

BULLETIN OFFICIEL DES ARMEES



Edition Chronologique

PARTIE PERMANENTE
Administration Centrale

CIRCULAIRE

relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics.

Du 7 octobre 1976

CONTRÔLE GÉNÉRAL DES ARMÉES.

CIRCULAIRE relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics.

Du 7 octobre 1976

Pièce(s) Jointe(s) :

Une annexe.

Modifié par :

1er modificatif du 31 janvier 1983 (BOC, p. 2273).

Erratum du 10 juin 1983 (BOC, p. 2841).

Texte abrogé :

Circulaire du 14 mars 1973 (BOC/SC, p. 541).

Classement dans l'édition méthodique : BOEM 430.1.1.2

Référence de publication : BOC, p. 3635.

LE MINISTRE DÉLÉGUÉ AUPRÈS DU PREMIER MINISTRE CHARGÉ DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES,

à Mesdames et Messieurs les ministres et secrétaires d'État.

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 ⁽¹⁾ relative à la sous-traitance et le décret n° 76-476 du 31 mai 1976 ⁽²⁾ pris pour son application ont apporté des changements substantiels à l'exercice de la sous-traitance dans les marchés publics.

Les objectifs poursuivis par cette réforme tendent à prémunir les sous-traitants, tout à la fois, contre les aléas économiques pouvant affecter leurs donneurs d'ordres, c'est-à-dire les titulaires de marchés, et contre certaines pratiques inévitables que ceux-ci pourraient être tentés de leur imposer.

Pour répondre au premier de ces objectifs, la loi impose le paiement direct par la collectivité publique contractante de la plupart des sous-traitants tout en offrant, sous certaines conditions, à ceux qui ne bénéficient pas d'un tel paiement la possibilité de demander à cette collectivité le règlement de leurs créances en cas de défaillance de leurs donneurs d'ordres.

Par ailleurs, et ceci constitue le second objectif, en vue d'assurer un meilleur équilibre des relations contractuelles des sous-traitants avec leurs donneurs d'ordres, la loi donne à la personne responsable du marché un droit de regard sur certaines stipulations figurant dans les contrats de sous-traitance.

La présente circulaire commente les nouvelles dispositions législatives et réglementaires et précise les modalités qui paraissent de nature à en assurer l'application dans les meilleures conditions.

Elle comporte en annexe des indications relatives à l'enregistrement, dans la comptabilité des titulaires de marchés, des paiements effectués directement par la collectivité publique contractante aux sous-traitants.

PREMIÈRE PARTIE
LES CONDITIONS DE RECOURS À LA SOUS-TRAITANCE. (3)

Le principe antérieur de la liberté du recours à la sous-traitance est confirmé ; les innovations essentielles concernent les conditions d'exercice de la sous-traitance.

A. Principe de la liberté de sous-traiter

Le choix entre l'exécution personnelle par le titulaire de la totalité des prestations prévues dans le marché et le recours à un ou plusieurs sous-traitants relève de l'initiative du titulaire sous la seule réserve qu'il ait obtenu de la personne responsable du marché, dans les conditions indiquées ci-après, l'acceptation de ses sous-traitants et l'agrément des conditions de paiement figurant dans les sous-traités.

S'agissant de la liberté de sous-traiter, la loi n'a apporté aucun changement à la situation antérieure. Elle fournit, en revanche, des précisions quant aux prestations pouvant être sous-traitées.

B. Champ d'application de la sous-traitance

Sous le régime du décret n° 73-329 du 1er janvier 1999 (4), il était admis qu'il y avait sous-traitance dès lors qu'une entreprise exécutait une fraction d'un marché conformément aux spécifications figurant dans celui-ci.

La part sous-traitée pouvait porter sur une fraction de la prestation globale prévue dans le marché. Tel était le cas de l'exécution d'un bâtiment particulier, pour un marché prévoyant la construction d'un ensemble immobilier, de la réalisation d'un certain nombre de kilomètres de voie routière, pour un marché portant sur la construction de routes, ou de l'exécution soit d'une étude particulière, soit d'une partie d'un service dans le cas, respectivement, d'un marché d'études ou de services.

La part sous-traitée pouvait également correspondre à des prestations nécessaires à la réalisation du marché.

Ainsi, dans le domaine des marchés de travaux, l'exécution d'un lot technique particulier, de même que, s'agissant de marchés industriels, la réalisation de pièces intégrées dans la prestation globale ou nécessaires à sa réalisation, pouvait être sous-traitée.

En revanche, les composants disponibles sur catalogue et ne nécessitant pas une adaptation spéciale à la prestation globale étaient considérés comme des fournitures ordinaires ne pouvant donner lieu à sous-traitance. Ainsi en était-il, par exemple, de la fourniture de batteries destinées à équiper indifféremment les véhicules commandés par le secteur public et par des acheteurs privés alors que la fabrication de batteries répondant aux exigences particulières d'un acheteur public pouvait être partiellement sous-traitée.

A l'usage, il est apparu que les critères de distinction rappelés ci-dessus ont, dans la majorité des cas, permis de déterminer les prestations pouvant être sous-traitées. Une incertitude subsistait toutefois à propos de certaines d'entre elles.

L'article 1^{er} de la loi, qui se réfère à la notion civiliste de « contrat d'entreprise », apporte une précision complémentaire de nature à clarifier la situation.

Les contrats d'entreprise, appelés également contrats de louage d'ouvrage ou d'industrie, doivent, en effet, être distingués d'autres contrats, notamment ceux de travail et de vente.

Pour s'en tenir à ces derniers, leur différence essentielle par rapport aux contrats d'entreprise tient au fait qu'ils portent sur la fourniture d'objets qui n'ont pas été fabriqués pour répondre à la demande d'un seul acquéreur et conformément aux spécifications fournies par lui.

