage* » (cf. CE 7 décembre 1987, Chambre d'Agriculture des Deux Sèvres).

2. MISE EN ŒUVRE DE LA SOUS-TRAITANCE

2.1. PAR LE TITULAIRE

L'article 3 de la loi de 1975 indique : « *L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion du contrat 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 d'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant, mais ne pourra pas invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant ».

Par ailleurs, l'article 112 du Code des marchés publics confirme clairement que le titulaire d'un marché public « *peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement* ».

2.1.1. Présentation du sous-traitant

Le maître d'ouvrage ne peut accepter le sous-traitant et agréer ses conditions de paiement que si le titulaire lui en fait formellement la demande.

Aux termes de l'article 5 de la loi de 1975, « *l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître d'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 préalablement déclarés au maître d'ouvrage* ».

Ainsi, le juge administratif a précisé qu'« *aucune disposition, tant de la loi de 1975 (...) que du Code des marchés publics ne confère au maître de l'ouvrage, pour pallier les carences de son contractant, le pouvoir de prononcer l'acceptation du sous-traitant en l'absence d'une demande émanant de l'entrepreneur principal* » (cf. CE, 3 avril 1991, Syndicat Intercommunal d'assainissement du Plateau d'Autrans-Meaudre).

La même règle s'applique dans l'hypothèse où le sous-traitant présente directement au maître d'ouvrage une demande d'acceptation aux fins de pallier la négligence ou la mauvaise volonté de l'entreprise principale (cf. CE, 1^{er} octobre 1990, SARL Multipose).

L'article 114 du Code des marchés publics définit les trois périodes où peut intervenir la présentation du sous-traitant par le titulaire : au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition (article 114.1°), après le dépôt de l'offre (article 114.2°), ou postérieurement à la notification du marché (article 114.3°).

Le candidat (ou le titulaire, si la déclaration de sous-traitance intervient en cours d'exécution du marché) doit indiquer au pouvoir adjudicateur la nature des prestations sous-traitées, les nom, raison ou dénomination sociale et adresse du sous-traitant proposé, le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant, les modalités de variation de prix s'il y a lieu (le sous-traitant ne peut bénéficier de plein droit des dispositions du marché afférentes aux variations de prix) et les capacités professionnelles et financières du sous-traitant. La notion de « montant maximum » se définit ici hors impact d'une variation de prix, actualisation ou révision.

À cette déclaration doit être jointe une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics (article 114.1° du CMP).

Dans le cas où la demande est présentée après le dépôt de l'offre, le titulaire établit en outre qu'aucune cession (ou nantissement) de créances ne fait obstacle au paiement direct du sous-traitant, en produisant soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances (article 114.2° du CMP).

Dans le cas où la demande est déposée en cours d'exécution du marché, le titulaire doit aussi demander la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité, afin de réduire son exemplaire à la seule partie des prestations réellement exécutées par lui et de permettre l'établissement d'un exemplaire unique ou d'un certificat de cessibilité au profit du sous-traitant pour la part qu'il exécute (article 114.3° du CMP).

Cette demande peut être rédigée à partir du modèle d'acte spécial de sous-traitance "DC13", qui n'est qu'une indication et ne possède aucun caractère obligatoire.

Concernant la communication du sous-traité par le titulaire au maître d'ouvrage, l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 modifiée précise que « 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 ». Il s'agit donc d'une simple faculté laissée à l'appréciation du pouvoir adjudicateur.

À cet égard, la circulaire du 7 octobre 1976 précitée indique que la loi de 1975 « donne à la personne responsable du marché un droit de regard sur certaines stipulations figurant dans les contrats de sous-traitance. (...) Son but essentiel est de permettre à la personne responsable du marché de s'assurer qu'il n'existe pas un écart manifestement injustifié entre les conditions faites par la collectivité publique contractante au titulaire et celles figurant dans le sous-traité. (...) Il convient d'insister sur le fait que ces demandes de communication, qui ne doivent pas revêtir un caractère systématique, sont pleinement justifiées lorsque de sérieuses présomptions permettent de penser que les déclarations des titulaires relatives aux conditions de paiement figurant dans les sous-traités sont inexactes ».

Il est rappelé que le sous-traité ne fait pas partie des pièces justificatives à produire au comptable public dans le cadre des contrôles qui lui incombent.

Les paiements au sous-traitant bénéficiaire du droit au paiement direct s'effectuent dans les conditions et limites résultant de l'acte spécial de sous-traitance, car c'est le seul document qui reflète l'engagement du pouvoir adjudicateur. Les conditions posées dans le sous-traité régissent la relation privée entre le titulaire, entrepreneur principal et son sous-traitant.

Au cas où le comptable constaterait une incohérence entre le contrat de sous-traitance qui lui serait malgré tout transmis et l'acte spécial de sous-traitance, il ne devrait tenir compte que des dispositions de l'acte spécial de sous-traitance. Ainsi, dans l'hypothèse où le comptable reçoit le sous-traité ou contrat de sous-traitance à l'appui de l'acte spécial de sous-traitance, il effectue ses contrôles et paiements au vu des seules dispositions indiquées dans l'acte spécial de sous-traitance. L'éventuelle prise en compte des éléments contenus dans le sous-traité ou contrat de sous-traitance relève de la responsabilité du pouvoir adjudicateur, qui peut, s'il le souhaite, en demander communication au moment de la présentation du sous-traitant et en intégrer certains aspects dans l'acte spécial de sous-traitance.

2.1.2. Sanction du défaut de présentation du sous-traitant

Le titulaire du marché reste intégralement tenu envers son sous-traitant non accepté par les termes du sous-traité et il doit s'acquitter de ses obligations contractuelles, notamment financières à son égard.

L'absence d'acte spécial de sous-traitance signé des deux parties (le représentant du pouvoir adjudicateur et le titulaire du marché) est systématiquement opposée au sous-traitant irrégulier par le juge administratif. Aucune acceptation et donc aucun droit au paiement direct ne peut intervenir sans déclaration de sous-traitance par le titulaire, entrepreneur principal. En cas de déclaration tardive, le sous-traitant n'a droit qu'au paiement des prestations réalisées postérieurement à son acceptation (cf. CAA Lyon 7 juillet 2004, Ste Périmètre c/ département de l'Yonne). Le sous-traitant ne peut en effet prétendre au paiement direct que pour les prestations réalisées après son acceptation et l'agrément de ses conditions de paiement.

Par ailleurs, en matière de travaux publics, l'article 3.6.1.4 du CCAG Travaux prévoit expressément que « *le recours à la sous-traitance, sans acceptation préalable du sous-traitant et sans agrément préalable des conditions de paiement, expose l'entrepreneur à l'application des mesures prévues à l'article 46.3* », à savoir la résiliation du marché pour faute du titulaire.

La même solution s'applique en cas de communication par le titulaire au maître d'ouvrage de renseignements erronés à l'appui de la déclaration de son sous-traitant.

Le même type de sanction est appliqué dans les CCAG applicables aux marchés de services, aux marchés de prestations intellectuelles, ainsi qu'aux marchés industriels, à la réserve près que, pour ce dernier, une pénalité peut être infligée au titulaire qui ne régulariserait pas la situation de son sous-traitant dans le délai de 15 jours à compter de la réception d'une mise en demeure.

Il est à noter que l'article 46 du Code des marchés publics a renforcé la lutte contre le travail dissimulé. Désormais lorsque le montant du marché est supérieur à 3000 euros, le maître d'ouvrage doit exiger de son cocontractant, lors de l'attribution du marché et tous les 6 mois par la suite, les documents attestant de la régularité de sa situation au regard de la réglementation sur le travail illégal (cf. articles R. 8222-5 ou R. 8222-7 du Code du travail). Ces documents ne constituent pas des pièces justificatives à produire au comptable ².

2.1.3. Constitution de garanties de paiement au profit du sous-traitant

Aux termes de l'article 14 de la loi de 1975 modifiée, le paiement de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant de second rang ou plus sont garanties à peine de nullité du sous-traité (ou contrat de sous-traitance). Cette garantie peut revêtir deux formes : soit une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur, donneur d'ordre, auprès d'un établissement qualifié, soit une délégation de paiement au maître d'ouvrage du montant des prestations réalisées par le sous-traitant (cf. article 1275 du Code civil).

2.2. PAR LE POUVOIR ADJUDICATEUR

Conformément à l'article 3 de la loi de 1975 précitée, le pouvoir adjudicateur doit accepter le sous-traitant et agréer ses conditions de paiement. Ces deux volets constituent des formalités indissociables et obligatoires.

2.2.1. Buts et modalités de l'acceptation et de l'agrément des conditions de paiement

L'acceptation a pour vocation de protéger les intérêts de la collectivité en permettant au pouvoir adjudicateur de connaître le sous-traitant auquel le titulaire envisage de confier une partie de l'exécution du marché et de le refuser, le cas échéant, si son intervention est de nature à nuire à une bonne exécution du marché. Elle est aussi l'occasion de vérifier que les prestations que le titulaire envisage de sous-traiter peuvent effectivement faire l'objet d'un contrat de sous-traitance.

La circulaire de 1976 précitée, qui n'a pas été modifiée sur ce point, prévoit que l'acceptation, son refus, voire, dans des cas exceptionnels, le retrait d'acceptation sont des actes discrétionnaires qui, bien que devant être fondés en droit, n'ont pas à être motivés. Cette reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur n'implique pas l'absence de tout contrôle juridictionnel.

Désormais, compte tenu de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et de la circulaire du 28 septembre 1987 (JO 20 octobre 1987), le maître d'ouvrage doit motiver sa décision.

² Concernant la responsabilité du pouvoir adjudicateur qui a connaissance de la présence du sous-traitant non déclaré sans demander sa régularisation au titulaire, voir paragraphe 3.1.5 sur la sous-traitance irrégulière infra.

L'agrément des conditions de paiement répond à un souci de protection des sous-traitants. Il constitue, grâce à la possibilité de se faire communiquer le sous-traité, un moyen pour le pouvoir adjudicateur de constater si les rapports entre sous-traitant et titulaire sont équilibrés. Cet agrément ne doit pas conduire le pouvoir adjudicateur à s'immiscer dans les relations de droit privé entre le titulaire et le sous-traitant. Il ne doit pas non plus être utilisé comme argument pour une renégociation des stipulations contractuelles. Sa vocation première est de permettre à l'acheteur public de s'assurer qu'il n'existe pas d'écart manifestement injustifié entre les conditions faites par la collectivité contractante et celles figurant dans le sous-traité.

Ces deux éléments sont indissociables, la seule acceptation ne suffit pas. Le Conseil d'État considère, de jurisprudence constante, qu'à défaut de l'existence cumulative d'une acceptation du sous-traitant et d'un agrément de ses conditions de paiement, la sous-traitance n'est pas valablement établie (cf. CE, 13 juin 1986, OPDHLM du Pas-de-Calais c/ Sté Franki).

Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, la notification emporte acceptation et agrément des conditions de paiement (cf. article 114.1° du CMP).

Dans le cas où la demande est présentée après le dépôt de l'offre ou dans le cas où la sous-traitance est présentée en cours d'exécution du marché, l'acceptation et l'agrément des conditions de paiement sont alors constatés par un acte spécial écrit signé par le pouvoir adjudicateur et le titulaire (cf. article 114.2° et 114.3° du CMP).

Aucun texte, ni aucune jurisprudence n'exige la contre-signature de l'acte spécial par le sous-traitant. « *L'acte spécial de sous-traitance (...) n'est signé que par le titulaire du marché et le pouvoir adjudicateur, et non par le sous-traitant. La signature de ce dernier n'apparaît en effet que sur le contrat de sous-traitance, contrat de droit privé régissant ses relations avec le titulaire, donneur d'ordre* » (cf. réponse écrite du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie publiée dans le journal officiel Sénat du 14 décembre 2006, page 3102 à la question parlementaire n° 24784).

Dans un registre purement formel, le modèle d'acte spécial DC13 ne prévoit d'ailleurs que la signature du candidat ou du titulaire du marché et celle du représentant de l'acheteur, à l'exclusion de toute autre.

2.2.1.1. Précisions sur le contenu de l'acte spécial de sous-traitance au regard du contrat de sous-traitance.

L'acte spécial de sous-traitance précise la nature des prestations sous-traitées, le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant, le montant maximal des sommes à payer directement, les modalités de leur règlement et, le cas échéant, les modalités de variation de prix ainsi que les capacités professionnelles et financières du sous-traitant (cf. article 114.2° al. 4 du CMP).

Il en résulte que les actes spéciaux de sous-traitance ne comportent pas nécessairement toutes les mentions du contrat de sous-traitance, lesquelles entrent dans la relation de droit privé entre le titulaire du marché et son sous-traitant.

- Ainsi, il n'appartient pas au comptable public de procéder, pour le compte du titulaire, à des *retenues de garantie* sur les paiements à verser au sous-traitant, au motif que ces retenues figurent dans le contrat de sous-traitance au bénéfice du titulaire. Par ailleurs, un maître d'ouvrage n'est pas fondé à procéder à une retenue de garantie sur les sommes dues au sous-traitant puisque l'article 113 du Code des marchés publics pose clairement le principe de responsabilité du seul titulaire pour l'exécution de l'ensemble des prestations prévues au marché, y compris celles réalisées par le sous-traitant.

À cet égard, la Direction des affaires juridiques des ministères économique et financier souligne qu'« *en vertu du principe général de l'effet relatif des contrats et en l'absence de dispositions réglementaires, il ne saurait être question d'imposer au sous-traitant une retenue de garantie prévue dans un contrat auquel il n'est pas partie* » (cf. lettre CCM n° 98000373 du 26/06/98).

D'ailleurs, « (...) l'article 101 [du Code des marchés publics] ne prévoit de retenue de garantie qu'à la charge du titulaire et n'est pas mentionné dans l'article 115 comme s'appliquant aux sous-traitants. En conséquence, le maître d'ouvrage n'a pas à appliquer une retenue de garantie au sous-traitant. Il n'a pas non plus à prévoir de pénalités de retard pour le sous-traitant dans l'acte spécial de sous-traitance » (cf. réponse écrite du 14 décembre 2006 précitée).

Enfin, à l'occasion d'une réponse écrite à la question parlementaire n° 22541, publiée dans le Journal Officiel du Sénat le 10 mai 2007, il a été indiqué, dans l'hypothèse où le montant des travaux exécutés par le titulaire et les sous-traitants ne permet pas au maître d'ouvrage de prélever la garantie financière, que « *prélever la retenue de garantie sur les sommes dues au sous-traitant ne serait pas conforme aux dispositions du Code des marchés publics [...]. En revanche, si des paiements doivent être faits ultérieurement au bénéfice du titulaire, les acomptes ne constituant pas des paiements définitifs, il est possible d'appliquer au titulaire, sur l'acompte suivant, en plus de la retenue de garantie correspondant à cet acompte, celle qui n'a pu être exécutée précédemment* ».

Cela étant, si l'acte spécial de sous-traitance prévoit l'application d'une retenue de garantie sur le sous-traitant, le comptable public, qui n'est pas juge de la légalité des pièces qui lui sont produites, devrait exécuter les dispositions ainsi prévues.

