



Sous-traitance

Comment se protéger contre le risque d'impayé - Partie 1 - Marchés privés

La loi du 31 décembre 1975 a instauré un dispositif de protection des sous-traitants contre le risque d'impayé. Ce dispositif se traduit principalement par le paiement direct en matière de marchés publics et par le principe d'une garantie de paiement obligatoire en marchés privés (caution ou délégation de paiement).

Bien qu'obligatoire, ce dispositif n'est pas toujours complètement mis en œuvre. Caution bancaire ou délégation de paiement sont loin d'être systématiquement prévues tandis que le paiement direct ne concerne pas toujours la totalité du montant sous-traité... Nous aborderons successivement le cas des marchés privés et publics, à travers deux infos successives.

Protection du sous-traitant

Des dispositions d'ordre public

Les dispositions issues de la loi de 1975 sont dites « d'ordre public ». Cela signifie qu'un contrat de sous-traitance ne peut prévoir des conditions contraires. Par exemple, un contrat de sous-traitance n'a pas à remplacer un paiement direct du maître d'ouvrage par un paiement de l'entreprise principale, même partiel.

Dans le même ordre d'idée, en marchés privés, il est également illégal de se mettre d'accord sur un paiement par l'entrepreneur principal sans qu'une caution bancaire ne soit prévue en garantie.

Même si le contrat ne le prévoit pas, le sous-traitant est en droit d'exiger une garantie de paiement.

Ce dispositif constitue le plus souvent la seule parade efficace en cas de défaillance de l'entreprise principale. Se prémunir contre le risque d'impayé revient donc à exiger l'application d'un dispositif existant et déjà ancien.

Dans tous les cas, tout commence par la présentation du sous-traitant au maître d'ouvrage pour acceptation et agrément des conditions de paiement.

Préalable dans tous les cas (marchés publics et privés) : la déclaration du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement

Une double obligation pèse sur l'entrepreneur principal. Ce dernier doit ainsi :

- Faire accepter chaque sous-traitant par le maître d'ouvrage ;
- Faire agréer par celui-ci les conditions de paiement.



Le maître d'ouvrage est à ce titre censé vérifier que le sous-traitant bénéficie bien des garanties instaurées en sa faveur, à savoir :

- En matière de marchés publics, le paiement direct pour le sous-traitant de premier rang (NB : le sous-traitant de second rang doit bénéficier du dispositif prévu en marchés privés) ;
- En matière de marchés privés :
 - Soit une délégation de paiement, qui aboutit à organiser un paiement direct par le maître d'ouvrage privé ;
 - Soit une caution bancaire si le sous-traitant est payé par l'entreprise principale.

Le marché principal est un marché privé

La présentation du sous-traitant à un maître d'ouvrage privé

La loi ne prescrit aucune forme obligatoire particulière à la présentation et à l'agrément. Des modèles de courriers sont disponibles auprès de votre fédération.

Contrairement à la solution qui prévaut en matière de marchés publics, **il n'y a pas d'acceptation tacite** du sous-traitant en marché privé. Il est donc très fortement conseillé de demander un écrit.

Les garanties obligatoires

Lorsque le maître de l'ouvrage n'est ni l'Etat, ni une collectivité territoriale, ni un établissement public, ni une entreprise publique, le paiement direct ne s'applique pas.

L'entreprise principale doit dans ce cas délivrer à son sous-traitant une garantie de paiement. Il s'agira soit d'un engagement de caution délivré par un établissement financier, soit d'une délégation de paiement acceptée par le maître de l'ouvrage.

a. La caution bancaire

Si l'entreprise principale préfère payer elle-même le sous-traitant, celle-ci doit garantir le paiement des travaux sous-traités par une caution personnelle et solidaire, délivrée par un établissement financier, au bénéfice du sous-traitant, pour le montant des travaux confiés en sous-traitance.

S'il s'agit de la meilleure garantie possible, celle-ci présente toutefois un coût à prendre en compte.

b. La délégation de paiement

Il s'agit d'un document signé par le maître d'ouvrage, l'entreprise principale et le sous-traitant qui vise à organiser un « paiement direct » par le maître d'ouvrage privé.

Si ce mécanisme est gratuit, il ne protège pas contre l'insolvabilité du maître d'ouvrage privé. A noter que les maîtres d'ouvrage publics refusent le plus souvent la délégation de paiement pour les sous-traitants de second rang. La caution bancaire est dans ce cas la seule solution.

Dans tous les cas, l'entreprise principale doit toujours faire agréer les conditions de paiement du sous-traitant par le maître de l'ouvrage.

Parallèlement, le sous-traitant agréé et impayé dispose d'une action subsidiaire contre le maître d'ouvrage par le biais de l'action directe.



L'action directe en marchés privés : conditions

L'action directe permet au sous-traitant, moyennant une procédure simple, de demander au maître d'ouvrage privé de régler les sommes restant dues à l'entreprise principale.

