2016

VERSION MISE À JOUR

LIVRE **BLANC**

10 points-clés pour répondre aux marchés publics à plusieurs (cotraitance & sous-traitance)

1) Quels sont les textes de référence?
2) Un acheteur public peut-il interdire de répondre à plusieurs?
3) Quelles sont les différentes formes de groupement?
4) Un acheteur public peut-il imposer la forme du groupement?
5) Quelles sont les différentes formes de sous-traitance?
6) Un fournisseur est-il un sous-traitant ?
7) A quel stade de la procédure doit-on se présenter à plusieurs?
8) Quelles sont les pièces administratives supplémentaires à fournir?
9) Quels sont les droits et les devoirs de chacun?
10) Comment s'organise le paiement ?

DOUBLETRADE

INTRODUCTION

Deux possibilités sont offertes pour répondre à un marché à plusieurs :

- le groupement d'entreprises (ou cotraitance)
- la sous-traitance.

a) le groupement d'entreprises

C'est l'hypothèse dans laquelle plusieurs prestataires se regroupent en un « groupement momentané d'entreprises » (GME) plus souvent appelée « cotraitance » en vue de soumissionner à un marché.

Ces prestataires sont alors des « co-titulaires » ou « cotraitants » et sont tous des cocontractants du pouvoir adjudicateur (CE, 9/12/1987, CCI des Deux Sèvres), le groupement lui-même n'est donc pas titulaire du marché (CE, 24/02/1988, Groupe Gerpiam).

Les membres du groupement désignent un mandataire qui aura pour mission de les représenter vis-à-vis du pouvoir adjudicateur et souvent de coordonner les prestations des cotraitants (art.51 II. CMP). A noter que cette mission de coordination est interne au groupement et ne peut être confondue avec la mission de coordination qui peut être attribuée sous forme de lot dans le cadre d'un marché alloti.

La cotraitance a l'avantage de permettre une bonne coordination entre les différents intervenants dans une opération et de faciliter l'accès des PME aux marchés publics puisqu'elles peuvent ainsi accéder à des marchés qui leur auraient été fermés, étant dans l'incapacité technique et financière de les mener à leur terme, seules.

b) la sous-traitance

La sous-traitance est le fait qu'une entreprise donnée confie partiellement sa production à une autre dans le cadre d'un travail de sous-œuvre.

Le recours à la sous-traitance est devenu une pratique largement répandue dans les moyennes et grandes entreprises et s'étend désormais à la quasi-totalité des secteurs d'activité.

L'article 1er de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 dispose que « la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».

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

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

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

1) Quels sont les textes de référence ?

a) <u>La cotraitance</u>

Le groupement d'entreprises est régi par l'article 51 du Code des marchés publics.

Les Cahiers des Clauses Administratives Générales (C.C.A.G.) évoquent aussi la cotraitance. Pour exemple, dans le CCAG dédié aux marchés de fournitures et services (F.C.S.), la cotraitance est évoquée à plusieurs reprises et certains articles y sont dédiés, comme :

- Article 3.5 :

« Les règles relatives à la cotraitance sont fixées par les articles 51, 102 et 106 du code des marchés publics. En cas de défaillance du mandataire du groupement, les membres du groupement sont tenus de lui désigner un remplaçant. A défaut, et à l'issue d'un délai de huit jours courant à compter de la notification de la mise en demeure par le pouvoir adjudicateur d'y procéder, le cocontractant énuméré en deuxième position dans l'acte d'engagement devient le nouveau mandataire du groupement. »

- Article 3.7.4 :

En cas de cotraitance, les bons de commande sont adressés au mandataire du groupement, qui a seul compétence pour formuler des observations au pouvoir adjudicateur.

- Article 3.8.4

« En cas de cotraitance, les ordres de service sont adressés au mandataire du groupement, qui a seul compétence pour formuler des observations au pouvoir adjudicateur. »

- Article 12.1 relative au règlement

b) La sous-traitance

Le texte-phare concernant la sous-traitance est la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975. Celle-ci comprend toutes les règles relatives à la sous-traitance, pour les marchés privés et publics. Le Code des marchés publics reprend en grande partie cette loi, dans ses articles 112 à 117.