Dans l'hypothèse où le titulaire exécute moins de 5% du montant du marché (ou du pourcentage prévu au marché pour la retenue de garantie), que cette situation se produise dès le commencement du marché ou en cours d'exécution de celui-ci, il convient de demander une substitution de garantie dès le moment où l'impossibilité mathématique de prélever la retenue de garantie sur le titulaire est constatée.

Les comptables publics doivent donc attirer l'attention des pouvoirs adjudicateurs sur les vérifications préalables à effectuer à ce titre en cas d'acceptation d'un sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement.

Si le pouvoir adjudicateur constate que la retenue de garantie ne pourra pas être intégralement prélevée sur le titulaire, il lui appartient de demander une substitution par la production d'une garantie à première demande ou, s'il l'accepte, d'une caution personnelle et solidaire.

À réception de cette garantie de substitution, le pouvoir adjudicateur en transmet immédiatement copie au comptable public en lui demandant par écrit de libérer la retenue de garantie déjà prélevée.

Enfin, dans le cas où le titulaire ne fournit aucune garantie de substitution alors que celle-ci est nécessaire au titre du marché, il n'est dès lors plus possible de le payer et donc de payer le sous-traitant.

Cela étant, dans ce dernier cas de figure, le comptable public peut déférer à une réquisition du pouvoir adjudicateur dès lors qu'il ne se trouve dans aucun des cas où la loi l'interdit.

- Par ailleurs, les *pénalités* sont décomptées sur les sommes à verser au titulaire, seul responsable vis-à-vis du maître d'ouvrage de l'exécution du marché, quand bien même les retards seraient le fait du sous-traitant. Dans l'hypothèse où toutes les sommes dues personnellement au titulaire ont déjà été réglées avant l'établissement définitif des pénalités de retard, cette circonstance ne fait pas obstacle au paiement du sous-traitant pour l'intégralité du montant qui lui est dû. Il appartient alors au pouvoir adjudicateur d'émettre un titre de recettes à l'encontre du titulaire pour recouvrer les pénalités.

Concernant les modalités de paiement, le sous-traitant ne peut se prévaloir auprès du maître d'ouvrage du contrat qui le lie à son entrepreneur principal (le titulaire), auquel le maître d'ouvrage n'est pas partie (cf. CE 17 décembre 1999, Sté d'aménagement de Lot-et-Garonne).

De même, le pouvoir adjudicateur ne peut opposer au sous-traitant des dispositions du marché initial, sauf si l'acte spécial prévoit expressément de rendre opposables au sous-traitant les modalités de paiement prévues par un CCAP (cf. CE 28 décembre 1988, SA Prometal). Dès lors, si l'acte spécial de sous-traitance prévoit l'application de pénalités sur le sous-traitant, le comptable public, qui n'est pas juge de leur légalité, doit exécuter les dispositions ainsi prévues.

- Concernant les *variations de prix*, le montant des sommes à payer au sous-traitant doit être établi de manière que le paiement direct puisse prendre en compte les conditions financières qui lui sont consenties par le titulaire du marché, notamment celles relatives à l'actualisation et à la révision (cf. paragraphe II.A.2 de la circulaire de 1976 précitée). Pour ce faire et pour être opposables au pouvoir adjudicateur, outre le fait que le sous-traité doit effectivement contenir ces éléments, les clauses correspondantes et leur effet sur le calcul des montants du sous-traité doivent avoir été portés à la connaissance de l'administration dans la demande d'agrément ou l'acte spécial (cf. CE, 28 janvier 1987, Commune de Beynes c/ Sté Lasserre et cie).

À défaut d'indication dans le document validé par le pouvoir adjudicateur, le sous-traitant ne peut prétendre au paiement direct de ces variations.

- L'obligation de prévoir une *avance pour le sous-traitant* est fonction du montant total et de la durée du marché et non pas du montant et de la durée d'exécution de la seule part réalisée par lui. Ce sont les conditions du marché qui déterminent l'obligation de prévoir une avance, qu'il s'agisse du titulaire ou du sous-traitant. Ainsi, un sous-traitant qui n'intervient que pour 10 000 euros dans le cadre d'un marché de plus de 50 000 euros et d'une durée de plus de deux mois est en droit de prétendre à une avance dont l'assiette est assise sur la part qu'il réalise.

2.2.1.2. Précisions sur les taux différenciés de TVA

- Certains travaux et prestations de services sont imposables à la *TVA au taux réduit* de 5,5%. La réglementation fiscale prévoit que ce taux n'est applicable qu'aux opérations facturées par l'entreprise principale à son client, mais ne s'applique pas à celles facturées par le sous-traitant au titulaire du marché, ces dernières relevant du taux normal (cf. Bulletin Officiel des Impôts 3 C-7-06 n° 202 du 8 décembre 2006 relatif aux travaux portant sur les locaux à usage d'habitation de plus de deux ans, publié dans l'instruction n° 07-030 MO du 19 juin 2007).

Ainsi, le sous-traitant est payé par le maître de l'ouvrage pour le montant total de ses prestations, c'est-à-dire pour le montant facturé au titulaire du marché, donc avec application d'une TVA au taux de 19,6 % ; puis la somme ainsi réglée au sous-traitant est déduite des sommes dues au titulaire du marché contracté sur la base d'un prix déterminé avec application d'une TVA au taux de 5,5 %. Cette différence de taux applicable à la prestation selon qu'elle est effectuée par le titulaire ou le sous-traitant pourrait avoir pour effet mécanique de renchérir le montant initial du marché. Or, les sommes que le maître d'ouvrage est amené à verser au sous-traitant ne peuvent excéder le montant du marché passé avec le titulaire.

- La Direction des Affaires Juridiques des ministères économique et financier, interrogée sur cette problématique et ses conséquences, a apporté la réponse suivante : « *Dans la mesure où le pouvoir adjudicateur est nécessairement informé du « montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant* », [...] *il est normalement en mesure de vérifier lui-même si l'acceptation du sous-traitant entraînerait un dépassement du prix du marché. [...] la signature par le pouvoir adjudicateur de l'acte spécial prévu au 2° de l'article 114 du CMP ne peut être considérée comme une acceptation de l'augmentation éventuelle du prix du marché résultant mécaniquement du paiement des prestations.*

Le pouvoir adjudicateur réduira, à due concurrence du surplus de TVA qu'il aura versé au sous-traitant, les sommes dues au titulaire après décompte final. Dans le cas où le décompte final ferait apparaître un trop perçu par le titulaire, l'administration sera fondée à constater le trop perçu et à émettre un titre de perception à son encontre ». (Cf. note CAB n°501 du 7 mars 2008).

Par ailleurs, elle a également précisé que le pouvoir adjudicateur ne peut refuser la sous-traitance au seul motif que les taux de TVA applicables aux prestations prévues par le marché ne sont pas identiques : « *si un refus d'agrément peut bien être opposé au titulaire pour des motifs tenant à l'existence d'une sous-traitance intégrale du marché, à des conditions de paiement non conformes aux règles relatives au paiement des marchés publics, au non respect par le sous-traitant des conditions d'accès aux marchés publics ou à l'insuffisance des capacités professionnelles ou financières de ce dernier, le motif tiré de l'application de taux différenciés de TVA n'est pas de nature à pouvoir fonder un refus d'agrément du sous-traitant* ». (cf. note précitée).

- Suite à concertation avec la Direction de la législation fiscale (DLF) au sujet du paiement direct des sous-traitants dont la rémunération comprend un taux de taxe sur la valeur ajoutée (TVA) différent de celui versé au titulaire du marché public, deux précisions importantes sont apportées : la première est relative au taux différencié de TVA, la seconde porte sur l'exonération de TVA dont peut bénéficier le sous-traitant.

1°) Lorsque la collectivité procède au paiement direct du sous-traitant qu'elle a dûment accepté, conformément à l'article 115 du Code des marchés publics³ et à l'article 6 de la loi n° 75-1334 modifiée du 31 décembre 1975 relative la sous-traitance⁴, elle doit être regardée, pour les besoins de la TVA, comme acquittant le montant des prestations sous-traitées au nom et pour le compte du titulaire du marché.

En effet, le mécanisme du paiement direct ne modifie pas la nature des liens juridiques existant entre le titulaire d'un marché et son sous-traitant, le titulaire demeure seul responsable, vis-à-vis du maître d'ouvrage, de l'exécution de la totalité des prestations objet du marché, y compris celles confiées au sous-traitant.

Aussi, la réalisation des opérations par le sous-traitant emporte l'émission d'une facture du sous-traitant au titulaire du marché, et, concomitamment, d'une demande de paiement du même montant adressée au pouvoir adjudicateur avec la copie de la facture adressée au titulaire du marché.

Cette attestation, qui ne constitue pas une facture, permet d'informer le pouvoir adjudicateur de la réalisation des travaux par le sous-traitant et du montant qui lui est dû en application de l'article 115 du Code des marchés publics.

Lorsqu'une partie des travaux est sous-traitée, le pouvoir adjudicateur peut être amené à payer un montant supérieur à celui pour lequel il s'était engagé dans le marché. Il en va ainsi lorsque les prestations réalisées par le sous-traitant sont soumises à un taux normal de TVA alors que le titulaire bénéficie d'un taux réduit. Néanmoins, cet élément est nécessairement connu du pouvoir adjudicateur au moment de l'acceptation du sous-traitant.

Par conséquent, lorsque, par l'effet du paiement direct, le maître d'ouvrage est amené à acquitter un montant supérieur à celui qui est prévu par le marché, il doit pouvoir exiger le reversement du montant excédentaire auprès du titulaire du marché pour le compte duquel il a payé la créance dont disposait le sous-traitant.

³ Article 115.1° CMP : Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 euros TTC, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le pouvoir adjudicateur, est payé directement, pour la partie du marché dont il assure l'exécution.

⁴ Article 6 de la loi n° 75-1334 modifiée du 31 décembre 1975 : 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.

2°) S'agissant en second lieu de la situation dans laquelle le sous-traitant bénéficie d'une exonération qui n'est pas applicable au titulaire du marché (notamment en raison de la franchise prévue à l'article 293 B⁵ du Code général des impôts), le paiement direct effectué par le maître d'ouvrage se fait nécessairement sans TVA.

Néanmoins, le titulaire du marché devra facturer au pouvoir adjudicateur de la TVA sur la totalité des prestations objet du marché, y compris sur la quote-part confiée au sous-traitant.

2.2.1.3. Précisions sur l'acceptation tacite des sous-traitants

L'article 114.4° du Code des marchés publics prévoit que le silence gardé pendant 21 jours à compter de la réception des documents mentionnés aux 2 et 3 vaut acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement. Il constitue un moyen d'information du titulaire quant aux suites réservées par le pouvoir adjudicateur à sa déclaration de sous-traitance.

Par ailleurs, la liste des pièces justificatives des dépenses publiques locales visée à l'article D. 1617-9 du Code général des collectivités territoriales et figurant en annexe I de ce code prévoit la production du marché, avenant, acte spécial ou tout document écrit signé par l'autorité compétente pour passer le marché et par le titulaire de celui-ci précisant la nature des prestations sous-traitées, le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant, le montant des prestations sous-traitées et les conditions de paiement prévues pour chaque contrat de sous-traitance.

Cette procédure permet la formalisation de la décision du pouvoir adjudicateur, permettant ainsi au comptable public d'effectuer les contrôles qui lui incombent dans le cadre du paiement des dépenses publiques.

À cet égard, la formalisation de l'acceptation tacite peut se matérialiser par un certificat administratif appuyé de la déclaration de sous-traitance établie par le titulaire et énonçant la nature des prestations sous-traitées, le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant, le montant des prestations sous-traitées ainsi que les conditions de paiement. Ce certificat administratif doit indiquer la date à laquelle l'accord tacite est intervenu (expiration du délai de 21 jours prévu à l'article 114-4°).

2.2.2. Notification de l'acceptation et de l'agrément au sous-traitant

Une copie de l'original du marché ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article 114, revêtue de la mention d'exemplaire unique ou un certificat de cessibilité prévu à l'article 106 du Code des marchés publics est remis à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct (cf. article 117 al. 2 du CMP). Ce document et lui seul définit et agrée les conditions de paiement du sous-traitant.

La conséquence de l'acceptation et de l'agrément des conditions de paiement du sous-traitant est le paiement direct pour la part du marché dont il assure l'exécution dès lors que ce montant est supérieur à 600 euros TTC. (cf. article 6, al.1 de la loi de 1975 et article 115.1° du CMP).

Le droit au paiement direct a été institué pour protéger le sous-traitant d'une éventuelle défaillance du titulaire. Cette disposition est d'ordre public, toute renonciation du sous-traitant au bénéfice du paiement direct est réputée non écrite (cf. article 7 de la loi susvisée).

⁵ Article 293 B, I du CGI : « Pour leurs livraisons de biens et leurs prestations de services, les assujettis établis en France, à l'exclusion des redevables qui exercent une activité occulte au sens du troisième alinéa de l'article L. 169 du livre des procédures fiscales, bénéficient d'une franchise qui les dispense du paiement de la taxe sur la valeur ajoutée, lorsqu'ils n'ont pas réalisé :

1° Un chiffre d'affaires supérieur à :

a) 81 500 € l'année civile précédente ;
 b) Ou 89 600 € l'année civile précédente, lorsque le chiffre d'affaires de la pénultième année n'a pas excédé le montant mentionné au a ;

2° Et un chiffre d'affaires afférent à des prestations de services, hors ventes à consommer sur place et prestations d'hébergement, supérieur à :

a) 32 600 € l'année civile précédente ;
 b) Ou 34 600 € l'année civile précédente, lorsque la pénultième année il n'a pas excédé le montant mentionné au a. »

Ainsi, le Conseil d'État, dans un arrêt « Commune de Chalabre » du 17 octobre 2003, a indiqué que cette dernière ne peut être regardée comme s'étant valablement libérée de ses dettes par le paiement effectué entre les mains de l'entrepreneur principal dès lors que l'acte spécial donnait droit au paiement direct par la commune des travaux confiés au sous-traitant.

L'attention des comptables publics est appelée sur l'existence de mentions particulières figurant dans l'ancienne version du modèle d'acte spécial de sous-traitance (DC13) indiquant les éléments suivants :

- dans certains cas, la case indiquant que le sous-traitant n'a pas droit au paiement direct est cochée, bien qu'il exécute personnellement plus de 600 euros TTC; devant une telle situation, dans l'hypothèse où le titulaire demanderait le remboursement des sommes qu'il a versées au sous-traitant en méconnaissance des dispositions réglementaires, les sommes mandatées à son profit seraient supérieures à la part qu'il a réellement exécutée ;
- dans d'autres hypothèses où la même case est cochée alors que le sous-traitant réalise toujours personnellement plus de 600 euros TTC, une mention particulière est ajoutée faisant état, par exemple, d'« une demande expresse de règlement par l'entreprise générale » et signifiant que le sous-traitant sera payé par le titulaire.

Ces situations, anormales au regard de la légalité interne des actes, ne peuvent, cependant motiver une suspension de paiement par le comptable public, lequel n'est pas chargé du contrôle de légalité. Dans de tels cas, le comptable sera fondé à honorer le mandat présenté. Parallèlement, il pourra éventuellement exercer son devoir d'alerte tel que décrit dans l'instruction n° 10-020-M0 du 6 août 2010.

