

# Synthèse de l'étude sur la sous-traitance dans les marchés publics publiée par l'OECP

En juillet dernier, l'OECP a publié une étude inédite et complète sur la sous-traitance dans les marchés publics, intégrant des aspects statistiques (paramètres, poids économique) et pratiques (rapports entre titulaires, sous-traitants et acheteurs). Quels sont les principaux constats et préconisations ?

L'Observatoire Economique de la Commande Publique a réalisé une étude inédite dans la mesure où la sous-traitance au sein des marchés publics n'a jamais fait l'objet d'une telle démarche.

## Objectifs et outils

Cette étude a pour objectif de définir les contours de la sous-traitance sur le plan statistique, mesurer son impact d'un point de vue économique. Mais aussi d'étudier la sous-traitance sur le plan des pratiques, analyser les rapports entre les différents acteurs du marché.

La réalisation de cette étude repose sur trois outils :

- les chiffres sont récoltés dans le cadre du recensement économique des contrats de la commande publique. Ce recensement répond aux exigences de l'Union Européenne en matière de statistique des marchés publics. L'utilisation de ces données permet la réalisation de l'étude statistique ;
- l'OECP a également réalisé un questionnaire en ligne destinés aux trois acteurs, à savoir les acheteurs, les titulaires et les sous-traitants. Certaines questions étaient communes aux trois acteurs, d'autres étaient spécifiques en fonction de la nature de l'acteur interrogé ;
- le dernier outil est la réalisation d'entretiens avec les acheteurs, les fédérations professionnelles et les entreprises.

Ces deux derniers outils s'intègrent dans l'étude qualitative.

## Auteur

**Muriel Fayat**  
Avocat Associé  
Chatain & Associés, AARPI

**Florent de Urresti**  
Avocat stagiaire

## Mots clés

Formes de sous-traitances • Mauvaises pratiques • Préconisations  
• TPE/PME

## Définition de la sous-traitance au sein des marchés publics

L'étude rappelle la définition de la sous-traitance et ses grands principes.

La définition retenue provient de l'article 1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, désormais codifié à l'article L. 2193-2 du Code de la commande publique :

« La sous-traitance est l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur.

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants ».

Ainsi une relation triangulaire est mise en place entre l'acheteur (le pouvoir adjudicateur), le titulaire du marché et le sous-traitant.

Il convient aussi de rappeler le principe de libre recours à la sous-traitance, désormais codifié à l'article L. 2193-4 du Code de la commande publique :

« L'opérateur économique peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution à condition de l'avoir déclarée à l'acheteur et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement ».

Cette étude réaffirme également les principes généraux de la sous-traitance, à savoir :

- la responsabilité unique du titulaire, si la sous-traitance est une relation triangulaire, le pouvoir adjudicateur n'a en principe aucune relation avec le ou les sous-traitants. Le titulaire du marché reste le responsable, y compris pour les tâches accomplies par le sous-traitant ;
- le principe de déclaration des sous-traitants par le biais d'un acte spécial, impose l'approbation du choix du sous-traitant du titulaire par le pouvoir adjudicateur. Cette approbation prend la forme d'un agrément des conditions de paiement du sous-traitant ;
- le droit au paiement direct ou à l'action directe permet au sous-traitant d'être payé directement par le pouvoir adjudicateur dans la mesure où ses conditions de paiement ont été agréées par celui-ci ;
- les responsabilités respectives. Le titulaire est le seul responsable vis-à-vis du maître d'ouvrage de la bonne exécution du marché.

## L'étude statistique

L'étude a été réalisée à partir des chiffres provenant des recensements entre 2015 et 2018. L'OECP utilise et communique publiquement pour la première fois ces données afin de compiler et dégager les conclusions inédites suivantes.

Pour cette période 14,5 % d'actes de sous-traitance ont été recensés. Constatons que ce chiffre est relativement faible ce qui peut s'expliquer de deux manières, soit les

titulaires de marché n'ont pas déclaré le recours à la sous-traitance soit les pouvoir adjudicateur n'ont pas déclaré les actes spéciaux de sous-traitance à l'OECP.

