

FICHE

La sous-traitance

La sous-traitance constitue un assouplissement au principe général de l'exécution personnelle des marchés publics. Elle autorise les opérateurs économiques à confier à une ou plusieurs entreprises tierces l'exécution d'une partie du contrat dont ils sont les titulaires et qu'ils ne peuvent ou ne veulent exécuter eux-mêmes.

Le recours à la sous-traitance permet aux opérateurs économiques de s'appuyer sur des compétences et des moyens extérieurs pour postuler à l'attribution de marchés publics. Elle favorise ainsi notamment l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

Le régime juridique relatif à la sous-traitance pour les contrats de droit privé et de droit public¹ est défini par la loi n° 75-1134 du 31 décembre 1975² et, pour les règles propres aux marchés publics passés par des acheteurs soumis au code de la commande publique, par les articles L. 2193-1 à L. 2193-14 ainsi que les articles R. 2193-1 à R. 2193-22 du code (marchés publics classiques) et R. 2393-24 à R. 2393-40 du code (marchés publics de défense ou de sécurité).

1. Définition de la sous-traitance

L'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 définit la sous-traitance comme « 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 public³ conclu avec le maître de l'ouvrage ».

En matière de marchés publics, la sous-traitance est l'opération par laquelle l'opérateur titulaire d'un marché public qui présente lui-même les caractéristiques d'un contrat d'entreprise confie à un opérateur tiers, par contrat et sous sa responsabilité, l'exécution d'une partie des prestations qui lui ont été confiées par l'acheteur.

Il est à noter que le sous-traitant direct (ou de 1^{er} rang) du titulaire du marché public peut à son tour faire appel à un sous-traitant, dit sous-traitant indirect (ou de 2nd rang), pour lui confier l'exécution de prestations dont il a la charge. Dans ce cas, le sous-traitant de 1^{er} rang est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.⁴

S'agissant des contrats de transport, l'article L. 1432-13 du code des transports, applicable à l'ensemble des contrats de transports de marchandises, prévoit que « les dispositions de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance sont applicables aux opérations de transport ». Dans ce cas, le donneur d'ordre initial est assimilé au maître d'ouvrage et le transporteur à son sous-traitant. Si celui-ci fait appel à un transporteur sous-traitant, il est assimilé à l'entrepreneur principal pour la fraction des prestations sous-traitées.

Les développements qui suivent concernent, sauf mention contraire, la sous-traitance de 1^{er} rang.

1.1. L'opération de sous-traitance implique l'existence de deux contrats distincts

Le recours à la sous-traitance implique une relation triangulaire entre l'acheteur, le titulaire du marché public et le sous-traitant. Cette relation repose sur l'existence de deux contrats distincts :

- un marché public présentant les caractéristiques d'un contrat d'entreprise conclu entre l'acheteur et le titulaire, qui peut être de droit administratif ou non ;
- un contrat, généralement de droit privé, qualifié de contrat de sous-traitance ou de « sous-traité », conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant.

¹ Que ces contrats publics constituent des marchés publics ou non.

² Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance dont les dispositions sont d'ordre public.

³ Présentant les caractéristiques d'un contrat d'entreprise.

⁴ Art. 2 de la loi du 31 décembre 1975.

1.1.1. Un marché public

Seul un marché public qui présente les caractéristiques d'un contrat d'entreprise peut faire l'objet d'une opération de sous-traitance.

Un contrat d'entreprise, aussi appelé de louage d'ouvrage, est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.⁵

Un marché public est ainsi assimilable à un contrat d'entreprise lorsqu'il s'agit d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou lorsqu'il s'agit d'un marché public de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de services, telles que des prestations de conception ou d'adaptation⁶.

S'agissant des autres marchés publics de fournitures, le recours à la sous-traitance par le titulaire demeure interdit : il ne s'agit pas de contrat revêtant la qualité d'un contrat d'entreprise.

1.1.2. Un contrat de sous-traitance

Le contrat de sous-traitance, qui doit lui-même être un contrat d'entreprise, est généralement un contrat de droit privé. Néanmoins, il peut en aller autrement lorsque le titulaire du marché public est lui-même une personne publique.

Le contrat de sous-traitance peut constituer lui-même un marché public. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne⁷ a précisé que, lorsque le candidat ou le titulaire d'un marché public revêt la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice, le contrat de sous-traitance conclu par ce candidat ou titulaire répond alors à la qualification de marché public et doit faire l'objet de mesures de publicité et de mise en concurrence conformément au droit de la commande publique. Dans une telle hypothèse, le contrat de sous-traitance qui est conclu par une personne morale de droit public est un contrat administratif par application de l'article L. 6 du code de la commande publique.⁸

En tant que contrat d'entreprise, le contrat de sous-traitance se distingue notamment⁹ des contrats de fournitures¹⁰ qui s'analysent comme des contrats de vente. Afin de distinguer ces deux contrats, la jurisprudence opère une analyse au cas par cas afin de déterminer si le contrat examiné ne contient pas, en plus de l'obligation de livrer la prestation, l'obligation d'une participation effective à l'exécution d'un travail confié par l'acheteur. Dans le cadre de cet examen, le juge administratif est amené à faire une appréciation stricte des contrats de sous-traitance.

Est ainsi considéré comme un fournisseur, et non comme un sous-traitant, l'opérateur économique qui conclut avec le titulaire d'un marché public un contrat qui ne contient pas d'obligations de faire mais comporte uniquement une obligation de vendre. Tel est le cas de l'entreprise qui fournit à un chantier du béton prêt à l'emploi¹¹, des canalisations et des pièces de canalisations et de pièces de raccord de fabrication courante¹², des pavés ordinaires¹³.

Est en revanche qualifié de contrat de sous-traitance, le contrat dans lequel l'entreprise fournit, pose et déplace un échafaudage nécessitant un travail spécifique réalisé pour les besoins particuliers du maître de l'ouvrage¹⁴. De même, il y a sous-traitance lorsque les prestations commandées font l'objet d'adaptations particulières en vue de répondre aux besoins de l'acheteur conformément à ses spécifications¹⁵.

S'agissant des marchés publics de défense ou de sécurité, la réglementation applicable distingue les sous-contrats qui présentent le caractère de sous-traités de ceux qui ne présentent pas ce caractère particulier. A ce titre, l'article L. 2393-1 du code précise que les sous-contractants qui sont des sous-traitants au sens de l'article L. 2193-2 du code (marchés publics classiques) sont ceux qui se voient confier par le titulaire une partie des prestations du marché qui présente les caractéristiques du contrat d'entreprise. Seuls ces sous-contractants assimilables à des sous-traitants relèvent des dispositions de la loi du 31 décembre 1975 et des articles R. 2393-24 à R. 2393-40 du code. A défaut, ce sont les articles R. 2393-41 à R. 2393-44 du code qui s'appliquent. Il est à noter également que, s'agissant des marchés de défense ou de sécurité, lorsque le marché a été passé par l'Etat et que le titulaire recourt à un service de l'Etat comme sous-traitant, les prestations qui font l'objet du sous-contrat ne donnent lieu à aucun versement au profit du titulaire¹⁶. **1.2. Cette relation triangulaire est caractérisée par l'absence de liens contractuels entre l'acheteur et le sous-traitant**

⁵ Art. 1710 du Code Civil.

⁶ Art. L. 2193-1 du code.

⁷ CJCE, 18 novembre 2004, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, Aff. C-126/03, pt 18. Le droit national adopte un raisonnement similaire (TA de Toulouse, 22 novembre 2011, SAS Icade promotion, n° 11104937). Ce principe vaut également dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice agirait en tant que co-contractant d'opérateurs économiques qui ne revêtent pas la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice.

⁸ L'article L. 6 du code dispose que les contrats relevant du code et conclus par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs (sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie du code et au livre II de la troisième partie).

⁹ Le contrat de sous-traitance se distingue également de ce fait du contrat de travail, du mandat et du contrat de bail.

¹⁰ Une entreprise dont le contrat conclu avec un entrepreneur principal revêt la qualification de contrat de fournitures n'aura pas le droit au paiement direct de ses prestations par le maître d'ouvrage et ce, quand bien même celui-ci l'aurait été accepté en qualité de sous-traitant et aurait agréé ses conditions de paiement (CAA de Bordeaux, 8 mars 2018, n° 16BX02206).

¹¹ CE, 26 septembre 2007, *Département du Gard*, n° 255993.

¹² CAA de Nantes, 30 décembre 1999, *Société Biwater*, n° 96NT02356.

¹³ CAA de Lyon, 3 juillet 2003, *Société d'exploitation de grès de Molière*, n° 97LY02986.

¹⁴ CAA de Lyon, 11 mai 2006, *Société Qualia*, n° 01LY00279.

¹⁵ CAA de Nantes, 30 décembre 1999, *Société Biwater*, préc.,.

¹⁶ Art. R. 2393-35 du code.

Dans l'hypothèse du recours à la sous-traitance, le titulaire demeure l'unique responsable, vis-à-vis de l'acheteur, de l'exécution des prestations faisant l'objet du marché public, y compris s'agissant des prestations sous-traitées¹⁷. Le recours à la sous-traitance ne fait naître en effet aucun lien contractuel entre l'acheteur et les sous-traitants auxquels décide de faire appel le titulaire du marché public. Cette absence de liens contractuels entre l'acheteur et le sous-traitant a pour conséquence que l'acheteur ne peut commander des prestations au sous-traitant.

De ce fait, le titulaire ne saurait invoquer les fautes commises par le sous-traitant dans l'exécution des prestations sous-traitées afin de s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe à l'égard de l'acheteur au titre du marché public¹⁸. L'acheteur ne peut davantage rechercher la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle du sous-traitant du fait d'éventuelles fautes commises par ce dernier.

