



Sous-traitance

Les bonnes pratiques pour éviter les risques

L'article 1er de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance définit cette dernière comme l'opération par laquelle un entrepreneur confie, sous sa responsabilité, à une autre personne « l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».

La sous-traitance, en elle-même tout à fait légale, implique donc plusieurs critères qualifiants. En cas de contrôle, si la DREETS considère que les conditions réelles constatées ne remplissent pas ces critères qualifiants, le contrat de sous-traitance peut être alors « requalifié » : cela signifie que l'administration va rejeter la qualification de sous-traitance au profit d'une autre. C'est ainsi que l'administration pourra retenir à la place un contrat portant sur de la fourniture illicite de main d'œuvre, ou même un contrat de travail.

Les conséquences d'une telle requalification peuvent être graves. Voici donc à la fois les précautions de base, les critères permettant de caractériser un contrat de sous-traitance ainsi que les pratiques véritablement à risques.

Notion de sous-traitance

Au sens de la loi du 31 décembre 1975, il y a sous-traitance lorsque le sous-traitant exécute tout ou partie du marché conclu entre l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage.

Ainsi, un fournisseur de matériaux, un loueur de grue ou d'échafaudage, ou même un cotraitant ne sont pas des sous-traitants.

I - Quelques précautions de base

1. Devoir de vigilance et vérifications obligatoires en matière de travail illégal

Pour un cocontractant établi ou domicilié en France, le donneur d'ordre doit impérativement exiger la remise des documents suivants lors de la conclusion du contrat, puis de manière récurrente tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution (article D8222 -5 du Code du travail).

- L'attestation de fourniture de déclarations et de paiement des cotisations sociales émanant de l'Urssaf, datant de moins de six mois, dont il convient de vérifier l'authenticité à l'aide d'un code de vérification figurant sur l'attestation ;
Remarque : L'effectif figurant sur l'attestation, déclaré par le sous-traitant, doit lui permettre de réaliser le volume des travaux à réaliser et que la masse salariale déclarée est cohérente avec son effectif réel.
- Un avis d'inscription au registre national des entreprises (RNE) ou un extrait K-bis justifiant de l'immatriculation au registre du commerce ;
- Une liste nominative des salariés étrangers extracommunautaires soumis à autorisation de travail précisant, pour chaque salarié, sa date d'embauche, sa nationalité ainsi que le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail.

Cette obligation s'applique pour tout contrat d'un montant minimum de 5 000 euros HT. Ce montant s'apprécie de manière globale sur l'ensemble de l'opération matérielle. Il englobe le contrat principal ainsi que tous ses avenants, bons de commande ou prestations successives rattachés. La division artificielle d'un marché ou d'une opération en plusieurs bons de commande inférieurs à ce seuil est systématiquement écartée par l'URSSAF.

Attention : Ces vérifications liées à la lutte contre le travail illégal ne concernent pas uniquement la sous-traitance. Sont visés les contrats portant sur « l'exécution d'un travail, la fourniture d'une prestation de services ou l'accomplissement d'un acte de commerce ».

Les vérifications obligatoires concernent donc en réalité tous types de prestations, « tels les contrats de production, de fabrication, de transformation, de réparation, de construction, de fourniture, de vente, de travaux agricoles, de prestations de services, matérielles, intellectuelles ou artistiques, de transport, de sous-traitance industrielle ou de travaux » (circulaire interministérielle N°DSS/SD5C/2012/186 du 16 novembre 2012).

En pratique, seront donc également concernés des prestataires de gardiennage, de nettoyage, ou un laqueur intervenant dans son propre atelier.

Risques en l'absence de ces vérifications – la solidarité financière

Si le sous-traitant fait l'objet d'un procès-verbal pour délit de travail dissimulé, le donneur d'ordre défaillant dans son obligation de vigilance peut être déclaré solidairement responsable du paiement notamment des impôts, taxes et cotisations de sécurité sociale éventuellement impayées. Dans un tel cas, l'Urssaf dispose également de la faculté d'annuler les propres exonérations et réductions de cotisations de sécurité sociale dont a bénéficié l'entreprise sur l'ensemble de la période au cours de laquelle le manquement à l'obligation de vigilance a été constaté.

2. La déclaration du sous-traitant au maître d'ouvrage

La loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance et le Code de la commande publique prévoient l'obligation de faire accepter le sous-traitant, faire agréer ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage.

La réglementation prévoit en effet plusieurs mécanismes de garantie du sous-traitant contre le risque d'impayé. Le paiement direct par le maître d'ouvrage public concerne le sous-traitant de premier rang, tandis que, si le marché principal est un marché privé, il est prévu soit une caution bancaire, soit une délégation de paiement (mécanisme organisant un paiement du sous-traitant par le maître d'ouvrage privé. Il en va de même pour le sous-traitant de second rang (sous-traitance indirecte).