Les CCAG évoquent aussi la sous-traitance. Pour exemple, dans le CCAG F.C.S :

- Article 3.6 :

« Les règles relatives à la sous-traitance sont mentionnées aux articles 51, 87, 98, 107 et 112 à 117 du code des marchés publics, pris en application de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance.

3. 6. 1. Le titulaire du marché de services, qui veut en sous-traiter une partie, demande au pouvoir adjudicateur d'accepter chaque sous-traitant et d'agréer ses conditions de paiement.

3. 6. 2. Dès la signature de l'acte spécial constatant l'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement, le pouvoir adjudicateur notifie au titulaire et à chacun des sous-traitants concernés l'exemplaire de l'acte spécial qui leur revient. Dès réception de cette notification, le titulaire du marché fait connaître au pouvoir adjudicateur le nom de la personne physique habilitée à représenter le sous-traitant.

3. 6. 3. Le titulaire du marché est tenu de communiquer le contrat de sous-traitance et ses avenants éventuels au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci en fait la demande. A défaut de l'avoir produit à l'échéance d'un délai de quinze jours courant à compter de la réception d'une mise en demeure de le faire par le pouvoir adjudicateur, le titulaire encourt une pénalité égale à 1 / 3 000 du montant hors taxes du marché ou de la tranche concernée, éventuellement modifiés par avenant, ou, à défaut, du montant du bon de commande concerné. Cette pénalité s'applique pour chaque jour de retard. »

- Article 12.2 relative au règlement

2) Un acheteur public peut-il interdire de répondre à plusieurs ?

a) La cotraitance

Un acheteur public ne peut jamais interdire le groupement d'entreprises.

Il peut seulement interdire, pour une même consultation, de se présenter à la fois en tant que candidat seul et en tant que membre d'un groupement.

En effet, l'article 51-V. du Code des marchés publics prévoit la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs *« d'interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois :*

1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;

2° En qualité de membres de plusieurs groupements ».

Pour ce faire, il peut insérer cette interdiction dans l'avis d'appel public à a concurrence ou dans le règlement de consultation. »

Aussi, à l'inverse, un acheteur public ne peut imposer de se présenter en groupement.

Dans le cadre d'une question ministérielle de M. Estrosi Christian (N° : 23529 publiée au JO le11/08/2003), celui-ci avait demandé si, dans le cas d'un appel d'offres en lots séparés, il était possible d'imposer aux candidats de mutualiser certaines de leurs contraintes réglementaires… La réponse du Ministère fut sans appel : *« Dans le cadre d'un appel d'offres comportant différents lots, l'acheteur public ne peut obliger les candidats à se grouper, notamment dans le cadre d'un groupement conjoint, pour la mutualisation de certaines de leurs contraintes réglementaires... »*

b) La sous-traitance

D'une part, il est à noter que seuls les contrats d'entreprise peuvent être sous-traités.

En effet, l'article 112 du Code des marchés publics stipule : *« Le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement. »* Ainsi, seuls les marchés de travaux et de service sont concernés.

Les marchés de fournitures y sont exclus. Mais la sous-traitance est possible pour la partie « services » (livraison) ou la partie « travaux » (pose) d'un marché de fournitures.

D'autre part, dans l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, qui fixe les fondations de la nouvelle réglementation des marchés publics, qui vient d'être publiée au Journal officiel du 24 juillet 2015, il est désormais prévu que la sous-traitance pourra être limitée par le pouvoir adjudicateur quant à son étendue. En effet, la sous-traitance d'éléments essentiels du marché pourra être proscrite par l'acheteur.
En effet, l'article 62-I. de nouveau texte prévoit : « I. - Le titulaire d'un marché public peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution de ce marché public dans les conditions fixées par la loi du 31 décembre 1975 susvisée. Pour les marchés publics de travaux ou de services ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures, les acheteurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire. »

3) Quelles sont les différentes formes de groupement ?