Ce principe, constamment rappelé par la jurisprudence, a connu récemment une très légère inflexion :

- le Conseil d'Etat a en effet admis que l'acheteur puisse rechercher devant le juge administratif, de façon subsidiaire, et dans l'hypothèse où la responsabilité du titulaire du marché public ne pourrait être utilement recherchée, la responsabilité quasi-délictuelle des participants à une opération de construction avec lesquels il n'a pas conclu de contrat de louage d'ouvrage, mais qui sont intervenus sur le fondement d'un contrat conclu avec l'un des constructeurs (ce qui inclut les sous-traitants). L'acheteur peut dans un tel cas invoquer notamment la violation des règles de l'art ou la méconnaissance de dispositions législatives ou réglementaires mais ne saurait se prévaloir de fautes résultant de la seule inexécution, par les personnes intéressées, de leurs propres obligations contractuelles¹⁹.

Les cas où la responsabilité des sous-traitants pourrait être mise en cause devraient cependant rester très marginaux.

2. Le principe de libre recours à la sous-traitance et ses restrictions

2.1. Le titulaire d'un marché public est, en principe, libre d'avoir recours à un ou plusieurs sous-traitants pour exécuter certaines des prestations du marché public

L'article L. 2193-3 du code²⁰ consacre, sous réserve du respect des conditions fixées par la loi du 31 décembre 1975, le droit, pour le titulaire d'un marché public, de sous-traiter l'exécution de certaines des prestations faisant l'objet dudit marché²¹. L'acheteur ne peut donc imposer au titulaire d'un marché public d'exécuter lui-même l'intégralité des prestations du contrat.

En ce sens, les dispositions de l'article R. 2142-3 du code (marchés publics classiques) et de l'article R. 2342-2 du code (marchés de défense ou de sécurité) autorisent le candidat à un marché public à se prévaloir de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles d'autres opérateurs économiques auxquels il entend faire appel pour la réalisation de prestations, et ce quelle que soit la nature juridique des liens existants entre ces opérateurs économiques et le candidat. *

L'acheteur peut demander aux candidats, sur le fondement de l'article R. 2151-13 du code, via l'avis d'appel à la concurrence ou dans un autre document de la consultation, d'indiquer dans leur offre la part du marché public qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers.²²

2.2 L'acheteur peut néanmoins contraindre le titulaire à exécuter lui-même certaines tâches essentielles du marché public

La liberté du titulaire de sous-traiter implique, en principe, que l'acheteur n'est pas fondé à limiter ce droit²³. Pour autant, l'Art. L. 2193-3 du code (marchés publics classiques) et L. 2393-7 du code (marchés publics de défense ou de sécurité) autorisent désormais l'acheteur à restreindre le recours à la sous-traitance des marchés publics en exigeant que certaines tâches essentielles²⁴ soient effectuées directement par le titulaire. Ainsi, sur le fondement de ces dispositions, l'acheteur peut légitimement invoquer le caractère essentiel de certaines prestations pour refuser au titulaire le recours à un sous-traitant.

¹⁷ Art 1er de la loi n° 75-1334 relative à la sous-traitance ; Art. L. 2193-3 du code (marchés publics classiques) et, s'agissant des sous-contrats, Art. L.2393-1 du code (marchés publics de défense ou de sécurité) ; CE, 6 mars 1987, OPHLM de Chatillon-sous-Bagneux, n° 37731.

¹⁸ CE, 26 novembre 2007, Société Les Travaux du Midi, n° 266423.

¹⁹ CE, 7 décembre 2015, Commune de Bihorel, n° 380419 : cette responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant ne saurait toutefois concerner les désordres apparus après la réception de l'ouvrage et qui ne sont pas de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination.

²⁰ Ces dispositions sont applicables aux marchés publics qui sont des contrats administratifs mais également à ceux qui sont des contrats de droit privé.

²¹ Rép. min. n° 101807 : JOAN Q 5 juillet 2011, p. 7314.

²² Paragraphe 2 de l'article 71 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics. S'agissant des marchés de défense ou de sécurité, l'acheteur peut également demander aux candidats d'indiquer l'identité des sous-contractants qu'il entend solliciter ainsi que la nature des prestations qui leur seront confiées (Art. L. 2393-6 du code).

²³ En ce sens, l'acheteur ne saurait prévoir dans les documents du marché public une clause qui interdirait au titulaire d'avoir recours, pour l'exécution des prestations, à de la sous-traitance.

²⁴ La notion de « tâches essentielles » dépend de l'objet du marché public et donne donc lieu à une appréciation casuistique.

Cette possibilité de limiter la sous-traitance suppose, au regard du principe de transparence des procédures, que l'acheteur ait clairement indiqué, dans l'avis d'appel à la concurrence ou le règlement de la consultation, les tâches essentielles concernées. De plus, l'acheteur, en cas de contentieux, devra être en mesure de justifier, par des moyens objectifs, la limitation de la sous-traitance imposée au titulaire. S'agissant des marchés de défense ou de sécurité, cette limitation du recours à la sous-traitance pour des tâches essentielles peut notamment être motivée pour des raisons tenant à la sécurité des approvisionnements ou des informations²⁵.

2.3 Par ailleurs, le titulaire ne peut sous-traiter l'intégralité des prestations faisant l'objet du marché public

L'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 dispose que le titulaire est autorisé à sous-traiter uniquement « l'exécution de certaines parties de son marché public ». En d'autres termes, celui-ci ne peut intégralement sous-traiter l'exécution des prestations du marché public pour lequel il a été retenu²⁶. Ni les dispositions de la loi du 31 décembre 1975, ni celles de la réglementation relative à la commande publique, ne précisent la part minimale de prestations que le titulaire doit exécuter en propre. Dans ces conditions, il appartient au juge, en cas de contentieux, d'apprécier au cas par cas, au regard des conditions d'exécution du marché public, si le marché public respecte les dispositions précitées.

2.4. Enfin, dans le cadre des marchés de défense ou de sécurité, l'acheteur peut imposer le recours, ainsi que les modalités de recours, à la sous-traitance

Dans le cadre d'un marché de défense ou de sécurité, le 2^o de l'article L. 2393-3 du code permet à l'acheteur d'imposer au titulaire de sous-contracter une partie des marchés.

De même, les spécificités des marchés publics de défense ou de sécurité impliquent que l'acheteur puisse imposer au titulaire, en vertu du 1^o de l'article L. 2393-3 du code, de mettre en place une procédure de mise en concurrence transparente lors du choix des sous-contractants. Cette obligation peut s'appliquer à l'ensemble des sous-contractants ou seulement à certains sous-contractants librement choisis par l'acheteur²⁷. L'acheteur ne peut cependant pas imposer à son titulaire de mettre en œuvre des procédés discriminatoires pour sélectionner certains sous-contractants qu'il souhaiterait voir retenus²⁸.

Si l'acheteur entend recourir à l'une ou l'autre des facultés prévues par les dispositions de l'article L. 2393-3 précitées il doit l'indiquer dans l'avis d'appel à la concurrence, le cas échéant, en identifiant les tâches essentielles qui ne peuvent faire l'objet d'un sous-contrat en application de l'article L. 2393-7 du code. De plus, lorsque l'acheteur décide d'imposer au titulaire de sous-contracter une partie de son marché, il indique, dans l'avis de marché, le pourcentage minimum et maximum que le titulaire sera tenu de sous-contracter. Le pourcentage maximum est plafonné à 30% du montant du marché²⁹.

Le code précise que les deux hypothèses prévues par l'article L. 2393-3 du code ne sont pas opposables aux opérateurs économiques liés au titulaire du marché public. Aux termes de l'article R. 2393-2 du code, un sous-traitant est considéré comme lié au titulaire lorsque le titulaire exerce sur lui, directement ou indirectement, une influence dominante. Il convient de préciser que l'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise détient, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise, la majorité du capital souscrit par l'entreprise ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

3. Les conditions de recours à la sous-traitance

Le recours à la sous-traitance est subordonné à la mise en œuvre de diverses formalités prévues par la loi du 31 décembre 1975 et par les articles R. 2193-1 à R. 2193-22 du code (marchés publics classiques) et R. 2393-1 à R. 2393-40 du code (marchés publics de défense ou de sécurité). L'acheteur, le titulaire du marché public ainsi que le sous-traitant sont concernés par le respect de ces formalités.

3.1. Le titulaire est tenu d'effectuer, auprès de l'acheteur, une déclaration préalable de ses sous-traitants

²⁵ Comme mentionné expressément par l'article L. 2393-7 du code (marchés publics de défense ou de sécurité).

²⁶ CAA Bordeaux, 15 décembre 1997, SA Thermotique, n°94BX01637.

²⁷ Considérant 40 de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation des marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

²⁸ Le titulaire ne peut notamment pas se comporter de manière discriminatoire à l'égard de ses sous-traitants potentiels en raison de leur nationalité (Art. L. 2393-4 du code).

²⁹ Art. R. 2393-8 du code.

Aux termes de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article L. 2193-10 du code (marchés publics classiques) le titulaire n'est autorisé à sous-traiter l'exécution de certaines prestations du marché public qu'à la condition d'avoir obtenu de l'acheteur l'acceptation des sous-traitants et l'agrément de leur condition de paiement.

S'agissant des marchés publics de défense ou de sécurité, l'article R. 2393-24 du code impose à l'acheteur d'indiquer, dans l'avis de marché, que chaque sous-traitant doit être soumis à son acceptation et de préciser les conditions de rejet des sous-traitants. En revanche, l'agrément, par l'acheteur, des conditions de paiement du sous-traitant n'est pas une condition de recours à la sous-traitance par le titulaire du marché public. En effet, l'article 21 de la directive 2009/81/CE relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité ne fait pas de l'agrément des conditions de paiement un motif de rejet du sous-traitant par l'acheteur. L'absence d'agrément des conditions de paiement du sous-traitant par l'acheteur aura par contre pour conséquence de priver le sous-traitant du droit au paiement direct, conformément à l'article L. 2393-13 du code.