Cette différence ne fait cependant pas obstacle à ce que, pour l'exécution d'un contrat d'entreprise, l'entrepreneur, outre son travail, fournisse certaines matières premières. Dans la mesure où ces

fournitures sont d'une valeur inférieure à celles des autres prestations prévues par le contrat d'entreprise, elles n'affectent pas sa qualification juridique.

Au sens de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, seuls les marchés s'analysant comme des contrats d'entreprise peuvent être partiellement sous-traités au moyen de contrats qui doivent eux-mêmes avoir le caractère de contrat d'entreprise.

Il en résulte que les dispositions de la loi ne s'appliquent pas aux marchés de fournitures courantes. En revanche, les marchés industriels, de travaux ou de services peuvent, selon les cas, faire l'objet soit de contrats d'entreprise conclus avec des sous-traitants, soit de contrats de vente conclus avec des fournisseurs.

Si la décision d'exécuter personnellement la totalité du marché ou d'en sous-traiter une partie appartient au seul titulaire, la liberté de sous-traiter n'en est pas moins soumise à certaines conditions.

C. Conditions d'exercice de la sous-traitance

Deux conditions sont posées à l'exercice de la sous-traitance :

- Le titulaire ne peut donner en sous-traitance la totalité de son marché ;
- Les sous-traitants doivent être acceptés par la collectivité publique contractante et les conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance doivent être agréées par elle.

I. La sous-traitance ne peut porter sur la totalité du marché

Le nouvel article 2 du code des marchés publics confirme la faculté antérieurement reconnue au titulaire de sous-traiter « certaines parties de son marché ». *A contrario*, le titulaire est donc tenu d'effectuer une partie des prestations.

Il appartient aux services contractants et aux autorités de contrôle de s'assurer du respect de ce principe. Il convient, notamment, de veiller à ce que soient écartées les entreprises qui, faute de disposer des capacités techniques et financières pour l'exécution d'un marché, envisagent de n'en exécuter qu'une partie symbolique tout en s'assurant une marge bénéficiaire sur les prestations sous-traitées.

II. L'acceptation des sous-traitants et l'agrément des conditions de paiement des contrats de sous-traitance

1. Les buts respectifs de l'acceptation et de l'agrément.

Alors que l'acceptation des sous-traitants est prévue dans l'intérêt de la collectivité publique contractante, l'agrément des conditions de paiement répond à un souci de protection des sous-traitants.

L'acceptation permet à l'acheteur public de connaître le sous-traitant auquel un soumissionnaire ou un titulaire envisage de confier l'exécution d'une partie du marché. Ainsi informée, la collectivité contractante peut, en connaissance de cause, refuser le sous-traitant dont l'intervention serait de nature à nuire à une bonne exécution du marché.

La demande d'acceptation est aussi l'occasion pour la personne responsable du marché d'apprécier si, au regard des critères rappelés ci-dessus, les prestations que le titulaire se propose de faire exécuter par un tiers peuvent effectivement faire l'objet d'un contrat de sous-traitance.

Sous réserve qu'il en soit bien ainsi, il convient de souligner que deux raisons contribuent à ce que le refus d'acceptation soit exceptionnel.

En premier lieu, le titulaire est responsable de l'exécution de la totalité des prestations prévues dans le marché, y compris celles qui sont sous-traitées. La collectivité publique dispose donc d'une garantie en cas de défaillance du sous-traitant.

En second lieu, le développement de la sous-traitance est l'une des voies conduisant à une plus large participation des petites et moyennes entreprises à l'exécution des commandes publiques.

Il n'en demeure pas moins que l'acceptation d'un sous-traitant et le retrait d'acceptation, dans les cas exceptionnels où un tel retrait s'avérerait nécessaire, sont des actes discrétionnaires qui, bien que devant être fondés en droit, n'ont pas à être motivés.

Alors que l'acceptation des sous-traitants était déjà prévue par la réglementation, l'agrément des conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance constitue une des innovations introduites par la loi.

Au même titre que la communication des sous-traités — cf. ci-après — l'agrément est un moyen pour la personne responsable du marché de constater si les rapports entre sous-traitants et titulaires de marchés sont équilibrés.

En effet, l'activité de sous-traitance met souvent en relation une entreprise importante titulaire d'un marché public et une petite ou moyenne entreprise sous-traitante. Il n'est donc pas rare que le rapport des forces soit défavorable aux sous-traitants.

Cette situation n'est nullement propre aux marchés publics, mais elle peut revêtir un caractère inéquitable dans la mesure, notamment, où le titulaire du marché bénéficie d'avantages financiers de son client public, révision de prix, avances, acomptes notamment, et ne les répercute pas sur ses sous-traitants.

L'examen en vue de l'acceptation des conditions de paiement ne doit pas conduire la personne responsable du marché à s'immiscer dans les relations du titulaire avec le sous-traitant. Il ne doit pas non plus être utilisé comme argument pour une renégociation des offres ou des stipulations contractuelles.

Son but essentiel est de permettre à la personne responsable du marché de s'assurer qu'il existe pas un écart manifestement injustifié entre les conditions faites par la collectivité publique contractante au titulaire et celles figurant dans le sous-traité.

2. Les modalités pratiques de l'acceptation et de l'agrément.

L'acceptation des sous-traitants et l'agrément des conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance constituent deux formalités indissociables et obligatoires.

Le défaut d'acceptation et d'agrément soit que le titulaire ait omis de les solliciter, soit que l'un ou l'autre et *a fortiori* les deux aient été refusés entraîne en effet tant pour le titulaire que pour le sous-traitant les conséquences suivantes :

Le sous-traitant ne peut bénéficier du paiement direct. Le titulaire, quant à lui, encourt deux risques. Le premier résulte de l'application par le maître de l'ouvrage des sanctions prévues par les *CCAG* en cas de sous-traitance occulte. Le second procède de la nullité relative instituée par l'article 3 de la loi ; le sous-traité est

opposable par le sous-traitant au titulaire sans qu'il y ait réciprocité.

