



HAL
open science

Limiter la sous-traitance dans les marchés publics des personnes privées soumises à l'ordonnance du 23 juillet 2015

Benoît Schmaltz

► To cite this version:

Benoît Schmaltz. Limiter la sous-traitance dans les marchés publics des personnes privées soumises à l'ordonnance du 23 juillet 2015. Actualité juridique Droit administratif, 2016, pp.1669. <hal-04259344>

HAL Id: hal-04259344

<https://hal.science/hal-04259344v1>

Submitted on 26 Oct 2023

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.



HAL Authorization

CONTRAT

Limiter la sous-traitance dans les marchés publics des personnes privées

PAR **BENOÎT SCHMALTZ**

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

L'ESSENTIEL

L'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015 a pour conséquence d'appliquer aux personnes privées concluant des marchés publics les dispositions relatives à la sous-traitance autrefois réservées aux personnes soumises au code des marchés publics. L'effet de cette unification sur les contrats de droit privé des personnes privées jusqu'à présent soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 est cependant limité. Les facultés offertes par le droit privé qui régit d'abord ces contrats ne sont que peu affectées par le droit de la commande publique qui, d'ailleurs, invite lui-même à encadrer le recours à la sous-traitance dans l'exécution des marchés publics.

En attendant un éventuel code afférent, la commande publique a déjà trouvé une certaine unité avec la parution de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Cette dernière se substitue en effet notamment au code des marchés publics issu du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 et à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Prise pour la transposition des directives parues début 2014 dont, notamment, les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE relatives aux marchés publics et aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, la nouvelle ordonnance reprend les évolutions concernant la sous-traitance.

Il s'agit des articles 63 et 71 de la directive 2014/24 et des articles 79 et 88 de la directive 2014/25. Les articles 63.2 et 79.2 des deux directives autorisent notamment les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices à « exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ». Cette faculté est transposée par le I de l'article 62 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. D'autres avancées sont cependant à relever quant à la possibilité de limiter la sous-traitance dans les marchés publics, terme qui recouvre désormais les marchés des personnes publiques et privées soumises à l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Pour cette étude, il ne sera question que des marchés ayant le caractère de contrats de droit privé et relevant à ce titre du juge judiciaire. Ces marchés sont peu étudiés

par la doctrine privatiste comme publiciste. L'étude des possibilités offertes aux personnes privées soumises à l'ordonnance du 23 juillet 2015 pour limiter la sous-traitance ouvre cependant d'intéressantes perspectives. Le régime applicable à la sous-traitance dans ces marchés résulte de leur double qualification de contrats de droit privé et de contrats de la commande publique. La première qualification permet de réexaminer l'articulation entre le droit commun des contrats de droit privé et la loi du 31 décembre 1975. La seconde qualification conduit à confronter ce droit privé des contrats au droit de la commande publique, particulièrement les principes de libre accès, d'égalité de traitement et de transparence.

De ce que ces marchés publics sont des contrats de droit privé, il résulte que les règles de l'ordonnance et de son décret d'application (décr. n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics) doivent être conçues comme des dérogations apportées au droit privé régissant ces contrats, des règles exorbitantes de ce qui reste effectivement pour elles le droit commun. De ce que ces marchés publics sont des contrats de la commande publique il en résulte un régime partiellement dérogatoire. Sur ce point, trois régimes de sous-traitance étaient jusqu'à présent applicables selon que le marché public était soumis au code, soumis à l'ordonnance de 2005 et relevant du juge administratif, ou soumis à l'ordonnance de 2005 et relevant du juge judiciaire. Il y a ici une importante simplification qui est opérée puisque l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 unifient les dispositions traitant de la sous-traitance.

Ce dernier texte étend notamment aux marchés publics présentant le caractère de contrats de droit privé les dispositions de la première partie du code autrefois inapplicables, sauf volonté contraire, aux marchés des personnes soumises à l'ordonnance de 2005 (C. marchés, art. 112 à 117; décr. n° 2016-360, art. 133 à 137).

Parce qu'il s'agit bien d'un droit privé « déformé » par la commande publique, on examinera successivement les larges possibilités de limiter la sous-traitance offertes par le droit privé des contrats puis les effets limités du droit de la commande publique sur ces possibilités, qu'il confirme plus qu'il ne restreint.

I - LES LARGES POSSIBILITÉS DE LIMITER LA SOUS-TRAITANCE OFFERTES PAR LE DROIT PRIVÉ

La sous-traitance correspond à deux réalités juridiques distinctes: la sous-traitance au sens de la loi du 31 décembre 1975 et la sous-traitance exclue de son champ d'application, partant soumise au seul droit commun. Dans les deux cas, ce droit commun des contrats de droit privé joue cependant un rôle essentiel tant la loi de 1975 est parcellaire et n'y déroge que marginalement. Par ailleurs, la sous-traitance ne comporte aucun droit à sous-traiter pour l'entrepreneur principal, et il en résulte de très larges possibilités de la limiter, soit directement par des clauses en ce sens soit indirectement par une politique de refus des sous-traitants.

A. Le rôle essentiel du droit commun pour régir la sous-traitance

Si l'on envisage la sous-traitance d'une manière générale, en faisant abstraction dans un premier temps de la loi du 31 décembre 1975, elle naît avec un sous-contrat par lequel l'une des parties fait exécuter par un tiers, sous sa responsabilité, tout ou partie des obligations qu'elle a consenties avec un premier contrat dit « principal ». La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ne régit qu'une partie de ces situations de sous-traitance. En effet, son champ d'application est

circonscrit par l'article 1^{er} qui définit la sous-traitance « au sens de la présente loi » 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 public conclu avec le maître de l'ouvrage ». La sous-traitance au sens de la loi de 1975 suppose donc la conclusion de deux contrats d'entreprise, le contrat principal et le sous-contrat.