Ces deux formalités exigées pour les marchés publics classiques, indépendantes du montant de la sous-traitance envisagée, doivent être simultanément réunies pour que la sous-traitance soit considérée comme régulière³⁰. Chaque sous-traitant doit faire l'objet, de manière individuelle, d'une telle décision d'acceptation et d'agrément. La réalisation de ces deux formalités doit être effectuée par le titulaire du marché public avant tout commencement d'exécution des prestations par les sous-traitants³¹.

Le formulaire DC4, proposé par la direction des affaires juridiques sur son site internet³², est un modèle de déclaration de sous-traitance qui peut être utilisé par les candidats ou titulaire³³ du marché public pour présenter un sous-traitant, ou qui doit l'être, si l'acheteur qui passe le marché public l'exige.

Le DC4 formalise l'acceptation et l'agrément des conditions de paiement du sous-traitant par l'acheteur. Reflet du contrat de sous-traitance, ce formulaire doit contenir en particulier l'indication des prestations et de leur montant tels que figurant dans le sous-traité.

Ce formulaire peut être utilisé par le sous-traitant de premier rang pour la déclaration du sous-traitant de second rang sous réserves d'adaptations, notamment sur les modalités de paiement.

3.1.1. L'obligation d'acceptation et d'agrément des conditions de paiement s'applique à l'ensemble des sous-traitants, quel que soit leur rang

De la même manière que le sous-traitant direct, le sous-traitant de second rang doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de l'acheteur, laquelle doit contenir les mêmes informations que celles qui sont exigées pour le sous-traitant direct. Cette déclaration, transmise à l'acheteur, doit être signée par le sous-traitant de premier et de second rang. En revanche, l'acheteur n'est pas formellement tenu de notifier au titulaire du marché public son acceptation du sous-traitant indirect. Néanmoins, le titulaire, en sa qualité de responsable de la bonne exécution du marché public, doit être informé de l'existence du sous-traitant de second rang et doit donner son accord.

Le contrat de sous-traitance, qui régit les relations entre l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et chacun de ses sous-traitants, n'a pas à être modifié du fait de l'intervention d'un sous-traitant de rang inférieur.

3.1.2. Le défaut de déclaration préalable du sous-traitant auprès de l'acheteur

Dans l'hypothèse d'une absence de déclaration du sous-traitant par le titulaire du marché public, la jurisprudence considère qu'aucune disposition de la loi de 1975 ou de la réglementation relative aux marchés publics ne confère à l'acheteur, qui entendrait pallier les carences du titulaire, le pouvoir de prononcer l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement³⁴. Ce principe s'applique également lorsque le sous-traitant présente directement à l'acheteur une demande d'acceptation et d'agrément ou lorsque l'acheteur a, durant l'exécution du marché public, connaissance de l'intervention d'un sous-traitant non préalablement déclaré³⁵.

Dans l'hypothèse cependant où il a connaissance, en cours d'exécution du marché public, de l'intervention d'un ou plusieurs sous-traitants non préalablement déclarés, l'acheteur doit mettre en demeure le titulaire de procéder à la régularisation de la sous-traitance. En l'absence d'une telle mise en demeure, l'acheteur commet en effet une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard du sous-traitant³⁶. Cette responsabilité pourra toutefois être atténuée par les fautes commises, d'une part, par le titulaire qui n'a pas soumis à son agrément le sous-traitant et, d'autre part, par le

³⁰ CE, 13 juin 1986, *OPHLM du Pas-de-Calais c/ Société Franki-Fondations-France*, n° 56360

³¹ CE, 3 avril 1991, *Syndicat intercommunal d'assainissement du plateau d'Autrans Meaudre*, n° 90552 ; CAA Paris, 1^{er} décembre 2005, *Société des services pétroliers Schlumberger*, n° 01PA01691.

³² <https://www.economie.gouv.fr/da/formulaires-declaration-du-candidat>

³³ Dans l'hypothèse du recours à un groupement momentané d'entreprises, la demande d'acceptation et d'agrément du sous-traitant pourra être effectuée par le mandataire si celui-ci a expressément reçu un mandat en ce sens.

³⁴ CE, 3 avril 1991, *Syndicat intercommunal d'assainissement du plateau d'Autrans Meaudre*, n° 90552

³⁵ CE, 27 mai 1983, *Sté Bois Menuiserie et Constructions Légères*, n° 21997.

³⁶ CE, 23 avril 1986, *Société Helios Paysages*, n° 61755.

sous-traitant à qui il appartenait de demander la régularisation de sa situation³⁷. En revanche, dans le cas où l'acheteur procède à la mise en demeure du titulaire de régulariser son sous-traitant et que celui-ci n'obtempère pas, il ne pourra être tenu responsable de la sous-traitance occulte.

Lors du recours à un sous-traitant non préalablement déclaré par le titulaire du marché public à l'acheteur, le titulaire reste tenu envers le sous-traitant par les stipulations du contrat de sous-traitance. Ce faisant, il ne peut s'exonérer de ses obligations contractuelles à l'égard du sous-traitant, notamment de ses obligations financières. En l'absence de déclaration préalable de sous-traitance par le titulaire, le sous-traitant est fondé à engager une action en responsabilité contractuelle à l'encontre du titulaire³⁸. En revanche, un sous-traitant occulte ne pourra pas se prévaloir de l'action directe prévue par les articles 11 et suivants de la loi du 31 décembre 1975. Par ailleurs, conformément à ce que prévoient les clauses des différents CCAG³⁹, en l'absence de déclaration préalable du sous-traitant, le titulaire s'expose à un risque de résiliation pour faute du marché public par l'acheteur.

3.2. Le contenu de la déclaration préalable de sous-traitance

Aux termes de l'article [L. 2193-5](#) du code, l'opérateur économique qui soumissionne à un marché public indique à l'acheteur les sous-traitants auquel il envisage de faire appel ainsi que la nature et le montant des prestations qu'il entend sous-traiter. Cette déclaration préalable avant l'attribution du marché public n'empêche pas le titulaire du marché public de faire appel à de nouveaux sous-traitants en cours d'exécution du marché public⁴⁰, à condition que leur intervention respecte les formalités de déclaration préalables.

Les articles [R. 2193-1](#) et [R. 2193-3](#) du code (marchés publics classiques) ainsi que [R. 2393-25](#) et [R. 2393-27](#) du code (marchés publics de défense ou de sécurité) listent les éléments qui doivent obligatoirement figurer dans la déclaration de sous-traitance et les modalités de cette déclaration selon que la demande de sous-traitance est effectuée au moment du dépôt de l'offre par le candidat ou après la notification du marché.

La déclaration de sous-traitance contenant l'ensemble de ces éléments est soit remise directement auprès de l'acheteur contre récépissé soit envoyée par courrier recommandé avec accusé de réception. Dans l'hypothèse d'une déclaration d'un sous-traitant en cours d'exécution du contrat, la présentation du sous-traitant à l'acheteur doit avoir lieu avant le règlement du marché public au titulaire⁴¹ et avant l'achèvement des travaux.⁴²

- **Lorsque la demande de sous-traitance est effectuée concomitamment au dépôt de l'offre par le candidat au marché public, celle-ci doit contenir :**
 - la nature des prestations sous-traitées ;
 - le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant ;
 - s'agissant des marchés publics de défense ou de sécurité, le lieu d'exécution des prestations sous-traitées ;
 - le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ;
 - les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
 - les capacités du sous-traitant sur lesquelles l'opérateur économique s'appuie ;
 - une déclaration attestant que le sous-traitant n'est pas placé dans un des cas d'exclusion de la procédure de passation mentionné au chapitre Ier du titre IV du code.

- **Lorsque la demande de sous-traitance est effectuée après la notification du marché public, celle-ci doit contenir :**
 - l'ensemble des éléments susmentionnés ;
 - ainsi que l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité ou une attestation ou une main levée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créance afin d'établir qu'aucune cession ni aucun nantissement de créance résultant du marché public ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant.

³⁷ [CAA Versailles, 12 avril 2005, Centre hospitalier intercommunal d'Eaubonne Montmorency, n° 02VE01958](#) ; [CE, 12 avril 2005, Société Helios Paysages, n° 61755](#).

³⁸ Cette possibilité est néanmoins subordonnée à la condition que le sous-traitant ait livré, exemptes de vices, les prestations qui font l'objet de la demande de paiement (Cass. 3e civ., 13 avril 1988, n° 87-11036).

³⁹ Voir art.32 des CCAG-PI et CCAG-FCS ; art. 46-3.1 du CCAG-Travaux ; art. 37 du CCAG-MI et art. 42 du CCAG-TIC.

⁴⁰ Rép. Min. n° 17096, JOAN Q 25 août 2003, p. 6654.

⁴¹ [CE, 1^{er} octobre 1990, SARL Multipose, n° 81287](#).

⁴² [CE, 6 mai 1988, Commune d'Hérin, n° 51316, 68168](#).

a) La nature des prestations sous-traitées :

Il est conseillé au soumissionnaire ou titulaire du marché public de reprendre précisément dans la déclaration de sous-traitance la description des prestations telle que faite dans le sous-traité.

En application du 2 de l'article 28 du RGPD⁴³, l'acheteur doit donner son autorisation écrite préalable spécifique lorsque le titulaire du marché public souhaite sous-traiter des prestations impliquant la sous-traitance de traitement de données à caractère personnel.

