

À la recherche du critère de qualification du contrat de sous-traitance

La définition précise du contrat de sous-traitance s'avère ambiguë si on s'appuie uniquement sur les termes de la loi du 31 décembre 1975. La jurisprudence a apporté des précisions et qualifie de contrat de sous-traitance la convention conduisant un tiers à prendre une « responsabilité directe dans la réalisation de l'ouvrage », ce qui revient à participer directement à l'exécution même du contrat confié à l'entreprise principale par le maître de l'ouvrage. Comment les juges ont-ils appliqué ce critère de qualification ?

On définit souvent le contrat de sous-traitance – par opposition au contrat de fournitures – en ce qu'il porterait sur la livraison de biens qui ne sont pas de production courante, standardisée, ou qu'il intégrerait une prestation de pose ou d'installation.

Mais il s'agit là d'une approche imparfaite, et même inexacte, au regard du dernier état de la jurisprudence, qui se révèle d'un maniement complexe et dont il est proposé ici de synthétiser la teneur.

Notion de contrat d'entreprise

L'article 1^{er} de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance dispose que « Au sens de la présente loi, 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 ».

En dépit de l'ambiguïté de la formule⁽¹⁾, il est bien évident que ce n'est que si l'exécution d'une partie d'un marché public conduit à exécuter une partie d'un « contrat d'entreprise », que la convention pourra être qualifiée de contrat de sous-traitance.

Cette notion de contrat d'entreprise employée par la loi sur la sous-traitance est en revanche, et c'est ici toute la complexité du sujet, d'une appréhension difficile.

Elle est traditionnellement définie par renvoi à celle aujourd'hui utilisée par le Code civil, de contrat de

Auteurs

Jérémie Couette
Christophe Cabanes
Avocats au Barreau de Paris
CABANES Avocats

(1) qui renvoie en réalité ici à l'interdiction de la sous-traitance totale en matière de marchés publics qui figure désormais à l'article L. 2193-2, alinéa 1^{er} du Code de la commande publique.

louage d'ouvrage, que son article 1710 définit comme « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

Ce qui n'avance pas significativement la réflexion...

En définitive, la jurisprudence a procédé à une définition du contrat par opposition : au contrat de travail, au contrat de location, au contrat de prêt de main-d'œuvre ou encore en particulier au contrat de fournitures.

Pour en synthétiser la teneur, il peut être considéré aujourd'hui que le juge qualifie de contrat de sous-traitance au sens de la loi du 31 décembre 1975, qui s'applique donc de façon transversale aux marchés publics comme privé, la convention conduisant un tiers à prendre une « responsabilité directe dans la réalisation de l'ouvrage »^[2].

Plus encore, le prestataire doit participer directement à l'exécution même du contrat confié à l'entreprise principale par le maître de l'ouvrage.

L'analyse de la jurisprudence démontre que cette participation directe peut prendre de multiples formes, mais cette participation peut être considérée comme devant toujours procéder *in fine*, pour reprendre une jurisprudence de la Cour de cassation de 2002, d'un apport de conception, d'industrie ou de matière à l'acte de construire.

C'est bien là de notre point de vue le critère essentiel – quoiqu'insuffisant synthétisé en ces termes – du contrat de sous-traitance.

L'apport de conception à l'acte de construire

La Cour de cassation a rapidement jugé que « les travaux d'ordre intellectuel » n'étaient pas exclus de la définition du contrat d'entreprise, et que par des prestations d'étude et de calculs, un ingénieur conseil « participe, en engageant sa responsabilité personnelle vis-à-vis de l'entrepreneur, à l'exécution du contrat d'entreprise ».^[3]

Aussi, la jurisprudence administrative a assimilé sans difficulté les bureaux d'études chargés d'établir des plans, études et synthèses techniques, à des sous-traitants^[4].

Mais la difficulté qui se pose en pratique est celle du contrat de fournitures intégrant une dimension de « conception ».