Dès lors, celui qui conclut un sous-contrat pour l'exécution d'un contrat principal n'étant pas un contrat d'entreprise ou dont le sous-contrat ne présente pas lui-même cette nature ne bénéficiera pas des garanties offertes par la loi de 1975. Cela ne rend pas le sous-contrat illicite, et il correspond bien à un cas de sous-traitance au sens large (les art. 63 et 71 des directives précitées illustrent cette acception large puisqu'ils définissent la sous-traitance comme l'exécution pour le compte de l'attributaire du marché qu'il s'agisse de services, fournitures ou travaux). Mais il ne s'agit pas d'une sous-traitance au sens de la loi de 1975, situation qu'il faut donc distinguer de la sous-traitance soumise intégralement au droit commun des contrats de droit privé.

Le critère pour les distinguer est la qualification de contrat d'entreprise qui doit s'appliquer au contrat principal et au sous-traité. L'article 1710 du code civil définit le contrat d'entreprise, dit « de louage d'ouvrage », comme « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Le contrat d'entreprise suppose une obligation de faire, autrement dit de fournir à l'autre une prestation impliquant la mise en œuvre de son industrie, de son talent, et cela en toute autonomie. La qualification de contrat d'entreprise suppose, en effet, d'accomplir de manière indépendante un travail au profit d'une autre personne, sans la représenter (Civ. 1^{re}, 19 févr. 1968, Bull. civ. I, n° 69). Le travail dont il est question ne doit pas se borner à livrer une chose ou à la mettre à disposition.

S'il en résulte que sont nécessairement exclus, notamment, les contrats de travail, de vente et de louage de chose, les cas de figure sont cependant innombrables, allant de l'horloger à qui l'on confie sa montre pour être réparée au géant des travaux publics à qui l'on confie la construction d'une centrale nucléaire. Dans les marchés publics, la classification tripartite des contrats de travaux, de fournitures ou de services conduit à s'interroger sur ceux de ces marchés qui doivent être qualifiés de contrats d'entreprise.

L'ordonnance y répond en partie en visant à son article 62 « 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 ». Cette approche concorde avec la jurisprudence du juge judiciaire qui admet la qualification de contrat d'entreprise et donc l'application de la loi du 31 décembre 1975 aux contrats de vente lorsque la chose a été spécia-

La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ne régit qu'une partie des situations de sous-traitance



Le principe cardinal qui doit rester à l'esprit est la liberté contractuelle

2 ou 3 lignes maximum

lement conçue pour les besoins de l'acheteur, ce qui implique un travail de conception, soit en raison de prestations allant au-delà de la seule livraison de la chose (v., not., J.-P. Karila, J.-Cl. Constr., fasc. 206, Sous-traitance, nos 43 et s.; sur l'idée qu'il y aurait divergence entre la définition de la loi de 1975 et du droit des marchés publics, W. Salamand, Sous-traitance, plus qu'une transposition, une petite révolution, Le Moniteur - Contrats publics oct. 2015, n° 158, p. 75).

En résumé, la sous-traitance est régie d'abord et avant tout par le droit commun des contrats de droit privé et, si l'on est en présence de deux ou plusieurs contrats d'entreprise successifs, rectifié par les dispositions de la loi du 31 décembre 1975. En termes de marchés au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2005, sont soumis à la loi de 1975 les marchés publics présentant le caractère d'un contrat d'entreprise, à savoir les marchés de travaux, les marchés de service et certains marchés de fourniture. Les autres marchés de fourniture ne sont pas soumis à la loi et la « sous-traitance » s'y réalise, le cas échéant, dans le cadre du seul droit

commun. Il en va de même des sous-contrats qui, dans le cadre de l'exécution d'un marché de travaux ou de service, ne sont pas des contrats d'entreprise mais des contrats de fourniture purs et simples, destinés par exemple à acheter des matériaux ou à louer des engins.

Il faut cependant souligner que, soumis ou non au régime spécifique de la loi de 1975, la sous-traitance n'en demeure pas moins toujours régie par le droit commun des contrats car cette loi n'y déroge que sur des points tout à fait particuliers. En effet, cette loi ne constitue pas un statut juridique complet applicable à la sous-traitance dans les contrats d'entreprise. De ce fait, si le droit positif offre des possibilités de limiter la sous-traitance dans le cadre de la loi de 1975 qui est une loi de protection, alors ces possibilités s'offriront *a fortiori* dans le cadre du droit commun. Si ces possibilités sont larges, c'est notamment en raison du fait que la loi ne garantit absolument pas le droit pour le titulaire du contrat de recourir à la sous-traitance.

