

COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Au sens de la loi du 31 décembre 1975 l'opération qualifiée de sous-traitance implique le concours d'au moins trois personnes : le maître de l'ouvrage, l'entreprise principale et le sous-traitant. Elle suppose également la passation de deux contrats d'entreprise successifs :

ô Le contrat principal conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entreprise principale (le marché public est assimilé à un contrat d'entreprise).

ô Le contrat de sous-traitance conclu entre l'entreprise principale et l'entreprise sous-traitante et qui a pour objet l'exécution de tout ou partie du marché principal.

A QUI EST SOUS-TRAITANT ?

Le principe consiste ainsi à ce que le sous-traitant exécute des prestations spécifiques se rapportant au marché principal.

Divers exemples peuvent être donnés :

ÉLe fournisseur n'est pas sous-traitant si les éléments fournis sont disponibles sur stock ou catalogue. A noter que l'intervention sur le site n'est pas en soi obligatoire pour déterminer la qualité de sous-traitant. Il suffit seulement de savoir si les prestations ont ou non un caractère de spécificité.

ÉLe locateur de grue, d'engins de chantier, d'échafaudage, n'est pas sous-traitant. Le contrat de location n'est pas un contrat d'entreprise.

ÉLe tâcheron, c'est-à-dire celui qui se contente de poser des matériaux qu'il ne fournit pas, peut être sous-traitant s'il exécute en parfaite indépendance et à la condition qu'il ne puisse être considéré comme un salarié.

La loi sur la sous-traitance concerne tous les secteurs d'activité économique :

Ésecteur du BTP (y compris maison individuelle)

Ésecteur industriel

Ésecteur des services

B QUELLE PROTECTION POUR LE SOUS-TRAITANT ?

La loi fixe des obligations très précises. L'entreprise principale est tenue de :

1° présenter chaque sous-traitant au maître de l'ouvrage en vue de son acceptation et de l'agrément de ses conditions de paiement (art. 3) ;

et

2° délivrer une garantie de paiement à chaque sous-traitant, c'est-à-dire :

Éle paiement direct si le maître de l'ouvrage est une personne publique (Titre II de la loi) ;

Éla caution bancaire ou la délégation de paiement si le maître de l'ouvrage est une personne privée (Titre III de la loi).

Le sous-traitant qui n'a pas veillé à l'application stricte de ses droits s'expose à ne pas être payé des travaux si l'entreprise principale dépose son bilan.

A titre subsidiaire, il peut engager une action directe à l'encontre du maître d'ouvrage privé sous certaines conditions (acceptation et agrément préalables ou tacites et existence d'une assiette de sommes disponibles).

Enfin, que le maître d'ouvrage soit public ou privé, le sous-traitant qui apporte la preuve qu'il a été connu et toléré sur le chantier par le maître de l'ouvrage peut obtenir de ce dernier des dommages et intérêts recouvrant tout ou partie du préjudice subi. Une telle action n'est pas envisageable lorsque le maître de l'ouvrage est une personne physique construisant un logement pour elle-même ou sa proche famille.

C PROBLEMES PARTICULIERS

1. La sous-traitance totale ou partielle

Aux termes de la loi, la sous-traitance peut être totale dans les marchés privés ou partielle dans les marchés publics.

La sous-traitance totale est également interdite dans les marchés publics par le code des marchés publics (article 112). Il en est de même pour les marchés privés lorsque la norme AFNOR P03 001- Travaux de bâtiment (édition septembre 2000) ou P03 002 - Travaux de génie civil (édition Mai 1992) est contractuellement applicable.

2. La sous-traitance en chaîne

La loi s'applique au sous-traitant du sous-traitant. Le législateur a voulu ainsi protéger l'ensemble des sous-traitants, dans l'hypothèse d'une sous-traitance en cascade.

Cela signifie notamment que le sous-traitant qui a lui-même recours à des sous-traitants doit assumer vis-à-vis d'eux toutes les obligations imparties à l'entreprise principale (article 2 de la loi). En particulier, il doit faire accepter ses propres sous-traitants par le maître de l'ouvrage.

3. Caractère d'ordre public de la loi

L'article 15 de la loi stipule :

« 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 ».

Le caractère d'ordre public des dispositions de la loi est également souligné dans les articles 7 et 12, alinéa 2.

Le sous-traitant qui a été accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, peut prétendre à l'application, soit du Titre II, soit du Titre III de la loi, en fonction de la qualité juridique du maître de l'ouvrage.

Ces deux titres sont indépendants l'un de l'autre. Mais seul le sous-traitant de 1^{er} rang a droit au paiement direct dans le cadre du Titre II, le sous-traitant de 2nd rang (ou de rang plus éloigné) doit bénéficier de l'une ou l'autre des deux formes de garantie prévue par le Titre III (caution bancaire ou délégation de paiement).