Il n'est pas ici question de « conception », au sens où pouvait l'entendre l'ancienne loi MOP, mais plus précisément de prestations d'études ou d'ingénierie associées à un produit.

La Cour de cassation a d'abord considéré que la « fabrication qui ne répondait pas à des caractéristiques définies à l'avance » « mais portait sur un produit spécifique destiné à répondre aux besoins particuliers » du commanditaire, relevait du contrat de sous-traitance.^[5]

À l'analyse, cette position n'apparaît plus d'actualité, au regard d'arrêts plus récents présentant une approche nettement plus restrictive, exigeant selon les formules, la démonstration de l'existence de « produits individualisés, façonnés à la demande et non substituables »^[6], ou encore d'une « technique de fabrication spécifique à [la] commande, rendant impossible la substitution d'un produit équivalent et (...) incompatible avec une production en série normalisée ».

Mais, et c'est le sens de la formule, un produit « façonné à la demande » peut être substituable.

L'illustration la plus courante étant celle de produits dont les mesures sont établies sur la base du cahier des charges, ce qui ne suffit donc pas à caractériser un contrat de fournitures.

Voir ainsi pour une simple « adaptation réalisée pour chaque commande en fonction de mesures précises »^[7] ou encore pour la « prise en charge de critères géométriques, de charge et d'emplacement propres à l'ouvrage ».^[8]

Cela se complique lorsque l'on cherche à appréhender ce à quoi pourrait renvoyer cette exigence première de technique de fabrication spécifique à la commande.

En effet, il est considéré en substance que si des outils de production automatisés peuvent permettre une adaptation pour chaque chantier en fonction de caractéristiques techniques qui leur sont propre, le bien livré relève du contrat de fourniture, faute de démonstration de ce que le prestataire aurait été contraint « de prévoir ou d'utiliser une technique de fabrication spécifique pour la commande du chantier en cause » ou de réaliser « un travail de conception spécifique résultant de la prise en considération de données incompatibles avec la production automatisée qu'elle mettait en œuvre »^[9].

De quoi peut-il s'agir concrètement lorsque le juge évoque la nécessité, par opposition à une production courante ou standardisée, d'une adaptation de l'appareil de production ?

À notre connaissance, seuls deux exemples illustrent de façon réellement précise cette exigence.

Un arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 2009 juge que dès lors que « l'offre et la commande d'éléments préfabriqués prévoyaient la prestation et le coût « Bureau d'études » incluant les plans d'ensemble des diverses façades, coupes et détails nécessaires à la

[2] Cass. 3^e civ., 21 avril 1982, n° 80-14.105.

[3] Cass. 3^e civ., 28 février 1984, n° 82-15.550.

[4] Voir pour un exemple récent : CAA Paris 9 avril 2019, Société Cabinet Bringer, req. n° 18PA00416.

[5] Cass. com., 17 mars 1998, n° 95-17.997.

[6] Cass. 3^e civ., 19 décembre 2019, n° 18-23.264.

[7] Cass. 3^e civ., 21 octobre 2014, n° 13-21.031.

[8] Cass. 3^e civ., 2 juillet 2008, n° 06-20.946.

[9] Cass. 3^e civ., 9 mars 2017, n° 16-12.891.

fabrication, les listes des panneaux préfabriqués, les plans de fabrication de chaque type de pièces, les notes de calcul nécessaires à l'établissement des plans », la « multiplicité des données à prendre en compte pour établir les notes de calcul et les plans de fabrication constituaient un travail spécifique nécessitant une adaptation constante aux exigences des plans de fabrication conçus pour la seule exécution des éléments destinés au chantier »^[10].

La jurisprudence excluant la production de « plans et croquis »^[11] associée à une fourniture comme qualifiante de contrat de sous-traitance, il y aurait donc lieu de devoir retenir comme indice principal la réalisation de notes de calcul imposée par la multiplicité de données à prendre en compte.