L'acceptation et l'agrément peuvent être demandés soit avant, soit après la conclusion du marché.

a). Demandes d'acceptation et d'agrément formulées avant la conclusion du marché :

Deux procédures peuvent être suivies pour la présentation de ces demandes.

Dans le cadre de la première, les candidats à l'attribution d'un marché public indiquent à la personne responsable du marché, dans leurs offres ou dans leurs soumissions, la nature et le montant de chacune des prestations qu'ils envisagent de sous-traiter. S'agissant des marchés négociés, ces précisions sont fournies en cours de négociation.

Les indications ainsi données ne constituent, en règle générale, qu'une simple déclaration d'intention.

Dès l'attribution du marché et avant sa notification, la personne responsable du marché invite l'attributaire à lui remettre ou à lui adresser, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal, une demande d'acceptation et d'agrément comportant une déclaration mentionnant :

- La nature des prestations dont la sous-traitance est envisagée ;
- Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- Le montant prévu des prestations sous-traitées et les conditions de paiement prévues pour chaque contrat de sous-traitance. Il s'agit notamment des modalités de calcul et de versement des avances, des acomptes et du solde, de la date d'établissement de leurs prix et des modalités de leur révision ainsi que des stipulations relatives aux pénalités, primes et réfections.

Si la personne responsable du marché décide d'accepter le sous-traitant et d'agréer les conditions de paiement figurant dans le sous-traité, elle doit faire connaître son accord dans les vingt et un jours suivant la réception de la demande. Passé ce délai son silence vaut rejet. La personne responsable du marché peut néanmoins revenir sur ce rejet implicite sous réserve de l'accord de l'attributaire du marché.

L'acceptation et l'agrément, lorsqu'ils sont donnés, doivent être constatés dans le marché. Cette constatation donne lieu à l'insertion des précisions indiquées dans les articles 186 *bis* et 359 *bis* du code des marchés publics.

Toutefois, lorsque l'attributaire du marché adresse à la personne responsable du marché une demande qui, en raison de son caractère tardif, serait de nature à différer la notification du marché, la constatation de l'acceptation et de l'agrément est faite non dans le marché mais dans un avenant ou un acte spécial à conclure dès la notification du marché.

Ces deux documents emportent les mêmes effets juridiques. Mais, à la différence des avenants, les actes spéciaux signés des deux parties n'ont pas à être soumis aux contrôles des commissions spécialisées des marchés et des

contrôleurs financiers ou à l'approbation des autorités de tutelle.

Par rapport à la première procédure, la seconde, qui doit être expressément prévue dans le dossier de consultation des entreprises, diffère essentiellement sur un point : les demandes d'acceptation et d'agrément sont jointes aux offres ou aux soumissions des candidats.

Ces demandes sont réputées prendre effet à la date de notification du marché, laquelle emporte acceptation des sous-traitants et agrément des conditions de paiement figurant dans les contrats de sous-traitance.

En toute hypothèse, et quelle que soit la procédure choisie, les demandes d'acceptation et d'agrément doivent être assorties de la déclaration, en double exemplaire, souscrite par chaque sous-traitant en application de l'article 50 du code des marchés publics.

b). Demandes d'acceptation et d'agrément formulées après la conclusion du marché :

La procédure instituée en vue de l'acceptation et de l'agrément après la conclusion du marché est, à maints égards, identique à celle prévue lorsqu'il s'agit de demandes intervenant avant sa conclusion.

C'est ainsi que les demandes doivent comporter les mêmes renseignements et être assorties de la déclaration prévue à l'article 50 du code des marchés publics.

Il existe cependant des différences notables entre les deux procédures.

L'acceptation et l'agrément qui ne peuvent plus, à ce stade, figurer dans le marché lui-même sont constatés dans un avenant ou dans un acte spécial signé des parties et comportant les précisions prévues aux articles 186 *bis* et 359 *bis* du code des marchés publics.

Par ailleurs, une justification supplémentaire est exigée à l'appui des demandes d'acceptation et d'agrément formulées après la conclusion du marché. Le titulaire doit, en effet, établir que le nantissement dont le marché a pu faire l'objet ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant.

Toutefois, il peut être admis que cette justification soit produite ultérieurement. Dans ce cas, la validité de l'acte spécial est subordonnée à sa production.

Enfin, avant la conclusion du marché, les seules informations dont dispose la personne responsable du marché quant aux stipulations contenues dans le sous-traité, résultent des déclarations de l'attributaire. Après la notification du marché, il lui est possible de demander la communication de tous les sous-traités, cette faculté jouant également à l'égard des sous-traités ayant fait l'objet d'une demande d'acceptation et d'agrément antérieure à cette notification.

Il convient d'insister sur le fait que ces demandes de communication, qui ne doivent pas revêtir un caractère systématique, sont pleinement justifiées lorsque de sérieuses présomptions permettent de penser que les déclarations des titulaires, relatives aux conditions de paiement figurant dans les sous-traités, sont inexactes.

Les titulaires de marchés sont tenus de déférer aux demandes de communication.

A cet effet, et en attendant la remise à jour des *CCAG*, ma circulaire du 31 mars 1976 ⁽⁵⁾ contient un modèle de clause à insérer dans les cahiers des clauses administratives particulières (*CCAP*). Cette stipulation prévoit l'application de sanctions graves en cas de défaut de communication sans motif valable.

Il convient, en effet, de préciser qu'il n'y a pas lieu de recourir à des mesures coercitives à l'encontre d'un titulaire qui, matériellement, ne serait pas en mesure de répondre à une demande de communication. A cet égard, il est par exemple, concevable que le contrat de sous-traitance ne soit pas encore définitivement conclu au moment où la demande de communication est adressée.

