

Les pièges à éviter en matière de sous-traitance

« La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage »

- Art 1 loi du 31 décembre 1975 -

La loi du 31 décembre 1975 va fêter son 45e anniversaire, ce qui constitue sans conteste un record de longévité.

Malheureusement, elle est encore trop méconnue par certains entrepreneurs ou maîtres d'ouvrage et elle peut révéler de nombreux pièges tant sur le plan civil que pénal, ce d'autant plus que son champ d'action n'a cessé de s'étendre.

En effet, la loi sur la sous-traitance est née du premier choc pétrolier en 1973 et a été conçue dans un seul but : celui d'assurer la protection du sous-traitant contre tous les autres acteurs du bâtiment et, en particulier (fait unique en droit français), de faire échapper le sous-traitant aux conséquences de la faillite de son donneur d'ordre, l'entreprise principale.

1. Les pièges à éviter sur le plan civil :

Il est aujourd'hui considéré comme indispensable d'avoir un contrat constituant un marché forfaitaire entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant (on pourra utiliser les formulaires fournis par la Fédération française du bâtiment : contrat simplifié ou contrat complet).

L'entrepreneur principal ne doit d'ailleurs pas oublier que le maître d'ouvrage peut toujours exiger la fourniture des contrats passés avec le sous-traitant (article 3 de la loi).

Dès la signature du contrat de sous-traitance, le sous-traitant doit **obligatoirement** bénéficier par l'entrepreneur principal d'une caution couvrant 100 % de son marché (travaux supplémentaires inclus) ou d'une délégation de paiement auprès du maître d'ouvrage (article 14 de la loi).

À toutes fins utiles, il est rappelé qu'il ne peut exister aucune dérogation, même contractuelle, aux dispositions de la loi qui sont d'ordre public (article 15 de la loi).

Si le sous-traitant a été accepté et agréé, mais n'a pas pu bénéficier des dispositions protectrices de la loi, il pourra toujours exercer l'action directe sur les sommes restant dues par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal (articles 12 et 13 de la loi).

Si le maître d'ouvrage n'a pas respecté la mise en demeure que doit lui adresser préalablement le sous-traitant, il sera tenu de payer une deuxième fois au sous-traitant ce qu'il a déjà payé à l'entrepreneur principal.

Dans la même hypothèse, le sous-traitant pourra, en vertu de l'article 3-2 de la loi, invoquer contre l'entrepreneur principal les dispositions contractuelles, mais l'entreprise principale ne pourra, quant à elle, invoquer ces dispositions à l'encontre du sous-traitant (**inopposabilité du contrat**), ce qui le privera notamment du droit d'appliquer les pénalités de retard, le compte prorata ou le compte préchauffage par exemple.

Si le sous-traitant a été accepté et ses conditions de paiement agréées par le maître d'ouvrage, mais qu'il n'a pas reçu la caution conformément aux exigences de la loi, le sous-traitant pourra faire prononcer judiciairement la **nullité du contrat**, le prix des travaux devra alors être fixé en justice par voie expertale selon la technique du métré (débours ou barème bâti-prix).

Par ailleurs, le maître d'ouvrage n'est pas non plus exempt de sanctions, car s'il a connaissance de l'existence du sous-traitant (c'est à ce dernier d'en rapporter la preuve) et que l'entreprise principale est défaillante sans avoir fourni de caution, il devra alors payer au sous-traitant les sommes qui lui sont dues même s'il les a déjà réglées à l'entreprise principale.

Dans le cadre des marchés publics où le paiement direct est de règle, il convient de rappeler que la sous-traitance de second degré est possible, le sous-traitant bénéficiant dans cette hypothèse du même système de garantie que celui donné dans les marchés privés.

Il convient de signaler également les conditions rigoureuses posées par l'article 8 de la loi qui dispose que l'entrepreneur principal dispose d'un délai de 15 jours à compter de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct qui lui sont notifiées par son sous-traitant pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation.

En effet, passé ce délai, l'entrepreneur principal est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièce justificative qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées et est tenu de les régler.

2. Les pièges à éviter sur le plan pénal :

La loi sur la sous-traitance est devenue aujourd'hui le support des actions pénales exercées au titre :

- Du travail dissimulé et clandestin,
- Du travail détaché.

A. Le travail dissimulé

L'entrepreneur principal qui sous-traite doit se livrer à un véritable travail d'investigation et de surveillance dont ne peut d'ailleurs s'exonérer le maître d'ouvrage.

En premier lieu, il appartient à l'entreprise de vérifier nominativement que les salariés du sous-traitant sont bien inscrits sur le site de l'URSSAF (<https://www.urssaf.fr/portail/home/utile-et-pratique/verification-attestation.html>) et que le nombre des salariés mis à disposition sur le chantier est cohérent avec la masse salariale de l'entrepreneur sous-traitant (par exemple, 10 salariés mis à disposition ne peuvent justifier une masse salariale sur l'année inférieure à 35.000€).

L'entrepreneur principal devra en outre s'assurer que les salariés disposent de titres de séjour et de papiers en bonne règle.

Aussi, pendant la durée du chantier, il devra contrôler que les salariés du sous-traitant présents sont bien ceux qui ont été déclarés à l'origine de la conclusion du contrat et, à défaut, il devra leur refuser l'entrée sur le chantier ; d'où l'intérêt d'instituer des délégations de pouvoir confiant ce pouvoir de vérification au bénéfice des chefs de chantier ou des chefs d'équipe.

Enfin, sur le principe des rapports entre entrepreneur principal et sous-traitant, il convient de rappeler que s'il s'agit d'un contrat d'entreprise au même titre que celui liant le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal, il doit donc être exécuté en parfaite indépendance sans qu'il ne puisse être soupçonné l'existence d'un lien de subordination qui serait susceptible d'entraîner sa requalification en contrat de travail.

