

## 2325 **Marché de sous-traitance relevant du titre II de la loi du 31 décembre 1975 : le paiement direct par le maître de l'ouvrage est-il obligatoire ?**

Synthèse rédigée par :

**Muriel FAYAT,**

avocat associé au cabinet Stasi Chatain et Associés

et :

**Dominique HAM,**

avocat au cabinet Stasi Chatain et Associés

**La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, dont les termes sont pratiquement demeurés inchangés depuis près de quarante ans, fixe le régime applicable aux relations entre le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant, afin d'assurer la protection de ce dernier. C'est ainsi que le mécanisme du paiement direct par le maître de l'ouvrage a été privilégié, sous certaines conditions, dans les marchés passés par l'État, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics, pour un montant supérieur à 600 € TTC. Ce mécanisme, *a priori* sans surprise au regard des dispositions légales, recèle quelques spécificités souvent ignorées des praticiens, grâce aux précisions opportunes apportées par le Conseil d'État.**

La sous-traitance occupe une place majeure dans l'économie, particulièrement dans le domaine de la construction.

Rares sont en effet les projets sous maîtrise d'ouvrage publique qui peuvent être menés à leur terme par une seule entreprise que ce soit pour les marchés attribués à une entreprise générale ou en allotissement.

Le recours à des sous-traitants s'avère ainsi bien souvent indispensable pour réaliser des projets d'envergure et/ou techniquement complexes.

Or, les sous-traitants, qui comptent très fréquemment parmi les PME, ont pendant longtemps été exposés au risque de défaillance financière des entreprises qui les missionnaient, avec toutes les conséquences négatives qui en découlaient.

C'est pourquoi le législateur, conscient des enjeux économiques en présence, est intervenu via la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 pour définir précisément le régime applicable à la sous-traitance et instaurer des mécanismes de paiement destinés à protéger efficacement les sous-traitants.

Ce sont les fameux titres II et III de la loi du 31 décembre 1975, respectivement intitulé « Du paiement direct » et « De l'action directe ».

Afin de marquer l'importance de ce texte, le législateur l'a érigé au rang des textes d'ordre public, l'article 15 disposant avec force 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* ».

Si le Titre III consacré à l'action directe a donné lieu aux commentaires les plus nombreux et à la jurisprudence la plus abondante, le Titre II relatif au paiement direct mérite également toutes les attentions eu égard à son importance majeure dans la vie économique.

Il recèle en outre certaines particularités souvent méconnues, aux enjeux pratiques pourtant essentiels.

Tel est le cas des propres modalités de mise en œuvre du paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage.

Si ce paiement direct est en effet le principe (1), le Conseil d'État a fort opportunément précisé la nature juridique et les conditions d'exercice de ce mécanisme légal (2).

## Le principe : le paiement du sous-traitant par le maître de l'ouvrage public

Lorsque le marché principal est passé par l'État, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics, pour un montant supérieur à 600 € TTC, le législateur a prévu une garantie de paiement spécifique au profit du sous-traitant de premier rang.

Précisons tout de suite que le sous-traitant de second rang ne bénéficie pas du paiement direct.

Il s'agit du mécanisme du paiement direct, régi par le Titre II de la loi du 31 décembre 1975, en vertu duquel le sous-traitant de premier rang, sous réserve d'avoir été accepté et d'avoir vu ses conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage, doit en principe être payé par ce dernier et lui-seul.

L'article 6 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1975 dispose ainsi que « **Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution** ».

Comparé au mécanisme de l'action directe défini aux articles 11 à 14-1 de la loi, qui permet au sous-traitant demeuré impayé par l'entreprise principale de solliciter le paiement des sommes lui restant dues auprès du maître de l'ouvrage, le paiement direct offre en principe au sous-traitant une protection et une efficacité supérieures.

Il est en effet rare que le maître de l'ouvrage public soit financièrement défaillant, contrairement à l'entreprise principale ce qui a motivé, dans une large mesure, l'instauration du paiement direct du sous-traitant par le maître d'ouvrage public.

C'est probablement pour la même raison que le paiement direct n'a pas été instauré par la loi du 31 décembre 1975 pour les marchés privés.

De surcroît, le paiement direct est plus rapide que l'action directe, laquelle suppose un défaut de paiement de l'entrepreneur principal, avec les conséquences qui peuvent en découler sur la trésorerie du sous-traitant.

L'action directe, au contraire, donne souvent lieu à des contestations sur l'assiette des sommes dues par le maître de l'ouvrage conduisant, en l'absence d'accord, à l'engagement d'une action judiciaire, qui peut se révéler longue, couteuse et aléatoire.

