



HAL
open science

Assurer l'activité des sous-traitants

Didier Krajeski

► **To cite this version:**

Didier Krajeski. Assurer l'activité des sous-traitants. Assurer l'activité des sous-traitants, 2019, Toulouse, France. hal-02517373

HAL Id: hal-02517373

<https://hal.science/hal-02517373>

Submitted on 24 Mar 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ASSURER L'ACTIVITE DES SOUS-TRAITANTS

Didier KRAJESKI

Professeur UT1 Capitole, IEJUC

La rencontre de l'assurance et de la sous-traitance est avant tout la rencontre de deux mécanismes d'externalisation. Par le mécanisme de l'assurance, un opérateur économique va reporter sur autrui la charge d'un risque auquel il est exposé. Ce tiers assume cette charge en mettant en place une opération financière fondée sur la mutualisation ou la capitalisation. Par le biais de la sous-traitance, une entreprise confie à une autre une partie de ses activités¹. Du point de vue juridique, elle vise spécifiquement « *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 conclu avec le maître de l'ouvrage* »². La loi du 31 décembre 1975 se focalise ainsi sur la sous-traitance de marché. Les deux mécanismes partagent un autre point commun : le succès.

Le phénomène de sous-traitance n'est pas inconnu des entreprises d'assurance. Dans leur façon de gérer la prise en charge des risques les entreprises d'assurance vont externaliser un certain nombre d'opérations. La réglementation le prévoit et impose dans ce cas-là des principes clairs :

« Les entreprises d'assurance et de réassurance conservent l'entière responsabilité du respect des obligations qui leur incombent lorsqu'elles recourent à l'externalisation des fonctions ou des activités d'assurance ou de réassurance.

Elles s'abstiennent d'externaliser des activités ou des fonctions opérationnelles importantes ou critiques, lorsque cette externalisation serait susceptible de compromettre gravement la qualité du système de gouvernance de l'entreprise concernée, d'accroître indûment le risque opérationnel, de compromettre la capacité des autorités de contrôle à vérifier que l'entreprise concernée se conforme bien à ses obligations ou de nuire à la prestation continue d'un niveau de service satisfaisant à l'égard des assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats et entreprises réassurées.

Les entreprises d'assurance et de réassurance informent préalablement, et en temps utile, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution de leur intention d'externaliser des activités ou des fonctions importantes ou critiques ainsi que de toute évolution importante ultérieure concernant ces fonctions ou ces activités.

Les entreprises d'assurance et de réassurance qui externalisent une fonction ou une activité d'assurance ou de réassurance, prennent les dispositions garantissant que le prestataire de services coopère avec

¹ B. Boubli, rép. civ., V. Contrat d'entreprise, n° 314 s.

² L. n° 75-1334 du 31 déc. 1975, art. 1.

l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, dans l'exercice de la fonction ou l'activité externalisée, et que l'entreprise, les personnes chargées du contrôle de ses comptes ainsi que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution puissent avoir effectivement accès aux données afférentes aux fonctions ou aux activités externalisées »³.

Dans la thématique dans laquelle s'inscrit la présente intervention, « la maîtrise du risque lié au recours à la sous-traitance », c'est cependant une autre perspective qui nous intéressera. Il s'agit de souligner, du point de vue de l'assurance, les précautions, les particularités qui peuvent exister dans l'activité du sous-traitant. Autrement dit il ne s'agit pas de se demander ce que la sous-traitance peut faire pour l'assureur, mais ce que l'assurance fait de la sous-traitance. Comment elle s'intègre à la gestion des risques par ce procédé.

De ce point de vue, la sous-traitance industrielle présente moins de spécificités que la sous-traitance de marché. Il y a évidemment des enjeux d'assurance dans la première, mais ils ne se distinguent pas de toutes les hypothèses où une personne fait appel de façon habituelle à un prestataire de services ou un vendeur. Il faut vérifier qu'il est assuré en responsabilité pour l'activité qu'il développe, car c'est évidemment surtout de ce risque qu'il est question. Il faut éventuellement tenir compte, dans la relation d'assurance, des spécificités dont les parties ont voulu marquer leur relation⁴. Le cas de la sous-traitance de marché est, en revanche, assez différent. Dans cette hypothèse, un tiers interfère dans le contrat conclu entre une personne et une entreprise⁵. Une relation triangulaire se crée et elle a nécessairement un retentissement sur le mécanisme de l'assurance. A la prise en compte des risques présentés par le contrat, il faut ajouter les risques liés à l'intervention du tiers dans l'exécution de ce contrat. On songe alors naturellement à deux possibilités : faire assurer les risques qu'il crée par l'entrepreneur principal (I) ou les faire assurer par le sous-traitant lui-même (II). Nous verrons que les deux démarches se complètent souvent.