Les modalités pratiques de l'acceptation et de l'agrément, que ceux-ci interviennent avant ou après la conclusion du marché, nécessitent donc une demande et une constatation écrites.

Il en résulte que, lorsque des entrepreneurs qui effectuent des travaux dont le montant est inférieur aux seuils fixés aux articles 123 et 321 du code des marchés publics ont l'intention de recourir à des sous-traitants, ils devront conclure un marché avec la collectivité publique contractante.

D. Étendue des responsabilités du titulaire

Les titulaires de marchés, outre leur responsabilité à l'égard de leurs propres ouvriers dans les conclusions de droit commun, sont responsables du règlement des salaires dus aux ouvriers de leurs sous-traitants.

Par ailleurs, ils restent personnellement responsables envers la collectivité publique contractante de l'exécution de la totalité de leurs marchés, même lorsqu'ils en sous-traitent une partie, quelles que soient les modalités de paiement des sous-traitants. L'absence de responsabilité du sous-traitant vis-à-vis de l'acheteur public constitue l'une des principales différences entre la sous-traitance et la cotraitance.

DEUXIÈME PARTIE LES NOUVELLES MODALITÉS DE PAIEMENT DES SOUS-TRAITANTS PAR LA COLLECTIVITÉ PUBLIQUE CONTRACTANTE

La loi relative à la sous-traitance comporte deux modalités de paiement des sous-traitants par la collectivité publique contractante.

La première, de portée générale, est le paiement direct. Il est obligatoire dès lors que certaines conditions sont remplies.

A l'inverse, le paiement des sous-traitants sur la base de l'action directe constitue pour eux une modalité subsidiaire et facultative, en ce sens qu'il n'intervient que sur leur demande et dans la mesure où ils remplissent les conditions requises pour en bénéficier.

A. Le paiement direct des sous-traitants

(Modifié : 1^{er} mod.)

Les sous-traitants sont payés directement dès lors que :

- La collectivité publique contractante les a acceptés et a agréé les conditions de paiement figurant dans leurs sous-traités ;
- Le montant des sommes qui leur sont dues est égal ou supérieur à un certain seuil.

Il convient, en outre, de préciser que seuls les sous-traitants du titulaire ont vocation au paiement direct par la collectivité publique contractante.

Ces sous-traitants lorsqu'ils concluent des contrats de sous-traitance, sont, aux termes de l'article 2 de la loi, considérés comme entrepreneurs principaux à l'égard de leurs propres sous-traitants.

S'agissant de contrats de droit privé, ces sous-traités relèvent du titre III de la loi. Aussi n'est-ce que par le moyen d'une action contre le titulaire du marché que les sous-traitants des sous-traitants de ce même titulaire peuvent, le cas échéant, demander le règlement de leurs créances. La collectivité publique contractante n'a donc pas à connaître de cette action.

1. Appréciation des seuils ouvrant droit au paiement direct.

Le seuil de droit commun, évalué par rapport au montant du sous-traité, a été fixé par la loi à 4 000 F. Le seuil propre aux marchés industriels passés par une autorité relevant du ministère de la défense est fixé, par l'article 186 *bis* du code des marchés publics, à 10 % du montant du marché.

Le seuil de droit commun, apprécié à partir des indications figurant dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial, signé des parties contractantes, est calculé en tenant compte :

- Pour les marchés à tranches conditionnelles, du montant des prestations confiées à chaque sous-traitant au titre de la tranche ferme ;
- Pour les marchés à commandes, du montant minimal des prestations dont la réalisation est confiée à chaque sous-traitant ;
- Pour les marchés de clientèle, du montant estimé des prestations susceptibles d'être confiées à chaque sous-traitant en fonction des prévisions de commandes faites par l'administration.

Le seuil propre aux marchés industriels passés par une autorité relevant du ministère de la défense est fixé, par rapport au montant du marché, au moment de la notification soit de ce marché, soit de l'avenant, soit de l'acte spécial signé des parties contractantes. Par montant du marché, il faut entendre :

- Pour les marchés à tranches conditionnelles, le montant constitué par la tranche ferme et les tranches conditionnelles ;
- Pour les marchés à commandes, le montant maximal des prestations susceptibles d'être commandées ;
- Pour les marchés de clientèle, le montant estimé des prestations susceptibles d'être confiées au titulaire.

L'appréciation du montant des sous-traités conclus pour l'exécution d'une partie des prestations d'un marché industriel du ministère de la défense est faite conformément aux indications figurant ci-dessus à propos du seuil de droit commun.

2. Détermination des sommes à payer directement.

Le montant des sommes à payer au sous-traitant doit être établi de manière que le paiement direct puisse prendre en compte les conditions financières qui lui sont consenties par le titulaire du marché et notamment celles relatives à l'actualisation et à la révision des prix.

Le règlement direct du sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par la personne responsable du marché intervient après l'acceptation par le titulaire des pièces justificatives servant de base au paiement direct sous réserve que les sommes cumulées versées au titulaire du marché et au sous-traitant bénéficiaire du paiement direct n'excèdent à aucun moment celles qui résultent des clauses du marché et de ses avenants éventuels.

Conformément aux dispositions de l'article 6 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, les sommes versées au sous-traitant bénéficiaire du paiement direct ne doivent pas dépasser la part du sous-traitant telle qu'elle est prévue soit dans le marché lui-même, soit dans un avenant, soit encore dans un acte spécial signé par la personne responsable du marché et le titulaire du marché. Ces documents doivent préciser le montant prévu des sommes à payer directement, le mois d'établissement des prix, le caractère ferme, ajustable ou révisable du prix et des modalités correspondantes, ainsi que la nature des prestations sous-traitées.