B. L'absence de droit à la sous-traitance et ses conséquences : licéité des clauses et des décisions prohibitives ou limitatives

Un principe garantissant au titulaire d'un contrat d'entreprise le droit de recourir à la sous-traitance pourrait interdire à son cocontractant de lui en faire défense ou de lui imposer des limites. Or, un tel principe n'existe pas. La loi du 31 décembre 1975 ne consacre aucunement la faculté de sous-traiter comme un droit du titulaire du marché. Puisqu'elle régit la sous-traitance, elle suppose évidemment que ce titulaire dispose de cette faculté, mais de là à conclure qu'il a un véritable droit de le faire, il y a un pas qu'il convient de ne pas franchir. A aucun moment le titulaire du contrat d'entreprise ne bénéficie d'une formule du type « a le droit de sous-traiter » ou « sous-traite librement » et encore moins d'une

formule qui entendrait interdire les restrictions à cette faculté, réputant par exemple non écrites les clauses prohibitives ou restrictives. Il n'y a pas même la formule de l'article 112 du code des marchés publics aujourd'hui reprise à l'article 62 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et à l'article 133 du décret du 25 mars 2016 sur le fait que le titulaire « peut » sous-traiter. Il faut donc bien rejoindre Alain Bénabent qui affirme que, « en droit privé, le recours à la sous-traitance ne constitue pas un droit acquis pour l'entrepreneur principal » (Daloz Action - Droit de la construction, dossier 511 Sous-traitance [droit privé]: formation, n° 511.20).

Le principe cardinal qui doit rester à l'esprit pour comprendre de quoi il retourne est la liberté contractuelle. Cette liberté autorise à conclure toutes les conventions qui ont pour objet une chose dans le commerce et qui reposent sur des causes licites, conformes aux lois et règlements, aux bonnes mœurs et à l'ordre public ainsi qu'en dispose, jusqu'au 1^{er} octobre, l'article 1133 du code civil. L'autonomie de la volonté, à l'œuvre pour la formation du contrat, le sera également pour son exécution et chaque partie est libre d'exécuter les obligations qu'elle a consenties de la manière qui lui plaira. Sous les mêmes réserves, elle pourra conclure des contrats en ce but. Certes, l'article 1237 du code civil dispose que « l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ». Mais si cela fonde la possibilité pour le créancier de s'opposer à l'exécution par un tiers d'une obligation de faire dont il a intérêt à ce qu'elle soit remplie par son cocontractant, cela illustre également que le principe est la liberté de ce dernier de s'exécuter comme il l'entend. De là résulte la liberté du titulaire d'un contrat d'entreprise de recourir à la sous-traitance.

Cette liberté, le titulaire peut cependant y renoncer volontairement par l'effet de clauses insérées dans un contrat. En effet, les cocontractants fixent librement, dans le contrat, les règles qui régiront l'exécution de leurs obligations respectives. Ainsi le maître d'ouvrage peut-il accepter des modalités particulières de règlement qui détaillent l'exécution de son obligation de payer le prix. De même l'entrepreneur peut-il accepter des clauses qui détaillent l'exécution de son obligation de faire. Ce sont ces clauses qui peuvent permettre de limiter le recours à la sous-traitance. Ce sont ces clauses qui vont concrétiser, mieux que toute interprétation qui pourrait être faite sans elles, le degré d'*intuitu personae* que les parties ont entendu associer au contrat qu'elles ont conclu. Ainsi, dans les exemples précités, il se peut que, s'agissant d'une montre à gousset datant de 1898 et reçue en héritage, celui qui la remet à un horloger prestigieux formule l'exigence que la montre soit réparée personnellement par lui. Il se peut de même que l'entreprise qui commande à une société renommée du bâtiment son nouveau siège social exprime l'intérêt ou même l'envie que le savoir-faire de haute qualité de son cocontractant soit seul à l'œuvre, à tout le moins pour certains éléments particulièrement importants à ses yeux.

La loi du 31 décembre 1975 n'impose guère de limite à la faculté de régir par des clauses prohibitives ou limitatives le recours à la sous-traitance. Hors l'illicéité du contenu d'un contrat, pari est pris que la liberté des cocontractants se chargera de prévenir les abus par un mé-

canisme élémentaire : personne n'ira conclure un contrat dont l'exécution est régie par des clauses tellement restrictives qu'elle en devient trop chère ou trop difficile sinon impossible, ou tout simplement démesurément pénible. Bien sûr, cette logique faillit lorsque le cocontractant est une partie si faible qu'elle finit par consentir à des exigences exagérément contraires à son intérêt. C'est alors que la liberté qui opprime appelle la loi qui libère.

Et c'est pourquoi la loi du 31 décembre 1975 limite la liberté contractuelle des cocontractants impliqués dans les contrats d'entreprise successifs en leur interdisant de faire échec aux garanties qu'elle offre. Cela dans le but, notamment, de protéger le sous-traitant contre lui-même. En effet, sont réputées non écrites la clause de renonciation au paiement direct (art. 7) ou celle à l'action directe (art. 12). De même, la loi dispose en son article 15 que « sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi ». Cette disposition renforce les deux mécanismes précédents, et s'applique utilement aux garanties que l'article 3 offre aux maîtres d'ouvrage à savoir l'acceptation des sous-traitants et l'agrément de leur condition de paiement sans lesquels le paiement direct et l'action directe ne peuvent être mis en œuvre. On peut, en réalité, l'appliquer à toute disposition de loi qui établit positivement une obligation quelconque. Or, à aucun moment la loi ne garantit au titulaire d'un contrat d'entreprise que sa liberté contractuelle de sous-traiter ne pourra pas être réduite par une clause du contrat. Au contraire, la loi l'admet puisqu'elle prévoit qu'un contrat d'entreprise pourra être totalement ou partiellement sous-traité. Rien ne permet de considérer que l'alternative relève de la seule volonté du titulaire.

