

LES ESSENTIELS

# Guide pratique de la sous-traitance dans les contrats publics

**Maxime Seno**

Avocat associé  
Cabinet LLC et Associés

**territorial** éditions



# Guide pratique de la sous-traitance dans les contrats publics

Cet ouvrage s'adresse à tous les praticiens (maîtres d'ouvrages publics et privés, maîtres d'œuvre, BET, opérateurs du BTP, etc.) de la commande publique qui ont, à un moment de leurs opérations contractuelles, à connaître un sujet de sous-traitance.

Face à l'importance de la sous-traitance dans les contrats publics, ainsi qu'à la multitude des situations dans lesquelles cette pratique se rencontre et se traite, il est apparu utile aux auteurs de rédiger les réponses opérationnelles que cet ouvrage contient.

Il s'agit du premier ouvrage exclusivement consacré au sujet de la sous-traitance dans les contrats publics, orienté de manière 100% pratique : le présent n'est pas un traité de droit, mais un manuel pour les praticiens, teinté de questions juridiques.

L'objectif des auteurs (qui sont tous des avocats au contact des sujets de la commande publique) est de fournir à la fois des réflexes pratiques, des modèles et un dictionnaire de la sous-traitance, traitant des questions les plus fréquemment rencontrées par les praticiens.



**Maxime Seno** est avocat au barreau de Paris, titulaire du certificat de spécialisation en droit public, et associé au sein du cabinet LLC et Associés. Il conseille au quotidien une clientèle privée et publique, dans leurs opérations de contract management des contrats publics, dans une logique d'optimisation des relations contractuelles.

## LES ESSENTIELS

[boutique.territorial.fr](http://boutique.territorial.fr)

ISSN : 2553-5803

ISBN : 978-2-8186-1892-9

© [lamax/adobeStock.com](http://lamax/adobeStock.com)

**territorial** éditions

LES ESSENTIELS

# Guide pratique de la sous-traitance dans les contrats publics

**Maxime Seno**  
Avocat associé  
Cabinet LLC et Associés

**territorial** éditions

Référence BK370A



**Vous souhaitez être informé  
de la prochaine actualisation  
de cet ouvrage ?**

## **C'est simple !**

Il vous suffit d'**envoyer un mail**  
nous le demandant à :

[jessica.ott@territorial.fr](mailto:jessica.ott@territorial.fr)

Au moment de la sortie de la nouvelle édition de l'ouvrage,  
nous vous ferons une **offre commerciale préférentielle**.

### **Avertissement de l'éditeur :**

La lecture de cet ouvrage ne peut en aucun cas dispenser le lecteur  
de recourir à un professionnel du droit.



Il est interdit de reproduire  
intégralement ou partiellement  
la présente publication sans  
autorisation du Centre Français  
d'exploitation du droit de Copie.  
**CFC**

20, rue des Grands-Augustins  
75006 Paris.  
Tél. : 01 44 07 47 70



Retrouvez tous nos ouvrages sur  
[boutique.territorial.fr](http://boutique.territorial.fr)

# Sommaire

|                    |     |
|--------------------|-----|
| Sommaire .....     | p.3 |
| Introduction ..... | p.9 |

## Partie 1

### **Le cadre général de la sous-traitance**

#### Chapitre I

|                                          |      |
|------------------------------------------|------|
| <b>La notion de sous-traitance</b> ..... | p.13 |
| A - Ce qu'elle est .....                 | p.13 |
| B - Ce qu'elle n'est pas .....           | p.14 |

#### Chapitre II

|                                                                                                                              |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>Les contours de la sous-traitance dans les contrats publics</b> .....                                                     | p.17 |
| A - La sous-traitance classique : focus sur le Code<br>de la commande publique et les marchés publics .....                  | p.17 |
| B - La sous-traitance générique : focus sur le Code<br>de la commande publique et les contrats de concession .....           | p.19 |
| 1. Le système concessif .....                                                                                                | p.19 |
| 2. Les marchés de partenariat .....                                                                                          | p.23 |
| C - La sous-traitance dans les baux emphytéotiques administratifs et les<br>conventions d'occupation du domaine public ..... | p.25 |

## Partie 2

# Le cadre juridique spécifique de la sous-traitance dans les marchés publics de travaux

### Chapitre I

#### Les sources de la sous-traitance des marchés publics ..... p.29

- A - La loi du 31 décembre 1975 relative aux sous-traités de marchés publics ..... p.29
- B - Le Code de la commande publique ..... p.29
- C - Le cahier des clauses administratives générales Travaux :  
la refonte du CCAG Travaux ..... p.30