Lorsque le titulaire du marché demande qu'il soit payé au sous-traitant une somme supérieure à celle figurant dans le marché, l'avenant ou l'acte spécial, ce dépassement peut résulter de l'application des clauses de variation de prix prévues dans ces documents, ou d'une modification de la part du marché confiée au sous-traitant, ou des deux causes à la fois.

Dans tous les cas, la personne responsable du marché doit seulement vérifier que le montant des sommes à régler au sous-traitant, ramenées aux conditions du mois d'établissement des prix du marché principal par application de la clause de révision figurant à ce marché, n'excède pas le montant qu'il était prévu de sous-traiter.

Si ces sommes sont inférieures ou égales audit montant, le paiement peut être effectué.

Dans le cas contraire, le sous-traitant peut être réglé sur présentation du décompte établi par le titulaire du marché, à condition :

- qu'ait été produit le document justifiant soit que le nantissement du marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que le nantissement a été réduit de manière à réaliser cette condition. Ce dernier document n'a toutefois pas lieu d'être produit si le dépassement résulte d'une augmentation de la masse initiale des travaux se rapportant aux travaux sous-traités ;

- qu'ait été signé, par la personne responsable du marché et le titulaire, l'avenant ou l'acte spécial fixant le nouveau montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant.

3. Modalités pratiques du paiement direct.

Les modalités pratiques de paiement direct des avances, des acomptes et du solde sont les suivantes :

a). Les avances.

Les avances ne sont versées qu'aux sous-traitants qui demandent à en bénéficier.

Les avances facultatives ne sont versées qu'après constitution par le titulaire du marché de la caution personnelle et solidaire prévue pour en garantir le

remboursement (art. 133 du code des marchés publics).

Le versement de l'avance forfaitaire ne peut intervenir avant que le titulaire du marché ait fourni un cautionnement ou une caution personnelle et solidaire dans le cas où cette garantie est exigible dès le début de l'exécution du marché (art. 125 et 131 du code des marchés publics).

L'acceptation par le titulaire du marché des sommes à verser aux sous-traitants au titre des avances est donnée dans la forme indiquée au paragraphe *b)* ci-dessous.

L'avance forfaitaire est accordée dès lors que le montant prévisionnel des prestations sous-traitées est supérieur à la somme fixée dans les articles 154 et 336 du code des marchés publics.

Le versement ainsi que le remboursement de l'avance forfaitaire s'effectuent à la diligence du titulaire du marché. Cette avance est prélevée sur le montant des sommes qui lui sont dues. Son remboursement est effectué par imputation par le titulaire sur les sommes à payer directement au sous-traitant.

b). Les acomptes et le solde.

Le versement d'acomptes et du solde au profit du sous-traitant est subordonné à l'acceptation du titulaire, compte tenu de la responsabilité qui lui incombe. Il est effectué sur la base d'une attestation du titulaire comportant l'indication de la somme à régler directement au sous-traitant par prélèvement sur celles dues au titulaire.

Lorsqu'il s'agit d'un sous-traitant d'un cotraitant, l'attestation est signée par celui-ci et par le mandataire du groupement d'entreprises. Le prélèvement des sommes à régler au sous-traitant est effectué sur celles dues au cotraitant.

Cette attestation est jointe, en double exemplaire, au projet de décompte. L'un de ces exemplaires, dûment visé par la personne responsable du marché, est destiné à être joint au certificat pour paiement annexé au mandat. Il comporte éventuellement une mention signée par la personne responsable du marché indiquant que la somme à mandater au sous-traitant tient compte, le cas échéant, d'une réfaction.

La personne responsable du marché n'a pas à vérifier en détail les justifications produites par les sous-traitants. Il suffit qu'elle s'assure que les sommes dont ils demandent le paiement n'ont pas déjà fait l'objet d'un règlement à leur profit et, en toute hypothèse, qu'elles n'excèdent pas les évaluations éventuellement révisées auxquelles ces prestations ont donné lieu dans le marché.

La nécessité dans laquelle se trouve le sous-traitant d'obtenir l'acceptation de ses projets de décompte comporte un risque : celui de voir le titulaire faire obstacle, sciemment ou par négligence, au paiement direct de son sous-traitant en ne donnant pas son acceptation.

C'est pour prévenir cette difficulté que le législateur a prévu un mécanisme de nature à ménager la responsabilité du titulaire sans pour autant lui permettre de faire obstacle au paiement direct de ses sous-traitants.

Le titulaire dispose désormais d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct pour les revêtir de son acceptation ou pour notifier au sous-traitant, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal, son refus motivé de le faire.

En l'absence d'un tel refus, le sous-traitant est en droit de s'adresser à la personne responsable du marché en vue d'obtenir le paiement des prestations qu'il a effectuées.

La collectivité contractante, saisie d'une demande en ce sens appuyée des pièces justificatives et de l'avis de réception correspondant à ces mêmes pièces et signé par le titulaire, doit s'assurer :

- Que les sommes revendiquées n'ont pas déjà fait l'objet d'un règlement soit au titulaire soit au sous-traitant ; dans le cas où ces sommes auraient déjà fait l'objet d'un règlement au profit du titulaire, elles seront mandatées au sous-traitant après avoir été précomptées sur les sommes dues au titulaire ;
- Que le titulaire n'a pas opposé un refus motivé dans le délai qui lui est imparti.

En vue de vérifier ce dernier point, la personne responsable du marché met le titulaire en demeure de lui fournir dans un délai de quinze jours la preuve qu'il a opposé un refus motivé à la demande du sous-traitant.

Deux situations sont alors envisageables.

Si le titulaire n'est pas en mesure d'établir qu'il a opposé un refus motivé, la personne responsable du marché mandate la somme réclamée par le sous-traitant sur ce qui est dû au titulaire. Celui-ci étant réputé avoir accepté les prestations ainsi payées, il en assume l'entière responsabilité.