A l'appui de l'idée que la loi garantit au titulaire d'un contrat d'entreprise le droit de sous-traiter, on invoque parfois les décisions par lesquelles le juge judiciaire a qualifié la loi de 1975 de loi de police dans le cadre du droit international privé. Or, la Cour de cassation a formulé les choses ainsi : « la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du code civil et des articles 3 et 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980 » (Civ. 3^e, 30 janv. 2008, n° 06-14.641, *Diw Instandhaltung GMBH*, D. 2008. 478, obs. X. Delpech, et 2560, obs. L. d'Avout et S. Bollée; RDI 2008. 272, obs. H. Périnet-Marquet). L'incise pourrait signifier que les dispositions ne protégeant pas le sous-traitant ne sont pas d'ordre public, ce qui serait conforme à l'objet de la loi qui était de protéger le sous-traitant contre le titulaire défaillant.

Il n'existe pas de droit à la sous-traitance dont bénéficierait le titulaire d'un contrat d'entreprise. Si ce dernier est parfaitement libre de ne pas conclure un contrat dont les clauses seraient par trop restrictives quant aux possibilités de recourir à la sous-traitance, ces clauses ne sont en rien illicites pour autant. Elles peuvent donc être librement introduites dans un contrat d'entreprise et interdire totalement ou partiellement la sous-traitance. Ainsi que le relève Jean-Pierre Karila, « les clauses d'interdiction ou de restriction du droit ou de la faculté de sous-traiter sont de fait usuelles » (J.-P. Karila, préc., n° 11). Dès lors qu'elle en sanctionne la violation (Com. 4 mars

2008, n° 07-11.790, D. 2008. 844, obs. X. Delpech; et 2009. 972, obs. H. Kenfack; RTD civ. 2008. 490, obs. P. Jourdain; RTD com. 2008. 845, obs. B. Bouloc), la Cour de cassation en reconnaît nécessairement la conformité à l'ordre public et, partant, la licéité dans le cadre du droit commun des contrats. On peut donc imaginer des clauses qui interdisent absolument la sous-traitance, des clauses qui en limitent la possibilité par un critère purement quantitatif lié au montant prévu par le contrat d'entreprise, ou par un critère qualitatif lié à l'identification de certaines prestations nécessaires à l'exécution du marché. On admettra de même comme licites les clauses qui distinguent entre la sous-traitance de capacité (même activité que le titulaire en raison d'un manque de moyens de celui-ci) et la sous-traitance d'aptitude (pour réaliser une prestation que le titulaire ne peut pas ou pas aussi bien effectuer). De même doivent être considérées comme licites les clauses qui restreignent la sous-traitance en chaîne en la limitant au premier ou au second rang seulement, par exemple.

Ces clauses ne sont d'ailleurs pas les seuls procédés par lesquels la sous-traitance peut être limitée. En effet, il faut leur ajouter la possibilité implicitement offerte par la loi du 31 décembre 1975 de refuser le sous-traitant et de ne pas en agréer les conditions de paiement. La Cour de cassation a clairement affirmé que le droit de refuser le sous-traitant est un droit discrétionnaire limité seulement par l'abus de droit (Civ. 3^e, 2 févr. 2005, n°s 03-15-409 et 03-15.482). Celui qui conclut un contrat d'entreprise peut donc refuser les sous-traitants que son cocontractant lui soumet quand bien même il n'aurait pas prévu une telle restriction au moment de la conclusion du contrat. Bien sûr, l'exécution de bonne foi des conventions et l'abus de droit rendront plus fragiles ces refus par rapport à des clauses, mais l'encadrement semble cependant assez limité et les possibilités de limitation de la sous-traitance assez larges, y compris par ce moyen indirect.

Dans le cadre de leurs marchés, les personnes privées soumises à l'ordonnance du 23 juillet 2015 peuvent donc insérer des clauses prohibitives ou restrictives de la sous-traitance ou adopter une politique de refus des sous-traitants en fonction des critères qu'elles auront définis, sous la seule réserve de l'abus de droit qui suppose l'intention frauduleuse ou malveillante et de l'exécution de bonne foi du contrat d'entreprise. A moins, bien sûr, que le droit de la commande publique ne limite leur liberté contractuelle et les possibilités ainsi identifiées.

II - LES EFFETS LIMITÉS DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE SUR LES POSSIBILITÉS D'ENCADRER LA SOUS-TRAITANCE DANS LES CONTRATS PRIVÉS

2 ou 3 lignes maximum

Considérée comme un moyen d'accéder à la commande publique, la sous-traitance est dans une certaine





mesure protégée par le droit de la commande publique qui garantit le libre et égal accès aux contrats qui en relèvent. Considérée à l'inverse comme un risque, tant pour l'efficacité de la commande publique que pour la concurrence à raison des ententes qu'elle peut susciter, la sous-traitance fait l'objet d'une suspicion qu'illustrent de nombreuses restrictions qui, *in fine*, confirment et approfondissent les possibilités examinées précédemment.

2 ou 3 lignes maximum

A. Le libre et égal accès à la commande publique : une garantie de faible portée pour la sous-traitance

Si le droit privé ne garantit aucunement au titulaire d'un contrat d'entreprise qu'il pourra recourir à la sous-traitance, on pourrait rechercher dans le droit de la commande publique des principes ou des règles qui auraient cette conséquence.

On peut préciser, préalablement, que la sous-traitance est protégée par l'application des règles générales du droit de la concurrence. En effet, si la sous-traitance n'est pas en soi anticoncurrentielle, elle peut le devenir « si elle s'accompagne d'agissements destinés à tromper l'acheteur public sur la réalité de la concurrence entre les entreprises ou sur l'identité de son cocontractant » (F. Linditch, J.-Cl. Contrats Marchés publ., fasc. 36 : Ententes et marchés publics, n° 25 ; Cons. conc. 12 déc. 1989, n° 89-D-42, *Équipement électrique*, BOCC 3 janv. 1990, p. 3 ; Cons. conc. 31 mai 2005, n° 05-D-24, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics d'aménagement routier dans le département de la Somme*, BOCC 14 mars 2006, n° 4). Dès lors que les restrictions apportées à la sous-traitance constituent une pratique anticoncurrentielle, notamment si elles révèlent une entente, elles seront illicites.