En tout état de cause, la jurisprudence semble admettre que le paiement du sous-traitant par le titulaire éteint la créance sur le maître d'ouvrage. (cf. à cet égard, CE SA Jean Michel, qui précise que, dès l'instant où le sous-traitant reçoit du maître d'ouvrage ou du titulaire le paiement de la partie du marché qu'il a exécutée, les autres créances susceptibles d'être réclamées au maître d'ouvrage dans le cadre du paiement direct doivent se limiter à celles qui n'ont pas été éteintes par le premier paiement).

Le seuil de 600 euros TTC s'apprécie à partir des indications figurant dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial de sous-traitance et est calculé en tenant compte :

- pour les marchés à tranches conditionnelles, du montant des prestations confiées à chaque sous-traitant au titre de la tranche ferme ou affermie ;
- pour les marchés à bons de commande, du montant minimal des prestations confiées au sous-traitant.

Le pouvoir adjudicateur procède au règlement du sous-traitant dans une double limite :

- en prélevant ces sommes sur le montant du marché principal, lequel constitue une limite absolue qui n'est revalorisée que par avenant ;
- en restant dans les limites du montant des prestations sous-traitées fixées par le marché ou l'acte spécial de sous-traitance.

Il est rappelé que le sous-traitant ne peut prétendre au paiement direct que pour les prestations réalisées après son acceptation et l'agrément de ses conditions de paiement (cf. CE, 14 novembre 1984, OPHLM de Paris c/ Entreprise Olivo).

Enfin, il est à noter que la résiliation du sous-traité n'annule l'agrément et l'acceptation du sous-traitant que pour la période postérieure. Le sous-traitant a droit au paiement direct pour les prestations réalisées avant la résiliation (cf. CE, 11 octobre 1999, Assistance Publique - Hôpitaux de Paris).

2.2.3. Modifications des prestations sous-traitées

Ces modifications peuvent notamment intervenir lors d'un changement dans la répartition des prestations entre le titulaire et le ou les sous-traitants ou entre les sous-traitants eux-mêmes en cas de travaux supplémentaires ou de sujétions imprévues.

- Concernant les *travaux supplémentaires*, deux cas peuvent se présenter : le sous-traitant les réalise avec ou sans ordre de service.

Dans le cas où le sous-traitant a réalisé ces travaux sur ordre de service de l'entrepreneur principal, il appartient à ce dernier de faire régulariser la situation avec le maître d'ouvrage par voie d'avenant ou d'acte spécial modificatif, afin d'en obtenir le paiement direct. Même si le titulaire, entrepreneur principal, a commandé ces travaux supplémentaires sans en référer au maître d'ouvrage, il n'en demeure pas moins que ces travaux doivent faire l'objet d'un avenant au sous-traité et doivent être déclarés au maître d'ouvrage pour modification de l'acte spécial de sous-traitance, permettant ainsi le paiement direct du sous-traitant. En tout état de cause, il n'est évidemment pas conseillé de procéder par régularisation a posteriori compte tenu des difficultés de gestion des exemplaires uniques ou certificats de cessibilité existants et des risques de conflits entre d'éventuelles cessions par le titulaire ou un sous-traitant donné et le droit du sous-traitant qui a réellement exécuté les prestations concernées.

À défaut d'ordre de service, le sous-traitant pourra toutefois en obtenir paiement, à condition d'apporter la preuve que ces travaux étaient indispensables à la réalisation des prestations principales (cf. CE, 13 février 1987, Sté Ponticelli frères).

- Dans un cadre particulier, le sous-traitant accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées a droit au paiement direct des dépenses résultant pour lui de *sujétions imprévues* qui ont bouleversé l'économie générale du marché (cf. CE, 24 juin 2002, département de la Seine Maritime).
- Concernant le cas particulier et fréquent de la *modification de la répartition* entre le titulaire et le ou les sous-traitants, en cours d'exécution du marché, sans modification du volume global des travaux, ni du montant du marché, le Code des marchés publics (article 114, dernier alinéa du 3°) précise : « *Toute modification dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes exige [...] 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 [...]* ». Dans le cas contraire, le pouvoir adjudicateur n'est pas réputé avoir accepté la modification.

À cet égard, le juge des comptes retient la responsabilité du comptable qui paye le sous-traitant pour un montant supérieur à la somme indiquée dans l'acte spécial de sous-traitance, alors même que le montant total du marché n'est pas dépassé (cf. CRC de Rhône-Alpes, 3 juin 2003). Le juge estime, dans cette espèce, que « *le marché n'autorisait la sous-traitance qu'à hauteur de 195 690 F (29 834,75 €), ce qui ne permettait pas au comptable, pour la prestation sous-traitée, [...] de procéder à des paiements au-delà de cette somme, quel que soit par ailleurs le montant total des règlements effectués au titre du marché au profit du titulaire principal* ».

La Direction des affaires juridiques des ministères économique et financier précise que, dans ce cas, rien n'interdit au maître d'ouvrage de régulariser la situation a posteriori (note CAB n°507 du 14 mai 2007). En effet, aux termes de l'article 3 précité de la loi relative à la sous-traitance modifiée, « *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* ». Ainsi, une régularisation à l'amiable est toujours possible, sous la forme d'un acte spécial modificatif, d'autant plus que le montant du marché n'est pas augmenté et que le sous-traitant a déjà été accepté pour le reste des travaux. Cela étant, toute régularisation a posteriori n'est pas exempte de risques. En effet, elle fait obstacle à une gestion correcte des exemplaires uniques ou certificats de cessibilité existants et peut, en conséquence, induire des risques de conflits entre d'éventuelles cessions effectuées par le titulaire ou un sous-traitant donné et le droit du sous-traitant qui a réellement exécuté les prestations concernées.

Bien entendu, il est rappelé que, le comptable public, en ce qui le concerne, doit détenir le justificatif au moment où il procède au paiement.

3. EXÉCUTION

3.1. SOUS-TRAITANCE RÉGULIÈRE

3.1.1. Conditions de mise en œuvre du paiement direct

Prévue par le titre II de la loi de 1975, la règle du paiement direct est mise en œuvre, principalement, par l'article 115 du Code des marchés publics. Ainsi, l'article 6 de la loi précitée indique : « *Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître d'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 (...) est fixé à 600 euros (...). 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* ».

L'article 115 du Code des marchés publics précise que ce montant s'entend toutes taxes comprises. Toutefois, dans l'hypothèse d'un montant inférieur à ce seuil, le sous-traitant pourra prétendre à une action directe contre le maître d'ouvrage telle que prévue au titre III de la loi sur la sous-traitance « De l'action directe ».

Les régimes du paiement direct et de l'action directe sont exclusifs l'un de l'autre (cf. CE, 17 mars 1982, Sté Périgourdine d'étanchéité et de construction). En conséquence, un sous-traitant qui aurait dû bénéficier du paiement direct, en raison du montant de la part qu'il exécute dans un marché, mais qui ne peut dans les faits y prétendre, par exemple pour défaut d'agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage, ne peut exercer d'action directe.

Seul, le sous-traitant de premier rang peut bénéficier du paiement direct, les sous-traitants de second rang et de rang ultérieur ne pouvant s'en prévaloir. Cela étant, afin de garantir leur paiement, le sous-traitant de premier rang doit obligatoirement faire bénéficier les sous-traitants de second rang soit d'une caution personnelle et solidaire, soit d'une délégation de paiement dans les termes de l'article 1275 du Code civil ; de même, le paiement des sous-traitants de rang supérieur à 2 est garanti par le donneur d'ordre via une caution personnelle et solidaire ou une délégation de paiement (cf. articles 6 et 14 de la loi de 1975 modifiée).

Dans la procédure de délégation de paiement, une personne appelée « délégué » (pouvoir adjudicateur) s'oblige sur instruction d'une autre personne appelée « délégant » (sous-traitant de premier rang) à payer une troisième personne dite « délégataire » (sous-traitant de deuxième rang). Cet engagement crée une dette nouvelle entre le délégué et le délégataire. Comme tout accord contractuel, la délégation de paiement doit être signée par toutes les parties désignées dans l'acte. À défaut de signature, le consentement des parties ne peut être considéré comme établi et la délégation de paiement demeure alors inapplicable.

Il est souligné que le mécanisme de la délégation de paiement peut être utilisé dans le cadre d'un marché public, dans d'autres circonstances (par exemple, délégation au profit d'un tiers au marché).

L'attention des comptables publics est appelée sur le risque qu'une telle délégation peut présenter pour un pouvoir adjudicateur « délégué » dans le cadre du marché public qu'il a souscrit. En effet, une fois signée par les différentes parties, la délégation constitue un véritable engagement inconditionnel de payer le délégataire, sans que les exceptions nées des liens contractuels entre le délégué et le délégant puissent être opposées au délégataire. Ainsi, dans l'hypothèse où le délégant ne remplirait pas ses obligations envers lui, le délégué n'en resterait pas moins tenu à l'égard du délégataire, sans pouvoir se prévaloir de cette circonstance.

Toutefois, une délégation de paiement peut être valablement assortie de conditions, ce qui permet d'éviter le risque ci-dessus mentionné.

Les articles 8 de la loi de 1975 susvisée et 116 du Code des marchés publics indiquent la procédure à suivre pour payer un sous-traitant. À cet égard, il est à noter que le Code des marchés publics 2006 a modifié la procédure de paiement direct du sous-traitant afin de lui permettre d'être payé plus rapidement.

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement, libellée au nom du pouvoir adjudicateur, au titulaire, soit sous pli recommandé avec accusé de réception, soit par dépôt contre récépissé. Cette demande doit être dénuée de toute ambiguïté et ne pas consister, par exemple, en une simple transmission au maître d'ouvrage, pour information, de la copie de la mise en demeure faite à l'entreprise principale de transmettre la situation de travaux qu'il lui a fait parvenir (cf. CE, 10 décembre 2003, Ets Cabrol Frères).

Puis le titulaire, en tant que responsable de l'ensemble des prestations, examine la demande afin de déterminer si elle correspond bien à des prestations réellement exécutées. Il dispose 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 sous-traitant, d'autre part, au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée dans le marché. L'entrepreneur donne son accord sous la forme d'une attestation jointe au projet de décompte et portant la mention de la somme à prélever, au profit de son sous-traitant, sur celles qui lui sont dues pour la partie des prestations réalisées par ce sous-traitant (cf. CAA Bordeaux, 3 mai 2001, SARL Ateliers maritimes du bois). En cas de refus, l'entrepreneur principal doit le motiver et le signifier au sous-traitant par lettre recommandée avec accusé de réception.

Le sous-traitant adresse parallèlement sa demande de paiement au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée dans le marché, accompagnée de copies des factures et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande. À cet égard, il convient de bien distinguer la demande de paiement des factures elles-mêmes. La demande de paiement doit être libellée, ainsi que l'indique l'article 116 du Code des marchés publics, au nom du pouvoir adjudicateur. Les factures sont émises par le sous-traitant au nom du titulaire. En aucun cas, le sous-traitant n'est habilité à émettre des factures au nom du pouvoir adjudicateur (cf. instruction n° 07-030-M0 du 19 juin 2007 précitée).

Le pouvoir adjudicateur adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.

Cette démarche simultanée peut désormais aboutir à un paiement dans les 15 jours après l'envoi de la demande au titulaire du marché, même si ce dernier garde le silence pendant cette période, refuse le pli ou ne le réclame pas. Auparavant, le silence du titulaire obligeait le sous-traitant à renvoyer sa demande à la personne publique, qui mettait en demeure le titulaire de lui faire la preuve, dans un nouveau délai de 15 jours, qu'il avait opposé un refus motivé à son sous-traitant.

Concernant les destinataires des demandes de paiement, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose au sous-traitant de transmettre sa demande de paiement au maître d'œuvre à peine d'irrecevabilité de la demande (cf. CE 3 juin 2005, Sté Jacqmin ; CE 17 décembre 2003, Société Laser).

3.1.2. Étendue du paiement direct

Le maître d'ouvrage ne peut pas payer le sous-traitant au-delà de ce qui est prévu au marché, c'est-à-dire qu'il ne peut dépasser le montant de l'engagement pris envers le titulaire.

La circulaire de 1976 précitée limitait le paiement direct du sous-traitant aux seules sommes indiquées dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial de sous-traitance, à l'exclusion de tout complément pour travaux supplémentaires, voire de l'application d'une formule de variation de prix.

Cette position particulièrement sévère pour le sous-traitant a été assouplie par la circulaire du 31 janvier 1983, qui reconnaît le droit à l'application d'une clause de variation de prix, mais également la modification de la part du marché confiée au sous-traitant. Cela étant, le sous-traitant ne peut bénéficier d'une clause de variation de prix que dans l'hypothèse où elle est formellement inscrite dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial de sous-traitance. À défaut, il ne peut s'en prévaloir. (cf. CE, 28 janvier 1987, Commune de Beynes précitée).

Le sous-traitant se voit aussi reconnaître le droit au paiement de travaux supplémentaires, sous réserve que ces travaux aient un caractère indispensable (cf. CE, 13 février 1987, Société Ponticelli Frères précitée).

Par ailleurs, l'article 115 du Code des marchés publics renvoie aux articles 86 à 100, offrant ainsi au sous-traitant la possibilité de bénéficier, comme le titulaire, d'une avance ou de révisions de prix, sous la réserve qu'ils soient expressément prévus dans l'acte spécial de sous-traitance.

De plus, les sommes dues au sous-traitant s'inscrivent dans le cadre des acomptes et du solde versés au titulaire.

Concernant l'avance au sous-traitant, l'article 115 2° al. 3 précise : « *Les limites fixées à l'article 87 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 au 2° de l'article 114 (...)* ». Le droit à l'avance est assis sur le montant et la durée du marché, alors que l'assiette de l'avance est déterminée en fonction de la part réalisée par chacun.

Ainsi, un sous-traitant peut prétendre au versement de l'avance dès lors que le montant du marché ou du lot est supérieur à 50 000 euros HT et que le délai d'exécution du marché ou du lot est supérieur à deux mois, quel que soit le montant des prestations que ce sous-traitant réalise. Le droit à l'avance ainsi que l'assiette de celle-ci, le cas échéant, doivent être déterminés pour chaque lot pris séparément puisque chaque lot constitue un marché.

L'assiette de l'avance à verser au sous-traitant est assise sur sa part.

La seconde condition du versement obligatoire de l'avance posée par l'article 87 tient à la durée d'exécution du marché, qui doit être supérieure à deux mois. En tout état de cause, si cette condition est remplie pour le titulaire du marché, elle l'est de fait pour le sous-traitant, même si son délai d'intervention est plus court.

Par ailleurs, l'article 115 2° al. 6 indique que, « *si le titulaire qui a perçu l'avance sous-traite une part du marché postérieurement à sa notification, il rembourse l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées, même dans le cas où le sous-traitant ne peut pas ou ne souhaite pas bénéficier de l'avance. Le remboursement par le titulaire s'impute sur les sommes qui lui sont dues par le pouvoir adjudicateur dès la notification de l'acte spécial* ». Ce remboursement se traduit par l'émission d'un titre de recettes qui a vocation à s'imputer sur les acomptes à verser au titulaire. Il n'est pas prévu que l'agrément du sous-traitant soit subordonné au remboursement immédiat du trop-perçu, par remise, par exemple, d'un chèque par l'entreprise titulaire.