L'étude a aussi permis d'établir que 76 % des actes de sous-traitance sont réalisés au bénéfice des PME. Il en est déduit que la sous-traitance est une première approche importante pour les PME à l'accès à la commande publique.

La plupart des marchés ne compte qu'un ou deux sous-traitants. Il est normal de constater que la sous-traitance est principalement utilisée au sein des marchés de travaux. En effet, la part des actes de sous-traitance dans le secteur des marchés publics de travaux représente 2/3 des actes. Vient ensuite le secteur des marchés publics de service où ils représentent 1/4 des contrats de sous-traitance.

Il a aussi été constaté que plus le marché est important en termes de ressource et de durée, plus le recours à la sous-traitance est important et fréquent.

L'ensemble de ces données est intéressant et nous permet de constater, à une certaine échelle, la réalité de la pratique du recours à la sous-traitance.

Ces résultats sont à mettre en lien avec ceux recueillis lors de l'étude qualitative.

## L'étude qualitative

L'étude dresse un premier constat, les dispositions de la loi du 31 décembre 1975, depuis codifiées dans le Code de la commande publique, sont bien connues de tous les acteurs.

Cela est dû au fait que ces dispositions sont bien connues des différents acteurs. Néanmoins, à la question de savoir si ces dispositions sont adaptées aux évolutions économiques la réponse des acteurs est globalement négative. Seulement 53 % des acheteurs interrogés pensent que les dispositions liées à la sous-traitance sont adaptées, 45 % des acheteurs le pensent aussi alors qu'on tombe à 31 % pour les sous-traitants.

De plus, il a été remarqué que 35 % des acheteurs ont limité le recours à la sous-traitance quand il s'agissait d'effectuer des tâches dites essentielles à la réalisation d'un marché.

Les acheteurs voient en ces dispositions une aide d'accès à la commande publique pour les PME et TPE. La procédure des contrats de la commande publique peut être trop lourde et longue pour certaines entreprises, les contrats de sous-traitance permettent de contourner ces obstacles procéduraux.

Pour les acheteurs, ces dispositions aboutissent à garantir la bonne exécution des prestations sous-traitées et donc la bonne réalisation du marché public.

Néanmoins, l'étude a constaté plusieurs points négatifs. En effet, il est souvent observé des retards de paiement, des absences de déclaration de sous-traitance de la part des titulaires et des acheteurs. Il faut faire attention, si ces mauvaises pratiques se développent, le recours à la sous-traitance pourrait être moins fréquent.

En outre, cette étude révèle trois types de sous-traitance :

- une sous-traitance de spécialité qui intervient lorsque le titulaire a besoin d'une prestation technique qu'il n'est pas en mesure de réaliser lui-même ;
- une sous-traitance de capacité, celle-ci est mise en place lorsque le titulaire a besoin de moyens techniques ou humains supplémentaires afin de terminer le marché dans les temps. Cette forme peut aussi intervenir lorsqu'il est nécessaire de réaliser des travaux supplémentaires ;
- une troisième et dernière forme de sous-traitance a été constatée, celle-ci revêt un aspect économique. Elle correspond à la volonté de l'entrepreneur de réaliser un profit en déléguant certaines prestations à un prix moindre que celles facturée à l'acheteur. Cette forme peut être perçue comme une mauvaise pratique.

Ces formes ne sont pas alternatives, plusieurs formes peuvent se cumuler pour une même sous-traitance. Par exemple, une sous-traitance peut à la fois revêtir une forme de spécialité et une forme économique, quand il s'agit d'une prestation demandant des techniques particulières et qui aurait été plus coûteuse si le titulaire du marché l'avait lui-même exécutée.