On peut évoquer la situation où un acheteur qui s'est déjà entendu avec une ou plusieurs entreprises va inscrire au règlement de consultations des clauses techniques dans le seul but de fermer l'accès au marché des concurrents extérieurs à l'entente (Cons. conc. 18 nov. 1992, n° 92-D-62, *Société Biwater*, BOCC 15 janv. 1993, p. 15 ; CA Paris, 7 mai 1997, BOCC 11 juin 1997, p. 413). Appliqué à la sous-traitance, ce cas de figure signifie qu'il est interdit de restreindre la sous-traitance dans le seul but de favoriser une candidature qui, de manière générale ou pour une prestation particulière, pourrait se passer de sous-traitant contrairement à d'autres candidats. Mais c'est cependant le mobile anticoncurrentiel qui rend la pratique illicite. Cela ne signifie pas que la restriction sera systématiquement illicite, bien au contraire.

On peut évoquer la situation où un acheteur qui s'est déjà entendu avec une ou plusieurs entreprises va inscrire au règlement de consultations des clauses techniques dans le seul but de fermer l'accès au marché des concurrents extérieurs à l'entente (Cons. conc. 18 nov. 1992, n° 92-D-62, *Société Biwater*, BOCC 15 janv. 1993, p. 15 ; CA Paris, 7 mai 1997, BOCC 11 juin 1997, p. 413). Appliqué à la sous-traitance, ce cas de figure signifie qu'il est interdit de restreindre la sous-traitance dans le seul but de favoriser une candidature qui, de manière générale ou pour une prestation particulière, pourrait se passer de sous-traitant contrairement à d'autres candidats. Mais c'est cependant le mobile anticoncurrentiel qui rend la pratique illicite. Cela ne signifie pas que la restriction sera systématiquement illicite, bien au contraire.

Quant aux règles du droit des marchés publics, l'article 62 de l'ordonnance et les articles 133 à 137 du décret, pas plus que les articles de l'ancien code dont ils étendent ainsi l'application, ne sont que de peu de secours. Leur fonction est essentiellement d'adapter les modalités d'application de la loi du 31 décembre 1975 à laquelle

les dispositions réglementaires ne sauraient déroger. Un doute existait d'ailleurs sur la légalité de l'article 112 qui interdisait au titulaire de sous-traiter totalement un marché public, jusqu'à ce que la loi MURCEF vienne corriger la chose en précisant l'article 1^{er} de la loi de 1975 (art. 6 1^o, L. n° 2001-1168 du 11 déc. 2001). L'interdiction de sous-traiter totalement un marché public est donc de valeur législative. Il faut sans hésiter y voir une de ces dispositions qui sont d'ordre public et protégées contre les clauses contraires par l'article 15 de la loi. Elle est une limite à la sous-traitance qui s'impose à l'acheteur et au titulaire.

Il faut bien y voir une évolution du régime de la sous-traitance dans les marchés publics des personnes privées, mais dans le sens d'une restriction. Ces dernières n'étaient pas concernées par la modification de 2001 qui ne visait que les personnes soumises au code, nécessairement des personnes morales de droit public. On peut sans doute considérer que, désormais, le titulaire ne peut donc sous-traiter intégralement un marché public, y compris de droit privé. Toute autre est la question de la portée qu'il convient de donner à la disposition selon laquelle le titulaire « peut » sous-traiter. Le droit de la commande publique consacrerait ainsi la faculté de sous-traiter et interdirait par conséquent d'y porter atteinte. L'interprétation semble non seulement constructive, mais également sujette à caution (v., cependant, Rép. min. n° 101807, JOAN Q 5 juill. 2011, p. 7314 ; Contrats Marchés publ. 2011. Comm. 339 ; H. Pielberg, préc., fasc. 651, n° 1).

Si l'article 62 de l'ordonnance élève au niveau législatif la disposition du code précitée, les autres articles du code sont repris pratiquement à l'identique par les articles afférents du décret relatif aux marchés publics. En dehors des éléments qui reprennent les évolutions opérées par l'ordonnance en transposition des directives, leurs dispositions conservent le statut de simples précisions dans les modalités d'application de la loi du 31 décembre 1975 à laquelle renvoie l'article 62 de l'ordonnance. Or, ces évolutions ne comportent que des limites à la sous-traitance et ne permettent donc évidemment pas d'identifier une protection de celle-ci. On rejettera *a fortiori* l'idée qu'il y aurait ici une dérogation au droit commun destinée à garantir le droit de sous-traiter dans le cadre des marchés publics.

C'est donc vers les principes du droit de la commande publique qu'il faut se tourner. La liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats peuvent être interprétées en considération de la sous-traitance dans les marchés publics prenant la forme de contrats de droit privé conclus par des personnes privées. Ces principes signifient que le respect des conditions fixées doit garantir la possibilité d'être candidat et que cette candidature sera examinée sans discrimination vis-à-vis des autres candidats. La question qui se pose est donc de savoir dans quelle mesure des clauses prohibitives ou limitatives de la sous-traitance peuvent porter une atteinte à ces principes au point d'en induire l'illicéité.