### Chapitre II

#### Les conditions de recours à la sous-traitance en marchés publics ..... p.33

- A - Le droit du titulaire du marché de sous-traiter  
à tout moment ..... p.33
  - 1. La liberté de recourir à la sous-traitance ..... p.33
  - 2. La liberté dans le moment du recours à la sous-traitance ..... p.34
- B - L'interdiction de sous-traiter l'intégralité du marché ..... p.35
  - 1. L'interdiction de la sous-traitance totale ..... p.35
  - 2. Le titulaire peut-il sous-traiter les parties essentielles du marché ou sa  
quasi-totalité ? De la même manière, le pouvoir adjudicateur peut-il légalement  
restreindre la part de la sous-traitance au stade de l'examen des offres ? ..... p.36
- C - Le droit de sous-traiter à l'opérateur de son choix ..... p.37
  - 1. Un principe de liberté dans le choix du sous-traitant ..... p.37
  - 2. La désignation d'une personne publique en qualité de sous-traitant ..... p.38
- D - Le droit du sous-traitant d'avoir recours lui-même à la sous-traitance ..... p.39
- E - Les conditions de passation du contrat de sous-traitance ..... p.40
  - 1. Les conditions de passation du contrat de sous-traitance des marchés publics ..... p.40
  - 2. Les conditions de passation des sous-contrats de concession ..... p.41
- F - La possibilité offerte au candidat à l'attribution d'un marché  
de faire valoir les références de son sous-traitant ..... p.42

### Chapitre III

#### La sauvegarde de l'*intuitu personae* des contrats publics ..... p.43

- A - Le principe de l'acceptation du sous-traitant  
par le maître d'ouvrage et l'agrément de ses conditions de paiement ..... p.44
  - 1. L'obligation de déclaration du sous-traitant par le titulaire du marché (DC4) ..... p.44
  - 2. Conditions de la présentation du sous-traitant par le titulaire du marché ..... p.45
  - 3. Le rôle du maître d'ouvrage ..... p.46
- B - L'obligation de transmettre un plan particulier de sécurité  
et de protection de la santé ..... p.49
- C - Le changement de sous-traitant en cours d'exécution du contrat ..... p.49

## Partie 3

# L'exécution du contrat de sous-traitance

### Chapitre I

#### Les travaux sous-traités ..... p.53

A - Le démarrage et l'exécution des travaux du sous-traitant ..... p.53

B - La réception des travaux du sous-traitant ..... p.54

### Chapitre II

#### Le paiement du sous-traitant ..... p.55

A - Le paiement direct du sous-traitant (articles R.2193-10 à R.2193-22 du Code de la commande publique) ..... p.55

1. Le régime du paiement direct ..... p.55

2. Les modalités du paiement direct ..... p.56

3. Le mécanisme de l'autoliquidation de la TVA ..... p.57

4. Le mécanisme des avances ..... p.58

5. La réduction du montant payé directement au sous-traitant ..... p.59

6. Le cas du paiement des sous-traitants indirects ..... p.59

B - Les mécanismes dérogatoires ..... p.61

1. L'action directe ..... p.61

2. La cession et le nantissement de créances (articles R.2191-45, 2191-54 à 57 et R.2193-22 du Code de la commande publique) ..... p.62

3. Le privilège de pluvieuse ..... p.62

### Chapitre III

#### Les relations entre les parties ..... p.65

A - La responsabilité du pouvoir adjudicateur envers le titulaire et le sous-traitant ..... p.65

B - La responsabilité du titulaire envers le pouvoir adjudicateur et le sous-traitant ..... p.66

C - La responsabilité du sous-traitant envers le pouvoir adjudicateur et l'entrepreneur principal ..... p.67

D - Le cas particulier de la procédure collective ouverte à l'encontre du titulaire ..... p.67

E - Sur la détermination de la compétence juridictionnelle ..... p.68

## Partie 4

### La boîte à outils

#### Chapitre I

|                                                                                                |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>La sous-traitance en schémas</b> .....                                                      | p.71 |
| A - Le schéma de la sous-traitance .....                                                       | p.71 |
| B - Le schéma des mécanismes de paiement du sous-traitant .....                                | p.72 |
| 1. L'action directe .....                                                                      | p.72 |
| 2. Le paiement direct .....                                                                    | p.73 |
| C - Le schéma de la mise en jeu de la responsabilité des acteurs<br>de la sous-traitance ..... | p.74 |