Plus récemment mais de façon probablement moins éclairante, la Cour de cassation a jugé en 2017 que la commande des éléments du matériel relatif à un automate programmable à distance adapté pour son implantation, d'un superviseur, et d'un logiciel « conçu spécialement » et « nécessaire au fonctionnement du tout », traduisaient « un travail spécifique que l'entrepreneur principal destine à un client final » et donc un contrat de sous-traitance^[12].

La jurisprudence administrative récente, qui refuse également la qualification de contrat de sous-traitance à la simple livraison de fourniture^[13] adopte une position, si ce n'est aussi exigeante, au moins en cohérence avec celle de la Cour de cassation, en jugeant que la seule *fabrication sur mesure* ne suffit pas *stricto sensu* à la qualification de contrat d'entreprise.

Elle vérifie pour sa part un simple réel travail intellectuel spécifique, qui de notre point de vue présente une facilité d'appréhension plus grande que la notion de *technique de fabrication spécifique*.

Ont ainsi pu être qualifiés de simples contrats de fournitures les contrats par lesquels avaient été livrés :

- « des armatures en acier, standards ou façonnées » dont les caractéristiques devaient certes « répondre aux spécifications techniques du marché », mais pour lesquels les plans de pose et études produits, pourtant élaborés par un bureau d'études, ne suffisaient pas à établir que le prestataire « aurait conçu et réalisé des armatures en mettant en œuvre des techniques particulières pour répondre aux spécificités du marché. »^[14] ;
- « des pavés, dalles et bordures de granit façonnés » dont là encore les caractéristiques devaient évidemment « répondre aux spécifications techniques du marché », mais pour lesquels « le seul travail spécifique (...) a consisté en la fourniture de ces éléments importés de Chine aux finitions

et dimensions exigées par le marché, sans que ce type de façonnage présente une spécificité technique particulière »^[15] ;

- des « ossatures et des charpentes en bois », la circonstance qu'elles aient été fabriquées « aux mesures de longueur, d'épaisseur et de largeur demandées » ne suffisant pas « à démontrer que l'ouvrage nécessitait le recours à un produit spécifique fabriqué par la société ou que les pièces de bois qu'elle a fournies présentaient des spécifications techniques particulières »^[16].

En dépit d'une moindre exigence de cette approche, les exemples de jurisprudences administratives dans lesquels la qualification de contrat de sous-traitance prend le pas sur celle de contrat de fournitures s'avèrent en définitive relativement peu nombreux.

Peuvent ainsi être cités les trois espèces récentes suivantes.

D'abord, la fourniture d'un « ensemble d'armatures en béton répondant à des spécifications techniques précises, en termes de diamètre, de longueur de forme et de poids, façonnées sur mesure, en dehors de tout catalogue et conformément aux plans définis par le bureau d'études techniques », par opposition à la « simple fourniture d'armatures standardisées, qui ne nécessitent pas un savoir-faire de fabrication particulier et sont susceptibles d'être réutilisées dans d'autres chantiers »^[17].

Ensuite, « la fourniture ainsi que la pose de lanterneaux sur une structure singulière prenant la forme d'un dôme dont les dimensions et les caractéristiques sont propres au bâtiment », ces lanterneaux présentant « des spécificités qui les distinguent les uns des autres, compte tenu notamment des propriétés de l'ouvrage »^[18].

Enfin, « un ensemble de menuiseries en verre et aluminium répondant à des spécificités techniques précises, en termes de dimensions, de couleurs et d'accessoires, « et qui ont dû être fabriquées sur mesure, afin de répondre aux sept différentes dimensions des ouvertures de bâtiments à réhabiliter ».

Si ce dernier exemple apparaîtrait contraire à la jurisprudence civile, la cour administrative d'appel de Versailles a en réalité alors ajouté que le prestataire était « par ailleurs » intervenu sur le chantier en assistance de la pose, et pour « assurer sur place les derniers réglages de celles-ci »^[19].

Or, il s'agit là d'une composante alternative du critère de qualification, tenant à l'apport d'industrie à l'acte de construire.