Pour éviter ce genre de situations très dangereuses, il convient de prendre les précautions d'usage suivantes :

- Ne pas être l'unique cocontractant du sous-traitant sur l'ensemble de ses chantiers (dépendance de fait) ;
- Ne pas mettre à disposition du sous-traitant les moyens matériels de sa mission en dehors de la stricte fourniture des matériaux de construction (excluant la fourniture de l'équipement de travail, de l'outillage, la mise à disposition des véhicules de la société, des équipements de protection, des uniformes avec logo de l'entreprise, etc.) ;
- Ne pas donner d'ordres d'exécution aux salariés du sous-traitant où contrôler la bonne exécution des travaux en cours d'exécution, mais toujours passer par le chef de chantier ;
- Ne jamais facturer à l'heure ou à la journée (privilégier le forfait) ou en fonction du nombre de salariés utilisé ;
- Définir précisément les prestations à réaliser assorties de délais impératifs et pénalités de retard.

Il convient de prendre en considération que s'il y a la moindre irrégularité sur le plan social au niveau de la situation des salariés du sous-traitant, le maître d'ouvrage pourra lui aussi être poursuivi, au même titre que l'entrepreneur principal sera tenu solidairement responsable des condamnations prononcées par le tribunal sur la créance due aux organismes sociaux et en particulier à l'URSSAF.

Enfin, il est important de relever que la complicité de travail dissimulé peut entraîner des condamnations allant jusqu'à 3 ans de prison et/ou 45.000€ d'amende ainsi que, à titre de peine complémentaire, une interdiction d'exercer, l'exclusion des marchés publics et l'affichage du jugement dans les journaux.

B. Sur le travail détaché

Il convient de relever les changements applicables à compter du 30/7/2020 résultant de l'adoption de la directive 2018/957 qui révisé la première directive détachement adopté en 1996.

Ces nouvelles dispositions, ayant pour but de créer des conditions de concurrence équitable et de renforcer la protection des travailleurs détachés, imposent qu'un salarié détaché en France par une entreprise établie à l'étranger bénéficie de la même rémunération qu'un salarié employé par une entreprise établie en France réalisant les mêmes tâches.

L'employeur doit notamment rembourser au salarié détaché les frais professionnels en matière de transport repas ou hébergement lorsque le salarié détaché doit se déplacer vers où depuis son lieu de travail en France si des dispositions légales ou conventionnelles françaises le prévoient.

Les DIRECCTE ont désormais la possibilité d'interdire une nouvelle prestation de services à une entreprise prise en défaut de paiement d'une amende administrative en matière de non-respect des règles relative au détachement sans attendre la réalisation d'une nouvelle prestation.

Il est de notre avis que la solidarité applicable en matière de cotisations sociales aura également lieu de s'appliquer en matière d'amende à la réglementation sur le travail détaché, imposant à l'entrepreneur principal et au maitre d'ouvrage une particulière vigilance sur ces questions.

*

* *

Chacun comprendra que le mécanisme de la sous-traitance est complexe, mais qu'il doit être scrupuleusement observé et approuvé.

Les enjeux, tant pour le sous-traitant que pour l'entrepreneur principal, mais également le maitre d'ouvrage sont tels qu'il est devenu impératif d'éliminer les imprécisions et les tentatives de fraude encore trop fréquentes sur le sujet.

Il convient donc que vous puissiez questionner votre Fédération chaque fois que se posera une difficulté pour qu'elle puisse vous renseigner utilement et **préalablement** sur les bons formulaires à utiliser ainsi que les formalités à respecter ou vous diriger vers les Conseils qui ont une réelle compétence en la matière.

Claude VAILLANT

Avocat à la Cour

BASE DOCUMENTAIRE SCP VAILLANT & ASSOCIÉS

AVERTISSEMENT

Il est rappelé que les documents mis à disposition sur cette plateforme ne dispensent aucunement les utilisateurs de la consultation d'un professionnel du droit.

Les modèles ne doivent pas être considérés pour autre chose que ce qu'ils sont, c'est à dire des exemples issus de la pratique contractuelle et non des formulaires permettant la rédaction d'un acte définitif valable et efficace dans toutes les situations.

Par ailleurs, les efforts des auteurs afin de tenir les modèles à jour ne garantissent aucunement l'efficacité de l'acte lors du téléchargement. En effet, la rapidité de l'évolution législative, réglementaire et jurisprudentielle rend pratiquement impossible la mise à jour en temps réel.

Il appartient, par conséquent, à l'utilisateur du modèle d'acte d'effectuer, de son propre chef, toutes les recherches documentaires utiles, notamment sur le site www.net-iris.com et sur les sites officiels, tels que, à simple titre d'exemple, www.legifrance.gouv.fr, www.courdecassation.fr, www.conseil-etat.fr, www.conseil-constitutionnel.fr, www.curia.eu.int, www.echr.coe.int, www.justice.gouv.fr, www.minefi.gouv.fr, www.admifrance.gouv.fr, www.assemblee-nationale.fr, www.senat.fr, en vue de rédiger un acte valable et efficace.

S'il n'est pas un professionnel du droit, il lui appartient alors de se faire conseiller lors de la rédaction de l'acte ou postérieurement à celle-ci, avant sa signature.



SCP VAILLANT & ASSOCIÉS
Avocat à la Cour d'Appel de Paris

71 boulevard Raspail - 75006 Paris
Tél. 01.45.44.43.40 - Fax 01.45.48.25.52

cabinet@scpvallant.com
Site : www.cabinet-scpvallant.fr