La cotraitance également appelée « groupement d'entreprises » est l'opération par laquelle plusieurs prestataires, indépendants les uns des autres, se réunissent ensemble pour présenter leur offre (ou candidature) à un client.

Les entreprises qui souhaitent candidater en groupement ont deux possibilités :

- le groupement conjoint

Chacun des membres du groupement s'engage à réaliser les prestations susceptibles de lui être attribuées dans le marché.

Dans un groupement conjoint, le maître d'ouvrage peut obliger le mandataire à être solidaire. Pour qu'il y ait solidarité du mandataire vis-à-vis des autres cotraitants, il faut :

- soit une mention expresse relative à cette solidarité,
- soit une référence au CCAG (sauf CCAG FCS)

La mission et la responsabilité du mandataire s'achèvent à la fin du délai d'un an de la garantie de parfait achèvement ou à la réception.

– le groupement solidaire

Chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché.

Contrairement à une idée répandue, il ne s'agit là que d'une solidarité financière et non d'une solidarité d'exécution, qui n'est prévue textuellement et paradoxalement que pour le mandataire du groupement conjoint. Autrement dit, en cas de défaillance d'un cotraitant, les autres membres ne sont pas tenus aux obligations contractuelles pour l'exécution du marché.

La responsabilité du mandataire dure tant jusqu'à l'expiration du délai de garantie décennale
La solidarité entre les membres du groupement s'étend jusqu'à l'expiration du délai de garantie décennale.
Les entreprises peuvent aménager cette solidarité dans la convention en la limitant ou en l'étendant, ou encore en répartissant clairement les prestations des différents cotraitants ainsi que leurs montants respectifs comme c'est le cas dans un groupement conjoint.

Ce type de groupement est donc avantageux pour le maître d'ouvrage mais risqué pour les entreprises groupées. Cette formule semble d'avantage convenir dans le cas d'un groupement d'entreprises ayant les mêmes spécialités, ce qui leur permettrait ainsi de se substituer aisément les unes aux autres en cas de défaillance de l'une d'entre elles que dans un groupement d'entreprises de différentes spécialités.

4) Un acheteur public peut-il imposer la la forme du groupement ?

La réponse est OUI, en vertu de l'article 51-VII du Code des marchés publics :

« Le passage d'un groupement d'une forme à une autre ne peut être exigé pour la présentation de l'offre, mais le groupement peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué, si cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché. Dans ce cas, la forme imposée après attribution est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. »

Plus clairement, vous êtes libres de présenter votre candidature dans la forme de votre choix (conjoint ou solidaire). Toutefois, l'acheteur peut vous indiquer dans le dossier de consultation qu'elle vous imposera de changer de forme si vous êtes le groupement retenu.

Un acheteur public peut-il alors systématiquement imposer un groupement « solidaire » ?
La réponse est NON.
Un acheteur public peut imposer une forme de groupement, sous trois conditions :
- il doit mentionner clairement quelle forme il souhaite imposer ;
- il ne pourra imposer la transformation qu'une fois le marché attribué ;
- il faut que celle-ci soit véritablement nécessaire à la bonne exécution du marché.

Sur cette dernière condition, dans le cadre d'une consultation lancée en 2006 par la communauté urbaine de Strasbourg (CUS) pour son mobilier urbain, ladite collectivité imposait que le groupement titulaire soit solidaire.
Une entreprise non retenue a alors engagé un recours, estimant que cette obligation constituait une restriction de concurrence injustifiée, n'étant pas véritablement nécessaire pour l'exécution du marché.

L'article 51 de l'ancien Code des marchés publics, applicable à l'époque, n'imposait pas que la transformation d'un groupement soit subordonnée à une nécessité pour l'exécution du marché.