Le formulaire DC4, proposé par la direction des affaires juridiques, comprend une rubrique permettant à l'acheteur de délivrer cette autorisation spécifique préalable. La notice explicative du DC4 propose à cet égard un exemple de clause délivrant une autorisation écrite préalable générale qui peut être insérée dans le cahier des charges du contrat⁴⁴.

Pour davantage d'informations à ce sujet, vous pouvez consulter la fiche technique relative à « [l'impact du RGPD sur la sous-traitance dans les marchés publics](#) », disponible sur le site internet de la direction des affaires juridiques.

b) Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant :

Le soumissionnaire ou titulaire du marché public précise le montant total du contrat de sous-traitance en indiquant le prix HT, TTC et le taux de TVA⁴⁵.

S'agissant des travaux de construction, y compris ceux de réparation, de nettoyage, d'entretien, de transformation et de démolition effectués en relation avec un bien immobilier par une entreprise sous-traitante pour le compte d'un preneur assujéti, un dispositif d'auto liquidation de TVA est prévu par [l'article 283-2 nonies du code général des impôts \(CGI\)](#). Lorsque la sous-traitance concerne les travaux mentionnés à l'article 283-2 nonies du CGI, le soumissionnaire indique le seul montant hors taxe sur la valeur ajoutée du contrat de sous-traitance⁴⁶.

Dans l'hypothèse d'un accord-cadre conclu sans montant minimum ni maximum, l'opérateur économique peut, afin d'indiquer le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant, se baser sur la valeur estimée de l'accord-cadre annoncée dans l'avis de publicité. En tout état de cause, le montant maximum pourra être revu à la hausse ou à la baisse en cours d'exécution du marché public via la modification du sous-traité puis par la rédaction d'un acte spécial modificatif de sous-traitance.

Lorsque la sous-traitance est prévue dès la passation du marché public, le montant des prestations que le soumissionnaire envisage de sous-traiter au sous-traitant bénéficiant du paiement direct sera déduit du montant du marché public pour déterminer le montant maximum de la créance que le titulaire peut céder ou donner en nantissement⁴⁷. En effet, ce dernier ne peut céder ou nantir qu'une créance qui se rapporte à la part du marché public qu'il a personnellement exécutée. Les modalités de cession ou de nantissement de créances concernant les cas où la sous-traitance est effectuée après la notification du marché public est abordée au point e) de la présente fiche.

Par ailleurs, s'agissant du montant de la sous-traitance, les dispositions de [l'article R. 2193-9 du code](#) (marchés publics classiques) mposent à l'acheteur d'opérer un contrôle sur celui-ci afin de s'assurer, au regard des prestations sous-traitées annoncées, que celui-ci n'est pas anormalement bas. Lorsque le montant semble anormalement bas, l'acheteur doit exiger du titulaire qu'il lui fournisse des précisions et justifications sur le montant des prestations sous-traitées. Si après vérification, les informations et justifications fournies par le titulaire ne permettent pas à l'acheteur d'expliquer le prix appliqué, l'offre sera qualifiée d'anormalement basse.

Si le caractère anormalement bas de la sous-traitance est détecté au moment du dépôt de l'offre, l'acheteur doit rejeter l'intégralité de l'offre du soumissionnaire qui a présenté le sous-traitant. En revanche, si ce caractère anormalement bas est détecté après le dépôt de l'offre, l'acheteur refusera uniquement d'agréer le sous-traitant.

Les dispositions relatives au montant anormalement bas de la sous-traitance ne sont pas applicables aux marchés de défense ou de sécurité.

c) Les capacités du sous-traitant sur lesquelles l'opérateur économique s'appuie :

[Un arrêté du 29 mars 2016](#) fixe la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics pour vérifier que ceux-ci remplissent les conditions de participation exigées.

43. Article 28.2 du RGPD : « Le sous-traitant ne recrute pas un autre sous-traitant sans l'autorisation écrite préalable, spécifique ou générale, du responsable du traitement. Dans le cas d'une autorisation écrite générale, le sous-traitant informe le responsable du traitement de tout changement prévu concernant l'ajout ou le remplacement d'autres sous-traitants, donnant ainsi au responsable du traitement la possibilité d'émettre des objections à l'encontre de ces changements ».

44 Cf.p.10 de la notice explicative.

45 L'acheteur indique dans les documents de la consultation l'incidence d'un éventuel changement de taux de TVA sur le montant du marché public.

46 Les modalités de mise en œuvre de ces dispositions, applicables depuis le 1^{er} janvier 2014, sont détaillées au Bulletin officiel des Finances publiques – Impôts référencé BOI-TVA-DECLA-10-10-20 (rubrique H. Travaux de construction relatif à un bien immobilier effectués par une entreprise sous-traitante pour le compte d'un preneur assujéti).

[Art. R. 2191-45](#) du code (marchés publics classiques) et [R. 2391-28](#) du code (marchés publics de défense ou de sécurité).

Les renseignements relatifs aux capacités concernant le sous-traitant ne sont nécessaires que dans l'hypothèse où le candidat ou l'un des membres du groupement s'appuie sur la ou les capacités du sous-traitant présenté en application de l'[article R. 2142-3](#) du code (marchés publics classiques) ou dans l'hypothèse où ils sont expressément exigés par l'acheteur.

Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les informations et renseignements demandés par l'acheteur doivent être systématiquement communiqués pour le sous-traitant dès lors qu'aux termes de l'article L. 2393-8 du code, l'acheteur peut ne pas accepter un sous-traitant proposé par le candidat, soumissionnaire ou titulaire, qui ne présente pas les garanties suffisantes telles que celles exigées pour les candidats du marché public principal, notamment en termes de capacités techniques, professionnelles et financières ou de sécurité de l'information ou de sécurité des approvisionnements.

Le soumissionnaire ou titulaire du marché doit fournir, pour chacun de ses sous-traitants, les éléments demandés par l'acheteur. Pour satisfaire à cette exigence, il est possible d'utiliser le formulaire DC2⁴⁸ relatif à la déclaration du candidat individuel ou du membre d'un groupement en l'adaptant.

Pour plus d'informations sur ce sujet, consulter les fiches techniques « [présentation des candidatures](#) » et « [examen des candidatures](#) » disponibles sur le site internet de la DAJ.

d) Une déclaration attestant que le sous-traitant n'est pas placé dans un des cas d'exclusion mentionnés au chapitre Ier du titre IV du code ⁴⁹

Dans le cadre de la déclaration de sous-traitance, le sous-traitant s'engage, par une attestation sur l'honneur, sur le fait qu'il n'entre pas dans l'un des motifs d'exclusion de la procédure de passation du marché public prévus aux articles L. 2141-1 à L. 2141-11 du code (marchés publics classiques) et, au surplus, dans l'hypothèse d'un marché public de défense ou de sécurité, dans l'un des cas prévus aux articles L. 2341-1 à L. 2341-5 du code⁵⁰. Au stade de la candidature, l'acheteur doit accepter comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas sous le coup d'une interdiction de soumissionner cette déclaration sur l'honneur. Les documents de preuve, qui devront être communiqués par le titulaire du marché public, seront sollicités par la suite par l'acheteur.

En application [de l'article L. 2141-13](#) du code, les opérateurs économiques à l'encontre desquels il existe un motif d'exclusion ne peuvent être acceptés en tant que sous-traitant. Aussi, dans la mesure du possible, lorsque le sous-traitant est présenté en cours d'exécution du marché public, il est conseillé aux opérateurs économiques d'annexer les documents de preuve attestant que le sous-traitant n'est pas dans un des cas d'exclusion de la procédure de passation du marché public prévus par le code afin d'éviter que l'acheteur soit dans l'obligation de les demander et que l'acceptation et l'agrément du sous-traitant soient retardés.

Lors de l'examen par l'acheteur de la déclaration de sous-traitance, celui-ci doit notamment s'assurer que les sous-traitants satisfont aux mêmes conditions de régularité de leur situation fiscale et sociale que celles s'imposant au titulaire du marché public. De même, dans l'hypothèse d'un sous-traitant en situation de redressement judiciaire⁵¹, l'acheteur doit vérifier que le sous-traitant proposé a été habilité à poursuivre ses activités pour une période couvrant la durée prévisible d'exécution de la prestation sous-traitée.

Pour attester qu'il ne se trouve pas dans un cas d'exclusion de la procédure de passation mentionné à l'[article L. 2141-1](#) du code et aux 1° et 3° de l'article L. 2141-4 du code (marchés publics classiques) ou à l'[article L. 2341-1](#) du code (marchés de défense ou de sécurité) la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin II », a apporté une modification sur la question de la vérification de certains motifs d'exclusion de la procédure de passation. L'acheteur doit ainsi désormais accepter comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion de la procédure de passation mentionnés ci-dessus une simple déclaration sur l'honneur.

Cette disposition, également applicable aux sous-traitants, n'interdit toutefois pas à l'acheteur qui aurait accès aux extraits de casier judiciaire de procéder par lui-même à certaines vérifications.

Dans la mesure où il n'existe aucun lien contractuel entre l'acheteur et le sous-traitant, la demande de documents de preuve et de justificatifs nécessaires à la vérification de la situation de sous-traitance est adressée par l'acheteur au candidat ou soumissionnaire du marché public⁵².

Lorsque le sous-traitant à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de la candidature, l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de 10 jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou, en cas de groupement, par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion de la procédure⁵³.

⁴⁸ Le formulaire DC2 qui constitue pour le candidat un modèle non obligatoire est disponible sur le site internet de la direction des affaires juridiques.

⁴⁹ Art. L. 2341-3 à Art. L.2341-5 du code pour les marchés de défense ou de sécurité.