L'étude a également montré que les formes de sous-traitance les plus utilisées étaient celle de spécialité (63 %) et de capacité (32 %). Le rapport indique que la forme économique reste assez marginale (5%), cette forme de sous-traitance est assez décriée et mériterait de disparaître, les acteurs affirment que cette forme nuit à l'un des objectifs de la sous-traitance, celui d'être un moteur d'activité spécialement pour les PME. Or selon notre pratique, cette forme de sous-traitance tend à se répandre. Il apparaît évident que les titulaires qui y recourent soient réticents de le déclarer.

Il arrive par moment que les sous-traitants sous-traitent eux même certaines tâches. Ce phénomène se produit dans 51,4 % des cas. Il est intéressant de constater que 80% de cette sous-traitance en « cascade » est réalisée par des TPE/PME alors que 12 % des entreprises y font appel.

Il est aussi rassurant de constater que le changement de sous-traitant en cours d'exécution arrive rarement ou jamais. En effet, 54,1 % des titulaires interrogés indiquent en changer rarement et 33,6 % ne le font jamais, 12,3 % le font parfois et aucun titulaire ne le fait souvent. Ces chiffres permettent de constater que le recours à la sous-traitance est relativement stable. Il faut également supposer que ces statistiques ne tiennent pas compte des sous-traitants qui se retrouvent en liquidation ou en redressement judiciaire et ne peuvent plus assurer la prestation. Dans ce cas, les pourcentages de changement de sous-traitants seraient plus importants.

## Les mauvaises pratiques décelées par l'étude

En plus de percevoir un déséquilibre économique entre les parties, cette étude a permis de déceler un bon

nombre de mauvaises pratiques dont les conséquences pèsent principalement sur les entreprises sous-traitantes.

En effet, cinq mauvaises pratiques ont été décelées :

**Des pratiques liées à une pression afin de faire baisser les prix.** Il arrive que les titulaires imposent le prix de la prestation aux sous-traitants. Dans ce cas-là, les sous-traitants n'ont pas d'autres choix que d'accepter ces conditions de prix sous peine d'être écartés et d'être remplacés par un sous-traitant qui acceptera les conditions imposées.

**Si le titulaire du marché peut obtenir une révision des prix avec l'acheteur comme le prévoit l'article L. 2112-14 du Code de la commande publique, ce n'est pas le cas du sous-traitant.** Cette mauvaise pratique contribue à accentuer la pression économique des sous-traitants. La plupart du temps, à la fin des prestations réalisées, les sous-traitants dégagent une marge assez faible.

**Des contraintes disproportionnées pesant sur les sous-traitants ont également été constatées.** Tout comme la pression des prix bas, il existe une pression des contraintes souvent en termes de délai de réalisation de la prestation. Les sous-traitants sont obligés d'accepter ces contraintes disproportionnées sous peines d'être écartés et remplacés par un sous-traitant qui acceptera ces termes.

**L'éventuelle captation de la propriété intellectuelle.** Il peut arriver que le titulaire d'un marché réemploie les techniques et savoir faire des sous-traitants qu'il a engagé et ce sans son accord ni dédommagement financier, ce qui pose des problèmes de concurrence déloyale et contrefaçon.

**Une asymétrie dans l'information.** Celle-ci se traduit par le fait que le titulaire du marché détient les informations importantes du marché et qu'il ne les partage pas entièrement avec son sous-traitant. En principe, il n'y a pas de relation entre l'acheteur et le sous-traitant dès lors l'information n'est pas communiquée de cette manière.

Afin de lutter contre ces mauvaises pratiques, les acteurs économiques et les fédérations professionnelles ont établi des chartes sectorielles. Ces chartes ont pour but de rééquilibrer les relations entre les sous-traitants et les titulaires du marché.

Dans le secteur du BTP, les fédérations se sont accordées sur les conditions générales d'un contrat type unique de sous-traitance, toujours avec la volonté de corriger le déséquilibre des relations.

## Préconisations

Lors de la préparation de cette étude, il a été demandé aux acteurs interrogés si le cadre légal devait être renforcé et de quelle manière dans le cas où la réponse était positive.