#### Chapitre II

|                                                                                                                                                |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>Les fiches</b> .....                                                                                                                        | p.75 |
| Fiche pratique n° 1 – Quel modèle de contrat utiliser quand un contrat<br>comprend à la fois des travaux et de la fourniture standards ? ..... | p.75 |
| Fiche pratique n° 2 – Comment éviter le risque de prêt de main-d'œuvre<br>illicite ? La distinction entre la sous-traitance et la vente .....  | p.77 |
| Fiche pratique n° 3 – Quelles sont les dispositions juridiques indispensables<br>à connaître en matière de sous-traitance ? .....              | p.81 |
| Fiche pratique n° 4 – Comment appréhender les risques liés à la relation<br>de sous-traitance ? .....                                          | p.84 |
| Fiche pratique n° 5 – Comment analyser un contrat de sous-traitance ? .....                                                                    | p.85 |
| Fiche pratique n° 6 – Les différents stades de la procédure d'agrément ?<br>Quels documents produire ? .....                                   | p.87 |
| Fiche pratique n° 7 – Obligations des acteurs de la sous-traitance .....                                                                       | p.89 |
| Fiche pratique n° 8 – Comment utiliser le contentieux dans le cadre<br>de la sous-traitance ? .....                                            | p.90 |

#### Chapitre III

|                                                                                                                   |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>Modèles de lettres</b> .....                                                                                   | p.93 |
| Lettre au maître d'ouvrage par laquelle le sous-traitant rappelle<br>l'obligation qu'il soit déclaré .....        | p.93 |
| Lettre de mise en demeure de l'entrepreneur principal aux fins<br>de mettre en œuvre l'action directe .....       | p.94 |
| Lettre demandant le paiement direct par le maître de l'ouvrage .....                                              | p.94 |
| Demande de paiement adressée au maître de l'ouvrage public<br>en cas de silence de l'entrepreneur principal ..... | p.95 |

#### Annexe

|                                                |      |
|------------------------------------------------|------|
| <b>Dictionnaire de la sous-traitance</b> ..... | p.97 |
|------------------------------------------------|------|



*Nombreuses ont été les personnes ayant participé,  
de plus ou moins près, à la finalisation de cet ouvrage :*

*Élodie MONS,*

*Jessica PHILLIPS,*

*Bérengère DIEUDE,*

*Noémie ABENZOARD-BLANCHARD notamment.*

*L'auteur, reconnaissant, tient à les remercier.*



## Introduction

D'un point de vue strictement économique, la sous-traitance est une forme de coopération économique.

Selon une définition générale<sup>1</sup>, plus proche de son acception juridique, « *la sous-traitance consiste pour une entreprise à confier à une autre le soin d'exécuter pour elle, selon un cahier des charges préétabli, une partie des actes de production et de services dont elle conserve la responsabilité économique finale* ».

Cette situation juridico-économique est susceptible de concerner toutes les entreprises, quelles que soient leur taille et leur spécialité.

Du fait de la facilité à définir la sous-traitance, on peut en comprendre qu'il s'agit d'un mécanisme très ancien (presque aussi ancien, probablement, que les relations contractuelles elles-mêmes).

Nos règles modernes ont donc largement façonné via diverses étapes la relation de sous-traitance, mais depuis le décret du 26 pluviôse an II relatif aux privilèges des sous-traitants et des fournisseurs, jusqu'à la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ce sont peu ou prou les mêmes préoccupations auxquelles la norme tente de répondre.

Cette dernière loi, d'ailleurs, offre à la sous-traitance une véritable définition.

Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1975 dispose :



### Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975

*« La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. »*

La loi de 1975 a donc, ainsi qu'on le relève de cette disposition, une portée générale et s'applique tant aux contrats privés que publics.

Plus récemment, les règles relatives à la sous-traitance des marchés ont été fixées par le Code de la commande publique qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2019.

Il n'en demeure pas moins que les grands ensembles demeurent assez semblables à ce qui préexistait.

En effet, ce code codifie l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et son décret n° 2016-360 du 25 mars 2016. Ces deux textes, qui constituaient le socle unique de réglementation des marchés publics, abrogent ainsi :

- le Code des marchés publics de 2006 ;
- l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative au contrat de partenariat ;
- l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

Tel est, à ce jour, le cadre légal et réglementaire de la relation de sous-traitance.

La relation de sous-traitance qui, justement, existe autour de trois acteurs : le maître d'ouvrage, l'entreprise principale et le sous-traitant.

Le maître d'ouvrage se définit comme l'entité porteuse du besoin, déterminant l'objectif du projet, son calendrier et le budget consacré à ce projet. Le résultat attendu du projet est la réalisation d'un ouvrage.