I. L'entrepreneur principal assure l'activité du sous-traitant

Il faut bien s'entendre sur la formule « assurer l'activité du sous-traitant ». Elle cache deux réalités bien différentes. Dans un cas, l'entrepreneur accepte de souscrire une assurance qui couvre l'activité du sous-traitant en tant qu'assuré, dans l'autre il se borne à faire couvrir par son propre contrat d'assurance les conséquences du recours à la sous-traitance : il se procure une garantie du fait du sous-traitant.

³ C. assur., art. L. 354-3, Ordo. n° 2015-378 du 2 avr. 2015 transposant Dir., 2009/138 du 25 nov. 2009 (solvabilité II), art. 49. – V. aussi : C. assur., art. R. 354-7, D. n° 2015-513 du 7 mai 2015. – P. G. Marly, L'externalisation sous Solvabilité II, www.tribune.assurance.fr, 1^{er} sept 2015.

⁴ Notamment la question des renonciations à recours qui est évoquée plus bas.

⁵ Ph. Le Tourneau et alii, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2018/2019, n° 3312.351.

A. Une garantie possible : l'assurance pour compte

En matière d'assurance, une technique paraît très adaptée à l'assurance par l'entrepreneur des risques présentés par l'activité du sous-traitant. Il s'agit de l'assurance pour le compte de qui il appartiendra prévue et réglementée par l'article L. 112-1 du Code des assurances. Selon les auteurs du traité de droit des assurances, « *cette technique permet au souscripteur d'assurer les risques pesant sur un tiers sans que celui-ci intervienne à la souscription* »⁶. Différentes situations peuvent correspondre au mécanisme décrit au point que des auteurs évoquent l'idée qu'il n'y a pas « *l'assurance pour compte mais des assurances pour compte* »⁷. Elle trouve son origine dans le commerce maritime et l'idée que l'intérêt d'assurance d'une personne est mieux appréhendé par une autre qui, à ce titre, souscrit un contrat d'assurance. Dans notre thème, on lui trouvera une autre justification : la maîtrise de la garantie par l'entrepreneur principal. Souscripteur du contrat, il choisira, pour assureur l'activité des sous-traitants, la garantie qui lui paraît la plus adaptée. Il en retire deux certitudes : le sous-traitant est assuré ; il est bien assuré. La jurisprudence récente souligne l'idée que le souscripteur est le maître de la garantie. C'est dans sa personne que s'apprécie l'étendue du consentement émis⁸. On pourrait donc très bien imaginer, comme des sociétés mères le font pour leurs filiales, une entreprise soumettre ainsi tous ses sous-traitants à des conditions équivalentes d'assurance. L'intérêt du mécanisme est évidemment que celui-ci pour le compte duquel l'assurance est souscrite a la qualité d'assuré. Qu'il le soit en responsabilité ou en assurance de choses, son activité est couverte mais selon les conditions négociées par l'entrepreneur principal. Elle peut être ou non conférée au souscripteur selon la volonté des parties.

Evidemment, si l'idée est bonne du point de vue de la gestion du risque pour l'entrepreneur principal, elle l'est moins à d'autres égards. D'abord, elle semble supprimer un des attraits de la sous-traitance : la réduction des coûts. L'entrepreneur principal, souscripteur du contrat d'assurance, doit assumer le paiement des primes⁹. Il est seul obligé à cet égard. Par ailleurs, il est à souligner que le sous-traitant est dépendant du comportement de l'entrepreneur principal dans le cadre de la relation contractuelle : l'assureur peut lui opposer toutes les exceptions qu'il pourrait opposer au souscripteur et, justement, le non-paiement de la prime.

Pour toutes ces raisons, on comprendra que l'entrepreneur soit plutôt enclin à intégrer dans une garantie qu'il souscrit pour lui, le fait du sous-traitant.