Ainsi parmi les pistes de consolidation du cadre légal envisagées, celle qui revient le plus souvent est la lutte contre la sous-traitance non déclarée (27,8 %). Est également proposé une consolidation de la rémunération et du prix (21,0 %), le contrôle des compétences du sous-

traitant (18,6 %), une réglementation sur le pourcentage de prestations sous-traitées (16,3 %) et un encadrement du changement de sous-traitant en cours d'exécution (12,0 %), bien que ce cas ne se produit rarement.

Des bonnes pratiques ont été envisagées en fonction de l'acteur.

Concernant les acheteurs, ce qui est revenu le plus souvent c'est la nécessité de faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique. Cette pratique peut se traduire par le fait de solliciter plus fréquemment le contrat de sous-traitance. Cette bonne pratique, qui mérite à être développée, trouve notamment son origine dans une circulaire 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics : « La loi donne à la personne responsable du marché un droit de regard sur certaines stipulations figurant dans les contrats de sous-traitance ».

Il ne s'agit pas d'imposer la sous-traitance à tous les marchés mais de la réserver à des marchés d'une certaine envergure pour garantir l'équilibre économique du sous-traitant tout en garantissant la bonne exécution des prestations sous-traitées.

Toujours dans la volonté de sanctionner les malversations liées à la sous-traitance, il est préconisé aux acheteurs d'introduire des clauses prévoyant des pénalités conséquentes en cas de sous-traitance non déclarée.

Ces clauses auront ainsi pour effet de dissuader les titulaires de recourir à de telles pratiques.

En outre, l'étude préconise un meilleur équilibre de la pondération entre le prix et la prestation afin de diminuer la pression économique sur le titulaire, qui la fait généralement supporter à son tour sur le ou les sous-traitants.

Une autre bonne pratique permettant de faciliter l'accès à la commande publique pour les TPE/PME est la promotion des groupements momentanés d'entreprises. Plusieurs entreprises qui ont l'habitude de répondre uniquement à des contrats de sous-traitance peuvent mutualiser leurs ressources afin de répondre directement à un appel d'offre.

L'acheteur ne peut jamais interdire la constitution de tels groupes mais il peut imposer la forme des groupements.

En choisissant, la forme correcte, l'acheteur pourra faciliter l'accès au marché des groupements de TPE/PME.

Les bonnes pratiques doivent également émaner des opérateurs économiques titulaires du marché.

Il y a une volonté de systématiser la contractualisation entre titulaires et sous-traitants. Le contrat n'est pas obligatoire quand il s'agit de réaliser une prestation de sous-traitance, un simple devis peut suffire. L'absence de contrat formel met le sous-traitant en position de faiblesse par rapport au titulaire du marché. Le rapport recommande vivement d'au moins prévoir des dispositions contractuelles explicites encadrant l'objet de la prestation, le prix et les modalités de paiement, les délais et le règlement des différends afin que le sous-traitant ne se retrouve pas en situation de faiblesse.

Il faut également favoriser la transparence envers les sous-traitants. Il a été noté que les sous-traitants n'avaient pas connaissance d'éléments importants du marché qui auraient pu faciliter l'exécution de leurs prestations.

En outre, il existe une volonté de faire bénéficier les sous-traitants des mêmes avantages financiers que le titulaire. Il s'agit de mettre en œuvre le droit à la révision du prix pour le sous-traitant.

Le rapport prévoit des modifications d'ordre général.

Il y a une demande de précision quant au périmètre de la sous-traitance, particulièrement dans la déclaration de la sous-traitance.

Ces préconisations ne sont pas exhaustives, néanmoins ce n'était pas l'objet de cette étude de l'être. Elle avait pour vocation de constater la réalité des pratiques liées à la sous-traitance. Cette enquête a reçu un accueil favorable de la part des différents acteurs. Cette étude a également permis de constater la volonté de maintenir la sous-traitance mais surtout de la développer et de la protéger.

L'un des points centraux a été le fait que la sous-traitance est une première entrée dans la commande publique pour les TPE/PME. Les perspectives d'amélioration du cadre légal ont pour principale but de développer cet accès à la commande publique.