Depuis l'entrée en vigueur du Code de la commande publique, le maître d'ouvrage est qualifié d'acheteur, dans la mesure où les textes procèdent à une unification des personnes morales susceptibles de conclure un marché public.

Ainsi sont considérés comme « acheteurs », les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis aux articles 1211-1, 1212-1 et 1212-2 du Code de la commande publique.

L'entreprise principale est le titulaire du marché principal, contractant avec le maître d'ouvrage.

En outre, cette même entreprise sous-traite une partie du marché au sous-traitant qu'elle aura déclaré à l'acheteur (articles L.2193-2 et L.2193-4 du Code de la commande publique).

Le sous-traitant, quant à lui, est celui qui va exécuter la partie du marché public sous-traitée, et qui sera lié contractuellement à l'entreprise principale.

Cette focale portée, dans le présent ouvrage, sur les marchés publics provient du fait que les marchés publics, particulièrement ceux de travaux, demeurent le domaine de prédilection de la sous-traitance.

Toutefois, les marchés publics (même de travaux) sont très loin d'épuiser toute la catégorie des contrats de commande publique pouvant faire l'objet d'un contrat de sous-traitance.

C'est pourquoi, cet ouvrage consacré à l'utilisation du contrat de sous-traitance dans la sphère publique est l'occasion de faire un point sur l'emploi de cette technique contractuelle dans le cadre d'autres contrats que les marchés publics de travaux.

En conséquence, il sera opportun d'étudier dans une première partie : le cadre général de la sous-traitance (1<sup>re</sup> partie) ; dans une deuxième partie : le cadre juridique spécifique de la sous-traitance dans les marchés publics de travaux (2<sup>e</sup> partie) ; et, dans une troisième partie, l'exécution du contrat de sous-traitance (3<sup>e</sup> partie).

Enfin, une boîte à outils sera proposée en fin d'ouvrage (4<sup>e</sup> partie).

# **Le cadre général de la sous-traitance**



## Chapitre I

# La notion de sous-traitance

La limite entre la notion de sous-traitance et d'autres types de contrats est parfois difficile à appréhender.

La question demeure importante car, en fonction de la qualification retenue, le régime juridique applicable sera différent.

Ainsi, la détermination du cadre général de la sous-traitance commande de définir ce qu'est la sous-traitance (A), afin de pouvoir la distinguer des autres contrats connexes (B).

## A - Ce qu'elle est

L'article L.2193-2 du Code de la commande publique, reprenant pour l'essentiel la lettre de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1975<sup>2</sup> dans sa version issue de la loi du 11 décembre 2001, définit la sous-traitance comme *« l'opération par laquelle un opérateur économique<sup>3</sup> confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur »*.

La loi impose que le marché principal, dont une partie est sous-traitée, soit un contrat d'entreprise ou un marché public. Cette double qualification résulte du fait que la loi relative à la sous-traitance régit à la fois la sous-traitance en droit privé et la sous-traitance dans les marchés publics.

Par conséquent, la sous-traitance implique la conclusion de deux contrats :

- un contrat principal conclu entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage privé ou public ;
- une convention, de droit privé, le sous-traité, conclue entre l'entrepreneur et un autre locateur d'ouvrage, qu'il charge d'exécuter à sa place tout ou partie du marché principal.

La spécificité du travail demandé permettra de distinguer le contrat de sous-traitance, d'autres contrats connexes.

## B - Ce qu'elle n'est pas

Tout d'abord, le contrat d'entreprise doit être distingué du contrat de vente / de fourniture.

Est considéré comme un fournisseur tout intervenant, entreprise, qui assure la livraison d'un bien non spécifiquement fabriqué pour les besoins de l'ouvrage.

Ce faisant, le fournisseur ne sera pas un sous-traitant, si les besoins fournis sont disponibles sur « catalogue » ou si les prestations réalisées n'ont pas de caractère spécifique.

Ainsi, 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<sup>4</sup>. De même, le fournisseur ne pourra pas se prévaloir de la qualité de sous-traitant s'il ne ressort pas des pièces produites que les fournitures livrées telles que des armatures en acier, ont été conçues et réalisées « *en mettant en œuvre des techniques particulières pour répondre aux spécificités du marché* »<sup>5</sup>.

En revanche, le prestataire qui participe à l'exécution du marché principal en appliquant à ses fournitures les spécifications techniques particulières, imposées par l'entrepreneur principal, a la qualité de sous-traitant. C'est le cas, notamment, lorsqu'il fabrique sur mesure des éléments de ventilation pour répondre aux spécificités imposées par le cahier des clauses techniques particulières<sup>6</sup>.