3.1.2.1. Le privilège du 26 Pluviôse An II, dit privilège de Pluviôse

Le privilège de Pluviôse est un privilège mobilier spécial, institué par l'article L. 143-6 du Code du travail, qui permet aux ouvriers auxquels des salaires sont dus, aux fournisseurs créanciers à raison de fournitures de matériaux et d'autres objets servant à la construction de l'ouvrage, de faire reconnaître le caractère privilégié des créances qu'ils détiennent contre l'entrepreneur de travaux publics.

La Cour de cassation a étendu le champ d'application de l'article L. 143-6 aux sous-traitants directs de l'entrepreneur de travaux publics, ces sous-traitants étant assimilés à des fournisseurs (Cass. Com, 11 juillet 1983, Sté Jardin).

Aux termes de l'article 110 du Code des marchés publics, les seuls fournisseurs susceptibles de bénéficier de ce privilège sont ceux qui ont été agréés par le pouvoir adjudicateur dans des conditions fixées par décret (non paru à ce jour).

Les modalités d'exercice du privilège ont été précisées par le Conseil d'État dans un avis rendu le 9 juillet 1996 n° 359055, suite à une saisine du ministre délégué au Budget et communiquées par l'instruction n° 96-098-B1 du 19 septembre 1996.

Le privilège de Pluviôse permet ainsi au sous-traitant, même non accepté, participant à la réalisation de travaux publics, de disposer d'une voie de recours indépendante du paiement direct pour se faire payer auprès de la personne publique contractante en cas de défaillance de l'entreprise principale (CE, 3 juin 2005, Sté Jacqmin précité).

3.1.3. Délais de paiement

L'article 4 du décret n° 2002-232 du 21 février 2002 modifié relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics précise que « *le délai de paiement du sous-traitant payé directement par la personne publique est identique à celui prévu au marché pour le paiement du titulaire* ». Le défaut de paiement dans les délais prévus entraîne également le versement d'intérêts moratoires au profit du sous-traitant.

3.1.4. Cession ou nantissement de créances

En vertu des dispositions de l'article 117 du Code des marchés publics, 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. À cet effet, une copie de l'original du marché ou de l'acte spécial, ou le certificat de cessibilité prévu à l'article 106 lui est remis.

3.1.5. Conséquences de la sous-traitance irrégulière

Le sous-traitant qui n'a pas été accepté et dont les conditions de paiement n'ont pas été agréées par le maître d'ouvrage ne peut bénéficier du paiement direct. Cette règle s'applique également au sous-traitant accepté mais dont les conditions de paiement n'ont pas été agréées puisque les deux conditions sont cumulatives (cf. supra CE, 13 juin 1983, OPDHLM Pas-de-Calais précité).

Dans ce cas, pour obtenir le paiement des prestations qu'il a personnellement exécutées, le sous-traitant dispose toujours de la possibilité de se retourner contre son entrepreneur principal, titulaire du marché qui peut connaître des difficultés financières, voire faire l'objet d'une procédure collective.

Il est rappelé qu'en vertu du principe selon lequel les régimes du paiement direct et de l'action directe sont exclusifs l'un de l'autre, un sous-traitant qui aurait dû bénéficier du paiement direct, en raison du montant de la part qu'il exécute dans un marché, mais qui ne peut dans les faits y prétendre, par exemple pour défaut d'agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage, ne peut exercer d'action directe (cf. paragraphe 3.1.1 CE, 17 mars 1982, Sté Périgourdine précitée).

Aux termes de l'article 14-1 de la loi de 1975 précitée, « *pour les contrats de bâtiment et de travaux publics : - le maître d'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 [sous-traitant non déclaré] ou à l'article 6 [sous-traitant ne bénéficiant pas du paiement direct], ainsi qu'à celles définies à l'article 5 [sous-traitant non désigné], mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations [...]* ».

La Haute Juridiction sanctionne ainsi le maître d'ouvrage qui tolère, en toute connaissance de cause, la présence de sous-traitants irréguliers sur un chantier sans imposer la régularisation de cette situation (cf. CE, 28 mai 2001, n° 205449, SA Bernard Travaux Polynésie).

Le sous-traitant occulte, privé des dispositions protectrices de la loi de 1975, auxquelles il n'est pas en droit de prétendre, ne pourra envisager une action contre le maître d'ouvrage que dans le cadre d'une action en responsabilité pour préjudice subi.

4. RESPONSABILITÉS ET CONTENTIEUX

4.1.1. Du pouvoir adjudicateur envers le titulaire et le sous-traitant

Si la responsabilité du maître d'ouvrage peut être engagée sur la base contractuelle qui le lie au titulaire, pour inexécution ou mauvaise exécution du contrat principal (le marché public), cette responsabilité ne peut être recherchée par le sous-traitant puisqu'il n'a aucune relation contractuelle avec le maître d'ouvrage.

Cela étant, le maître d'ouvrage qui aurait eu connaissance d'une sous-traitance irrégulière sans mettre en demeure le titulaire de régulariser la situation pourrait voir sa responsabilité engagée. Ainsi, la Cour Administrative d'Appel de Versailles a indiqué, dans une décision du 12 avril 2005, Centre hospitalier d'Eaubonne « *qu'en s'abstenant de provoquer une telle régularisation, le Centre Hospitalier Intercommunal d'Eaubonne-Monmerency a méconnu les dispositions précitées des articles 3 et 6 de la loi du 31 décembre 1975 ; que cette faute est à l'origine du dommage subi par la société La Métallerie Industrielle qui n'a pas été payée par la société Miravalle pour les travaux qu'elle a exécutés en application du contrat de sous-traitance* ».

Toutefois, la responsabilité du Centre Hospitalier a été atténuée en l'espèce par les fautes qu'ont commis, d'une part, la société Miravalle, qui n'a pas soumis à son agrément la société La Métallerie Industrielle, et, d'autre part, la société La Métallerie Industrielle, qui ne pouvait utilement soutenir qu'elle pensait avoir été agréée, alors qu'il lui appartenait de demander la régularisation de sa situation.

4.1.2. Du titulaire envers le pouvoir adjudicateur et le sous-traitant

L'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 précise expressément que le titulaire peut recourir « *sous sa responsabilité* » à la sous-traitance. Il est donc seul responsable devant le maître d'ouvrage de la bonne exécution du marché. En conséquence, il répond, par exemple, des fautes ou malfaçons commises par son sous-traitant.

En tout état de cause, le titulaire ne peut invoquer la faute de son sous-traitant ou l'appeler en garantie, afin de diminuer sa propre responsabilité (cf. CE, 18 décembre 1987, SARL Etrarec).

Par ailleurs, tout manquement par l'entrepreneur principal à ses obligations envers son sous-traitant est de nature à engager sa responsabilité devant le juge judiciaire. Ainsi, les litiges entre eux doivent être portés devant la juridiction judiciaire, malgré le fait que leurs relations sont établies pour l'exécution d'un marché public (T. Conflits, 10 juin 2002, SARL Langlois études ingénierie c/ SARL Guidicelli Architectes).

4.1.3. Du sous-traitant envers le pouvoir adjudicateur et l'entrepreneur principal

Il ne peut exister aucun contentieux de nature contractuelle entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant puisqu'ils ne sont pas liés par un contrat (CE, 11 juillet 1988, Chambre des Métiers d'Ille et Vilaine). Ainsi, en l'absence de tout lien contractuel et en dépit de la faculté ouverte au sous-traitant de recevoir directement le règlement des fournitures et travaux exécutés par lui, le pouvoir adjudicateur ne peut lui demander la réparation des malfaçons litigieuses (CE, 2 février 1979, Société Roule).

De même, l'absence de lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant interdit que ce dernier puisse être déclaré solidairement responsable, avec l'entrepreneur principal, des désordres constatés (CE, 27 janvier 1989, n° 80975, Sté Soprema).

Par ailleurs, le sous-traitant n'est pas tenu de la garantie décennale envers le maître d'ouvrage (CE, 24 juin 1988, Commune d'Echirolles), même s'il a signé le procès-verbal de réception définitive des travaux (CE, 10 décembre 1982, Ministre de l'Éducation). Il n'est pas davantage tenu par la garantie de parfait achèvement.

Concernant ses relations avec le titulaire, la mise en jeu de sa responsabilité découle des liens contractuels.

4.1.4. Cas particulier de la procédure collective ouverte à l'encontre du titulaire

La procédure collective ouverte à l'encontre du titulaire n'empêche pas le paiement du sous-traitant, ainsi que le précise l'article 6 de la loi précitée sur la sous-traitance : « *Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître d'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution. [...] 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* ».

C'est pourquoi la rubrique 45122 de la liste précitée des pièces justificatives des dépenses publiques locales prévoit la production, « *en cas de redressement, liquidation judiciaire ou d'empêchement du titulaire ou en l'absence d'attestation de la part du titulaire ou de son représentant, [de l'] attestation du maître d'ouvrage comportant l'indication de la somme à régler directement au sous-traitant* ».

4.1.5. Compétence juridictionnelle

La compétence juridictionnelle dépend de la nature de la relation qui unit les parties au litige, ainsi que l'a confirmé le Tribunal des Conflits, le 2 juin 2008, dans deux espèces (première espèce : n° 3642, Société Aravis-Enrobage c/ Commune de Cusy et Entreprise Grosjean et seconde espèce : n° 3621, Souscripteurs des Lloyd's de Londres c/ Commune de Dainville).

Ainsi, s'agissant des relations entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant, le Tribunal des Conflits confirme la compétence de la juridiction administrative pour connaître, par exemple, de l'action en paiement direct par le sous-traitant contre le maître d'ouvrage. Cette compétence administrative se justifie par le fait que le sous-traitant contribue à l'exécution du marché de travaux publics, relevant lui-même de la compétence administrative.

Par contre, l'action intentée par le sous-traitant à l'encontre de son entrepreneur principal relève de la compétence judiciaire, dans la mesure où elle est liée à l'exécution du contrat de sous-traitance, qui relève du droit privé. Ainsi les rapports entre le titulaire et ses sous-traitants relèvent-ils toujours de la compétence de la juridiction judiciaire.

ANNEXE N° 1 : Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance

Titre I : Dispositions générales

Article 1

Modifié par [Loi 2001-1168 2001-12-11 art. 6 1° JORF 12 décembre 2001](#)

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.

Les dispositions de la présente loi sont applicables aux opérations de transport, le donneur d'ordre initial étant assimilé au maître d'ouvrage, et le cocontractant du transporteur sous-traitant qui exécute les opérations de transport étant assimilé à l'entrepreneur principal.

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.

Article 4

Le présent titre s'applique aux marchés passés par l'Etat, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics.

Article 5

Modifié par [Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 - art. 7 JORF 12 décembre 2001](#)

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.

ANNEXE N° 1 (suite)

Article 6

Modifié par [Ordonnance 2000-916 2000-09-19 art. 5 V JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002](#)

Modifié par [Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 - art. 6 JORF 12 décembre 2001](#)

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'Etat en fonction des variations des circonstances économiques. En-deçà de ce seuil, les dispositions du titre III de la présente loi sont applicables.

En ce qui concerne les marchés industriels passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par décret en Conseil d'Etat.

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.

ANNEXE N° 1 (suite)

Titre III : De l'action directe**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.

Article 12

Modifié par [Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 - art. 5 JORF 11 juin 1994 en vigueur au plus tard le 1er octobre 1994](#)

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

Modifié par [Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 - art. 63 JORF 25 janvier 1984](#)

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 1275 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant.

A 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.

ANNEXE N° 1 (suite)

Article 14-1

Modifié par [Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 186 JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006](#)

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'Etat, 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.

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 15-1

Modifié par [Loi n° 94-638 du 25 juillet 1994 - art. 33 JORF 27 juillet 1994](#)

La présente loi est applicable dans la collectivité territoriale de Mayotte. Elle s'applique aux contrats de sous-traitance conclus à partir du premier jour du douzième mois qui suit la publication de la loi n° 94-638 du 25 juillet 1994 tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les départements d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte.

Pour son application à la collectivité territoriale de Mayotte, il y a lieu de lire au premier alinéa de l'article 14 : «agréé dans les conditions fixées par arrêté du représentant du Gouvernement à Mayotte», au lieu de «agréé dans des conditions fixées par décret».

Article 15-2

Créé par [Loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 - art. 7 JORF 9 juillet 1996](#)

La présente loi est applicable à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon. Elle s'applique aux contrats de sous-traitance conclus à partir du 1er janvier 1997.

Pour son application à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon, il y a lieu de lire, au premier alinéa de l'article 14 : «agréé dans les conditions fixées par arrêté du préfet» au lieu de : «agréé dans des conditions fixées par décret».

ANNEXE N° 1 (suite et fin)

Article 15-3

Créé par [Loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 - art. 7 JORF 9 juillet 1996](#)

La présente loi, à l'exception du dernier alinéa de l'article 12, est applicable dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française sous réserve des dispositions suivantes :

I. - Il y a lieu de lire, au premier alinéa de l'article 14 :

« agréé dans les conditions fixées par arrêté du haut-commissaire de la République » au lieu de : « agréé dans des conditions fixées par décret ».

II. - Elle s'applique aux contrats de sous-traitance conclus à partir du 1er janvier 1997.

Article 15-4

Créé par Ordonnance n° 2010-137 du 11 février 2010 – art. 1

La présente loi est applicable, dans les îles Wallis et Futuna, aux contrats passés par l'Etat et ses établissements publics sous réserve des dispositions suivantes :

Au premier alinéa de l'article 14, les mots « des conditions fixées par décret » sont remplacés par les mots « des conditions fixées, dans les îles Wallis et Futuna, par arrêté de l'administrateur supérieur ».

Article 16

Des décrets en Conseil d'Etat précisent les conditions d'application de la présente loi.

Par le Président de la République :

VALERY GISCARD D'ESTAING

Le Premier ministre : JACQUES CHIRAC

Le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, JEAN LECANUET

Le ministre de l'économie et des finances, JEAN-PIERRE FOURCADE

Le ministre de la défense, YVON BOURGES

Le ministre de l'équipement, ROBERT GALLEY

Le ministre de l'industrie et de la recherche, MICHEL D'ORNANO

Le ministre du commerce et de l'artisanat, VINCENT ANSQUER

ANNEXE N° 2 : Décret n° 76-476 du 31 mai 1976 modifiant le Code des marchés publics

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre d'Etat, ministre de l'intérieur, du ministre de l'économie et des finances, du ministre de l'équipement et du ministre de la santé,

Vu la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics, modifié par les décrets n°s 66-886, 66-887 et 66-888 du 28 novembre 1966, n°s 69-566 et 69-567 du 12 juin 1969, n° 71-50 du 18 janvier 1971, n° 72-198 du 13 mars 1972, n° 72-427 du 19 mai 1972, n° 73-329 du 14 mars 1973, n° 73-700 du 12 juillet 1973, n° 75-74 du 30 janvier 1975, n° 75-855 du 13 septembre 1975, n° 76-88 et n° 76-89 du 21 janvier 1976 ;

Vu l'avis de la commission centrale des marchés en date du 2 mars 1976 ;

Le Conseil d'Etat (section des finances) entendu,

Décète :

Art. 1^{er} – Le code des marchés publics est modifié comme il est dit aux articles suivants.