Un acheteur public pouvait donc librement imposer la forme du groupement, sans véritable justification. Les juges ont donc donné raison à la CUS.
Toutefois, il est à noter que le jugement serait différent pour les consultations aujourd'hui. En effet, l'article 51 a été modifié avec le nouveau Code des marchés publics de 2006. Dans sa rédaction actuelle, il impose que la transformation du groupement soit « nécessaire pour la bonne exécution du marché »…
(CAA de Nancy, 18 février 2013, « Clear Channel France », n°11NC01821)

De plus, pour les groupements « solidaires », le Conseil d'Etat a posé une condition supplémentaire : si le marché recouvre des «prestations techniques distinctes», la solidarité ne peut être contractuellement imposée…
(Conseil d'Etat, 22 décembre 2008, «CA Salon-Etang de Berre-Durance», n°311268)

5) Quelles sont les différentes formes de sous-traitance ?

a) Le sous-traitant de second rang

Le sous-traitant direct du titulaire du marché peut confier à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé L'intervention de ce *« sous-traitant de 2ème rang »* est cependant conditionnée par son acceptation préalable ainsi que par l'agrément des conditions de paiement par le maître d'ouvrage. Le sous-traitant direct devra lui aussi faire accepter son sous-traitant. Son paiement, par contre, sera différent…

b) Le sous-traitant de rang inférieur

Les acheteurs peuvent-ils interdire la sous-traitance « en cascade »?
La députée Valérie Rosso-Debord a interrogé le MINEFE a pointé du doigt que certains sous-traitants pratiquent des prix très bas, notamment car ils concluent eux-mêmes des contrats de sous-traitance avec des entreprises qui ne respectent pas forcément les règles du code du travail. Selon elle, *« il conviendrait que le maître d'ouvrage puisse avoir la possibilité d'agréer les sous-traitants du premier et deuxième niveau et d'interdire la sous-traitance au troisième niveau (sauf en cas d'accord exprès du maître d'ouvrage) ».*

Les services du ministère rappellent, dans un premier temps, que la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 a posé *« le principe du libre choix par l'entreprise entre l'exécution personnelle des prestations et le recours à la sous-traitance »*. Il est donc impossible, pour un maître d'ouvrage d'interdire la sous-traitance *« en cascade »*. Toutefois, les sous-traitants des rangs inférieurs sont *« soumis à la même obligation d'acceptation et d'agrément que les sous-traitants de premier rang »*.
(Question écrite n° 101807, Réponse publiée dans le JO de l'Ass. Nationale du 05/07/2011)

c) Le sous-traitant étranger

La question se pose dans le cas d'un sous-traitant étranger est quelle loi s'applique ?

Dans le cadre d'un appel d'offres de la ville de Dortmund pour des prestations de numérisation, celle-ci exigeait, comme le proclame une loi allemande, que les candidats s'engagent à verser à leurs salariés un salaire horaire minimal de 8,62 euros.

L'un d'eux, qui envisageait une sous-traitance en Pologne, a décidé de contester cette disposition, au motif qu'elle constituait *« une restriction injustifiée à la libre prestation des services consacrée à l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »*.

Le litige alla jusqu'à la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), qui jugea que dans le cas où *« un soumissionnaire entend exécuter un marché public en ayant recours exclusivement à des travailleurs occupés par un sous-traitant établi dans un État membre autre que celui dont relève le pouvoir adjudicateur, l'article 56 TFUE s'oppose à l'application d'une réglementation de l'État membre dont relève ce pouvoir adjudicateur obligeant ce sous-traitant à verser auxdits travailleurs un salaire minimal fixé par cette réglementation »*.
En clair, un acheteur public ne peut imposer sa réglementation nationale à un sous-traitant réalisant sa prestation dans son pays d'origine.
(CJUE, 18 septembre 2014, affaire C-549/13)

6) Un fournisseur est-il un sous-traitant ?