Ensuite, la sous-traitance doit être distinguée de la location d'engins (contrat de location d'engins).

Le contrat par lequel un engin, ou du matériel et du personnel, est mis à disposition d'une entreprise, sans autre intervention dans la réalisation du contrat principal, est un contrat de louage, distinct du contrat de sous-traitance.

La Cour de cassation a d'ailleurs récemment réaffirmé que les contrats de louage d'engins ne pouvaient être assimilés à un contrat de sous-traitance (en ce sens, Cass. com., 8 avril 2014, n° 13-15087).

De plus, le contrat de sous-traitance ne saurait être confondu avec le prêt illicite de main-d'œuvre à but lucratif, c'est-à-dire non réalisé par une société d'intérim.

En effet, et notamment dans le secteur du BTP, les entreprises ont parfois recours entre elles au prêt de main-d'œuvre à but non lucratif. Dans cette hypothèse, il s'agit pour une entreprise qui connaît un besoin momentané de main-d'œuvre, de se faire prêter des salariés par une autre entreprise qui, elle, rencontre une baisse d'activité. On parle alors de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif.

Ainsi, la tentation peut être grande de déguiser un prêt de main-d'œuvre à titre onéreux, par conséquent illégal, en prestation de sous-traitance.

Or, la sous-traitance n'est pas la mise à disposition de personnel. Une telle confusion peut être constitutive du délit de « travail dissimulé » (L.8241-1 du Code du travail), et éventuellement du délit de marchandage (L.8231-1 du Code du travail) si l'opération a eu pour effet de causer un préjudice au salarié concerné, ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, du règlement, de la convention, ou de l'accord collectif de travail.

Récemment encore, la chambre criminelle de la Cour de cassation a sanctionné une entreprise qui, sous couvert d'un contrat de sous-traitance, avait consenti un prêt de main-d'œuvre illicite (en ce sens, Cass. crim., 7 juin 2016, n° 15-82011, Cass. crim., 12 janvier 2021, n° 18-83058, à propos d'une sous-traitance jugée fictive).

4. CAA Nantes, 2<sup>e</sup> chambre, 30 décembre 1999, Société Biwater, n° 96NT02356.

5. CAA Lyon, 4<sup>e</sup> chambre, 25 mars 2021, Société Pro Armature Savoie, n° 19LY02198.

6. CAA Nantes, 4<sup>e</sup> chambre, 7 octobre 2011, Cne de Missillac, n° 10NT02052.



De même, le contrat de sous-traitance ne saurait être assimilé à un 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<sup>7</sup>, alors que le sous-traitant possède la qualité de constructeur.

Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a pu considérer qu'une société d'architecture était le mandataire du maître d'ouvrage. Les juges ont rappelé qu'en présence d'un contrat de mandat, la loi de 1975 relative à la sous-traitance ne pouvait s'appliquer (en ce sens, Cass. civ. 3, 27 octobre 2016, n° 15-25.256).

Enfin, le contrat de sous-traitance doit être distingué de la cotraitance, 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. La cotraitance s'exerce dans le cadre d'une convention de groupement momentané d'entreprises conjointes ou solidaires.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a pu poser les règles permettant de distinguer une situation relevant de la sous-traitance et une situation relevant de la cotraitance.

Dans un arrêt du 27 octobre 2016, elle a considéré que, dans l'hypothèse du remplacement d'un membre défaillant d'un groupement de maîtrise d'œuvre, sans qu'un contrat ne soit conclu entre le maître d'ouvrage et cette nouvelle entreprise, intervenue sur devis adressé à l'entreprise défaillante, et alors même que le mandataire du groupement avait proposé un contrat de sous-traitance au maître d'ouvrage, que ce dernier n'a pas accepté, que cette dernière intervenait en qualité de sous-traitant du groupement (en ce sens, Cass. civ. 3, 27 octobre 2016, n° 15-24.469).

En d'autres termes, il s'agit d'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* »<sup>8</sup>.



#### Textes applicables

- Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance modifiée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (Murcef).
- Code de la commande publique : articles L.1211-1, L.1212-1, L.1212-2 et L.2193-2.
- Instruction n° 12-012 du 30 mai 2012 sur la sous-traitance.



#### Pour aller plus loin

*Dictionnaire permanent – Commande publique, étude « Sous-traitance ».*

7. En ce sens, CE, 26 septembre 2016, n° 390515.

8. CE, 7 décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres, n° 70836, *Lebon*.