En revanche, si le titulaire établit qu'il a opposé un refus motivé portant soit sur l'ensemble, soit sur une partie des pièces justificatives de son sous-traitant, la personne responsable du marché ne mandate que les sommes correspondant aux pièces justificatives non expressément refusées.

La personne responsable du marché n'a pas à apprécier la validité du motif invoqué par le titulaire à l'appui de son refus. Tout au plus est-il possible d'admettre qu'il n'y a pas lieu de tenir compte d'un motif manifestement erroné.

Les sommes revendiquées par le sous-traitant et à l'égard desquelles le titulaire a opposé un refus motivé d'acceptation ne doivent être mandatées qu'après accord amiable des parties ou décision de justice dûment notifiée à la personne responsable du marché.

c). Le nantissement :

Les conditions de nantissement des marchés par les titulaires ont été profondément modifiées par la loi.

A l'usage il est, en effet, apparu que le régime institué par le décret du 14 mars 1973 n'assurait pas, à cet égard, une protection satisfaisante des sous-traitants.

Il suffisait, en effet, que le titulaire nantisse en totalité son marché avant de demander l'acceptation de ses sous-traitants pour faire obstacle au paiement direct de ceux-ci et, par là même, leur interdise également de nantir la part du marché dont ils assureraient l'exécution.

Dorénavant, deux situations peuvent se présenter :

- Le recours à des sous-traitants a été prévu dans le marché. Dès lors, la part du marché pouvant être nantie par le titulaire est limitée à la partie du marché non sous-traitée à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct.

- Le recours à des sous-traitants n'a pas été prévu dans le marché. En ce cas, l'acceptation et l'agrément sont donnés sous réserve que le titulaire obtienne, si nécessaire, la modification de la formule d'exemplaire unique figurant sur la copie certifiée conforme ou sur l'extrait prévu à l'article 188 du code des marchés publics.

Si le titulaire n'a pas donné son marché en nantissement, il le rend à la personne responsable du marché afin que celle-ci modifie la formule d'exemplaire unique.

Si, en revanche, le marché a été donné en nantissement et ne peut être restitué, le titulaire doit justifier :

- Soit que le nantissement du marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée ;

- Soit que ce nantissement a été réduit de manière à réaliser cette condition.

Cette justification est donnée par une attestation du comptable assignataire indiquant le montant pour lequel l'acte de nantissement a été initialement notifié ou signifié ainsi que les variations de ce montant provenant des notifications ou des significations ultérieurement prises en charges au titre de ce marché.

B. L'action directe des sous-traitants

La loi accorde aux sous-traitants ne remplissant pas les conditions requises pour bénéficier du paiement direct une action directe contre la collectivité publique contractante.

Cette action concerne les sous-traitants dont le sous-traité est inférieur à l'un des seuils prévus à l'article 186 *bis* du code des marchés publics.

Le sous-traitant exerçant l'action directe doit :

- Signifier au titulaire une mise en demeure d'avoir à lui payer une somme due, pour un montant déterminé, en vertu du contrat de sous-traitance et pour l'exécution du marché ;

- Adresser une copie de la mise en demeure à la personne responsable du marché et au comptable assignataire de la dépense. Dès réception de cette copie, la personne responsable du marché prend les dispositions nécessaires pour retenir le montant de la créance revendiquée par le sous-traitant sur les sommes qu'elle doit au titulaire ;

- Présenter à la personne responsable du marché, après l'expiration d'un délai d'un mois compté à partir de la date de réception par le titulaire de la mise en demeure, une demande de paiement des sommes qui lui sont dues.

Cette demande doit être appuyée des pièces justifiant :

- De l'existence d'un contrat de sous-traitance conclu pour l'exécution d'une partie du marché ;

- De ce que la créance réclamée résulte à la fois de l'exécution de ce contrat de sous-traitance et de la participation effective à l'exécution du marché ;

Et, enfin, de la mise en demeure faite au titulaire depuis au moins un mois.

La loi n'imposant aucune forme pour la signification de la mise en demeure, celle-ci peut être effectuée par simple lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal.

Cependant, pour éviter toute contestation portant sur la consistance de cette mise en demeure et sur l'identité de la copie adressée à l'administration avec l'original destiné au titulaire, il semble que les sous-traitants aient tout intérêt à signifier cette mise en demeure par acte d'huissier.

Dès réception de la demande du sous-traitant, la personne responsable du marché procède à la vérification des justifications qui y sont annexées et à la constatation du service fait. Elle doit, par ailleurs, demander au titulaire du marché s'il reconnaît l'existence de la créance revendiquée par son sous-traitant.

Deux situations sont alors envisageables :

- Si le titulaire se reconnaît débiteur du sous-traitant, la personne responsable du marché fait émettre, au vu de son acceptation, un mandat correspondant aux sommes non contestées. Ce mandat et l'ordre de paiement qui l'accompagne sont établis au nom du titulaire, cette désignation étant suivie de la mention « à payer à... (nom ou raison sociale du sous-traitant) par virement à son compte ... (caractéristiques du compte à créditer), ce sous-traitant ayant exercé l'action directe prévues par les articles 6 et 12 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 ».

A moins qu'une cession, une saisie-arrêt ou une subrogation antérieure à la réception par le comptable assignataire de la dépense de la copie de la mise en demeure ait été légalement effectuée, il sera procédé au règlement de la somme due au sous-traitant ayant exercé l'action directe.

- En revanche, si le titulaire conteste la créance revendiquée par son sous-traitant, et sauf dans le cas où la demande du sous-traitant apparaîtrait manifestement dénuée de tout fondement, la personne responsable du marché ne fait pas procéder au mandatement des sommes litigieuses jusqu'à ce que soit une décision de justice non susceptible de recours, soit un accord intervenu ultérieurement entre les parties lui permettre de déterminer en toute certitude quel est le véritable créancier.