Art. 2 – Le titulaire d'un marché public ayant le caractère de contrat d'entreprise peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de la collectivité ou de l'établissement public contractant l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance.

« A cet effet, il remet, contre récépissé, à la collectivité ou à l'établissement public contractant, ou bien lui adresse, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une déclaration mentionnant :

« La nature des prestations dont la sous-traitance est envisagée ;

« Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;

« Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et le montant envisagé.

« Le silence de la collectivité ou de l'établissement public contractant gardé pendant vingt et un jours vaut décision de rejet.

« Le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché tant envers l'administration qu'envers les ouvriers ».

Art. 3. – Il est ajouté l'article 47 suivant :

« Art. *47. – Les candidats au marché doivent indiquer, dans leur offre ou dans leur soumission, la nature et le montant de chacune des prestations qu'ils envisagent de sous-traiter. »

Art. 4. – L'article 186 bis est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. *186 bis. – Les dispositions prévues aux articles 154 à 186, ci-dessus, s'appliquent aux sous-traitants définis à l'article 2 sous réserve des dispositions particulières ci-après :

« I. – Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 4 000 F, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par la personne responsable du marché, est payé directement pour la partie du marché dont il assure l'exécution.

« Toutefois, en ce qui concerne les marchés industriels passés par une autorité relevant du ministère de la défense, c'est-à-dire notamment les marchés de réalisation de prototypes, de fabrication d'assemblage, d'essais, de réparations non courantes ou de maintien en condition, les sous-traitants ne sont payés directement que si le montant de leur contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 10 p.100 du montant total du marché.

« L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions sont constatés par le marché, un avenant ou un acte spécial signé des deux parties.

« Y sont précisés :

« La nature des prestations sous-traitées ;

« Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant ;

ANNEXE N° 2 (suite)

« Le montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant ;

« Les modalités de règlement de ces sommes.

« Si la sous-traitance en cause n'avait pas été envisagée dans le marché, comme il est dit à l'article 188, une stipulation de l'avenant ou de l'acte spécial doit en subordonner la validité à l'exécution des formalités prévues à l'article 188 bis.

« II. – L'avance forfaitaire prévue à l'article 154 est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct dans les conditions suivantes :

« La limite fixée au premier alinéa de l'article 154 est appréciée par référence au montant prévisionnel des sommes à payer, tel qu'il figure dans l'un des documents mentionnés au I. ci-dessus.

« L'avance forfaitaire est fixée à 5 p.100 de ce montant dans la limite des prestations à exécuter par le sous-traitant au cours des douze premiers mois suivant la date de commencement de leur exécution ; cette avance est mandatée dans le délai d'un mois compté à partir du commencement d'exécution du sous-traité.

« Toutefois, si un cautionnement a été prévu par le marché, l'avance ne peut être mandatée avant que le titulaire ait constitué ledit cautionnement en garantie de cette avance.

« Dans le cas où le titulaire sous-traite une part du marché postérieurement à la conclusion de celui-ci, le paiement de l'avance forfaitaire au sous-traitant est subordonné, s'il y a lieu, au remboursement de la partie de l'avance forfaitaire versée au titulaire au titre des prestations sous-traitées.

« III. – La caution personnelle et solidaire constituée par le titulaire conformément à l'article 133 garantit le remboursement des avances accordées aux sous-traitants autres que l'avance forfaitaire ».

Art. 5. – Il est ajouté à la section V du chapitre I^{ER} du titre III du livre II du code des marchés publics l'article 186 ter suivant :

« Art. *186 ter. – Les mandatements à faire aux sous-traitants sont effectués sur la base des pièces justificatives revêtues de l'acceptation du titulaire du marché. »

Art. 6. – Il est ajouté l'article 187 bis suivant :

« Art. *187 bis. – Le marché indique la nature et le montant des prestations que le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct. Ce montant est déduit du montant du marché pour déterminer le montant maximum de la créance que le titulaire est autorisé à donner en nantissement.

Art. 7.- Le premier alinéa de l'article 188 est abrogé.

Art. 8. – Il est ajouté l'article 188 bis suivant :

« Art. *188 bis. – Si, postérieurement à la notification du marché, le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui est indiqué dans le marché, par application de l'article 188, il doit obtenir la modification de la formule d'exemplaire unique figurant sur la copie certifiée conforme ou sur l'extrait prévu audit article.

« Si cette copie ou cet extrait a été donné en nantissement et ne peut être restitué, le titulaire doit justifier :

« Soit que le nantissement du marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée ;

« Soit que ce nantissement a été réduit de manière à réaliser cette condition.

« Cette justification est donnée par une attestation du comptable assignataire indiquant le montant pour lequel l'acte de nantissement a été initialement notifié ou signifié ainsi que les variations de ce montant provenant des notifications ou significations ultérieurement prises en charge au titre de ce même marché. »

ANNEXE N° 2 (suite)

Art. 9. – L'article 196 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. *196. – Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut donner en nantissement, à concurrence du montant des prestations qui doivent lui être réglées directement, tout ou partie de sa créance.

« La copie certifiée conforme de l'original du marché ou de l'extrait prévu à l'article 188 et, le cas échéant, de l'avenant ou de l'acte spécial prévu à l'article 186 bis désignant un sous-traitant admis au paiement direct, doit être remise à chaque sous-traitant, bénéficiant du paiement direct. »

Art. 10. – Il est ajouté l'article 257 suivant :

« Art. *257. – Les candidats au marché doivent indiquer, dans leur offre ou dans leur soumission, la nature et le montant de chacune des prestations qu'ils envisagent de sous-traiter.

Art. 11. – L'article 359 bis est remplacé par les dispositions suivantes :

Art. *359 bis. – Les dispositions prévues aux articles 336 à 358 ci-dessus, s'appliquent aux sous-traitants définis à l'article 2 sous réserve des dispositions particulières ci-après :

« I. – Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est supérieur ou égal à 4 000 F, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par la collectivité ou l'établissement public contractant, est payé directement pour la partie du marché dont il assure l'exécution.

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont constatés par le marché, un avenant ou un acte spécial signé des deux parties.

« Y sont précisés :

« La nature des prestations sous-traitées ;

« Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant ;

« Le montant prévisionnel des sommes à payer au sous-traitant ;

« Les modalités de règlement de ces sommes.

« II. – L'avance forfaitaire prévue à l'article 336 peut être versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct dans les conditions suivantes :

« La limite fixée au premier alinéa de l'article 336 est appréciée par référence au montant prévisionnel des sommes à payer, tel qu'il figure dans l'un des documents mentionnés au I ci-dessus.

« L'avance forfaitaire est fixée à 5 p. 100 au maximum de ce montant dans la limite des prestations à exécuter par le sous-traitant au cours des douze premiers mois suivant la date de commencement de leur exécution ; cette avance doit être mandatée dans le délai d'un mois compté à partir du commencement d'exécution du sous-traité.

« Toutefois, si un cautionnement a été prévu par le marché, l'avance ne peut être mandatée avant que le titulaire ait constitué ledit cautionnement en garantie de cette avance.

« La caution constituée par le titulaire en application du dernier alinéa de l'article 336 garantit le remboursement de l'avance.

« Dans le cas où le titulaire sous-traite une part du marché postérieurement à la conclusion de celui-ci, le paiement de l'avance forfaitaire au sous-traitant est subordonné, s'il y a lieu, au remboursement de la partie de l'avance forfaitaire versée au titulaire au titre des prestations sous-traitées.

« III. – La caution personnelle et solidaire, constituée par le titulaire conformément à l'article 327 garantit le remboursement des avances accordées aux sous-traitants autres que l'avance forfaitaire.

Art. 12. – Il est ajouté à la section V du chapitre 1^{er} du titre III du livre III du code des marchés publics l'article 359 ter suivant :

« Art. *359 ter. – Les mandatements à faire aux sous-traitants sont effectués sur la base des pièces justificatives revêtues de l'acceptation du titulaire du marché.

ANNEXE N° 2 (suite et fin)

« La collectivité ou l'établissement public contractant, informé par le sous-traitant que le titulaire du marché, dûment saisi des pièces justificatives, n'a pas opposé un refus motivé dans le délai de quinze jours suivant leur réception, règle au sous-traitant les sommes qui lui sont dues, après s'être assuré de l'exactitude des affirmations de celui-ci auprès du titulaire du marché. »

Art. 13. – Le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur, le ministre de l'économie et des finances, le ministre de l'équipement et le ministre de la santé sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 31 mai 1976

JACQUES CHIRAC

PAR LE PREMIER MINISTRE :

LE MINISTRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES,
JEAN-PIERRE FOURCADE

LE MINISTRE D'ÉTAT, MINISTRE DE L'INTÉRIEUR,
MICHEL PONIATOWSKI

LE MINISTRE DE L'ÉQUIPEMENT,
ROBERT GALLEY

LE MINISTRE DE LA SANTÉ,
SIMONE VEIL

ANNEXE N° 3 : Circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics

Paris, le 7 octobre 1976

Le ministre délégué auprès du premier ministre chargé de l'économie et des finances à Mesdames et Messieurs les ministres et secrétaires d'Etat,

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance et le décret n° 76-476 du 31 mai 1976 pris pour son application ont apporté des changements substantiels à l'exercice de la sous-traitance dans les marchés publics.

Les objectifs poursuivis par cette réforme tendent à prémunir les sous-traitants, tout à la fois, contre les aléas économiques pouvant affecter leurs donneurs d'ordres, c'est-à-dire les titulaires des marchés, et contre certaines pratiques inéquitables que ceux-ci pourraient être tentés de leur imposer.

Pour répondre au premier de ces objectifs, la loi impose le paiement direct par la collectivité publique contractante de la plupart des sous-traitants tout en offrant, sous certaines conditions, à ceux qui ne bénéficient pas d'un tel paiement la possibilité de demander à cette collectivité le règlement de leurs créances en cas de défaillance de leurs donneurs d'ordres.

Par ailleurs, et ceci constitue le second objectif, en vue d'assurer un meilleur équilibre des relations contractuelles des sous-traitants avec leurs donneurs d'ordres, la loi donne à la personne responsable du marché un droit de regard sur certaines stipulations figurant dans les contrats de sous-traitance.

La présente circulaire commente les nouvelles dispositions législatives et réglementaires et précise les modalités qui paraissent de nature à en assurer l'application dans les meilleures conditions.

Elle comporte en annexe des indications relatives à l'enregistrement, dans la comptabilité des titulaires de marchés, des paiements effectués directement par la collectivité publique contractante aux sous-traitants.

PREMIERE PARTIE

LES CONDITIONS DE RECOURS À LA SOUS-TRAITANCE⁶

Le principe antérieur de la liberté du recours à la sous-traitance est confirmé ; les innovations essentielles concernent les conditions d'exercice de la sous-traitance.

⁶ La loi relative à la sous-traitance s'applique, à la fois, aux marchés qui sont soumis à un régime de droit public et aux contrats de droit privé. C'est pourquoi le législateur a eu recours à une terminologie civiliste.

C'est ainsi que le mot « entrepreneur » qui, dans la terminologie administrative est réservé aux titulaires de marchés de travaux, droit, aux termes de la loi relative à la sous-traitance, être entendu comme s'appliquant également aux titulaires de marchés industriels et de marchés de services. De même l'expression « maître d'ouvrage » recouvre, pour toutes les catégories de marchés publics, deux concepts distincts, celui de maître de l'ouvrage et celui de personne responsable du marché.

En revanche, le décret d'application de la loi ainsi que la présente circulaire utilisent le vocabulaire en usage dans les marchés publics.

À cet égard, il convient de préciser qu'il n'est fait allusion dans la présente circulaire qu'à la personne responsable du marché. Il doit être entendu que le rôle dévolu à celle-ci, pour les marchés de l'Etat, incombe, s'agissant d'une collectivité locale, au représentant légal de celle-ci.

ANNEXE N° 3 (suite)

A. – Principe de la liberté de sous-traiter

Le choix entre l'exécution personnelle par le titulaire de la totalité des prestations prévues dans le marché et le recours à un ou plusieurs sous-traitants relève de l'initiative du titulaire sous la seule réserve qu'il ait obtenu de la personne responsable du marché, dans les conditions indiquées ci-après, l'acceptation de ses sous-traitants et l'agrément des conditions de paiement figurant dans les sous-traités.

S'agissant de la liberté de sous-traiter, la loi n'a apporté aucun changement à la situation antérieure. Elle fournit, en revanche, des précisions quant aux prestations pouvant être sous-traitées.

B. – Champ d'application de la sous-traitance

Sous le régime du décret n° 73-329 du 14 mars 1973, il était admis qu'il y avait sous-traitance dès lors qu'une entreprise exécutait une fraction d'un marché conformément aux spécifications figurant dans celui-ci.

La part sous-traitée pouvait porter sur une fraction de la prestation globale prévue dans le marché. Tel était le cas de l'exécution d'un bâtiment particulier, pour un marché prévoyant la construction d'un ensemble immobilier, de la réalisation d'un certain nombre de kilomètres de voie routière, pour un marché portant sur la construction de routes, ou de l'exécution soit d'une étude particulière, soit d'une partie d'un service dans le cas, respectivement, d'un marché d'études ou de services.

La part sous-traitée pouvait également correspondre à des prestations nécessaires à la réalisation du marché.

Ainsi, dans le domaine des marchés de travaux, l'exécution d'un lot technique particulier, de même que, s'agissant des marchés industriels, la réalisation de pièces intégrées dans la prestation globale ou nécessaires, à sa réalisation du marché, pouvait être sous-traitée.

En revanche, les composants disponibles sur catalogue et ne nécessitant pas une adaptation spéciale à la prestation globale étaient considérés comme des fournitures ordinaires ne pouvant donner lieu à sous-traitance. Ainsi en était-il, par exemple, de la fourniture de batteries destinées à équiper indifféremment les véhicules commandés par le secteur public et par des acheteurs privés alors que la fabrication de batteries répondant aux exigences particulières d'un acheteur public pouvait être partiellement sous-traitée.

A l'usage, il est apparu que les critères de distinction rappelés ci-dessus ont, dans la majorité des cas, permis de déterminer les prestations pouvant être sous-traitées. Une incertitude subsistait toutefois à propos de certaines d'entre elles.

L'article 1^{er} de la loi, qui se réfère à la notion civiliste de « contrat d'entreprise », apporte une précision complémentaire de nature à clarifier la situation.

Les contrats d'entreprise, appelés également contrats de louage d'ouvrage ou d'industrie, doivent, en effet, être distingués d'autres contrats notamment ceux de travail et de vente.

Pour s'en tenir à ces derniers, leur différence essentielle par rapport aux contrats d'entreprise tient au fait qu'ils portent sur la fourniture d'objets qui n'ont pas été fabriqués pour répondre à la demande d'un seul acquéreur et conformément aux spécifications fournies par lui.

Cette différence ne fait cependant pas obstacle à ce que, pour l'exécution d'un contrat d'entreprise, l'entrepreneur, outre son travail, fournisse certaines matières premières. Dans la mesure où ces fournitures sont d'une valeur inférieure à celles des autres prestations prévues par le contrat d'entreprise, elles n'affectent pas sa qualification juridique.