B. Une garantie courante : le fait du sous-traitant

⁶ J. Bigot et alii, *Traité du contrat d'assurance, Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^e éd., 2014, n° 555.

⁷ B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, LGDJ, 3^e éd., 2018, n° 395.

⁸ Cass. 2^e civ., 19 janv. 2017, n° 15-29.126, *RGDA* 2017, 175, obs. A. Péliissier.

⁹ C. assur., art. L. 112-1, al. 3. Sur cette question, J. Bigot et alii, *op. cit.*, n° 561 : « L'opération par laquelle le souscripteur assure, en son nom propre, les risques pesant sur un tiers, en assumant les obligations contractuelles »

La maîtrise de la couverture d'assurance qu'il souscrit pour lui-même nécessite que l'assuré professionnel soit couvert dans toutes les configurations d'exercice de son activité. S'il y a recours, il va souscrire des garanties qui intègrent l'intervention d'un sous-traitant. Il a tout intérêt à la faire puisqu'il répond, à l'égard de son cocontractant, de leur intervention¹⁰. Cette extension peut être formulée de la façon suivante : « *Tous ces dommages demeurent garantis lorsqu'ils sont causés par vos sous-traitants, dans les limites exclusives de votre activité professionnelle déclarée, et seulement en ce qui concerne votre responsabilité* ». Cette extension doit être prévue car le sous-traitant ne fait pas partie des personnes visées à l'article L. 121-2 du Code des assurances pour lesquelles, l'assuré qui souscrit une assurance de responsabilité, bénéficie d'une extension légale de garantie quelle que soit la nature et la gravité de leurs fautes¹¹. On le voit, le principe de la sous-traitance doit être accepté par l'assureur dans la logique de ce qu'exige la loi du 31 décembre 1975¹².

Il ne faut pas s'y tromper : il s'agit d'assurer l'activité de l'assuré même dans les cas où il a recours aux services d'un sous-traitant. Il ne s'agit donc pas d'assurer le sous-traitant lui-même mais les conséquences de son activité. La garantie de l'assuré ne peut être sollicitée si le sous-traitant cause un dommage à un tiers, non client de l'assuré. Elle ne peut l'être non plus si le sous-traitant cause un dommage à l'assuré lui-même. Dans ces deux hypothèses, il faut espérer que le sous-traitant a souscrit une assurance pour sa propre activité. Dans ce cas, d'ailleurs, l'assureur de l'entrepreneur principal tient de l'article L. 121-12 la possibilité d'exercer un recours contre le sous-traitant après avoir indemnisé l'assuré ou sa victime. Cependant, ce recours n'est pas toujours possible en pratique. Il se peut, en effet, que l'assuré ait consenti une renonciation à recours sans laquelle le sous-traitant n'acceptera pas d'intervenir. Celle-ci interdit le recours de l'assureur contre le sous-traitant. L'assuré doit d'ailleurs en informer son assureur car sinon il pourrait en tirer argument pour diminuer ou même refuser sa garantie sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article L. 121-12 du Code des assurances¹³. Dans le cas où la renonciation à recours lui est connue, elle peut être relative si elle ne vise que le sous-traitant. S'il est assuré, l'assureur pourrait exercer un recours contre l'assureur. La jurisprudence a tendance à considérer que même en l'absence de stipulation expresse, la clause de renonciation à recours est prévue sauf assurance¹⁴.

La perspective de ce recours contre l'assureur montre la complémentarité des hypothèses que nous distinguons. En l'absence d'assurance pour compte, il est recommandé au sous-traitant d'assurer sa propre activité.

¹⁰ Cass. 3^e civ., 12 juin 2013, n° 11-12.283, *RTDI* 2013-3, p. 33, note B. Mallet-Bricoud.

¹¹ Lamy assurances, 2019, n° 229.

¹² L. n° 75-1334, du 31 déc. 1975, art. 3.

¹³ Cass. 2^e civ., 10 sept. 2015, n° 14-22.003, *LEDA* 2015, 144 et les obs.

¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1993, *Bull. civ. I*, n° 186 ; *RGAT* 1993, p. 795, note F. Vincent.