On doit relever, tout d'abord, que la sous-traitance est admise comme élément à prendre en compte pour l'attribution des marchés publics. En accordant aux acheteurs la faculté de demander aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils entendent sous-traiter (art. 71.2 de la dir. 2014/24 et 88.2

La sous-traitance est protégée par l'application des règles générales du droit de la concurrence

de la dir. 2014/25), on pourrait y voir un critère pertinent de sélection des offres. Transposée à l'article 57 du décret qui ajoute une précision concernant les petites et les moyennes entreprises (PME), cette disposition devient plutôt une garantie pour les PME d'accéder aux marchés via la sous-traitance. Il est vrai que la sous-traitance peut être favorable au marché concurrentiel dans la mesure où elle facilite la pluralité des candidatures. Limiter la sous-traitance revient nécessairement à limiter les candidatures potentielles car il faudra que les entreprises candidates soit aient les capacités de répondre aux besoins sans recourir à la sous-traitance ou dans la limite fixée soit puissent former un groupement d'entreprises.

On doit, à cet égard, évoquer la cotraitance qui consiste à répondre aux besoins de l'acheteur par l'intervention de plusieurs entreprises, mais qui seront toutes cocontractantes immédiates de celui-ci, contrairement à la sous-traitance. Interdire la sous-traitance n'interdit pas la cotraitance et l'atteinte à la concurrence n'est donc que relative puisque les candidatures supposant la synergie d'entreprises multiples sont seulement rendues plus difficiles mais non impossibles. Les directives ne traitent d'ailleurs pas de la même manière la division en lots et le recours à la sous-traitance. Aux considérants 78 de la directive 2014/24 et 87 de la directive 2014/25, la première est longuement développée dans le but de favoriser l'accès des PME aux marchés publics tandis que la sous-traitance n'est traitée que par l'expression suivante: « dans le même but, les Etats membres devraient également être libres de prévoir des mécanismes de paiement directs aux sous-traitants ». Ainsi, c'est la protection du sous-traitant qui est favorable aux PME, tandis que c'est l'allotissement qui favorise l'accès des PME aux marchés publics. Seule une interprétation aussi audacieuse qu'incertaine permettrait d'ériger la sous-traitance en facteur de concurrence jugé favorablement par le droit de l'Union européenne.

La détermination des lots, en outre, est largement laissée à l'appréciation de l'acheteur. On peut transposer la logique à la sous-traitance et considérer qu'un acheteur privé est libre, sauf mobile lié à une entente, de déterminer ce qui doit être exécuté par une entreprise déterminée parmi celles qui seront ses cocontractants directs, et ce qui peut faire l'objet d'une exécution indirecte, par un contrat de sous-traitance. Ainsi, de même qu'ils « déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots », les acheteurs publics de droit privé détermineront assez librement les possibilités de sous-traitance ou plus généralement de sous-exécution dans leurs marchés.

De la même manière, l'article 32 relatif à l'allotissement prévoit que « les acheteurs peuvent toutefois décider de ne pas allouer un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations ». On peut là encore transposer la logique à la sous-traitance et considérer qu'un acheteur doit pouvoir restreindre la faculté de sous-traiter en fonction de ses moyens de contrôler la bonne exécution du marché. De même, si la sous-traitance conduit à favoriser les ententes entre entreprises, il y a lieu de limiter la sous-traitance non seulement sans porter atteinte aux principes

de la commande publique mais en s'y conformant tout à fait pleinement.

Si le libre et égal accès à la commande publique est une garantie de faible portée pour la sous-traitance, il faut aussi constater que le droit des marchés publics témoigne d'une volonté d'empêcher que la sous-traitance ne soit un moyen d'en contourner les règles et de porter atteinte à la concurrence. Loin d'en garantir la faculté d'y avoir recours, le droit des marchés publics en encadre lui-même la possibilité et invite dès lors, peut-être, à se saisir pleinement des possibilités examinées dans la première partie de cette étude.

B. L'encadrement du recours à la sous-traitance par le droit de la commande publique: une invitation à la limiter ?

2 ou 3 lignes maximum

Dans son état résultant de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application, le droit des marchés publics limite à plusieurs reprises les possibilités de recourir à la sous-traitance, soit de manière générale soit à l'égard d'un sous-traitant en particulier. Les directives font état de ce que c'est bien l'acheteur public qui mérite une protection contre les risques associés au phénomène de la sous-traitance, bien plus que le titulaire du marché qui entend y recourir. Si les sous-traitants méritent protection, ils doivent aussi respecter les « obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail » tandis qu'il est « également nécessaire d'assurer une certaine transparence dans la chaîne de sous-traitance », et ce « car les [acheteurs] disposeront ainsi d'informations » (consid. 105 et 110 des dir. 2014/24 et 2014/25).

C'est encore une limite à la sous-traitance qui résulte de l'idée que « l'existence de motifs d'exclusion obligatoire » doit entraîner l'obligation pour le titulaire de remplacer le sous-traitant concerné (consid. 107 et 112 des dir. 2014/24 et 2014/25). Le II de l'article 50 de l'ordonnance n° 2015-899 dispose à cet effet que « les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent être acceptées en tant que sous-traitant ». On peut considérer que cela vaut nécessairement pour les motifs généraux et obligatoires d'exclusion de l'article 45 et peut valoir pour un motif facultatif de l'article 48. L'article 50 prévoit également le rejet du sous-traitant au moment de la passation en permettant à l'acheteur d'exiger « son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix 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 procédure ». Il est précisé pour l'application de cette disposition, à l'article 134 du décret relatif aux marchés publics, que le titulaire devra apporter « une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction de soumissionner ». La logique est similaire dans l'application aux sous-trai-

Les acheteurs publics de droit privé détermineront assez librement les possibilités de sous-traitance



La sous-traitance peut favoriser le contournement de certaines contraintes

tants du régime des offres anormalement basses que transpose le II de l'article 62 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Ces limites témoignent de ce que la sous-traitance peut favoriser le contournement de certaines contraintes et doit être appréhendée de manière à organiser un contrôle effectif des conditions dans lesquelles il y sera fait recours. C'est cependant la limite directe de ce recours à la sous-traitance par la volonté de l'acheteur qui constitue la confirmation la plus emblématique de la légitimité des restrictions apportées à la sous-traitance.