Au sens de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, seuls les marchés s'analysant comme des contrats d'entreprise peuvent être partiellement sous-traités au moyen de contrats qui doivent eux-mêmes avoir le caractère de contrat d'entreprise.

ANNEXE N° 3 (suite)

Il en résulte que les dispositions de la loi ne s'appliquent pas aux marchés de fournitures courantes. En revanche, les marchés industriels, de travaux ou de services peuvent, selon les cas, faire l'objet soit de contrats d'entreprise conclus avec des sous-traitants, soit de contrats de vente conclus avec des fournisseurs.

Si la décision d'exécuter personnellement la totalité du marché ou d'en sous-traiter une partie appartient au seul titulaire, la liberté de sous-traiter, n'en est pas moins soumise à certaines conditions.

C. – Conditions d'exercice de la sous-traitance

Deux conditions sont posées à l'exercice de la sous-traitance :

Le titulaire ne peut donner en sous-traitance la totalité de son marché ;

Les sous-traitants doivent être acceptés par la collectivité publique contractante et les conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance doivent être agréées par elle.

I. – La sous-traitance ne peut porter sur la totalité du marché.

Le nouvel article 2 du code des marchés publics confirme la faculté antérieurement reconnue au titulaire de sous-traiter « certaines parties de son marché ». *A contrario*, le titulaire est donc tenu d'effectuer une partie des prestations.

Il appartient aux services contractants et aux autorités de contrôle de s'assurer du respect de ce principe. Il convient, notamment, de veiller à ce que soient écartées par les entreprises qui, faute de disposer des capacités techniques et financières pour l'exécution d'un marché, envisagent de n'en exécuter qu'une partie symbolique tout en s'assurant une marge bénéficiaire sur les prestations sous-traitées.

II. – L'acceptation des sous-traitants et l'agrément des conditions de paiement des contrats de sous-traitance

1. Les buts respectifs de l'acceptation et de l'agrément :

Alors que l'acceptation des sous-traitants est prévue dans l'intérêt de la collectivité publique contractante, l'agrément des conditions de paiement répond à un souci de protection des sous-traitants.

L'acceptation permet à l'acheteur public de connaître le sous-traitant auquel un soumissionnaire ou un titulaire envisage de confier l'exécution d'une partie du marché. Ainsi, informée, la collectivité contractante peut, en connaissance de cause, refuser le sous-traitant dont l'intervention serait de nature à nuire à une bonne exécution du marché.

La demande d'acceptation est aussi l'occasion pour la personne responsable du marché d'apprécier si, au regard des critères rappelés ci-dessus, les prestations que le titulaire se propose de faire exécuter par un tiers peuvent effectivement faire l'objet d'un contrat de sous-traitance.

Sous réserve qu'il en soit bien ainsi, il convient de souligner que deux raisons contribuent à ce que le refus d'acceptation soit exceptionnel.

En premier lieu, le titulaire est responsable de l'exécution de la totalité des prestations prévues dans le marché, y compris celles qui sont sous-traitées. La collectivité publique dispose donc d'une garantie en cas de défaillance du sous-traitant.

En second lieu, le développement de la sous-traitance est l'une des voies conduisant à une plus large participation des petites et moyennes entreprises à l'exécution des commandes publiques.

Il n'en demeure pas moins que l'acceptation d'un sous-traitant et le retrait d'acceptation, dans les cas exceptionnels où un tel retrait s'avérerait nécessaire, sont des actes discrétionnaires qui bien que devant être fondés en droit, n'ont pas à être motivés.

Alors que l'acceptation des sous-traitants était déjà prévue par la réglementation, l'agrément des conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance constitue une des innovations introduites par la loi.

ANNEXE N° 3 (suite)

Au même titre que la communication des sous-traités – cf. ci-après – l'agrément est un moyen pour la personne responsable du marché de constater si les rapports entre sous-traitants et titulaires de marchés sont équilibrés.

En effet, l'activité de sous-traitance met souvent en relation une entreprise importante titulaire d'un marché public et une petite ou moyenne entreprise sous-traitante. Il n'est donc pas rare que le rapport des forces soit défavorable aux sous-traitants.

Cette situation n'est nullement propre aux marchés publics, mais elle peut revêtir un caractère inéquitable dans la mesure, notamment, où le titulaire du marché bénéficie d'avantages financiers de son client, révision de prix, avances, acomptes notamment et ne les répercute pas sur ses sous-traitants.

L'examen en vue de l'acceptation des conditions de paiement ne doit pas conduire la personne responsable du marché à s'immiscer dans les relations du titulaire avec le sous-traitant. Il ne doit pas non plus être utilisé comme argument pour une renégociation des offres ou des stipulations contractuelles.

Son but essentiel est de permettre à la personne responsable du marché de s'assurer qu'il n'existe pas un écart manifestement injustifié entre les conditions faites par la collectivité publique contractante au titulaire et celles figurant dans le sous-traité.

2. Les modalités pratiques de l'acceptation et de l'agrément ;

L'acceptation des sous-traitants et l'agrément des conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance constituent deux formalités indissociables et obligatoires.

Le défaut d'acceptation et d'agrément soit que le titulaire ait omis de les solliciter, soit que l'un ou l'autre et *a fortiori* les deux aient été refusés entraîne en effet tant pour le titulaire que pour le sous-traitant les conséquences suivantes :

Le sous-traitant ne peut bénéficier du paiement direct. Le titulaire, quant à lui, encourt deux risques. Le premier résulte de l'application par le maître de l'ouvrage des sanctions prévues par l'application par le maître de l'ouvrage des sanctions prévues par les C.C.A.G. en cas de sous-traitance occulte. Le second procède de la nullité relative instituée par l'article 3 de la loi ; le sous-traité est opposable par le sous-traitant au titulaire sans qu'il y ait réciprocité.

L'acceptation et l'agrément peuvent être demandés soit avant, soit après la conclusion du marché :

a) Demandes d'acceptation et d'agrément formulées avant la conclusion du marché :

Deux procédures peuvent être suivies pour la présentation de ces demandes.

Dans le cadre de la première, les candidats à l'attribution d'un marché public indiquent à la personne responsable du marché, dans leurs offres ou dans leurs soumissions, la nature et le montant de chacune des prestations qu'ils envisagent de sous-traiter. S'agissant des marchés négociés, ces précisions sont fournies en cours de négociation.

Les indications ainsi données ne constituent, en règle générale, qu'une simple déclaration d'intention.

Dès l'attribution du marché et avant sa notification, la personne responsable du marché invite l'attributaire à lui remettre ou à lui adresser, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal, une demande d'acceptation et d'agrément comportant une déclaration mentionnant :

La nature des prestations dont la sous-traitance est envisagée ;

Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;

Le montant prévu des prestations sous-traitées et les conditions de paiement prévues pour chaque contrat de sous-traitance. Il s'agit notamment des modalités de calcul et de versement des avances, des acomptes et du solde, de la date d'établissement de leurs prix et des modalités de leur révision ainsi que des stipulations relatives aux pénalités, primes et réfections.

ANNEXE N° 3 (suite)

Si la personne responsable du marché décide d'accepter le sous-traitant et d'agréer les conditions de paiement figurant dans le sous-traité, elle doit faire connaître son accord dans les vingt et un jours suivant la réception de la demande. Passé ce délai son silence vaut rejet. La personne responsable du marché peut néanmoins revenir sur ce rejet implicite sous réserve de l'accord de l'attributaire du marché.

L'acceptation et l'agrément, lorsqu'ils sont donnés, doivent être constatés dans le marché. Cette constatation donne lieu à l'insertion des précisions indiquées dans les articles 186 bis et 359 bis du code des marchés publics.

Toutefois, lorsque l'attributaire du marché adresse à la personne responsable du marché une demande qui, en raison de son caractère tardif, serait de nature à différer la notification du marché, la constatation de l'acceptation et de l'agrément est faite non dans le marché mais dans un avenant ou un acte spécial à conclure dès la notification du marché.

Ces deux documents emportent les mêmes effets juridiques. Mais, à la différence des avenants, les actes spéciaux signés des deux parties n'ont pas à être soumis aux contrôles des commissions spécialisées des marchés et des contrôleurs financiers ou à l'approbation des autorités de tutelle.

Par rapport à la première procédure, la seconde, qui doit être expressément prévue dans le dossier de consultation des entreprises, diffère essentiellement sur un point : les demandes d'acceptation et d'agrément sont jointes aux offres ou aux soumissions des candidats.

Ces demandes sont réputées prendre effet à la date de notification du marché, laquelle emporte acceptation des sous-traitants et agrément des conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance.

En toute hypothèse, et quelle que soit la procédure choisie, les demandes d'acceptation et d'agrément doivent être assorties de la déclaration, en double exemplaire, souscrite par chaque sous-traitant en application de l'article 50 du code des marchés publics.

b) Demandes d'acceptation et d'agrément formulées après la conclusion du marché :

La procédure instituée en vue de l'acceptation et de l'agrément après la conclusion du marché est, à maints égards, identique à celle prévue lorsqu'il s'agit de demandes intervenant avant sa conclusion.

C'est ainsi que les demandes doivent comporter les mêmes renseignements et être assorties de la déclaration prévue à l'article 50 du code des marchés publics.

Il existe cependant des différences notables entre les deux procédures.

L'acceptation et l'agrément qui ne peuvent plus, à ce stade, figurer dans le marché lui-même sont constatés dans un avenant ou dans un acte spécial signé des parties et comportant les précisions prévues aux articles 186 bis et 359 bis du code des marchés publics.

Par ailleurs, une justification supplémentaire est exigée à l'appui des demandes d'acceptation et d'agrément formulées après la conclusion du marché. Le titulaire doit, en effet, établir que le nantissement dont le marché a pu faire l'objet ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant.

Toutefois, il peut être admis que cette justification soit produite ultérieurement. Dans ce cas, la validité de l'acte spécial est subordonnée à sa production.

Enfin, avant la conclusion du marché, les seules informations dont dispose la personne responsable du marché quant aux stipulations contenues dans le sous-traité, résultent des déclarations de l'attributaire. Après la notification du marché, il lui est possible de demander la communication de tous les sous-traités, cette faculté jouant également à l'égard des sous-traités ayant fait l'objet d'une demande d'acceptation et d'agrément antérieure à cette notification.

Il convient d'insister sur le fait que ces demandes de communication, qui ne doivent pas revêtir un caractère systématique, sont pleinement justifiées lorsque de sérieuses présomptions permettent de penser que les déclarations des titulaires, relatives aux conditions de paiement figurant dans les sous-traités, sont inexactes.

Les titulaires de marchés sont tenus de déférer aux demandes de communication.

ANNEXE N° 3 (suite)

A cet effet, et en attendant la remise à jour des C.C.A.G., ma circulaire du 31 mars 1976 contient un modèle de clause à insérer dans les cahiers des clauses administratives particulières (C.C.A.P.). Cette stipulation prévoit l'application de sanctions graves en cas de défaut de communication sans motif valable.

Il convient, en effet, de préciser qu'il n'y a pas lieu de recourir à des mesures coercitives à l'encontre d'un titulaire qui, matériellement, ne serait pas en mesure de répondre à une demande de communication. A cet égard, il est, par exemple, concevable que le contrat de sous-traitance ne soit pas encore définitivement conclu au moment où la demande de communication est adressée.

Les modalités pratiques de l'acceptation et de l'agrément, que ceux-ci interviennent avant ou après la conclusion du marché, nécessitent une demande et une constatation écrites.

Il en résulte que, lorsque des entrepreneurs qui effectuent des travaux dont le montant est inférieur aux seuils fixés aux articles 123 et 321 du code des marchés publics ont l'intention de recourir à des sous-traitants, ils devront conclure à un marché avec la collectivité publique contractante.

D. – Etendue des responsabilités du titulaire

Les titulaires du marché, outre leur responsabilité à l'égard de leurs propres ouvriers dans les conditions de droit commun, sont responsables du règlement des salaires dus aux ouvriers de leurs sous-traitants.

Par ailleurs, ils restent personnellement responsables envers la collectivité publique contractante de l'exécution de la totalité de leurs marchés, même lorsqu'ils en sous-traitent une partie, quelles que soient les modalités de paiement des sous-traitants. L'absence de responsabilité du sous-traitant vis-à-vis de l'acheteur public constitue l'une des principales différences entre la sous-traitance et la cotraitance.

DEUXIEME PARTIE

LES NOUVELLES MODALITÉS DE PAIEMENT DES SOUS-TRAITANTS
PAR LA COLLECTIVITÉ PUBLIQUE CONTRACTANTE

La loi relative à la sous-traitance comporte deux modalités de paiement des sous-traitants par la collectivité publique contractante.

A – Le paiement direct des sous-traitants

Les sous-traitants sont payés directement dès lors que :

La collectivité publique contractante les a acceptés et a agréé les conditions de paiement figurant dans leurs sous-traités ;

Le montant des sommes qui leur sont dues est égal ou supérieur à un certain seuil.

Il convient, en outre, de préciser que seuls les sous-traitants du titulaire ont vocation au paiement direct par la collectivité publique contractante.

Ces sous-traitants, lorsqu'ils concluent des contrats de sous-traitance, sont, aux termes de l'article 2 de la loi, considérés comme entrepreneurs principaux à l'égard de leurs propres sous-traitants.

S'agissant de contrats de droit privé, ces sous-traités relèvent du titre III de la loi. Aussi n'est-ce que par le moyen d'une action contre le titulaire du marché que les sous-traitants des sous-traitants de ce même titulaire peuvent, le cas échéant, demander le règlement de leurs créances. La collectivité publique contractante n'a donc pas à connaître de cette action.

1. Appréciation des seuils ouvrant droit au paiement direct :

Le seuil de droit commun, évalué par rapport au montant du sous-traité, a été fixé à 4 000 F. Le seuil propre aux marchés industriels passés par une autorité relevant du ministère de la défense est fixé, par l'article 188 bis du code des marchés publics à 10 p. 100 du montant du marché.

ANNEXE N° 3 (suite)

Le seul de droit commun, apprécié à partir des indications figurant dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial signé des parties contractantes, est calculé en tenant compte :

Pour les marchés à tranches conditionnelles, du montant des prestations confiées à chaque sous-traitant au titre de la tranche ferme ;

Pour les marchés à commandes, du montant minimal des prestations dont la réalisation est confiée à chaque sous-traitant.

Pour les marchés de clientèle, du montant estimé des prestations susceptibles d'être confiées à chaque sous-traitant en fonction des prévisions de commandes faites par l'administration.

Le seuil propre aux marchés industriels passés par une autorité relevant du ministère de la défense est fixé, par rapport au montant de l'avenant, soit de l'acte spécial signé des parties contractantes. Par montant du marché, il faut entendre :

Pour les marchés à tranches conditionnelles, le montant constitué par la tranche fermée et les tranches conditionnelles ;

Pour les marchés à commandes, le montant maximal des prestations susceptibles d'être commandées ;

Pour les marchés de clientèle, le montant estimé des prestations susceptibles d'être confiées au titulaire.

L'appréciation du montant des sous-traités conclus pour l'exécution d'une partie des prestations d'un marché industriel du ministère de la défense est faite conformément aux indications figurant ci-dessus à propos du seuil de droit commun.