NON, le fournisseur qui vous vend des équipements courants n'est pas un sous-traitant.

Le fournisseur est, *« au titre d'un contrat de vente, chargé seulement de la livraison, après fabrication éventuelle, de matériaux, produits ou composants de construction ne comportant pas de spécifications exceptionnelles fournies par l'acquéreur »*

MAIS, un fournisseur « sur mesure » est un sous-traitant.

Si les composants ne nécessitent pas d'adaptation (fournitures ordinaires) : pas sous-traitance.
Si les prestations commandées ont fait l'objet d'adaptations particulières : sous-traitance !

Dans le cadre de la construction d'une salle de restaurant scolaire, la commune de Missillac a attribué le lot chauffage-ventilation à une entreprise et a accepté son sous-traitant : la société Tuvaco. Par la suite, l'entreprise titulaire a été mise en liquidation judiciaire et le mandataire a contesté le contrat de sous-traitance devant les tribunaux.

La cour a constaté que la société Tuvaco a fabriqué sur mesure certains produits pour répondre au cahier des charges imposées par la Ville. Elle a donc considéré que « dans ces conditions, la société Tuvaco ne peut être regardée comme s'étant bornée à fournir des équipements de production courante ; qu'ayant participé à l'exécution d'une partie du marché en cause, cette société avait dès lors la qualité de sous-traitant au sens des dispositions précitées de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1975 ».
(Cour Administrative de Nantes, 7 octobre 2011, n° 10NT02052)

CEPENDANT, un fournisseur « sur mesure » n'est pas forcément un sous-traitant.

Dans le cadre d'un marché de l'OPH du Territoire de Belfort, le titulaire du marché a confié la fabrication sur mesure de pré-dalles et de pré-murs à la société Spurgin Leonhart. L'entrepreneur principal ayant été placé en redressement judiciaire, celle-ci n'a pas été payée. Elle a donc tenté de faire reconnaître sa qualité de sous-traitant, afin d'obtenir le paiement direct de ses prestations par l'OPH.

Il est en effet traditionnellement considéré que si un fournisseur réalise des adaptions sur ses produits, il est alors considéré comme un véritable sous-traitant.
Or en l'espèce, les juges ont considéré que cette circonstance ne suffisait pas pour établir la participation du requérant à l'exécution du marché. Ceux-ci ont surtout relevé qu'aucun acte signé avec le titulaire n'était fourni, ni aucune preuve d'avoir « participé à des réunions de chantier, au même titre que d'autres sociétés sous-traitantes ».La requalification de contrat de vente en contrat de sous-traitance a donc été refusée.
(CAA de Nancy, 12 juin 2014, société Spurgin Leonhart, N°13NC01087)

7) A quel stade de la procédure doit-on se présenter à plusieurs ?

a) La cotraitance

Votre groupement d'entreprises doit obligatoirement être présenté dès la candidature.

De plus, sa composition ne pourra pas être modifiée…
En effet, l'article 51-V. du Code des marchés publics prévoit que *« la composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché »*.

… même en cours d'exécution du marché ?
C'est la question qui avait été posée par Fabrice Verdier au Ministère de l'Economie.

Le MINEFE avait alors répondu assez clairement : *« cet article 51 rend possible la modification de la composition du groupement, à la seule initiative de ses membres, en deux hypothèses : la liquidation judiciaire d'un de ses membres ou son impossibilité, pour une cause extérieure, d'exécuter ses obligations contractuelles. La modification de la composition du groupement pendant l'exécution du marché obéit aux mêmes règles. »*

Puis le Ministère avait précisé les issues de cette défaillance, selon la forme du groupement :

– en cas de groupement conjoint sans mandataire solidaire : « un marché de substitution doit être passé par le pouvoir adjudicateur pour la part des prestations non exécutées. »

– en cas de groupement conjoint avec mandataire solidaire : « celui-ci doit, en tant que de besoin, se substituer au défaillant, [ou] à défaut, un marché de substitution doit être passé [art. 48-7 du cahier des clauses administratives générales-travaux]. »