II. Le sous-traitant assure sa propre activité

Le sous-traitant est un professionnel, qui, comme tout autre, assure son activité. Cependant, le fait qu'il intervienne pour accomplir la mission à laquelle un autre s'est engagé n'est pas anodin. Afin de favoriser une correcte prise en charge des risques liés à cette mission, il doit souscrire une garantie qui se rapproche le plus possible de celle prévue pour l'activité de son donneur d'ordre. Cependant, on n'arrivera rarement à une juxtaposition parfaite. La garantie du sous-traitant apparaît alors ni tout à fait la même ni tout à fait une autre, et c'est un facteur de complexité (A). Dans la mise en œuvre de cette garantie, on trouvera un peu de simplicité dans l'existence d'une autre action directe que celle prévue par la loi du 31 décembre 1975 (B).

A – Ni tout à fait la même garantie, ni tout à fait une autre

Cela vient d'être précisé, il est indispensable que, du fait de son intervention, le sous-traitant souscrive une garantie couvrant son action. Dans les secteurs d'activité dans lesquels le recours à la sous-traitance est systématique, les opérateurs ont mis au point un contrat type de sous-traitance. Il en va ainsi, par exemple, du secteur des transports¹⁵ ou du secteur de la construction¹⁶. Ces contrats comportent un article relatif à l'assurance fixant l'étendue de l'obligation du sous-traitant en la matière. La souscription d'une assurance ne suffit pas, il doit souscrire une garantie sur le modèle de celle qui couvre l'entrepreneur principal afin que la couverture des risques liés à une mission soit efficace. Dans les stipulations des contrats type, on trouve donc une volonté de dessiner une garantie d'assurance sur le modèle de celle qui s'applique au rapport entre le client et le donneur d'ordre : « Le sous-traitant souscrit une assurance responsabilité civile du chef d'entreprise ainsi qu'une assurance couvrant sa responsabilité civile contractuelle et professionnelle, notamment les marchandises qui lui sont confiées au moins à hauteur des montants applicables dans le cadre des contrats types en vigueur ou de conventions particulières ». Nous l'avons vu, il est possible d'uniformiser complètement les garanties en utilisant le procédé des assurances pour compte. En l'absence de celle-ci, le donneur d'ordre doit vérifier que le sous-traitant souscrit une garantie correspondant aux besoins exprimés. Il est assez courant que l'on mette en place une obligation contractuelle de produire une attestation d'assurance. Celle-ci permet de justifier de l'existence et du contenu d'une garantie. La logique de mimétisme a des limites. Elle ne joue parfaitement que lorsque les assurances sont toutes deux facultatives. Dans ce cas, le principe de liberté contractuelle permet aux parties de créer des garanties jumelles pour autant que les

¹⁵ C. transp., art. D. 3224-3, annexe IX.

¹⁶ Contrat type, mise à jour 22 nov. 2018.

assureurs concernés soient d'accord. En revanche, ce mimétisme ne joue qu'imparfaitement lorsque l'une des deux garanties a la particularité d'être une assurance obligatoire.

A ce titre, les assurances du domaine de la construction constituent un terrain d'observation idéal. Le législateur a mis en place un système d'indemnisation très élaboré. Contre toute logique, les sous-traitants ne sont pas intégrés à ce système et, particulièrement, ils ne sont soumis à l'obligation d'assurance telle qu'elle est décrite par les articles L. 242-1 et suivants du Code des assurances¹⁷. Le régime de responsabilité qui leur est applicable relève du droit commun. La justification de cette solution est l'absence de lien direct entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Cependant, dans ce secteur d'activité, on sait la fréquence de recours à ce procédé. Il existe de son intérêt une partie du système mis en place. Consciente de ce décalage, la pratique a créé un système de garantie équivalent dans le contrat type. Les sous-traitants souscrivent donc une garantie conçue sur le modèle de cette assurance. L'article 11, 2, du contrat type vise à ainsi recréer en particulier les assurances décennales. Cependant, il n'est pas possible de projeter une telle garantie dans le système d'indemnisation : elle n'y est donc pas soumise. Cela atténue évidemment l'efficacité des mécanismes mis en place dans le cadre de l'assurance obligatoire. Ainsi, contrairement aux stipulations des clauses types applicables aux contrats d'assurance de responsabilité décennale¹⁸, dans le cas de l'assurance du sous-traitant, les franchises sont opposables à la victime : « *La clause limitant l'assurance facultative de la responsabilité du sous-traitant aux seuls dommages relevant de la responsabilité décennale du constructeur n'a pas pour effet de soumettre le contrat au régime de l'assurance décennale obligatoire* »¹⁹. On ne saurait mieux dire.