⁵⁰ Tout sous-traitant qui fait une fausse déclaration encourt les peines prévues par l'[article 441-1 du code pénal, pour faux ou usage de faux](#).

⁵¹ La procédure de redressement judiciaire est régie par les dispositions des articles L. 631-1 et suivants du code de commerce.

⁵² Les dispositions relatives à l'impossibilité de demander des documents de preuve ou attestations disponibles gratuitement en ligne et, à terme, des documents déjà fournis dans le cadre d'une procédure précédente et toujours valables bénéficient également au sous-traitant.

⁵³ [Art. L. 2141-14](#) du code.

Pour davantage d'information à ce sujet, consulter la fiche technique sur « les exclusions des procédures de passation de plein droit » disponible sur le site internet de la DAJ.

e) L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité ou une attestation ou une main levée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créance afin d'établir qu'aucune cession ni aucun nantissement de créance résultant du marché public ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant

Lorsque la déclaration de sous-traitance est effectuée après la notification du marché public, le titulaire doit attester qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant. Pour ce faire, il doit fournir en annexe de sa déclaration de sous-traitance l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré.

Si l'exemplaire ou le certificat de cessibilité a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché public est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible. Cette justification est donnée par une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances résultant du marché public jointe à la déclaration de sous-traitance.

L'acheteur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'un de ces justificatifs ne lui a pas été remis par le titulaire.

L'acheteur doit en particulier veiller à ce que le titulaire du marché public n'ait pas cédé la créance de la totalité du marché public à un organisme bancaire, car si tel est cas, il sera tenu de payer la créance cédée à la banque ainsi que les prestations effectuées par le ou les sous-traitants. La circonstance que l'entreprise titulaire ait omis de communiquer à l'acheteur l'exemplaire unique du marché ou l'attestation de la cession de créance n'est pas de nature à exonérer l'acheteur de son obligation à l'égard de la banque ([CE, 6 décembre 1999, Ville de Marseille, n° 189407](#)). Ce document est donc essentiel pour l'acheteur car il permet notamment d'éviter de régler deux fois la même dette.

Toute modification dans la répartition 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.

3.3. La décision d'acceptation et d'agrément des conditions de paiement du sous-traitant par l'acheteur

3.3.1. La décision expresse d'acceptation du sous-traitant et d'agrément des conditions de paiement

Dans l'hypothèse d'une déclaration de sous-traitance lors du dépôt de l'offre, la notification du marché au titulaire emporte automatiquement acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement. Il n'est donc pas formellement nécessaire que l'acheteur signe la déclaration de sous-traitance. Pour autant, il est néanmoins toujours préférable que ce document soit signé par l'acheteur pour la bonne information du sous-traitant et du comptable. A la réception du document, le titulaire transmet au sous-traitant les éléments relatifs à la partie du marché public qui le concernent.

Lorsque le sous-traitant se voit confier le traitement de données à caractère personnel, le formulaire DC4, s'il est utilisé, doit être signé par l'acheteur pour valoir autorisation spécifique du sous-traitant pour mener des activités de traitement de données à caractère personnel au sens du RGPD.

Dans l'hypothèse d'une déclaration de sous-traitance effectuée après la notification du marché public, la signature d'un acte spécial comportant l'ensemble des renseignements exigés emporte acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement⁵⁴.

L'acte spécial de sous-traitance doit être signé par l'acheteur et le titulaire du marché public. Le sous-traitant n'ayant quant à lui aucune relation contractuelle avec l'acheteur n'est pas tenu de signer l'acte spécial⁵⁵.

Cependant, dans l'hypothèse où la déclaration de sous-traitance / l'acte spécial intègre, comme c'est le cas du formulaire DC4, la déclaration sur l'honneur du sous-traitant attestant qu'il ne fait l'objet d'aucune interdiction de soumissionner, le sous-traitant doit alors signer cet acte pour pouvoir valablement être agréé.

En cas de groupement d'opérateurs économiques, la déclaration de sous-traitance est signée par l'ensemble des membres du groupement ou par le mandataire habilité par ceux-ci.

Une fois signé, l'acte spécial de sous-traitance est notifié par l'acheteur au titulaire du marché public. La preuve de la date de la remise du pli doit pouvoir être apportée par l'acheteur. Ce dernier adresse, à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct, une copie de l'original du marché

⁵⁴ Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, l'Art. R. 2393-28 du code précise que « l'acceptation du sous-traitant et, le cas échéant, l'agrément de ses conditions de paiement sont constatés par la signature de l'acte spécial de sous-traitance ».

⁵⁵ L'acceptation et l'agrément du sous-traitant délivré par l'acheteur par la signature de l'acte spécial de sous-traitance ne fait pas naître de relation contractuelle entre eux : [CE, 27 janvier 1989, Société SOPREMA, n° 80975](#).

public ou du certificat de cessibilité ou de l'acte spécial de sous-traitance⁵⁶. Ce document permet au sous-traitant de céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance⁵⁷. La date de notification du marché public ou de l'acte spécial au titulaire constitue le point de départ de l'exécution des prestations incombant au sous-traitant dans le cadre du marché public. Toutes les prestations qui seraient effectuées par le sous-traitant avant cette notification ne pourront régulièrement donner lieu à un paiement par le comptable.

3.3.2. La décision implicite d'acceptation du sous-traitant et d'agrément des conditions de paiement

Lorsque le sous-traitant est présenté en cours d'exécution du marché public, le silence de l'acheteur gardé pendant 21 jours à compter de la réception de la déclaration de sous-traitance comportant, de manière exhaustive, l'ensemble des éléments exigés [aux articles R. 2193-1 et R. 2193-3 du code](#) (marchés publics classiques), vaut acceptation tacite et agrément des conditions de paiement du sous-traitant présenté en cours d'exécution du marché public⁵⁸.

En cas de déclaration de sous-traitance incomplète transmise par le titulaire à l'acheteur, le délai de 21 ne court pas⁵⁹.

Ainsi, à titre d'exemple, lorsque la déclaration a lieu après le dépôt des offres, si le titulaire n'a pas restitué l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité éventuellement remis par l'acheteur, il ne peut y avoir acceptation du sous-traitant ni agrément de ses conditions de paiement par l'acheteur et le délai de 21 jours ne court pas.

Aussi, même si aucune disposition relative à la commande publique n'impose à l'acheteur d'informer le titulaire du caractère incomplet de la déclaration préalable de sous-traitance déposée, il est nécessaire qu'il effectue une telle démarche, ne serait-ce que dans un souci de bonne exécution du marché public.⁶⁰

3.3.3. Durée de validité de la décision d'acceptation du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement ne vaut, en principe, que pour la durée initiale du marché public. Dans le cas d'un marché reconductible, et en l'absence de clause expresse du formulaire de déclaration indiquant que, en cas de reconduction du marché la déclaration de sous-traitance est également reconduite dans les mêmes conditions, le titulaire doit rédiger un nouvel acte spécial de sous-traitance indiquant les prestations confiées au titulaire au titre de l'exécution du marché reconduit. Pour éviter que le titulaire ait à rédiger un nouvel acte spécial de sous-traitance à chaque reconduction, le formulaire DC4, qui peut librement être adapté par l'acheteur, pourrait utilement prévoir que, en cas de reconduction du marché, et sauf déclaration contraire du titulaire du marché qui devra faire l'objet d'un acte spécial modificatif, la déclaration de sous-traitance est réputée reconduite dans les mêmes conditions.

3.3.4. Le refus d'acceptation et d'agrément du sous-traitant par l'acheteur

Eu égard aux dispositions des articles L. 211-1 à L. 211-8 du code des relations entre le public et l'administration, l'acheteur doit motiver son refus. Pour les marchés publics classiques, les motifs permettant de justifier le rejet du sous-traitant sont notamment : montant de la sous-traitance anormalement bas, capacités insuffisantes du sous-traitant qui sont susceptibles de nuire à la bonne exécution du marché public⁶¹, sous-traitant qui tombe sous le coup d'une interdiction de soumissionner, existence d'un nantissement ou d'une cession de créance qui ferait obstacle au paiement direct du sous-traitant⁶². Dès lors que les conditions légales sont remplies, l'acheteur doit accepter et agréer le sous-traitant, sous peine d'engager sa responsabilité⁶³.

Pour les marchés de défense ou de sécurité, [l'article L. 2393-8](#) du code prévoit que l'acheteur peut rejeter le sous-traitant lorsque celui-ci est placé dans un cas d'exclusion mentionné au chapitre Ier du titre IV⁶⁴ ou lorsqu'il ne présente pas les capacités telles que celles exigées des candidats au marché public principal et qui sont objectivement rendues nécessaires par l'objet du sous-traité et la nature des prestations à réaliser. Ces capacités peuvent s'apprécier notamment au regard de la sécurité des informations, de la sécurité des approvisionnements ou de l'aptitude à exécuter le marché public lorsque l'implantation géographique de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources

⁵⁶

⁵⁷ Art. R. 2193-22 du code (marchés publics classiques) et Art. R. 2393-40 du code (marchés publics de défense ou de sécurité).

⁵⁸ Art. R. 2193-4 du code (marchés publics classiques) et art. R. 2393-28 du code (marchés publics de défense ou de sécurité).

⁵⁹ CAA, Bordeaux, 9 février 1993, *Sté Revêtement Technique Sud-Ouest*, n° 91BX00249.

⁶⁰ En effet, à défaut pour l'acheteur d'informer le titulaire du caractère incomplet de sa déclaration, celui-ci pourrait penser que l'acheteur a tacitement accepté son sous-traitant et agréé ses conditions de paiement.

⁶¹ CE, 21 mars 1981, *Roussey*, n°12315.

⁶² CE, 2 juin 1989, *Société Phinelec*, n°67152.