[10] Cass. 3^e civ., 18 novembre 2009, n° 08-19.355.

[11] Cass. 3^e civ., 14 décembre 2010, n° 10-10.312.

[12] Cass. com., 27 septembre 2017, n° 15-15.073.

[13] CE 26 septembre 2007, Département du Gard, req. n° 255993.

[14] CAA Lyon 25 mars 2021, Société Pro Armature Savoie, req. n° 19LY02198 ; cf. également décision de non-admission du pourvoi CE 29 octobre 2021, req. n° 452835.

[15] CAA Bordeaux 30 juillet 2019, Société Anjou Granit Import, req. n° 17BX02501.

[16] CAA Douai 26 janvier 2021, Commune d'Awoingt, req. n° 19DA00948.

[17] CAA Versailles 16 mars 2023, Société d'Armatures spéciales, req. n° 18VE02937.

[18] CAA Nancy 3 décembre 2019, Société EDA, req. n° 18NC02306.

[19] CAA Versailles 19 mai 2022, Société Maugin, req. n° 19VE01184.

Il doit donc être considéré à ce stade du raisonnement que le contrat de sous-traitance suppose un apport de conception à l'acte de construire, qui ne saurait se limiter à de simples études, mais suppose *a minima* la prise en compte de données multiples et complexes, et pour le juge civil, une adaptation des procédés de fabrication, que l'on persiste à peiner à parfaitement appréhender.

L'apport d'industrie à l'acte de construire

La participation directe à l'acte de construire peut également prendre la forme d'un apport en industrie.

Comme déjà indiqué, la Cour de cassation a toujours considéré que la qualité de sous-traitant suppose une « responsabilité directe dans la réalisation de l'ouvrage », conduisant ce dernier à se substituer à l'entreprise principale, cela en particulier par opposition à la simple mise à disposition d'un matériel.^[20]

Et le simple fait d'associer du personnel à ce matériel ne saurait pour autant constituer un apport en industrie.

Les contrats de location de matériels emportant mise à disposition du personnel n'étant pas assimilés à des contrats de sous-traitance^[21] et cela en raison de l'exigence d'« indépendance » attachée par la Cour de cassation au contrat d'entreprise, par opposition au contrat de prêt de main-d'œuvre, ce qu'elle rappelle régulièrement^[22].

En revanche, lorsque tout en conservant l'autorité sur son personnel, le tiers participe par son intervention à l'acte de construire, il est alors regardé comme un sous-traitant.

En pratique, cela revient à considérer qu'une prestation de pose, associée à la fourniture, disqualifie *en principe* le contrat de fourniture en contrat de sous-traitance.

Mais *en principe* seulement, puisqu'à lire certains arrêts, il importe tout de même de vérifier que cette pose a bien conduit à participer à l'exécution du marché principal, puisque selon la Cour de cassation, « en effectuant la pose, l'entreprise [peut avoir] exécuté pour partie un contrat d'entreprise »^[23].

À l'inverse toutefois, d'autres espèces se limitent à vérifier cette pose, ou « installation sur place »^[24].

Ainsi jugé que constitue un contrat de fourniture, celui par lequel le prestataire confectionne les produits livrés en se conformant aux instructions données, sans avoir « participé à la mise en œuvre des éléments fournis »^[25].

Au contraire, l'entreprise chargée à la fois de la fourniture d'éléments de menuiserie et de leur pose, est regardée comme ayant « exécuté pour partie le contrat d'entreprise »^[26].

En définitive, cette référence à la notion de pose participant de l'exécution même du contrat d'entreprise pourrait renvoyer à une hypothèse spécifique : celle dans laquelle les travaux confiés à un tiers portent sur la réparation de désordres.

La Cour de cassation jugeant que dans cette hypothèse, il ne s'agit pas à proprement parler d'exécuter les travaux commandés dans le marché principal, et donc pas d'un contrat de sous-traitance.^[27]

L'apport de matière à l'acte de construire

Demeure la troisième hypothèse de qualification du contrat de sous-traitance : l'apport de matière à l'acte de construire.