(Question n°32667 ; Réponse publiée au JO de l'assemblée Nationale du 15 octobre 2013)

b) La sous-traitance

Lorsqu'une entreprise souhaite sous-traiter un marché de travaux, public ou privé, elle doit faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître d'ouvrage (article 3 de la loi du 31 décembre 1975)

L'agrément du sous-traitant peut intervenir :

Au moment de la conclusion du marché principal : dans ce cas, le sous-traitant est généralement désigné dans les pièces contractuelles, en annexe de l'acte d'engagement.

La notification du marché au titulaire emporte acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement.

Pendant toute la durée du marché : l'agrément sera matérialisé par un acte spécial.

8) Quelles sont les pièces supplémentaires à fournir ?

a) La cotraitance

Un DC1 commun

Un DC2 par membre

b) La sous-traitance

La déclaration des sous-traitants s'effectue via le formulaire DC 4.

L'absence de déclaration du sous-traitant est désormais une infraction pénale.

La protection du sous-traitant implique l'obligation pour son titulaire de le déclarer.

Son absence peut engendrer une sanction à l'encontre de l'entrepreneur principal.

Désormais, l'article L.8271-1-1 du Code du travail prévoit que les infractions prévues à l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 seront punies d'une amende de 7.500 euros.

La demande d'acceptation et d'agrément du sous-traitant (DC4) comportera notamment :

- La nature des prestations sous-traitées,
- Le nom et l'adresse du sous-traitant,
- Le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant.

Concernant la variation des prix du sous-traitant, plusieurs possibilités :

- pas de modalités de variations de prix
- les mêmes conditions que celles du marché du titulaire
- une formule de variation de prix différente de celle du marché

9) Quels sont les droits et les devoirs de chacun ?

a) La cotraitance

1) Les droits des membres

Les cotraitants ont le pouvoir de désigner leur mandataire commun.

Ils peuvent aménager le contrat les liant au mandataire en lui octroyant plus ou moins de pouvoirs et ainsi, limiter ou élargir ses capacités de représentation du groupement, ou encore aménager la responsabilité du mandataire.

Si le mandataire faillit à sa mission que ce soit de représentation ou de coordination, les cotraitants peuvent engager sa responsabilité pour faute.

Enfin, dans le cas d'un groupement solidaire dans lequel les membres n'ont pas au préalable opéré de répartition des prestations, ils ont tous qualité et intérêt pour agir en justice contre le maître d'ouvrage en vue d'obtenir le paiement du marché.

2) Les responsabilités des membres

-Groupement conjoint : la responsabilité des cotraitants est limitée à leur propre prestation uniquement (hors solidarité éventuelle du mandataire).

-Groupement solidaire : le MO peut engager la responsabilité de n'importe quel prestataire du groupement et ce même s'ils n'ont pas matériellement participé à l'exécution des travaux.

b) La sous-traitance

1) Les droits de sous-traitants

o Le paiement direct au sous-traitant (article 115 – 1°)

Lorsque le montant de la partie sous-traitée est supérieur à 600 € TTC

- même si le titulaire et le sous-traitant sont d'accord pour y renoncer
- quel que soit la procédure utilisée pour la passation du marché
- quel que soit le montant du marché

- Régime des avances (article 115 – 2°)

Si le montant maximum qui peut lui être sous-traité est supérieur à 50 000 € HT.

Avance du titulaire réduite en tenant compte de la part sous-traitée

Si le sous-traitant n'est déclaré qu'après que l'avance ait été versée au titulaire, celui-ci doit rembourser la part de l'avance correspondant au montant sous-traité.

2) Les responsabilités des sous-traitants

Si l'entrepreneur principal est responsable de son sous-traitant vis-à-vis du donneur d'ordres, ce dernier n'est tout de même pas exempt de toute responsabilité.