Rien ne sera jamais aussi efficace que l'intégration des sous-traitants dans le système d'indemnisation. La technique d'assurance apporte, cependant en la matière, un peu d'efficacité par la création d'une action directe.

B – Une autre action directe

La loi du 31 décembre 1975 est un texte de protection qui semble n'avoir été conçu que dans sa préoccupation du paiement du sous-traitant²⁰. A cet effet, une action directe a été créée dont le sous-traitant est le bénéficiaire²¹. Un mécanisme équivalent existe en matière d'assurance mais il a pour effet de relativiser le rôle du sous-traitant. Création jurisprudentielle consacrée par le législateur dans l'article L. 124-3 du Code des assurances, le droit d'action directe donne un droit prioritaire au paiement de

¹⁷ Cass. 3^e civ., 20 juin 1989, n° 88-10.939, *Bull. civ.* III, n° 146.

¹⁸ Art. A. 243-1, annexe I.

¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 7 mai 2002, n° 97-18.313, *Contr. et marchés pub.* 2002, n° 9, 194.

²⁰ Ph. Le Tourneau et alii, *op. cit.*, n° 3312.375.

²¹ L. n° 75-1334 du 31 déc. 1975, art. 4 s.

l'indemnité au tiers lésé par l'assuré responsable. On peut dire qu'il en retire deux avantages : une garantie d'indemnisation et de la simplicité dans le recours.

Garantie d'indemnisation car l'indemnité ne transite pas par le patrimoine du responsable. Il ne s'agit pas de le rendre solvable pour qu'il puisse honorer sa dette de responsabilité. L'assureur n'a tout simplement pas le droit de verser l'indemnité à une autre personne que la victime tant qu'elle n'a pas été désintéressée²².

Simplicité, d'abord, parce que la jurisprudence s'est évertuée à perfectionner le mécanisme afin de favoriser son efficacité. Elle en est arrivée à décider que la mise en cause de l'assuré responsable n'est pas nécessaire à la mise en œuvre de l'action²³. La victime doit prouver la responsabilité de l'assuré et l'existence d'une couverture d'assurances. Simplicité, encore, parce que, titulaire d'un droit propre, le tiers lésé ne peut se voir opposer toutes les exceptions que l'assureur pourrait opposer au bénéficiaire du contrat d'assurance. Il ne peut ainsi lui opposer les exceptions liées aux événements postérieurs au sinistre. Cependant, l'assureur peut opposer au tiers lésé les limites de son engagement contractuel quel que soit la façon dont il est délimité (plafond, exclusion). On retrouve nécessairement ici la dépendance à la liberté de déterminer librement le contenu de la garantie²⁴. Selon la physionomie qui lui sera donnée, le recours sera ouvert au cocontractant du donneur d'ordre ou même à ce dernier²⁵.

Tout récemment, la jurisprudence a fondé, sur ce caractère propre du droit, l'inopposabilité d'une clause du contrat d'assurance prévoyant l'affectation de l'indemnité d'assurance à la remise en état des biens²⁶. Elle consacre ainsi le droit de la victime à disposer librement de l'indemnité d'assurance. Dans un domaine comme celui de la construction cela ne fait qu'augmenter les différences de traitement du fait de l'existence d'une sous-traitance.

²² C. assur., art. L. 124-3, al. 2.

²³ Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, n° 97-22.582, *Bull. civ. I*, n° 274 ; *RCA* 2001, 29, obs. H. Groutel ; *JCP G* 2001, I, 113, note J. Bigot.

²⁴ Pour l'opposabilité d'une exclusion conventionnelle : Cass. 3^e civ., 13 juill. 2017, n° 16-17.229.

²⁵ Cass. 1^{re} civ., 9 avril 2002, n° 99-13.845, *Bull. civ. I*, n° 112.

²⁶ Cass. 2^e civ., 29 juin 2017, n° 16-19511, *LEDA* 2017, n° 110s3 et les obs.