Amorcée par la jurisprudence de la Cour qui avait admis la possibilité de préserver certaines tâches essentielles de la sous-traitance (CJCE 18 mars 2004, aff. C-314/01, *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner et Hauptverband des österreichischen Sozialversicherungsträger*, Ph. Delelis, La sous-traitance de parties essentielles du marché peut être interdite, *Contrats Marchés publ.* mai 2004, Comm. 85), ce sont les articles 63.2 et 79.3 des directives 2014/24 et 2014/25 qui ont définitivement introduit la possibilité pour les acheteurs d'exiger « que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ».

C'est ce que transpose le I de l'article 62 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. La question repose évidemment entièrement dans le contenu qu'il sera possible de donner à l'expression « tâches essentielles ». Surtout, la question se pose de savoir si le juge effectuera un contrôle de cette interprétation et, le cas échéant, à quel degré d'exigence.

Si la définition des tâches essentielles d'un contrat est laissée à l'entière discrétion de l'acheteur, on peut considérer que la sous-traitance peut être purement et simplement interdite. Il en va d'ailleurs nécessairement ainsi dans l'hypothèse qui n'a rien de rare où le marché en cause ne comporte qu'une seule tâche indivisible à exécuter. Si, en revanche, le juge se livre au contrôle de la détermination des tâches essentielles, la question sera de savoir quelle en sera l'étendue.

On peut ici effectuer une analogie avec le contrôle effectué par le juge administratif des référés sur la définition des besoins auxquels le marché doit répondre et qui est un contrôle restreint (CE 2 oct. 2013, n° 368846, *Département de l'Oise*, Lebon; AJDA 2013. 1946; AJCT 2014. 113, obs. S. Hul; BJCP 2014. 43, concl. B. Dacosta). En revanche, le juge procède à un contrôle normal des prescriptions techniques liées à ces besoins (CE 2 oct. 2013, n° 368900, *Département de Lot-et-Garonne*, Lebon; AJDA 2013. 1947; D. 2014. 340, note P. Egéa et G. Kalfèche; AJCT 2014. 114, obs. S. Hul; Gaz. Pal. 2013. 17, note B. Seiller). Selon que la détermination des tâches essentielles sera appréciée comme se rapprochant plus de la première ou de la seconde hypothèse, le contrôle du juge administratif sera donc restreint ou normal sur ce point. La question est donc ouverte, d'autant que pour les marchés de droit privé envisagés dans cette étude, c'est le juge judiciaire qui devra déterminer son office dans le cadre du contrôle de la latitude laissée aux personnes privées pour déterminer ce qui, selon elles, relève des tâches essentielles dont l'exécution par le titulaire peut être

exigée. La logique de convergence qui s'impose en la matière devrait cependant conduire à une attitude similaire dans les deux ordres juridictionnels (F. Dieu, *Les juges de cassation et les référés de la commande publique: aspects d'une convergence*, *Contrats Marchés publ. avr.* 2014. Etude 3).

On peut, à cet égard, rappeler que le juge judiciaire n'est pas un novice en matière de contrôle des règles de publicité et de mise en concurrence des marchés de droit privé (M. Ubaud-Bergeron, *Le juge judiciaire et la « commande publique »*, RFDA 2013. 531). Ses pouvoirs ont été renforcés (ord. n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique) et il disposera des moyens de faire respecter l'ordonnance et le décret relatif aux marchés publics comme il en était déjà de l'ordonnance du 6 juin 2005. Certes, ainsi que le relève Marion Ubaud-Bergeron, le contentieux y est moins nourri que pour les contrats administratifs du fait que « les opérateurs économiques sont restés plus sensibles à la nature privée des contrats en cause qu'à leur caractère réglementé » (préc., p. 533).

Lorsque le recours est mis en œuvre, cet auteur constate que le juge judiciaire est tout à fait enclin à interpréter strictement les règles qui forment une obligation précise. En revanche, il fait montre d'une plus grande souplesse en ce qui concerne les principes généraux dans la mesure où « la contradiction apportée à la liberté contractuelle par les règles de la commande publique semble plus difficile à faire admettre » en ce qui concerne des contrats de droit privé (*idem*). Ainsi, notamment, la Cour de cassation n'applique pas les principes fondamentaux de la commande publique sans un fondement textuel à leur application. Il en va ainsi au point que, « en excluant catégoriquement le respect de « règles particulières de la commande publique », la Cour de cassation neutralise *in fine* l'effet des principes fondamentaux, ceux-ci n'étant destinés à produire des effets que par le prisme » des textes (*ibid.*, p. 536). On notera que cette solution est cependant discutable dans la mesure où le droit de la commande publique, outre l'unification textuelle que devrait peut-être compléter une convergence des interprétations, n'échappe pas au phénomène de constitutionnalisation imposant, en toute rigueur, l'application des normes de valeur constitutionnelle à la Cour de cassation (v., en ce sens, Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, AJDA 2003. 1404, note E. Fatôme, 1391, note J.-E. Schoettl, et 2348, étude E. Fatôme et L. Richer; L. Licher, *Constitutions, contrats et commande publique*, *Nouv. Cah. Cons. const.* oct. 2012).