Le sous-traitant peut voir sa responsabilité engagée s'il commet une faute dans l'exécution de sa prestation. En effet, il est tenu à une obligation de résultat d'exécuter des prestations exemptes de vices.

10) Comment s'organise le paiement ?

a) La cotraitance

Les modalités de règlement des membres dépendent de la forme du groupement.

Pour les groupements solidaires, les dispositions des derniers CCAG prévoient assez clairement que « *le paiement est effectué sur un compte unique ouvert au nom des membres du groupement ou du mandataire, sauf si le marché prévoit une répartition des paiements entre les membres du groupement et indique les modalités de cette répartition* ».

Il en résulte que si les prestations respectives de chacun des cotraitants solidaires sont individualisables, par exemple sous forme de pourcentage, le marché peut prévoir une répartition des paiements entre les membres du groupement et une individualisation des paiements sur des comptes séparés.

A défaut, le versement des sommes dues se fera, en principe, sur un compte unique (ou compte commun) ouvert, soit au nom de son seul mandataire, soit au nom de chacun des cotraitants solidaires.

A cet égard, il convient de relever que les CCAG préconisent l'ouverture d'un compte *« au nom des membres du groupement »*, et non *« au nom du groupement »* lui-même. Cette précision s'explique, d'une part, parce qu'un tel groupement ne dispose pas de la personnalité morale, d'autre part, par la volonté de prémunir les cotraitants contre le risque d'une potentielle requalification de leurs relations en *« société de fait »*.

Pour un groupement conjoint, les CCAG disposent que *« chaque membre du groupement perçoit directement les sommes se rapportant à l'exécution de ses propres prestations »*.

Dès lors que le groupement est conjoint, les travaux sont individualisés et les paiements correspondants sont donc en principe effectués directement sur le compte bancaire de chacun des cotraitants (comptes séparés).

b) La sous-traitance

L'article 116 du Code des marchés publics prévoit que la demande de paiement (différent des factures), libellée au nom du pouvoir adjudicateur, est transmise par le sous-traitant à la fois au titulaire et au pouvoir adjudicateur.

Les factures du sous-traitant doivent être libellées au nom du titulaire. Il est donc nécessaire que le titulaire du marché enregistre, dans sa propre comptabilité, le montant des décomptes ou des factures se rapportant aux prestations sous-traitées, ainsi que les sommes payées directement au sous-traitant. En effet, le titulaire doit reprendre, dans le décompte ou la facture qu'il adresse au pouvoir adjudicateur pour le règlement de ses propres prestations, les prestations sous-traitées, en les faisant apparaître distinctement.

En revanche, la demande de paiement doit être libellée, comme l'indique l'article 116, au nom du pouvoir adjudicateur. Elle est accompagnée du double des pièces adressées au titulaire, ainsi que de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a reçu la demande, ou de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé par le titulaire.

ANNEXES

Pour plus d'informations

- Code des marchés publics :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005627819

- Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000889241

- Instruction n° 10-027-M0 du 2 novembre 2010 (sous-traitance)

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006051865&dateTexte=20110422

- L'actualité des marchés publics dédiée aux entreprises

http://www.doubletrade.com/actu-marches-publics/

AUTEUR : Benjamin DELIBIOT, juriste-expert en marchés publics, DoubleTrade

Titulaire d'un DESS en droit public acquis à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, il dispose d'une connaissance approfondie de l'achat public grâce à une quadruple expérience :

- Réponse aux marchés publics
  (PriceWaterHouseCoopers, 1er cabinet mondial en audit et expertise comptable)

- Elaboration des marchés publics
  (Communauté Urbaine de Bordeaux, 6ème agglomération française)

- Formation & consulting sur l'élaboration des marchés publics
  (Agysoft, leader français en gestion de l'achat public pour les Administrations)

- Formation & consulting sur la réponse aux marchés publics
  (DoubleTrade, spécialiste de la veille sur les marchés publics pour les Entreprises)

Version 2016 - Copyright DoubleTrade - www.doubletrade.com