Pour en bénéficier, le sous traitant doit cependant **impérativement avoir été accepté et ses conditions de paiement agréées**.

Mise en œuvre de l'action directe

S'il n'est pas payé par l'entrepreneur principal dans les délais prévus, le sous traitant bénéficie d'une action directe en paiement contre le maître d'ouvrage.

La procédure est simple :

- 1 - Le sous traitant adresse à l'entrepreneur principal une mise en demeure de payer en recommandé avec avis de réception. Si l'entrepreneur principal est en redressement ou liquidation judiciaire, la mise en demeure sera adressée à l'administrateur ou au liquidateur selon les cas. La créance aura été déclarée au passif.
- 2 - Une copie de cette mise en demeure est adressée simultanément au maître d'ouvrage par lettre recommandée avec avis de réception.
- 3 - L'entrepreneur principal a alors un délai d'un mois pour réagir.
- 4 - Passé ce délai d'un mois, en l'absence de paiement, le sous traitant réclame son dû directement au maître d'ouvrage.

➡ Important : Il est indispensable que ces courriers visent expressément la loi du 31 décembre 1975. Votre fédération met des modèles type à disposition de ses adhérents. Dans tous les cas, le service juridique de BTP Rhône est à votre disposition au 04 72 44 15 20.

Conséquence de la mise en œuvre de l'action directe

La réception par le maître d'ouvrage de la mise en demeure adressée à l'entrepreneur principal l'oblige à bloquer les sommes qu'il doit encore à l'entrepreneur principal, et qui devront servir à payer le sous-traitant.

Nécessité d'agir au plus vite

L'action directe ne porte cependant **que sur les sommes qui restent dues** par le maître d'ouvrage à l'entrepreneur principal à la date de réception de la copie de la mise en demeure. En cas de retard de paiement, il faut donc agir au plus vite afin que l'assiette de l'action directe soit la plus importante possible.

En tout état de cause, l'action directe est réservée au sous traitant accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées. Il arrive toutefois bien souvent que le sous traitant n'ait pas été déclaré.

Dans un tel cas, même si la voie de l'action directe est fermée, le sous traitant a encore la possibilité d'agir en responsabilité contre le maître d'ouvrage.



La responsabilité du maître d'ouvrage

Les obligations du maître d'ouvrage

Si le maître d'ouvrage a connaissance de la présence d'un sous-traitant non agréé sur le chantier, il doit mettre l'entreprise principale en demeure de régulariser la situation (loi no 75-1334 du 31 décembre 1975 - article 14.1).

➡ Remarque : Les dispositions ci-dessus concernant le maître de l'ouvrage ne s'appliquent pas « à la personne physique construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint ».

En d'autres termes, ces dispositions concernent le **maître d'ouvrage professionnel**.

La réparation du préjudice subi

En cas d'inaction de la part du maître d'ouvrage, celui-ci engage sa responsabilité et le sous traitant peut lui demander réparation du préjudice subi.

En fonction des circonstances, ce préjudice sera évalué par rapport au montant de l'impayé. Ceci peut bien évidemment conduire le maître d'ouvrage à payer deux fois une partie des travaux dans le cas où il les aurait déjà réglés à l'entrepreneur principal.

Condition : Prouver que le maître d'ouvrage avait connaissance de la présence du sous-traitant sur son chantier

Pour avoir une chance de mettre en jeu la responsabilité du maître d'ouvrage, le sous-traitant doit impérativement prouver que celui-ci connaissait son intervention sur le chantier, et ce avant qu'il ne paie complètement l'entrepreneur principal.

Il peut invoquer tous les éléments de preuve permettant de l'établir : courriers échangés, mails nommant le sous-traitant, comptes rendus de chantier, etc.

Peu d'entreprises sont toutefois en mesure de rapporter cette preuve. Il est donc **conseillé au sous-traitant de se manifester auprès du maître d'ouvrage dès le début de ses travaux**.

Peu importe à ce titre que la sous-traitance soit découverte par le maître de l'ouvrage après que le sous traitant ait quitté le chantier, dès lors que cette découverte intervient avant complet paiement de l'entrepreneur principal.

En effet, la faute du maître d'ouvrage consiste justement dans le paiement de l'entrepreneur principal tout en connaissant l'existence d'un sous traitant et sans s'être préoccupé de savoir si celui-ci bénéficiait ou non des garanties de paiement obligatoires créés par la loi en sa faveur.

A noter que le sous traitant de deuxième rang qui n'est pas payé peut de même engager la responsabilité du maître de l'ouvrage, mais pas celle de l'entreprise principale titulaire du marché. L'article 14-1 ne crée en effet d'obligation qu'à l'égard du maître de l'ouvrage. Or celui-ci reste toujours le même quel que soit la succession des sous-traitants.