Il convient de préciser qu'il n'est pas dû d'intérêts moratoires par l'administration au titre des sommes non mandatées au titulaire du marché pour ce motif ⁽⁶⁾.

Dans l'hypothèse où le sous-traitant n'aurait pas adressé à la personne responsable du marché, à l'expiration du délai d'un mois prévu ci-dessus, une demande de paiement, les sommes litigieuses ne sont mandatées, sous réserve de l'application des règles de la déchéance quadriennale, que lorsque la personne responsable du marché a reçu :

- Soit la renonciation du sous-traitant à l'action entreprise ;
- Soit le reçu du sous-traitant produit par le titulaire et attestant le règlement de la créance litigieuse ;
- Soit, enfin, la notification d'une décision de justice non susceptible de recours ou bien d'un accord intervenu ultérieurement entre les parties.

La loi prévoit, par ailleurs, que les sommes dues par le titulaire à son sous-traitant ne bénéficiant pas du paiement direct sont garanties par une caution personnelle et solidaire sauf « si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant »

Une telle délégation, qui assure au sous-traitant deux débiteurs, le titulaire du marché, d'une part, et la collectivité contractante, d'autre part, implique l'accord de cette dernière.

Il est expressément recommandé aux collectivités contractantes de refuser cette délégation. En effet, l'institution des seuils par le législateur répond à un souci d'allégement des tâches administratives. Admettre pour les marchés publics un mécanisme qui, prévu essentiellement pour les contrats de droit privé aboutirait à une généralisation du paiement direct, irait donc à l'encontre de cet objectif.

Je vous demande de bien vouloir porter la présente circulaire, qui abroge celle du 14 mars 1973 relative à la sous-traitance, à la connaissance des services placés sous votre autorité ou sous votre tutelle.

Michel DURAFOUR.

(1) N.i. BO, JO du 3 janvier 1976, p. 148.

(2) N.i. BO, JO du 3 juin, p. 3284.

(3) La loi relative à la sous-traitance s'applique, à la fois aux marchés qui sont soumis à un régime de droit public et aux contrats de droit privé. C'est pourquoi le législateur a eu recours à une terminologie civiliste. C'est ainsi que le mot « entrepreneur » qui, dans la terminologie administrative est réservé aux titulaires de marchés de travaux, doit, aux termes de la loi relative à la sous-traitance, être entendu comme s'appliquant également aux titulaires de marchés industriels et de marchés de services. De même l'expression « maître d'ouvrage » recouvre, pour toutes les catégories de marchés publics, deux concepts distincts, celui de maître de l'ouvrage et celui de personne responsable du marché. En revanche, le décret d'application de la loi ainsi que la présente circulaire utilisent le vocabulaire en usage dans les marchés publics.

A cet égard, il convient de préciser qu'il n'est fait allusion dans la présente circulaire qu'à la personne responsable du marché. Il doit être entendu que le rôle dévolu à celle-ci, pour les marchés de l'État, incombe, s'agissant d'une collectivité locale, au représentant légal de celle-ci.

(4) BOC/SC, p. 538, ce décret modifie le code des marchés publics.

(5) BOC/PA, p. 2087.

(6) Cette précision, qui figure dans l'article 13-6 du CCAG, applicable aux marchés publics de travaux, doit faire l'objet dans les CCAP d'une clause dérogatoire aux CCAG applicables respectivement aux marchés industriels et aux fournitures courantes.

ANNEXE I.
**RELATIVE À L'ENREGISTREMENT COMPTABLE DU PAIEMENT DIRECT DES
SOUS-TRAITANTS**

Le paiement direct d'un sous-traitant par la collectivité publique contractante n'a pas pour effet de modifier la nature des liens juridiques qui existent entre le titulaire d'un marché et son sous-traitant. Il en résulte :

- Que le sous-traitant admis au bénéfice du paiement direct doit facturer le montant de sa prestation, non pas à la collectivité publique contractante, mais au titulaire du marché qui lui a passé la commande et qui est le seul responsable vis-à-vis de cette dernière de la bonne exécution de cette commande ;
- Qu'il est nécessaire et normal 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 le montant des sommes payées directement au sous-traitant.

Sur le plan pratique, les différentes opérations relatives à l'enregistrement comptable du paiement direct d'un sous-traitant doivent se dérouler de la façon suivante.

I. FACTURATION PAR LE SOUS-TRAITANT

Pour les raisons indiquées ci-dessus, le sous-traitant facture au titulaire du marché les prestations qu'il a exécutées. Il adresse au titulaire du marché le décompte ou, la facture, original accompagné d'un duplicata :

- L'original est destiné au titulaire du marché ;
- Le duplicata, destiné à la collectivité publique contractante, doit comporter une mention précisant que la taxe sur la valeur ajoutée (*TVA*) facturée par le sous-traitant n'est pas déductible par la collectivité publique contractante ; le cas échéant, seule est déductible par cette dernière la *TVA* qui lui est facturée par le titulaire du marché.

II. ACCEPTATION PAR LE TITULAIRE DU MARCHÉ

Cette acceptation est donnée suivant une des deux modalités indiquées dans la circulaire (cf. DEUXIÈME PARTIE :

- a). Le paiement direct des sous-traitants ;
- b). Les acomptes et le solde).

Lorsque, pour le sous-traitant, le fait générateur de la *TVA* est l'encaissement, le titulaire du marché ne pourra déduire celle-ci dans les conditions de droit commun qu'après avoir été avisé du paiement effectif du sous-traitant.

III. PAIEMENT DU SOUS-TRAITANT PAR LA COLLECTIVITÉ PUBLIQUE CONTRACTANTE

Dès réception des documents justifiant l'acceptation du titulaire du marché, la collectivité publique contractante mandate directement au sous-traitant le montant des sommes auxquelles il peut prétendre.