2. Détermination des sommes à payer directement :

Quel que soit le seuil, cette détermination peut s'effectuer selon deux modalités.

Lorsque le marché prévoit les prix ou les bases de calcul des prix de prestations réalisées par les sous-traitants, c'est-à-dire lorsque les prestations sous-traitées sont clairement individualisées dans le marché et que celui-ci fixe les stipulations permettant leur règlement, ceux-ci sont payés par application des clauses du marché.

Cette première modalité peut être utilisée notamment pour le paiement direct des lots techniques dans le secteur des travaux publics et du bâtiment ou de certains composants s'intégrant dans un ensemble faisant l'objet d'un marché de fournitures industrielles.

En revanche, lorsque les prestations ne sont pas individualisées dans le marché et que celui-ci ne comporte pas les stipulations permettant leur règlement, les sous-traitants sont payés sur indication du titulaire dans la limite du montant figurant dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial, sous réserve que les sommes versées au titulaire et au sous-traitant n'excèdent pas celles qui résultent des clauses du marché.

Afin d'éviter d'avoir à conclure un acte spécial pour le rajuster, ce montant doit être déterminé en tenant compte d'une estimation aussi exacte que possible des prestations à réaliser en tenant compte, notamment, des variations en quantité et, le cas échéant, des variations de prix.

Les modalités pratiques de paiement direct des avances et des acomptes comportent certaines règles applicables aux deux modalités mentionnées ci-dessus et d'autres propres à chacune d'elles.

a) Les avances :

Les avances ne sont versées qu'aux sous-traitants qui demandent à en bénéficier.

Les avances facultatives ne sont versées qu'après constitution par le titulaire du marché de la caution personnelle et solidaire prévue pour en garantir le remboursement (art. 133 du code des marchés publics).

Le versement de l'avance forfaitaire ne peut intervenir avant que le titulaire du marché ait fourni un cautionnement ou une caution personnelle et solidaire dans les cas où cette garantie est exigible dès le début de l'exécution du marché (art. 125 et 131 du code des marchés publics).

ANNEXE N° 3 (suite)

L'acceptation par le titulaire du marché des sommes à verser aux sous-traitants au titre des avances est donnée dans la forme indiquée au paragraphe b ci-dessous.

L'avance forfaitaire est accordée dès lors que le montant prévisionnel des prestations sous-traitées est supérieur à la somme fixée dans les articles 154 et 336 du code des marchés publics.

Deux cas sont à envisager :

Lorsque les prestations sous-traitées sont individualisées dans le marché, le mandatement de l'avance forfaitaire doit être effectué à la diligence de la personne responsable du marché. Ce mandatement doit intervenir dans le délai d'un mois compté à partir du commencement d'exécution du sous-traité ou de la réception par elle, soit de la demande de paiement du sous-traitant transmise par le titulaire soit, le cas échéant, de la pièce justifiant la constitution de l'une des garanties précitées si cette réception est postérieure au commencement d'exécution du sous-traité.

Les modalités de remboursement de cette avance sont celles fixées par la réglementation en vigueur.

Le montant total des avances forfaitaires ne pouvant excéder 5 p. 100 du montant d'un marché, le paiement d'une telle avance à un sous-traitant est subordonné au remboursement de la partie de l'avance forfaitaire qui aurait été versée au titulaire d'un titre des prestations qu'il a sous-traitées.

Lorsque les prestations sous-traitées ne sont pas individualisées dans le marché, le versement ainsi que le remboursement de l'avance forfaitaire s'effectuent à la diligence du titulaire du marché. Cette avance est prélevée sur le montant des sommes qui lui sont dues. Son remboursement est effectué par imputation par le titulaire sur les sommes à payer directement au sous-traitant.

b) Les acomptes et le solde :

Le versement d'acomptes et du solde au profit du sous-traitant est subordonné à l'acceptation du titulaire compte tenu de la responsabilité qui lui incombe.

Cette acceptation est donnée différemment selon que les sous-traitants exécutent ou non des prestations individualisées dans le marché.

1. Lorsque les sous-traitants exécutent des prestations individualisées dans le marché, l'acceptation du titulaire figure, normalement, sur le procès-verbal administratif qui, relatant la constatation matérielle des opérations effectuées par les sous-traitants, est destiné à être joint à l'appui du titre de paiement correspondant.

A cet effet, le titulaire porte sur ce document la mention « d'accord pour le règlement d'une somme deF à(nom ou raison sociale du sous-traitant) au titre du marché n° du..... » et la fait suivre de la date de sa signature.

L'acceptation du titulaire peut également, et toujours à propos de prestations individualisées dans le marché, être donnée d'une autre manière.

La signature par le titulaire d'un projet de décompte vaut acceptation pour le règlement du montant de l'acompte ou du solde afférent aux prestations effectuées par les sous-traitants sous réserve que le titulaire joigne à son projet de décompte une attestation par laquelle il manifeste son accord pour le paiement au sous-traitant des sommes qui seront déterminées, en application des stipulations du marché, par la personne responsable en fonction des éléments de base qu'il a indiqués.

Cette attestation, qui est annexée au procès-verbal administratif relatant la constatation matérielle des opérations effectuées par les sous-traitants, est destinée au comptable.

Elle doit être complétée par une mention signée par la personne responsable du marché précisant que la somme à mandater au profit du sous-traitant, résulte bien de l'application des stipulations du marché sous réserve de la prise en compte d'une éventuelle réfaction.

1. Lorsque les sous-traitants n'exécutent pas des prestations individualisées dans le marché, le paiement direct des sous-traitants est effectué sur la base d'une attestation du titulaire comportant l'indication de la somme à régler directement au sous-traitant par prélèvement sur celles dues au titulaire.

Lorsqu'il s'agit d'un sous-traitant, d'un cotraitant, l'attestation est signée par celui-ci et par le mandataire du groupement d'entreprises. Le prélèvement des sommes à régler au sous-traitant est effectué sur celles dues au cotraitant.

ANNEXE N° 3 (suite)

Cette attestation est jointe, en double exemplaire, au projet de décompte. L'un de ces exemplaires, dûment visé par la personne responsable du marché, est destiné à être joint au certificat pour paiement annexé au mandat. Il comporte éventuellement une mention signée par la personne responsable du marché indiquant que la somme à mandater au sous-traitant tient compte, le cas échéant, d'une réfaction.

La personne responsable du marché n'a pas à vérifier en détail les justifications produites par les sous-traitants. Il suffit qu'elle s'assure que les sommes dont ils demandent le paiement n'ont pas déjà fait l'objet d'un règlement à leur profit et, en toute hypothèse, qu'elles n'excèdent pas les évaluations auxquelles ces prestations ont donné lieu dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial.

La nécessité dans laquelle se trouve le sous-traitant d'obtenir l'acceptation de ses projets de décompte comporte un risque : celui de voir le titulaire faire obstacle, sciemment ou par négligence, au paiement direct de son sous-traitant en ne donnant pas son acceptation.

C'est pour prévenir cette difficulté que le législateur a prévu un mécanisme de nature à ménager la responsabilité du titulaire sans pour autant lui permettre de faire obstacle au paiement direct de ses sous-traitants.

Le titulaire dispose désormais 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 notifier au sous-traitant, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal, son refus motivé de le faire.

En l'absence d'un tel refus, le sous-traitant est en droit de s'adresser à la personne responsable du marché en vue d'obtenir le paiement des prestations qu'il a effectuées.

La collectivité contractante, saisie d'une demande en ce sens appuyée des pièces justificatives et de l'avis de réception correspondant à ces mêmes pièces et signé par le titulaire, doit s'assurer :

Que les sommes revendiquées n'ont pas déjà fait l'objet d'un règlement soit au titulaire soit au sous-traitant ; dans le cas où ces sommes auraient déjà fait l'objet d'un règlement au profit du titulaire, elles seront mandatées au sous-traitant après avoir été précomptées sur les sommes dues au titulaire ;

Que le titulaire n'a pas opposé un refus motivé dans le délai qui lui est imparti.

En vue de vérifier ce dernier point, la personne responsable du marché met le titulaire en demeure de lui fournir dans un délai de quinze jours la preuve qu'il a opposé un refus motivé à la demande du sous-traitant.

Deux situations sont alors envisageables :

Si le titulaire n'est pas en mesure d'établir qu'il a opposé un refus motivé, la personne responsable du marché mandate la somme réclamée par le sous-traitant sur ce qui est dû au titulaire. Celui-ci étant réputé avoir accepté les prestations ainsi payées, il en assume l'entière responsabilité.

En revanche, si le titulaire établit qu'il a opposé un refus motivé portant soit sur l'ensemble, soit sur une partie des pièces justificatives de son sous-traitant, la personne responsable du marché ne mandate que les sommes correspondant aux pièces justificatives non expressément refusées.

La personne responsable du marché n'a pas à apprécier la validité du motif invoqué par le titulaire à l'appui de son refus. Tout au plus est-il possible d'admettre qu'il n'y a pas lieu de tenir compte d'un motif manifestement erroné.

Les sommes revendiquées par le sous-traitant et à l'égard desquelles le titulaire a opposé un refus motivé d'acceptation ne doivent être mandatées qu'après accord amiable des parties ou décision de justice dûment notifiée à la personne responsable du marché.

c) Le nantissement :

Les conditions de nantissement des marchés par les titulaires ont été profondément modifiées par la loi.

A l'usage, il est, en effet, apparu que le régime institué par le décret du 14 mars 1973 n'assurait pas, à cet égard, une protection satisfaisante des sous-traitants.

Il suffisait, en effet, que le titulaire nantisse en totalité son marché avant de demander l'acceptation de sous-traitants pour faire obstacle au paiement direct de ceux-ci et, par là même, leur interdise également de nantir la part du marché dont ils assuraient l'exécution.

ANNEXE N° 3 (suite)

Dorénavant, deux situations peuvent se présenter :

Le recours à des sous-traitants n'a pas été prévu dans le marché. En ce cas, l'acceptation et l'agrément sont donnés sous réserve que le titulaire obtienne, si nécessaire, la modification de la formule d'exemplaire unique figurant sur la copie certifiée conforme ou sur l'extrait prévu à l'article 188 du code des marchés publics.

Si le titulaire n'a pas donné son marché en nantissement, il le rend à la personne responsable du marché afin que celle-ci modifie la formule d'exemplaire unique.

Si, en revanche, le marché a été donné en nantissement et ne peut être restitué, le titulaire doit justifier :

Soit que le nantissement du marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée ;

Soit que ce nantissement du marché a été réduit de manière à réaliser cette condition.

Cette justification est donnée par une attestation du comptable assignataire indiquant le montant pour lequel l'acte de nantissement a été initialement notifié ou signifié ainsi que les variations de ce montant provenant des notifications ou des significations ultérieurement prises en charge au titre de ce marché.

B – L'action directe des sous-traitants

La loi accorde aux sous-traitants ne remplissant pas les conditions requises pour bénéficier du paiement direct une action directe contre la collectivité publique contractante.

Cette action concerne les sous-traitants dont le sous-traité est inférieur à l'un des seuils prévus à l'article 186 bis du code des marchés publics.

Le sous-traitant exerçant l'action directe :

Signifier au titulaire une mise en demeure d'avoir à lui payer une somme due, pour un montant déterminé, en vertu du contrat de sous-traitance et pour l'exécution du marché ;

Adresser une copie de la mise en demeure à la personne responsable du marché et au comptable assignataire de la dépense. Dès réception de cette copie, la personne responsable du marché prend les dispositions nécessaires pour retenir le montant de la créance revendiquée par le sous-traitant sur les sommes qu'elle doit au titulaire ;

Présenter à la personne responsable du marché, après l'expiration d'un délai d'un mois compté à partir de la date de réception par le titulaire de la mise en demeure, une demande de paiement des sommes qui lui sont dues. Cette demande doit être appuyée des pièces justifiant :

De l'existence d'un contrat de sous-traitance conclu pour l'exécution d'une partie du marché ;

De ce que la créance réclamée résulte à la fois de l'exécution de ce contrat de sous-traitance et de la participation effective à l'exécution du marché.

Et, enfin, de la mise en demeure faite au titulaire depuis au moins un mois.

La loi n'impose aucune forme pour la signification de la mise en demeure, celle-ci peut être effectuée par simple lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal.

Cependant, pour éviter toute contestation portant sur la consistance de cette mise en demeure et sur l'identité de la copie adressée à l'administration avec l'original destiné au titulaire, il semble que les sous-traitants aient tout intérêt à signifier cette mise en demeure par acte d'huissier.

Dès réception de la demande du sous-traitant, la personne responsable du marché procède à la vérification des justifications qui y sont annexées et à la constatation du service fait. Elle doit, par ailleurs, demander au titulaire du marché s'il reconnaît l'existence de la créance revendiquée par son sous-traitant.

ANNEXE N° 3 (suite)

Deux situations sont alors envisageables :

Si le titulaire se reconnaît débiteur du sous-traitant, la personne responsable du marché fait émettre, au vu de son acceptation, un mandat correspondant aux sommes non contestées. Ce mandat et l'ordre de paiement qui l'accompagne sont établis a nom du titulaire, cette dérogation étant suivie de la mention « à payer à... (nom ou raison sociale du sous-traitant) par virement à son compte... (caractéristiques du compte à créditer), ce sous-traitant ayant exercé l'action directe prévue par les articles 6 et 12 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 ».

A moins qu'une cession, une saisie-arrêt ou une subrogation antérieure à la réception par le comptable assignataire de la dépense de la copie de la mise en demeure ait été légalement effectuée, il sera procédé au règlement de la somme due au sous-traitant ayant exercé l'action directe.

En revanche, si le titulaire conteste la créance revendiquée par son sous-traitant, et sauf dans le cas où la demande du sous-traitant apparaîtrait manifestement dénuée de tout fondement la personne responsable du marché ne fait pas procéder au mandatement des sommes litigieuses jusqu'à ce que, soit une décision de justice non susceptible de recours, soit un accord intervenu ultérieurement entre les parties lui permette de déterminer en toute certitude quel est le véritable créancier.

Il convient de préciser qu'il n'est pas dû d'intérêts moratoires par l'administration au titre des sommes non mandatées au titulaire du marché pour ce motif.⁷

Dans l'hypothèse où le sous-traitant n'aurait pas adressé à la personne responsable du marché, à l'expiration du délai d'un mois prévu ci-dessus, une demande de paiement, les sommes litigieuses ne sont mandatées, sous réserve de l'application des règles de la déchéance quadriennale, que lorsque, la personne responsable du marché a reçu :

Soit la renonciation du sous-traitant à l'action entreprise ;

Soit le reçu du sous-traitant produit par le titulaire et attestant le règlement de la créance litigieuse ;

Soit, enfin, la notification d'une décision de justice non susceptible de recours ou bien d'un accord intervenu ultérieurement entre les parties.

La loi prévoit, par ailleurs que les sommes dues par le titulaire à son sous-traitant ne bénéficiant pas du paiement direct sont garanties par une caution personnelle et solidaire, sauf « si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant ».

Une telle délégation, qui assure au sous-traitant deux débiteurs, le titulaire du marché, d'une part, et la collectivité contractante, d'autre part, implique l'accord de cette dernière.