⁶³ CE, 21 mai 2008, *Société Bernard Travaux Polynésie*, n° 205449.

⁶⁴

d'approvisionnement dont il dispose se trouve hors du territoire de l'Union européenne⁶⁵. Ces conditions de rejet doivent être précisées par l'acheteur dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation⁶⁶.

Le rejet du sous-traitant par l'acheteur implique que le titulaire du marché public renonce au contrat de sous-traitance envisagé. En revanche, ce rejet ne met aucunement fin à la relation contractuelle existant entre le titulaire et l'acheteur au titre du marché public.

3.4. Les modifications de la sous-traitance en cours d'exécution du marché public

3.4.1. La modification de l'acte spécial de sous-traitance en cours d'exécution du marché public

L'acte spécial de sous-traitance n'étant qu'un acte reconnaissant du contrat de sous-traitance, celui-ci ne peut être modifié que dans la mesure où le sous-traité l'est également. Aussi, l'acte spécial de sous-traitance ne peut être modifié en cours d'exécution pour tenir compte de la manière dont les prestations sous-traitées ont effectivement été exécutées. L'acheteur et le titulaire ne peuvent pas en particulier modifier l'acte spécial de sous-traitance pour tenir compte de la défaillance du sous-traitant à exécuter les prestations prévues au contrat⁶⁷. En effet, l'acte spécial de sous-traitance a pour objet de délimiter le droit au paiement direct du sous-traitant et n'a pas vocation à régir les obligations contractuelles du sous-traitant envers le titulaire. Dans l'hypothèse d'une mauvaise exécution des prestations par le sous-traitant, il appartient au titulaire, lors de l'établissement des sommes dues au sous-traitant de faire valoir à l'acheteur la défaillance du sous-traitant pour refuser le versement complet des acomptes présentés.

La modification de l'acte spécial de sous-traitance peut en revanche intervenir pour prendre en compte les modifications apportées en cours d'exécution au contrat de sous-traitance. Ainsi, l'acte spécial de sous-traitance peut être modifié, après modification du contrat de sous-traitance, pour tenir compte d'une évolution du périmètre ou du montant de la sous-traitance.

En cas de modification du montant des prestations assurées par le sous-traitant, l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité doit être modifié ou le titulaire doit apporter à l'acheteur les justificatifs attestant que le montant de la créance déjà cédé ou nanti ne fait pas obstacle au paiement direct des prestations sous-traitées⁶⁸. En cas de modification des prestations sous-traitées, l'acheteur doit donc vérifier à nouveau auprès du titulaire qu'aucune cession ni aucun nantissement de créance ne fait pas obstacle à la modification envisagée.

De plus, l'acheteur doit présenter au comptable public l'ensemble des documents permettant de justifier la nouvelle répartition des montants entre le titulaire et le sous-traitant⁶⁹. L'acheteur et le titulaire doivent signer l'acte spécial modificatif.

3.4.2. Le changement de sous-traitant en cours d'exécution du marché public

Malgré l'absence de lien contractuel entre l'acheteur et le sous-traitant, un changement de sous-traitant en cours d'exécution, bien que possible, est susceptible d'impacter l'équilibre du marché public. C'est pourquoi, lors d'un changement de sous-traitant, l'acheteur doit tout d'abord obtenir du titulaire un exemplaire de l'acte qui met fin au contrat de sous-traitance initial ainsi qu'un état des paiements effectués au sous-traitant et de l'avancement des travaux ou prestations confiés au sous-traitant jusqu'au terme du contrat. Ces informations ont pour objet de garantir à l'acheteur qu'il ne règlera au sous-traitant que les prestations qu'il a effectivement exécutées dans le cadre du sous-traité.

Ensuite, l'acheteur doit s'assurer que le changement de sous-traitant n'a pas pour effet de bouleverser l'équilibre du marché public. En effet, la jurisprudence européenne considère qu'un « *changement de sous-traitant, même lorsque la possibilité en est prévue dans le contrat, peut, dans des cas exceptionnels, constituer une telle modification de l'un des éléments essentielles du contrat (...) lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été, compte tenu des caractéristiques propres à la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat, notamment en raison du fait que la modification d'un contrat en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue* »⁷⁰.

4. Le régime juridique applicable à la sous-traitance

4.1. Le droit au paiement direct des sous-traitants

4.1.1. Les sous-traitants de premier rang peuvent bénéficier, sous certaines conditions, du droit au paiement direct

⁶⁵ Art. R. 2393-21 du code. Le considérant 42 de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation des marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE indique que : « (...) les conditions d'exécution du marché peuvent contenir des exigences formulées par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices en matière de sécurité de l'information et de sécurité de l'approvisionnement. Ces exigences sont particulièrement importantes compte tenu du caractère sensible des équipements couverts par la présente directive et concernent l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement ».

⁶⁶ Art. R. 2393-24 du code

⁶⁷ CE, 27 janvier 2017, Société Baudin Châteauneuf Dervaux, n° 397311.

⁶⁸ Art. R. 2193-5 du code (marchés publics classiques) et Art. R. 2393-29 du code (marchés publics de défense ou de sécurité).

⁶⁹ Point 4.1.6 de l'arrêté du 20 décembre 2013 portant nomenclature des pièces justificatives des dépenses de l'Etat, NOR : BUDE1331822A.

⁷⁰ CJUE, 13 avril 2012, Wall AG, aff. C-1/08.

Seul le sous-traitant accepté par l'acheteur et dont les conditions de paiement ont été agréées par celui-ci, peut bénéficier du droit au paiement direct des prestations qu'il a exécutées⁷¹. C'est pourquoi, le sous-traitant ne peut prétendre au paiement direct des prestations exécutées antérieurement à la décision d'acceptation et d'agrément de l'acheteur⁷². Par ailleurs, le droit au paiement direct du sous-traitant est subordonné à la condition que le montant de la sous-traitance soit égal ou supérieur à 600 euros TTC⁷³.

Afin de protéger l'ensemble des sous-traitants, les dispositions des articles 6 alinéa 2 et 12 de la loi du 31 décembre 1975 prévoient que, lorsque le montant de la sous-traitance est inférieur au montant exigé pour le droit au paiement direct, le titulaire peut exercer une action directe contre l'acheteur afin d'obtenir le paiement de ses créances, dans l'hypothèse où le titulaire du marché public ne paie pas, un mois après avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du sous-traité.

En matière d'accord-cadre à bons de commande, le droit au paiement direct du sous-traitant est déterminé comme suit :

- Si l'accord-cadre prévoit un montant minimum, il convient de calculer le montant de la créance du sous-traitant au regard de ce montant minimum ;
- Si l'accord-cadre ne prévoit pas de montant minimum, il convient de procéder de même au regard du montant estimatif de l'accord-cadre.

De même, s'agissant d'un marché public comportant des tranches conditionnelles, le seuil donnant lieu au paiement direct doit être apprécié au regard de la seule tranche ferme, tant que les tranches conditionnelles n'ont pas été affirmées.

Dans le cadre d'un marché public reconductible, le seuil donnant droit au paiement direct doit être apprécié au regard de la seule période initiale puis de chaque reconduction prise individuellement.

Des dispositions spécifiques sont prévues pour les marchés publics passés par les services de la défense⁷⁴ et qui ont pour objet des fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de services :

Dans le cadre des marchés publics « classiques », le sous-traitant peut, pour de tels marchés, bénéficier du paiement direct si le montant de la sous-traitance est égal ou supérieur à 10% du montant total du marché public.

Le seuil de 10% se calcule sur le fondement du marché public initial. Si celui-ci fait l'objet de modifications par avenant, c'est le nouveau montant qui sert alors de base de calcul.

S'agissant des marchés publics de défense ou de sécurité, le paiement direct du sous-traitant est ouvert pour de tels marchés lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur :

- à 10% du montant total du marché public lorsque le sous-traitant est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12 du code;
- à 50% du montant total du marché public lorsque le sous-traitant est une entreprise liée au titulaire ;
- à 20% du montant total du marché public dans les autres cas.

Ces seuils se calculent au regard du montant du marché public initial. Si celui-ci fait l'objet de modifications par avenant, c'est le nouveau montant qui sert alors de base de calcul. Par ailleurs, dans l'hypothèse d'une évolution du montant du marché public qui aurait pour conséquence de faire bénéficier le sous-traitant du droit au paiement direct, une demande d'agrément de ces nouvelles conditions de paiement devra être déposée par le titulaire.

Le paiement direct est obligatoire et ce, même si le titulaire du marché public est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites⁷⁵. Le sous-traitant ne peut renoncer au bénéfice du paiement direct. Le paiement direct du sous-traitant est un droit d'ordre public que les parties, mêmes d'un commun accord, ne peuvent remettre en cause⁷⁶. Ainsi, une clause insérée dans le contrat de sous-traitance ayant pour effet de faire échec au paiement direct est réputée non écrite⁷⁷. De même, le titulaire du marché public ne peut céder le montant total du marché public, la part du marché pouvant être nantie par l'entrepreneur principal étant limitée à celle qu'il effectue personnellement.

Le principe selon lequel le sous-traitant ne peut renoncer à son droit au paiement direct ne s'oppose pas à ce que ce dernier soit payé directement par le titulaire du marché public et non par l'acheteur. Le paiement effectué par le titulaire aura alors pour effet d'éteindre à due concurrence la créance du sous-traitant sur l'acheteur⁷⁸.

⁷¹ Art. L. 2193-11 du code (marchés publics classiques) et Art. L. 2393-13 du code (marchés publics de défense ou de sécurité).

⁷² CAA de Nancy, 20 février 2018, Société HSOLS, n° 16NC01473.

⁷³ Art. R. 2193-10 du code.