La somme payée par la collectivité publique contractante doit correspondre au montant du décompte ou de la facture du sous-traitant, *TVA* comprise, éventuellement modifié par le titulaire du marché, même si le taux de la *TVA* appliqué au marché du titulaire.

Ce règlement, qui doit être considéré comme effectué pour le compte du titulaire du marché, éteint la dette de ce dernier à l'égard du sous-traitant. Il importe donc que le titulaire en soit tenu informé pour qu'il puisse enregistrer l'opération dans sa comptabilité. A cette fin, la collectivité publique contractante doit lui faire

parvenir un « avis de mandatement ».

Lorsque le sous-traitant a connaissance du règlement, il en informe le titulaire du marché.

IV. FACTURATION PAR LE TITULAIRE DU MARCHÉ

Le titulaire du marché doit reprendre, dans un décompte ou une facture qu'il adresse à la collectivité publique contractante pour le règlement de ses propres prestations, les prestations sous-traitées en les faisant apparaître d'une manière distincte pour chaque sous-traitant chargé de l'exécution de prestations nettement individualisées dans le marché ou en indiquant, dans une attestation annexée au décompte ou à la facture, le montant global de la somme à payer à chaque sous-traitant chargé de l'exécution de prestations non individualisées dans le marché. La TVA est facturée sur le montant global de ces prestations (titulaire + sous-traitants) au taux applicable au marché du titulaire.

Lorsque, pour le titulaire du marché, le fait générateur de la TVA est l'encaissement, celui-ci doit acquitter la TVA correspondant au versement direct effectué par la collectivité publique contractante au sous-traitant dès qu'il a été avisé du paiement effectif de ce dernier. Il doit alors, en toute hypothèse, adresser à la collectivité publique contractante un décompte ou une facture comportant le montant du versement direct fait au sous-traitant.

La collectivité publique contractante règle au titulaire du marché le montant de sa facture, TVA comprise, déduction faite des sommes payées directement par elle au sous-traitant ainsi que des acomptes déjà versés au titulaire du marché et qui ont supporté la TVA lorsque celle-ci est acquittée d'après les encaissements.

V. SCHÉMA GÉNÉRAL DE COMPTABILISATION DES DIFFÉRENTES OPÉRATIONS DÉCRITES CI-DESSUS

Le schéma général de comptabilisation des différentes opérations décrites ci-dessus doit obligatoirement être le suivant :

A. *Comptabilisation chez le sous-traitant*

1. Au moment de la facturation de la prestation :

Le sous-traitant crédite le compte 70 « Ventes de marchandises produits finis, travaux et prestations de services » par le débit du compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 410 « Clients ordinaires » titulaire du marché).

2. Au moment du paiement par la collectivité publique contractante :

Le sous-traitant crédite le compte 41 « Clients » par le débit du compte de trésorerie ayant enregistré le paiement.

Cette écriture solde le compte « Clients » ouvert au nom du titulaire du marché.

Le libellé de l'opération au livre-journal pourrait être le suivant : « paiement par la collectivité publique contractante X de la facture n° ... relative au marché n° ... et au sous-traité n° ... avec l'entreprise Y » (ou tout autre libellé indiquant succinctement l'origine des fonds et l'opération concernée).

B. *Comptabilisation chez le titulaire du marché*

1. Au moment de la réception de la facture du sous-traitant et de sa propre facturation à la collectivité publique contractante :

Le titulaire du marché passe les écritures suivantes pour enregistrer :

a). D'abord, l'achat de la prestation commandée par lui au sous-traitant.

Il crédite le compte 40 « Fournisseurs » (sous-traitants) par le débit, soit du compte 63 « Travaux, fournitures et services extérieurs » (compte divisionnaire 632 « Travaux et façons exécutés à l'extérieur »), soit du compte 60 « Achats », lorsque les plans comptables professionnels prévoient d'enregistrer à ce compte les façons et les sous-traitances ;

b). Ensuite, la vente à la collectivité publique contractante de la prestation achetée au sous-traitant et de ses propres prestations.

Il crédite, pour ce faire, le compte 70 « Vente de marchandises, produits finis, travaux et prestations de service » par le débit du compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 411 « Clients État et collectivités publiques »), du montant du décompte ou de la facture établi par lui et englobant la prestation du sous-traitant ainsi que les siennes propres.

2. Au moment du paiement direct du sous-traitant :

A la réception de l'avis de mandatement du sous-traitant, le titulaire du marché solde le compte 40 « Fournisseurs » (sous-traitants) par le crédit du compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 411).

Le libellé de l'opération au livre-journal pourrait être le suivant : « Réception de l'avis de mandatement direct du décompte ou de la facture n° ... de l'entreprise Z relative au marché n° ... ».

3. Au moment du paiement, des propres prestations du titulaire du marché par la collectivité publique contractante :

Au moment du paiement par la collectivité publique contractante des prestations propres du titulaire du marché, celui-ci crédite le compte 41 « Clients » (compte divisionnaire 411) par le débit du compte de trésorerie ayant enregistré le paiement du montant global de son décompte ou de sa facture, déduction faite des sommes versées directement au sous-traitant par la collectivité publique contractante.

Le compte 41 « Clients » est alors soldé puisque le paiement du sous-traitant par la collectivité publique contractante y a déjà été enregistré.

VI. PROBLÈMES PARTICULIERS POSÉS PAR LA COMPTABILISATION DE LA TVA

Les problèmes posés par la comptabilisation de la TVA à l'occasion du paiement direct des sous-traitants par les collectivités publiques contractantes doivent être réglés conformément aux dispositions d'ordre général et particulières qui font l'objet de la note d'information n° 19 du 15 décembre 1970 du conseil national de la comptabilité (1).

(1) N.i. BO..