La garantie financière tirée de la mise en œuvre de l'action directe est enfin plus incertaine que celle du paiement direct dans la mesure où le maître de l'ouvrage :

- n'est tenu de payer le sous-traitant, en vertu de l'article 13 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1975, que dans la limite des sommes qu'il reste lui-même devoir à l'entreprise principale au jour où il a reçu la copie de la mise en demeure adressée par le sous-traitant à l'entreprise principale aux fins de solliciter le paiement des sommes dont il est créancier ;

- est fondé à opposer au sous-traitant les exceptions qu'il est par ailleurs susceptible d'opposer à l'entreprise principale (retenue de garantie, compensation, pénalités contractuelles, etc.).

L'action en paiement direct présente pour les sous-traitants beaucoup de risques de ne pas obtenir le paiement de leurs créances ou bien de manière partielle.

Ces difficultés n'existent pas en matière de paiement direct, dont le mécanisme est beaucoup plus simple : le maître de l'ouvrage doit payer les sommes réclamées par le sous-traitant au titre des prestations par lui exécutées, après vérification et acceptation des dites sommes par l'entreprise principale.

En outre le sous-traitant n'est pas tenu de solliciter préalablement le paiement de sa créance auprès de l'entreprise principale, pour exercer le droit au paiement direct auprès du maître de l'ouvrage.

Si la loi a prévu un mécanisme de paiement direct par le maître de l'ouvrage public suffisamment efficace, la jurisprudence en a également augmenté l'efficacité au profit des sous-traitants mais égale-

ment, de manière peut être plus surprenante, au profit de l'entreprise principale.

## L'assouplissement du régime légal : le paiement du sous-traitant par l'entrepreneur principal

Compte tenu des termes dépourvus d'ambiguïté de la loi du 31 décembre 1975, il était *a priori* difficile d'imaginer que le sous-traitant relevant du Titre II de la loi puisse être valablement payé, non par le maître de l'ouvrage, mais par l'entreprise principale.

Rappelons que l'article 6 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi prévoit le paiement du sous-traitant dès lors qu'il est agréé, par le seul maître de l'ouvrage.

L'article 15 annule toutes « *clauses, stipulations ou arrangements* » contrevenant aux dispositions de la loi, tandis que l'article 7 dispose quant à lui que « *Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite* ».

Autrement dit, le sous-traitant doit obtenir le paiement de ses prestations directement par le maître de l'ouvrage.

Ce n'est pourtant pas l'interprétation retenue par le Conseil d'État des dispositions précitées.

Les magistrats du Palais-Royal ont ainsi perçu les effets pervers résultant de l'application du mécanisme légal du paiement direct, qui n'avaient pas été anticipés lors de la rédaction et du vote de la loi du 31 décembre 1975.

À vouloir protéger trop efficacement le sous-traitant de premier rang, le législateur ne s'est pas rendu compte qu'il risquait de fragiliser l'entreprise principale dans sa relation avec le maître de l'ouvrage.

De fait, lorsqu'un entrepreneur principal remporte un marché dont la réalisation nécessite de recourir à des sous-traitants, il intègre cette donnée dans le prix négocié avec le maître de l'ouvrage.

De la sorte, l'entreprise principale peut réaliser une marge, parfois conséquente, sur les prestations sous-traitées, lesquelles ne sont évidemment jamais refacturées à prix coûtant au maître de l'ouvrage.

Or, c'est précisément là que se situe l'un des écueils du mécanisme du paiement direct : en payant directement le sous-traitant, le maître de l'ouvrage va avoir connaissance des prix pratiqués par l'entreprise principale, et donc de sa marge, ce qui pourra ensuite avoir des conséquences sur les contrats futurs conclus par les parties.

L'entreprise principale n'a donc évidemment pas intérêt à voir sa marge révélée à son cocontractant.

C'est pourquoi dans la pratique les entreprises principales, tenant compte de considérations économiques ignorées du législateur, ont parfois mis en place avec l'accord des maîtres de l'ouvrage et des sous-traitants un mécanisme conduisant à ce que l'entrepreneur principal se substitue au maître de l'ouvrage pour payer directement les sous-traitants.

La légalité de cette pratique devait nécessairement être soumise à terme à l'appréciation du Conseil d'État.

Plutôt que de privilégier une interprétation littérale de la loi, les hauts-magistrats ont fort opportunément opté pour une appréciation plus pragmatique en validant cette pratique dans un arrêt du 3 novembre 1989 (CE, 3 nov. 1989, n° 54778, SA Jean Michel : *Juris-Data* n° 1989-648222 ; *Rec. CE* 1989, p. 782 ; D. 1990, *somm.* p. 244, *obs. Ph. Terneyre*) : « *Considérant que les dispositions de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, aux termes duquel "Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite", ne font pas obstacle à ce que le paiement effectué par le titulaire du marché, au sous-traitant agréé, éteigne à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître de l'ouvrage ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société requérante n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Lille n'a que partiellement fait droit à sa demande* ».