Cette exigence peut également être définie par la nécessité de démontrer une « incorporation de matière à l'ouvrage final », dimension parfois oubliée du contrat d'entreprise.

La jurisprudence a en effet pu refuser le caractère de sous-traitance au contrat de location d'un échafaudage en relevant que le prestataire ne participait pas « directement par apport de conception, d'industrie ou de matière à l'acte de construire objet du marché principal [se limitant] à mettre à la disposition du locateur d'ouvrage le matériel adapté dont il avait besoin pour mener à bien sa tâche ».

Si cette décision avait également relevé « qu'aucun document n'établissait la réalité de prestations relevant d'une spécificité particulière »^[28], un arrêt plus récent tranche également dans le sens d'une absence de sous-traitance, s'agissant d'ouvrages provisoires (échafaudages), même requérant des études poussées, motif pris d'une absence de participation à l'acte de construire en lui-même.

Confirmant l'autonomie du critère de *l'apport de matière à l'acte de construire*, comme le laisse clairement à penser la citation complète de cet arrêt : « même si les sociétés Entrepose échafaudages et entrepose se sont livrées à des études techniques parfois complexes prenant en compte, s'agissant d'échafaudages destinés à un chantier important et de grande hauteur, les caractéristiques du bâtiment et les impératifs de sécurité et ont procédé au montage du matériel, ces sociétés n'ont pas participé directement, par apport de conception, d'industrie ou de

[20] Cass. 3^e civ., 21 avril 1982, n° 80-14.105.

[21] Cass. com., 1^{er} décembre 1992, n° 90-18.315 ; Cass. 3^e civ., 9 octobre 2012, n° 10-25.752.

[22] Voir pour un exemple récent Cass. 3^e civ., 9 juillet 2020, n° 19-18.183.

[23] Cass. 3^e civ., 31 janvier 1996, n° 93-19.662.

[24] Cass. 3^e civ., 14 décembre 2017, n° 14-20.298.

[25] Cass. 3^e civ., 18 janvier 1983, n° 81-11.429.

[26] Cass. 3^e civ., 31 janvier 1996, n° 93-19.662 ; voir également Cass. 3^e civ., 17 mars 2010, n° 09-12.208.

[27] Cass. 3^e civ., 15 décembre 2004, n° 03-15.396 ; Cass. 3^e civ., 14 avril 2010, n° 09-12.339.

[28] Cass. 3^e civ., 23 janvier 2002, n° 00-17.759.

matière à l'acte de construire, objet du marché principal, mais se sont limitées à mettre à la disposition du locateur d'ouvrage l'outil parfois spécialement adapté dont il avait besoin pour mener à bien sa tâche »^[29].

Approche synthétique de la notion de sous-traitance

En synthèse, et elle est nécessaire tant la matière est dense et complexe, il doit être considéré que la définition actuelle par le Code de la commande publique du champ d'application de ses obligations relatives à la sous-traitance, est incomplète et insuffisante.

L'article L. 2193-1 du Code de la commande publique dispose que « Le présent chapitre s'applique aux marchés

de travaux, aux marchés de services et aux marchés de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation ».

Cette approche est incomplète, puisque des travaux de pose ou d'installation inclus à un marché de fournitures ne suffisent pas à l'ériger en contrat d'entreprise.

Elle est insuffisante puisque le contrat de fournitures peut également caractériser un contrat d'entreprise lorsqu'il implique un apport de conception ou de matière à l'acte de construire.

En l'état de la jurisprudence, il y a en réalité lieu de considérer que ledit *chapitre s'applique aux marchés de fournitures induisant une participation directe, par apport de conception, d'industrie ou de matière à l'acte de construire.*

Mais force est de reconnaître au terme de l'exercice, que même en le formulant ainsi, la complexité de la matière, probablement encore non tout à fait stabilisée, n'est qu'effleurée.

[29] Cass. 3^e civ., 28 mai 2002, n° 00-12.680.