Il est expressément recommandé aux collectivités contractantes de refuser cette délégation. En effet, l'institution des seuils par le législateur répond à un souci d'allègement des tâches administratives. Admettre pour les marchés publics un mécanisme qui, prévu essentiellement pour les contrats de droit privé, aboutirait à une généralisation du paiement direct, irait donc à l'encontre de cet objectif.

⁷ Cette précision, qui figure dans l'article 13-6 du C.C.A.G ; applicable aux marchés publics de travaux, doit faire l'objet, dans les C.C.A.P. d'une clause dérogatoire aux C.C.A.G., applicables respectivement aux marchés industriels et aux fournitures courantes.

ANNEXE N° 3 (suite)

Je vous demande de bien vouloir porter la présente circulaire, qui abroge celle du 14 mars 1973 relative à la sous-traitance, à la connaissance des services placés sous votre autorité ou sous votre tutelle.

MICHEL DURAFOUR

ANNEXE

RELATIVE À L'ENREGISTREMENT COMPTABLE DU PAIEMENT DIRECT
DES SOUS-TRAITANTS

Le paiement direct d'un sous-traitant par la collectivité publique contractante n'a pas pour effet de modifier la nature des liens juridiques qui existent entre le titulaire d'un marché et son sous-traitant. Il en résulte :

Que le sous-traitant admis au bénéfice du paiement direct doit facturer le montant de sa prestation, non pas à la collectivité publique contractante, mais au titulaire du marché qui lui a passé la commande et qui est le seul responsable vis-à-vis de cette dernière de la bonne exécution de cette commande ;

Qu'il est nécessaire et normal que le titulaire du marché enregistre dans sa propre comptabilité le montant des décomptes ou des factures se rapportant aux prestations sous-traitées ainsi que le montant des sommes payées directement au sous-traitant.

Sur le plan pratique, les différentes opérations relatives à l'enregistrement comptable du paiement direct d'un sous-traitant doivent se dérouler de la façon suivante.

I. – Facturation par le sous-traitant.

Pour les raisons indiquées ci-dessus, le sous-traitant facture au titulaire du marché les prestations qu'il a exécutées. Il adresse au titulaire du marché le décompte ou la facture original accompagné d'un duplicata :

L'original est destiné au titulaire du marché ;

Le duplicata, destiné à la collectivité publique contractante, doit comporter une mention précisant que la taxe sur la valeur ajoutée (T.V.A.) facturée par le sous-traitant n'est pas déductible par la collectivité publique contractante ; le cas échéant, seule est déductible par cette dernière la T.V.A. qui lui est facturée par le titulaire du marché.

II. – Acceptation par le titulaire du marché.

Cette acceptation est donnée suivant une des deux modalités indiquées dans la circulaire (cf. II^e partie : a) Le paiement direct des sous-traitants ; b) Les acomptes et le solde).

Lorsque, pour le sous-traitant, le fait générateur de la T.V.A. est l'encaissement, le titulaire du marché ne pourra déduire celle-ci dans les conditions de droit commun qu'après avoir été avisé du paiement effectif du sous-traitant.

III. – Paiement du sous-traitant par la collectivité publique contractante.

Dès réception des documents justifiant l'acceptation du titulaire du marché, la collectivité publique, contractante mandate directement au sous-traitant le montant des sommes auxquelles il peut prétendre.

La somme payée par la collectivité publique contractante doit correspondre au montant du décompte ou de la facture du sous-traitant. Il importe donc que le titulaire en soit tenu informé pour qu'il puisse enregistrer l'opération dans sa comptabilité. A cette fin, la collectivité publique contractante doit lui faire parvenir un « avis de mandatement ».

Lorsque le sous-traitant a connaissance du règlement, il en informe le titulaire du marché.

ANNEXE N° 3 (suite)

IV. – Facturation par le titulaire du marché.

Le titulaire du marché doit reprendre, dans un décompte ou une facture qu'il adresse à la collectivité publique, contractante pour le règlement de ses propres prestations, les prestations sous-traitées en les faisant apparaître d'une manière distincte pour chaque sous-traitant chargé de l'exécution de prestations nettement individualisées dans le marché ou en indiquant, dans une attestation annexée au décompte ou à la facture, le montant global de la somme à payer à chaque sous-traitant chargé de l'exécution de prestations non individualisées dans le marché. La T.V.A. est facturée sur le montant global de ces prestations (titulaire + sous-traitants) au taux applicable au marché du titulaire.

Lorsque, pour le titulaire du marché, le fait générateur de la T.V.A. est l'encaissement, celui-ci doit acquitter la T.V.A. correspondant au versement direct effectué par la collectivité publique contractante au sous-traitant dès qu'il a été avisé du paiement effectif de ce dernier. Il doit alors, en toute hypothèse, adresser à la collectivité publique contractante un décompte ou une facture comportant le montant du versement direct fait au sous-traitant.

La collectivité publique contractante règle au titulaire du marché le montant de sa facture, T.V.A. comprise, déduction faite des sommes payées directement par elle au sous-traitant du marché et qui ont supporté la T.V.A. lorsque celle-ci est acquittée d'après les encaissements.

V. – Schéma général de comptabilisation
des différentes opérations décrites ci-dessus.

Le schéma général de comptabilisation des différentes opérations décrites ci-dessus doit obligatoirement être le suivant :

A – Comptabilisation chez le sous-traitant

1. Au moment de la facturation de la prestation :

Le sous-traitant crédite le compte 70 « Ventes de marchandises, produits finis, travaux et prestations de services par le débit du compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 410 « Clients ordinaires » titulaire du marché).

2. Au moment du paiement par la collectivité publique contractante :

Le sous-traitant crédite le compte 41 « Clients » par le débit du compte de trésorerie ayant enregistré le paiement.

Cette écriture solde le compte « Clients » ouvert au nom du titulaire du marché.

Le libellé de l'opération au livre-journal pourrait être le suivant : « paiement par la collectivité publique contractante X de la facture n°..... relative au marché n°..... et au sous-traité n°..... avec l'entreprise Y » (ou tout autre libellé indiquant succinctement l'origine des fonds et l'opération concernée).

B – Comptabilisation chez le titulaire du marché.

1. Au moment de la réception de la facture du sous-traitant et de sa propre facturation à la collectivité publique contractante :

Le titulaire du marché passé les écritures suivantes pour enregistrer :

a) D'abord, l'achat de la prestation commandée par lui au sous-traitant.

Il crédite le compte 40 « Fournisseurs » (sous-traitants) par le débit, soit du compte 63 « Travaux, fournitures et services extérieurs » (compte divisionnaire 632 « Travaux et façons exécutés à l'extérieur »), soit du compte 60 « Achats », lorsque les plans comptables professionnels prévoient d'enregistrer à ce compte les façons et les sous-traitances.

b) Ensuite, la vente à la collectivité publique contractante de la prestation achetée au sous-traitant et de ses propres prestations.

Il crédite, pour ce faire, le compte 70 « Vente de marchandises, produits finis, travaux et prestations de service » par le débit du compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 411 « Clients Etat et collectivités publiques ») du montant du décompte ou de la facture établi par lui et englobant la prestation du sous-traitant ainsi que les siennes propres.

ANNEXE N° 3 (suite et fin)

2. Au moment du paiement direct du sous-traitant :

A la réception de l'avis de mandatement du sous-traitant, le titulaire du marché solde le compte 40 « Fournisseurs » (sous-traitants) par le crédit du compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 411).

Le libellé de l'opération au livre-journal pourrait être le suivant :

« Réception de l'avis de mandatement direct du compte ou de la facture n° de l'entreprise Z relative au marché n° ».

3. Au moment du paiement des propres prestations du titulaire du marché par la collectivité publique contractante :

Au moment du paiement par la collectivité publique contractante des prestations propres du titulaire du marché celui-ci crédite le compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 411) par le débit du compte de trésorerie ayant enregistré le paiement du montant global de son décompte ou de sa facture, déduction faite des sommes versées directement au sous-traitant par la collectivité publique contractante.

Le compte 41 « Clients » est alors soldé puisque le paiement du sous-traitant par la collectivité publique contractante y a déjà été enregistré.

VI. – Problèmes particuliers posés par la comptabilisation de la T.V.A.

Les problèmes posés par la comptabilisation de la T.V.A. à l'occasion du paiement direct des sous-traitants par les collectivités publiques contractantes, doivent être réglés conformément aux dispositions d'ordre général et particulières qui font l'objet de la note d'information n° 19 du 15 décembre 1970 du conseil national de la comptabilité.

ANNEXE N° 4 : Circulaire du 31 janvier 1983 relative au régime de la sous-traitance dans les marchés publics et aux modalités de paiement par la collectivité publique contractante.

Paris, le 31 janvier 1983

*Le ministre de l'économie et des finances et le ministre délégué
auprès du ministre de l'économie et des finances, chargé du budget,
à Mesdames et Messieurs les ministres et secrétaires d'Etat,*

La circulaire du 7 octobre 1978 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics telle qu'elle résulte de la loi n° 73-1334 du 31 décembre 1973 relative à la sous-traitance et du décret n° 78-178 du 31 mai 1978 pris pour son application est modifiée comme suit :

Les dispositions de la deuxième partie A. 2 intitulée « Détermination des sommes à payer directement » sont remplacées par les dispositions suivantes :

2. Détermination des sommes à payer directement.

« Le montant des sommes à payer au sous-traitant doit être établi de manière que le paiement direct puisse prendre en compte les conditions financières qui lui sont consenties par le titulaire du marché et notamment celles relatives à l'actualisation et à la révision des prix.

« Le règlement direct du sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par la personne responsable du marché intervient après l'acceptation par le titulaire des pièces justificatives servant de base au paiement direct sous réserve que les sommes cumulées versées au titulaire du marché et au sous-traitant bénéficiaire du paiement direct n'excèdent à aucun moment celles qui résultent des clauses du marché et de ses avenants éventuels.

« Conformément aux dispositions de l'article 5 de la loi n° 73-1334 du 31 décembre 1973 relative à la sous-traitance, les sommes versées au sous-traitant bénéficiaire du paiement direct ne doivent pas dépasser la part du sous-traitant telle qu'elle est prévue soit dans le marché lui-même, soit dans un avenant, soit encore dans un acte spécial signé par la personne responsable du marché et le titulaire du marché. Ces documents doivent préciser le montant prévu des sommes à payer directement, le mois d'établissement des prix, le caractère ferme, ajustable ou révisable du prix et des modalités correspondantes, ainsi que la nature des prestations sous-traitées.

« Lorsque le titulaire du marché demande qu'il soit payé au sous-traitant une somme supérieure à celle figurant dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial, ce dépassement peut résulter de l'application des clauses de variation de prix prévues dans ces documents, ou d'une modification de la part du marché confiée au sous-traitant ou des deux causes à la fois.

« Dans tous les cas, la personne responsable du marché doit seulement vérifier que le montant des sommes à régler au sous-traitant, ramenées aux conditions du mois d'établissement des prix du marché principal par application de la clause de révision figurant à ce marché, n'excède pas le montant qu'il était prévu de sous-traiter.

« Si ces sommes sont inférieures ou égales audit montant, le paiement peut être effectué.

« Dans le cas contraire, le sous-traitant peut être réglé sur présentation du décompte établi par le titulaire du marché, à condition :

«- qu'ait été produit le document justifiant soit que le nantissement du marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que le nantissement a été réduit de manière à réaliser cette condition. Ce dernier document n'a toutefois pas lieu d'être produit si le dépassement résulte d'une augmentation de la masse initiale des travaux se rapportant aux travaux sous-traités ;

- qu'ait été signé par la personne responsable du marché et le titulaire, l'avenant ou l'acte spécial fixant le nouveau montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant.

ANNEXE N° 4 (suite et fin)

3. Modalités pratiques du paiement direct.

« Les modalités pratiques du paiement direct des avances, des acomptes et du solde sont les suivantes :

a) Les avances :

« Les avances ne sont versées qu'aux sous-traitants qui demandent à en bénéficier.

« Les avances facultatives ne sont versées qu'après constitution par le titulaire du marché de la caution personnelle et solidaire prévue pour en garantir le remboursement (art. 133 du code des marchés publics).

« Le versement de l'avance forfaitaire ne peut intervenir avant que le titulaire du marché ait fourni un cautionnement, ou une caution personnelle et solidaire dans le cas où cette garantie est exigible dès le début de l'exécution du marché (art. 125 et 131 du code des marchés publics).

« L'acceptation par le titulaire du marché des sommes à verser aux sous-traitants au titre des avances est donnée dans la forme indiquée au paragraphe b ci-dessous.

« L'avance forfaitaire est accordée dès lors que le montant prévisionnel des prestations sous-traitées est supérieur à la somme fixée dans les articles 154 et 336 du code des marchés publics.

« Le versement ainsi que le remboursement de l'avance forfaitaire s'effectuent à la diligence du titulaire du marché. Cette avance est prélevée sur le montant des sommes qui lui sont dues. Son remboursement est effectué par imputation par le titulaire sur les sommes à payer directement au sous-traitant.

b) Les acomptes et le solde :

« Le versement d'acomptes et du solde au profit du sous-traitant est subordonné à l'acceptation du titulaire, compte tenu de la responsabilité qui lui incombe. Il est effectué sur la base d'une attestation du titulaire comportant l'indication de la somme à régler directement au sous-traitant par prélèvement sur celles dues au titulaire.

« Lorsqu'il s'agit d'un sous-traitant, d'un cotraitant, l'attestation est signée par celui-ci et par le mandataire du groupement d'entreprises. Le prélèvement des sommes à régler au sous-traitant est effectué sur celles dues au cotraitant.

« Cette attestation est jointe, en double exemplaire, au projet de décompte. L'un de ces exemplaires, dûment visé par la personne responsable du marché, est destiné à être joint au certificat pour paiement annexé au mandat. Il comporte éventuellement une mention signée par la personne responsable du marché, indiquant que la somme à mandater au sous-traitant tient compte, le cas échéant, d'une réfaction.

« La personne responsable du marché n'a pas à vérifier en détail les justifications produites par les sous-traitants. Il suffit qu'elle s'assure que les sommes dont ils demandent le paiement n'ont pas déjà fait l'objet d'un règlement à leur profit et, en toute hypothèse, qu'elles n'excèdent pas les évaluations éventuellement révisées auxquelles ces prestations ont donné lieu dans le marché.

« La nécessité dans laquelle se trouve le sous-traitant... ». (Le reste sans changement).

Les dispositions de la présente circulaire s'appliquent aux marchés dont la date d'établissement des prix est postérieure de trois mois à la date de publication du nouveau dispositif au Journal officiel de la République française.

LE MINISTRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES,
 POUR MINISTRE ET PAR DÉLÉGATION :
 LE SECRÉTAIRE GÉNÉRAL
 DE LA COMMISSION CENTRALE DES MARCHÉS
 J. SIMON

LE MINISTRE DÉLÉGUÉ AUPRÈS DU MINISTRE DE L'ÉCONOMIE
 ET DES FINANCES, CHARGÉ DU BUDGET,
 POUR LE MINISTRE ET PAR DÉLÉGATION :
 LE DIRECTEUR DE LA COMPTABILITÉ PUBLIQUE,
 M. PRADA