Cette solution a été plus récemment confirmée dans un arrêt du 23 mai 2011 (CE, 23 mai 2011, n° 338780, *Sté Lamy et Sté Pitance* : *JurisData* n° 2011-010613 ; *Contrats-Marchés publics* 2011, comm. 210) : « Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance applicable au présent marché : Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution ; qu'aux termes de l'article 7 de la même loi : Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite ; Considérant que, s'il résulte de ces dispositions que le sous-traitant agréé dispose d'un droit au paiement direct par le maître d'ouvrage, celles-ci ne font pas obstacle à ce que le paiement de ce sous-traitant soit directement effectué par le titulaire du marché, éteignant ainsi à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître d'ouvrage ».

Il est à noter que, bien que ce dernier arrêt n'ait pas été publié au *Recueil Lebon* et qu'il ait été rendu à l'occasion d'une action en responsabilité quasi-délictuelle pour l'indemnisation du sous-traitant par le maître de l'ouvrage au titre de travaux supplémentaires, le principe dégagé par le Conseil d'État dans sa décision de 1989 peut être considéré comme confirmé.

Les enseignements de ces deux arrêts sont alors multiples :

– l'interprétation des dispositions par la loi de 1975 du Conseil d'État définit clairement la nature juridique du paiement direct. Il considère en effet que la loi instaure, non pas une obligation de paiement direct mais un « droit au paiement direct », susceptible comme tel de ne pas être exercé par le sous-traitant sans pour autant y renoncer expressément par avance. Or, l'article 6 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1975 précité ignore ce « droit au paiement direct » et dispose que « Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui (...) ». Le sous-traitant bénéficie ainsi d'un choix pour le paiement de ses prestations entre le maître de l'ouvrage et l'entreprise principale ;

– l'interprétation des dispositions relatives au « droit au paiement direct » par le Conseil d'État ne s'analyse pas, évidemment, en une renonciation du sous-traitant au mécanisme légal du paiement direct par le maître de l'ouvrage. En effet, l'article 7 de la loi du 31 décembre

1975 prohibe expressément une telle renonciation de la part du sous-traitant. Elle précise surtout que le sous-traitant peut ne pas être payé par le maître de l'ouvrage, mais dans un premier temps par l'entreprise principale, ce choix ne doit pas le conduire à être privé de la protection qui constitue le cœur même de tout le Titre II de la loi du 31 décembre 1975. Il s'ensuit que si le sous-traitant vient à ne pas être payé par l'entreprise principale, il est recevable et fondé à mettre en œuvre le mécanisme du paiement direct à l'encontre du maître de l'ouvrage ;

– enfin, pour que ce mécanisme du « droit au paiement direct » soit véritablement équilibré et acceptable, il fallait éviter que le sous-traitant puisse en tirer un avantage abusif. Telle était la tentative faite par le sous-traitant dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 3 novembre 1989 précité. Dans cette affaire, le sous-traitant avait été partiellement payé par l'entreprise principale, laquelle n'avait toutefois pas été en mesure de lui régler le solde de ses prestations. Non sans mauvaise foi, le sous-traitant avait alors tenté de faire jouer le mécanisme du paiement direct auprès du maître de l'ouvrage pour lui réclamer le paiement de la totalité de ses factures, dont une partie avait pourtant déjà été acquittée par l'entreprise principale. Le Conseil d'État n'a logiquement pas fait droit à cette demande, en considérant que les paiements partiels de l'entreprise principale avaient éteint à due concurrence la créance du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage.

## Conclusions

En définitive, il est bon pour les patriciens d'avoir cette jurisprudence en tête, compte tenu de son enjeu pratique non négligeable, les parties à l'opération de sous-traitance (maître de l'ouvrage, entrepreneur principal et sous-traitant) pouvant valablement prévoir que l'entrepreneur principal paie les factures du sous-traitant, sans que ce dernier ne soit pour autant privé de son droit au paiement direct par le maître de l'ouvrage du solde de ses factures.

Pour les juristes, il s'agit là d'un exemple intéressant où la rigueur du droit s'adapte aux nécessités pragmatiques de la vie économique.

**MOTS-CLÉS :** *Contrats / Marchés publics - Sous-traitance*  
*Contrats / Marchés publics - Maître d'ouvrage*

**POUR EN SAVOIR PLUS :**