⁷⁴ Cf. Article R. 2393-33 du code. Il s'agit de l'ensemble des services du ministère des armées.

⁷⁵ Art. L. 2193-12 du code.

⁷⁶ CE, Sect.fin. avis, 18 juin 1991, n° 349740.

⁷⁷ Art. L. 2193-11 du code et Art. 15 de la loi du 31 décembre 1975. L'insertion d'une telle clause n'emporte pas la nullité de l'ensemble du contrat.

⁷⁸ CE, 3 novembre 1989, SA Jean-Michel, n° 54778.

4.1.2. Les sous-traitants de second rang ne bénéficient pas du droit au paiement direct

Il résulte des [articles L. 2193-10](#) et [L. 2193-11](#) du code (marchés publics classiques) que seul le sous-traitant de premier rang peut bénéficier, sous certaines conditions, du droit au paiement direct. Ainsi, le sous-traitant de second rang ne peut bénéficier du droit au paiement direct.

Néanmoins, afin de protéger les sous-traitants faisant l'objet d'une sous-traitance en chaîne, [l'article L. 2193-14](#) du code dispose que le sous-traitant direct doit délivrer au sous-traitant de second rang une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975.

Cette délégation de paiement est une forme contractuelle de paiement direct qui permet à l'acheteur, sur instruction du sous-traitant de premier rang, de régler directement le sous-traitant de second rang en déduction des sommes dues à ce dernier. La convention de délégation doit être signée par l'acheteur, le sous-traitant de premier rang et le sous-traitant de second rang.

En l'absence de délégation de paiement, le sous-traitant direct est tenu de fournir une caution personnelle et solidaire et ce, préalablement à toute acceptation de sous-traitance indirecte.

L'acheteur est tenu de veiller à ce que le sous-traitant de premier rang, entrepreneur principal à l'égard du sous-traitant indirect, ait effectivement respecté ses obligations en matière de garantie de paiement. Ainsi, dès lors que l'acheteur a connaissance d'un sous-traitant de second rang, il doit mettre en demeure le sous-traitant direct afin que celui-ci délivre au sous-traitant de second rang une délégation de paiement ou une caution. Si l'acheteur omet de mettre en demeure le sous-traitant de premier rang, tel que cela est prévu par l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, il commet une faute de nature à engager sa responsabilité.⁷⁹

4.2. La procédure de paiement direct

Le sous-traitant qui entend bénéficier du paiement direct adresse sa demande au titulaire sous pli recommandé avec accusé de réception ou la dépose directement auprès de lui contre récépissé⁸⁰. Cette demande de paiement direct doit correspondre au solde des travaux effectués ou à un acompte⁸¹.

A compter de l'accomplissement de cette formalité, le titulaire dispose d'un délai de 15 jours pour accepter ou refuser la demande de paiement direct. Pour ce faire, il examine la demande et vérifie si elle correspond aux prestations qui ont effectivement été exécutées par le sous-traitant. Le titulaire peut accepter la totalité des pièces justificatives, une partie des pièces justificatives et en rejeter certaines ou bien rejeter l'ensemble de la demande. Une fois sa décision prise, le titulaire la notifie au sous-traitant et à l'acheteur.

En cas d'acceptation expresse, il joint au projet de décompte adressé à l'acheteur ou son représentant une attestation et indique le montant des sommes à prélever au profit du sous-traitant. Dans l'hypothèse où le titulaire oppose un refus de paiement direct au sous-traitant, il doit motiver sa décision auprès du sous-traitant et de l'acheteur. L'acheteur n'a pas à apprécier la légalité du motif invoqué par le titulaire à l'appui de son refus⁸². A l'issue du délai de 15 jours, le titulaire qui ne s'est pas manifesté est réputé avoir accepté la demande de paiement direct adressée par le sous-traitant⁸³.

En parallèle de la demande adressée au titulaire, le sous-traitant adresse sa demande à l'acheteur, qu'il accompagne des copies des factures⁸⁴ adressées au titulaire et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande ou l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou non réclamé. A la réception de cette demande, l'acheteur adresse alors à son tour, et sans délai, au titulaire du marché une copie des factures produites par le sous-traitant. Il informe par la suite le titulaire du paiement direct du sous-traitant auquel il a procédé pour les prestations que ce dernier a exécutées.

Cette demande parallèle adressée à l'acheteur permet au sous-traitant de se prémunir contre l'éventuelle négligence du titulaire dans la transmission de la demande de paiement à l'acheteur et d'exiger de ce dernier le paiement des prestations qu'il a exécutées.

Dans l'hypothèse où le titulaire du marché public n'a ni opposé un refus motivé à la demande de paiement du sous-traitant dans le délai de 15 jours imparti suivant sa réception, ni transmis celle-ci à l'acheteur, le sous-traitant qui n'a pas transmis en parallèle sa demande de paiement à l'acheteur ne pourra prétendre au paiement direct et aucun intérêt moratoire ne pourra être réclamé⁸⁵. Cette transmission parallèle permet en effet à l'acheteur de s'assurer que la demande de paiement a bien été adressée au titulaire et de connaître la date à compter de laquelle, sans manifestation de sa part, il doit procéder au paiement direct du sous-traitant.

⁷⁹ CAA de Paris, 29 décembre 2017, société OTND, n° 16PA02350

⁸⁰ Art. R. 2193-11 du code (marchés publics classiques) et Art. R. 2393-34 du code (marchés publics de défense ou de sécurité) / CE, 19 avril 2017, Société Angles et Fils, n° 396174 : le Conseil d'Etat rappelle que cette demande de paiement direct adressée au titulaire du marché public dans les délais conditionne le droit au paiement direct.

⁸¹ Le fait pour un sous-traitant d'envoyer à l'acheteur une copie pour information de sa mise en demeure au titulaire de transmettre à l'acheteur la situation de travaux qu'il lui a fait parvenir ne saurait être regardé comme une demande de paiement direct. : CE, 10 décembre 2003, Ets Cabrol Frères, n° 248773.

⁸² Circulaire 7 octobre 1976 préc., 2^e partie, A, 2, b, 2.

⁸³ CE, 21 février 2011, Communauté de Cherbourg, n° 318364.

⁸⁴ Dans le cadre de la procédure de paiement direct, la demande de paiement direct adressée au titulaire et à l'acheteur est libellée au nom du pouvoir adjudicateur. Les factures en revanche doivent être libellées au nom du titulaire du marché public qui est le seul responsable de la bonne exécution des prestations à l'égard de l'acheteur.

⁸⁵ CAA de Versailles, 1^{er} juin 2011, Société JCI, n° 09VE01379.

Lorsque le sous-traitant utilise le portail de facturation mentionné à l'article 2 de l'ordonnance du 26 juin 2014 susvisée, il y dépose sa demande de paiement sans autre formalité. Le titulaire dispose de 15 jours à compter de ce dépôt pour accepter ou refuser la demande de paiement sur le portail de facturation.

4.3. L'acceptation du paiement direct par le titulaire du marché public ne prive pas l'acheteur d'un droit de contrôle sur la demande de paiement du sous-traitant

Malgré l'absence de liens contractuels entre l'acheteur et le sous-traitant, la jurisprudence considère que l'acheteur, dans le cadre de la demande de paiement direct, est fondé à contrôler l'effectivité des prestations réalisées par le sous-traitant ainsi que la conformité de ces prestations aux exigences prévues par le marché public.

Ainsi, le Conseil d'Etat considère que le droit au paiement direct ne fait pas obstacle au contrôle, par l'acheteur, de l'exécution effective des travaux sous-traités et du montant de la créance du sous-traitant⁸⁶. Au titre de ce contrôle de l'exécution effective des prestations, l'acheteur peut s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspond effectivement à ce qui était prévu par les stipulations du marché public⁸⁷. Si tel n'est pas le cas, il peut refuser au sous-traitant le droit au paiement direct. L'acheteur peut également refuser le paiement direct des prestations, non conformes aux spécifications du marché public, qui n'étaient pas indispensables à l'exécution des travaux et qui n'ont fait l'objet ni d'un avenant ni d'un ordre de service⁸⁸. L'acheteur peut également refuser le paiement direct des travaux qui ne font pas partie de ceux pour lesquels la sous-traitance a été acceptée et les conditions de paiement ont été agréées⁸⁹.

En revanche, l'acheteur ne saurait, dans le cadre de son droit de contrôle, vérifier la qualité des prestations réalisées (règles de l'art) ou bien encore faire application des stipulations contractuelles relatives aux pénalités de retard relevant du marché public conclu avec le titulaire ni des stipulations contractuelles relatives aux pénalités de retard relevant du sous-traité pour s'opposer au paiement direct⁹⁰.

4.4. L'étendue du droit au paiement direct dont bénéficie le sous-traitant

4.4.1. Le sous-traitant a le droit au paiement direct pour la part des prestations du marché public dont il assure l'exécution

Le sous-traitant régulièrement accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur a le droit au bénéfice du paiement direct à hauteur des prestations du marché public qu'il est chargé d'exécuter et qui ont effectivement été constatées⁹¹.

Il découle de ce principe que l'acheteur ne peut, en principe, faire bénéficier le sous-traitant d'une rémunération plus importante que celle prévue dans le marché public, l'avenant ou l'acte spécial de sous-traitance⁹². Un tel principe ne trouve cependant pas à s'appliquer lorsqu'il est question d'appliquer à la sous-traitance une clause de variation des prix ou de prendre en compte la réalisation, par le sous-traitant, de travaux supplémentaires.