Quant à savoir si le sous-traitant pourra tenter un référé en raison des restrictions qui empêchent d'accéder indirectement au marché public, la solution à l'égard des personnes publiques est que le sous-traitant ne bénéficie du recours de type *Tam-et-Garonne* qu'à la condition que l'offre du candidat évincé dont il avait vocation à être le sous-traitant reposait sur quelque chose qui lui était véritablement propre et spécifique (CE 14 oct. 2015, n° 391183, *Région Réunion*, Lebon; AJDA 2015. 1949; RDI 2015. 583, obs. S. Braconnier; AJCT 2016. 115, obs. S. Hul, où il n'est pas reconnu d'intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine à une société susceptible d'intervenir comme sous-traitante d'un candidat évincé, sauf à ce que l'offre du candidat évincé repose sur la techno-

logie fournie par la société). Le sous-traitant est donc en principe condamné aux méandres du recours en excès de pouvoir contre l'acte détachable suivi des actions tendant à en faire tirer les conséquences par le juge judiciaire du contrat. Dans le cadre d'un contrat privé de la commande publique, il n'existe pas, à ce jour, d'équivalent devant le juge judiciaire du recours en contestation de validité (prévoyant cette évolution cependant, J.-L. Rouchon, B. Ruy et A.-M. Smolinska, *Le contentieux de la commande publique: quelles solutions juridictionnelles pour le candidat évincé?*, *Contrats Marchés publ.* mars 2015. Etude 3). Son ouverture serait en tout état de cause soumise, en principe, à une même limite.

De toutes ces considérations il résulte, sans certitude cependant en l'absence de jurisprudence suffisante, que le juge judiciaire n'aura pas une attitude particulièrement sévère pour apprécier les restrictions apportées à la sous-traitance par les acheteurs soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 mais dont les marchés sont des contrats de droit privé. Les personnes privées concernées gagneront certes à formuler ces restrictions en tenant compte des principes fondamentaux de la commande publique et à motiver notamment leurs refus d'accepter les sous-traitants. Elles invoqueront, par exemple, un risque pour la bonne exécution du marché. On peut en effet se référer, à cet égard, aux motifs admis par le juge administratif dans son contrôle des refus opposés par des personnes publiques, notamment des garanties techniques insuffisantes pour la bonne exécution ou les caractéristiques de la prestation (CE 21 mai 1981, n° 12315, *Roussey*, Lebon 813; RD publ. 1982. 534; v. H. Pielberg, *préc.*, fasc. 651, n° 77). Il y aura là une précaution supplémentaire, utile mais non forcément nécessaire, pour répondre à un contrôle de licéité qui n'a pas encore clairement quitté le strict domaine civiliste de l'abus de droit et de la fraude.

■ Pour conclure, le droit privé offre de larges possibilités aux personnes privées pour limiter la sous-traitance dans leurs contrats d'entreprise. Lorsque ces contrats de droit privé sont par ailleurs des marchés publics régis désormais par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016, ces possibilités sont précisées, parfois encadrées mais, de manière générale, confirmées sinon approfondies. Le droit de la commande

publique n'apporte donc sur ce point que des dérogations mineures au contexte d'une sous-traitance régie globalement par un droit privé dominé par la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté des parties aux contrats concernés.

Ces éléments autorisent à réexaminer le principe d'exécution personnelle des marchés publics. Dans la mesure où l'exécution personnelle peut être exigée pour les tâches essentielles nécessaires à la réalisation du marché, elle n'est vraisemblablement pas le principe. Dans les marchés publics de droit administratif, celui-ci est souvent avancé et la sous-traitance y est conçue comme une dérogation (v., par ex., N. Boulouis, *La sous-traitance des marchés publics, étendue et protection*, concl. sur CE 26 sept. 2007, n° 255993, *Département du Gard, Société d'aménagement et d'équipement du département du Gard*, Lebon; RFDA 2008. 277). Ce principe aurait pour fondement le caractère *intuitu personae* des marchés publics (A. Antoine, *L'intuitu personae* dans les contrats de la commande publique, RFDA 2011. 879). Pourtant, si la sous-traitance ne peut être totale mais peut néanmoins atteindre 90 % d'un marché (E. Pourcel, *préc.*, n° 16) alors le principe d'exécution personnelle semble relativement théorique tant il peut y être dérogé au point de le vider de sa substance.

Peut-être faudrait-il lui substituer un principe qui, lui, demeure parfaitement intangible malgré le degré de sous-traitance d'un marché: le principe de responsabilité personnelle du titulaire pour répondre de l'exécution ou de l'inexécution de ses obligations. Là peut être identifié un principe que l'on pourrait parfaitement qualifier d'ordre public au sens de la loi de 1975 (art. 1^{er}) et auquel aucune clause ne saurait donc déroger. Dans les sous-traitances régies par le seul droit commun, ce principe de responsabilité personnelle du cocontractant pourrait participer de l'ordre public contractuel et la clause de transfert de la responsabilité de l'exécution du contrat au sous-traitant pourrait ainsi être réputée non écrite. Il est en tout cas hors de doute que le commanditaire ne saurait subir un transfert de responsabilité sans y avoir consenti et que c'est là la portée minimale de ce principe de responsabilité du cocontractant dans l'exécution de ses obligations.