4.4.2. Le droit au paiement direct s'étend aux travaux supplémentaires

La jurisprudence considère que le sous-traitant qui bénéficie du paiement direct a également le droit au paiement direct des travaux supplémentaires. Ces prestations supplémentaires doivent faire l'objet d'un avenant au contrat de sous-traitance et donner lieu à la modification de l'acte spécial de sous-traitance. A défaut d'avoir soumis le sous-traitant à une nouvelle acceptation par l'acheteur et à l'agrément de ses conditions de paiement pour ces prestations supplémentaires, le sous-traitant ne pourra prétendre de l'acheteur un droit au paiement direct de celles-ci⁹³. En revanche, dans l'hypothèse où l'acheteur a eu connaissance de ces travaux supplémentaires, le sous-traitant peut tenter de rechercher la faute de l'acheteur qui n'est pas intervenu auprès du titulaire pour demander la régularisation de cette sous-traitance irrégulière⁹⁴.

S'agissant des travaux supplémentaires réalisés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage ainsi que des dépenses résultant pour lui de sujétions techniques imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché⁹⁵, le sous-traitant a le droit au paiement direct de ces prestations dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'acheteur et le titulaire⁹⁶. En ce qui concerne le droit au paiement direct des dépenses liées à des sujétions techniques imprévues,

⁸⁶ CE, 28 avril 2000, *Société Peinture Normandie*, n° 181604 ; CE, 27 janvier 2017, *Société Baudin Châteauneuf Dervaux*, n° 397311.

⁸⁷ CE, 9 juin 2017, *Société Keller Fondations Spéciales contre Commune de Montereau-Fault-Yonne*, n° 396358.

⁸⁸ CAA Bordeaux, 9 décembre 2010, *Société Dirickx Espace Protect SAS*, n° 10BX00725.

⁸⁹ CE, 17 décembre 2003, *Sté Laser*, n° 250494.

⁹⁰ TA Versailles, 7 janvier 2008, *Commune de Sartrouville*, n° 0503304.

⁹¹ CAA Bordeaux, 6 juillet 2004, *Sté Rosique Construction métallique*, n° 00BX010112.

⁹² CAA Lyon, 6 juin 2013, *EHPAD d'Effiat*, n° 12LY01935.

⁹³ CE, 28 mai 2001, *SA Bernard Travaux Polynésie*, 205449.

⁹⁴ CE, 28 mai 2001, *SA Bernard Travaux Polynésie*, préc.

⁹⁵ CE, 1^{er} juillet 2015, *Régie des eaux du canal de Belletrud*, n° 383613 : le sous-traitant a le droit au paiement direct des dépenses résultant pour lui de sujétions techniques imprévues qui ont bouleversées l'économie générale du marché principal.

⁹⁶ CE, 13 février 1987, *Société Ponticelli Frères*, n° 67314 ; CE, 24 juin 2002, *Département de la Seine-Maritime*, n° 240271 ; CE, 3 mars 2010, *Société PRESSPALI*, n° 304604 ; CE, 24 juin 2002, *Département de la Seine-Maritime*, n° 240271 ..

le Conseil d'Etat considère que le bouleversement de l'économie générale du marché public s'apprécie en confrontant « le montant des dépenses résultant de ces sujétions au montant total du marché et non au montant de la partie sous-traitée ». ⁹⁷

4.5. Le sous-traitant peut bénéficier du versement d'une avance

Aux termes de l'article R. 2193-19 du code ⁹⁸, dès lors que le sous-traitant bénéficie du droit au paiement direct et que, au titre du marché public, le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance, le sous-traitant peut réclamer de l'acheteur le versement d'une avance. Le refus du titulaire de bénéficier de l'avance n'empêche pas le sous-traitant d'en obtenir le versement. Les conditions de versement et de remboursement de l'avance sont identiques à celles prévues pour l'avance versée au titulaire du marché public. Le sous-traitant éligible au paiement direct bénéficie de ce droit, dès la notification du marché public ou à la notification de l'acte spécial de sous-traitance.

Les montants qui conditionnent le versement de l'avance et qui sont prévus aux articles R. 2191-3 du code (marchés publics classiques) et R. 2391-1 du code (marchés publics de défense ou de sécurité), s'apprécient par rapport au montant global du marché public et non par rapport au montant des prestations sous-traitées. Ainsi, **pour les marchés publics « classiques »**, l'avance est de droit si le montant total du marché public, et non le seul montant des prestations sous-traitées, est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution du marché public est supérieur à 2 mois. **Pour les marchés publics de défense ou de sécurité**, l'avance est de droit si le montant total du marché public est supérieur à 250 000 euros HT et si le délai d'exécution est supérieur à 3 mois.

L'assiette de l'avance versée au sous-traitant qui bénéficie du paiement direct correspond quant à elle au montant des prestations sous-traitées telles qu'elles figurent dans le marché public ou dans l'acte spécial de sous-traitance ⁹⁹.

Pour davantage d'informations sur le sujet, consulter la fiche technique « [Les avances](#) » disponible sur le site internet de la DAJ

4.6. Les règles relatives au délai de paiement du sous-traitant

4.6.1. Lorsque le sous-traitant bénéficie du droit au paiement direct et que l'acheteur est un pouvoir adjudicateur, les règles relatives à la commande publique s'appliquent au paiement du sous-traitant

Lorsque le sous-traitant bénéficie du paiement direct et que l'acheteur est un pouvoir adjudicateur ¹⁰⁰, y compris s'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, son paiement doit être effectué dans le respect des dispositions [des articles L. 3133—10](#) et suivants du code et des dispositions [des articles R. 3133-10](#) et suivants du code ¹⁰¹.

En vertu de [l'article 6 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013](#), le délai de paiement qui engage le pouvoir adjudicateur à l'égard du titulaire dans le cadre d'un marché public engage également celui-ci à l'égard des sous-traitants du titulaire.

Le délai de paiement du sous-traitant court à compter de la plus tardive des formalités suivantes :

- la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord exprès du titulaire concernant la demande de paiement du sous-traitant ou de son accord tacite, si dans le délai de 15 jours qui lui est imparti, il n'a pas formellement opposé son refus au paiement direct ;
- la réception par l'acheteur de la copie de la facture adressée au titulaire et de l'accusé de réception attestant que le titulaire a bien reçu la demande de paiement du sous-traitant.

Enfin, en cas de retard de paiement par le pouvoir adjudicateur, le sous-traitant perçoit des intérêts moratoires et une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement dans les conditions prévues par les [articles 39](#) et [40](#) de la loi n° 2013-100 ¹⁰².

4.6.2. Dans certaines hypothèses, le délai global de paiement peut être suspendu

S'il constate que la demande de paiement ne comporte pas l'ensemble des pièces justificatives requises, le pouvoir adjudicateur peut suspendre le délai de paiement du sous-traitant. Cette suspension ne peut avoir lieu qu'une seule fois pour chaque demande de paiement.

Afin que cette suspension soit régulière, le pouvoir adjudicateur doit notifier au titulaire et au sous-traitant, par tout moyen attestant d'une date certaine de réception, la suspension du délai de paiement, les motifs d'une telle décision ainsi que les pièces justificatives exigées aux fins de la régularisation de la demande. Le délai sera suspendu jusqu'à la date de réception par le pouvoir adjudicateur des pièces et justificatifs manquants. Dès la réception de l'ensemble des éléments exigés, un nouveau délai de paiement commencera à courir. ¹⁰³

⁹⁷ CE, 1^{er} juillet 2015, *Régie des eaux du canal de Belletrud*, n° 383613.

⁹⁸ Art. R. 2393-38 du code (marchés publics de défense ou de sécurité).

⁹⁹ L'avance versée au sous-traitant est calculée sur la base d'un montant TTC même lorsque les prestations sous-traitées entrent dans le champ d'application du dispositif d'auto liquidation de la TVA sur les travaux de construction.

¹⁰⁰ Y compris lorsque le pouvoir adjudicateur agit en tant qu'entité adjudicatrice (Art. L. 2192-10 du code).

¹⁰¹ Ces dispositions transposent la directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

¹⁰² Les intérêts moratoires courent de plein droit à compter du jour suivant l'expiration du délai de paiement, jusqu'à la date de mise en paiement du principal.

¹⁰³ Art. R. 3133-23 du code.



En revanche, si le pouvoir adjudicateur refuse le paiement direct de manière infondée, les délais de paiement qui lui sont applicables continuent de courir.

Pour plus d'information sur les délais de paiement applicables aux pouvoirs adjudicateurs, consulter la fiche technique « [Les délais de paiement dans les contrats de la commande publique](#) » disponible sur le site internet de la DAJ.

4.6.3. Lorsque le sous-traitant ne bénéficie pas du droit au paiement direct ou que l'acheteur n'a pas la qualité de pouvoir adjudicateur, les règles relatives aux délais de paiement prévues par le code de commerce s'appliquent

Lorsque le sous-traitant n'a pas le droit au paiement direct, le paiement des travaux effectués par celui-ci et qui incombe au titulaire du marché public est réalisé conformément aux règles sur les délais de paiement interprofessionnel prévues par l'article L. 441-6 du code de commerce. De même, lorsque l'acheteur ne revêt pas la qualité de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 10 de l'ordonnance n° 2015-899, ce sont les règles sur les délais de paiement prévues par le code du commerce qui s'appliquent.

En vertu de l'article L. 441-6 du code du commerce, le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues est de 60 jours maximum à compter de la date d'émission de la facture. Ce délai peut, à titre dérogatoire, être porté à 45 jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture, sous réserve toutefois qu'il figure expressément au contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste de la date d'émission de la facture. Dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas convenu d'un délai, un délai de 30 jours s'applique automatiquement à compter de la réception de la marchandise ou de l'exécution des prestations concernées.

Pour davantage d'informations sur ce point, les acheteurs et les opérateurs économiques sont invités à consulter la fiche pratique « [délais de paiement : les règles à connaître](#) », disponible sur le site internet de la DGCCRF.