Dans le cadre de son agrément, le maître d'ouvrage doit notamment précisément vérifier que le sous-traitant bénéficie de ses dispositions.

Par ailleurs, rappelons que l'absence de présentation à l'acceptation et l'agrément du sous-traitant est sanctionnées par une amende de 7500 euros ([article L8271-1-1 du Code du travail](#)). Cette amende peut être prononcée autant de fois qu'il y a de sous-traitant concerné.

II - Les pratiques à risque et la possible requalification

1. Ce qu'est la sous-traitance

Sous-traiter signifie donc confier une partie de ses travaux à une autre entreprise. Une situation de sous-traitance doit donc se caractériser notamment par :

- L'autonomie du sous-traitant ;
- Une prestation définie et bien spécifique ;
- Un encadrement propre au sous-traitant ;
- La fourniture par le sous-traitant des moyens et des matériels ;
- Une rémunération en principe plutôt forfaitaire ;
- Un sous-traitant déclaré au maître d'ouvrage et accepté par ce dernier ;
- Une assurance pour faire face à sa responsabilité (responsabilité civile et décennale sous-traitant...)

Si les travaux sont exécutés par le sous-traitant dans les mêmes conditions qu'un salarié de l'entreprise principale, c'est-à-dire en position de subordonné recevant des ordres par l'encadrement de l'entreprise principale, le contrat de sous-traitance est alors susceptible d'être requalifié en contrat de travail, en fourniture ou prêt illicite de main d'œuvre selon les cas.

En pratique, cette situation à risque se rencontre plus particulièrement dans le cadre d'une sous-traitance de capacité (sous-traitance de pose par exemple). Elle est moins fréquente dans le cas d'une sous-traitance de spécialité car l'entreprise principale n'est tout simplement pas en mesure d'assurer elle-même des travaux ne relevant pas de sa compétence. De facto, le sous-traitant est amené, dans ce cas, à intervenir sur la base des documents techniques du marché principal (CCTP, plans...). Il disposera de son propre encadrement et réalisera le plus souvent ses propres approvisionnements.

Le même schéma de fonctionnement devrait s'appliquer pour la sous-traitance de capacité.

2. Lorsque la réalité chantier diffère

Lorsque la réalité du chantier ne rejoint pas totalement les critères ci-dessus, l'administration va se référer à un « faisceaux d'indices » : un ensemble d'éléments qui, mis bout à bout de manière concordantes, vont orienter l'analyse dans une direction ou une autre.

Parmi ces éléments, certaines pratiques sont à proscrire car, accumulées, elles risquent d'orienter immanquablement la qualification vers le contrat de travail, le prêt de main-d'œuvre illicite, ou encore par exemple le travail dissimulé ou illégal.

- Le sous-traitant n'est inscrit ni au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS), ni au Répertoire des Métiers (RM)
- L'absence de contrat de sous-traitance, de devis, de bon de commande préalable à la prestation ou un contrat de sous-traitance ne précisant pas suffisamment l'étendue des prestations (objet, volume, délai de réalisation) ;
- Le sous-traitant est un ancien employé de l'entreprise principale ;
- Le sous-traitant est un autoentrepreneur ;
- Le sous-traitant n'a pas été déclaré au maître d'ouvrage et accepté par celui-ci ;
- Depuis son installation comme artisan, le sous-traitant travaille exclusivement pour la même entreprise principale (parfois son ancien employeur) ;
- L'entreprise principale fournit au sous-traitant le matériel et les matériaux, mais aussi l'outillage, les vêtements de travail, le matériel de sécurité, voire un véhicule ou les échafaudages ;
- L'emploi du temps du sous-traitant est fixé par l'entreprise principale ;
- Le chef de chantier de l'entreprise principale donne ses ordres au sous-traitant, ou directement à ses salariés ;
- Le sous-traitant n'est pas payé en fonction de l'avancement des travaux, mais selon un barème horaire d'intervention (sous forme d'heures de travail, de frais de déplacement, d'indemnités en cas de changement d'horaire) sans définition préalable précise des prestations sous-traitées...
- Les factures du sous-traitant sont établies par l'entreprise principale ;
- L'absence des vérifications obligatoires en matière de travail illégal ;
- L'absence de communication du PPSPS ;
- L'absence d'affichage sur le panneau de chantier, etc.

Attention : Dans la liste qui précède, chaque élément pris isolément n'est pas nécessairement illégal en lui-même. C'est la conjonction de plusieurs de ces éléments, par ailleurs d'importance inégale, de ce faisceau d'indices qui risque de remettre en cause la qualification de sous-traitance.

Ainsi par exemple, il n'est pas en soit illégal de sous-traiter à un auto-entrepreneur. Toutefois, selon les cas, les conditions dans lesquelles cette sous-traitance s'exerce est susceptible de remettre en cause la qualification de sous-traitance : ainsi en sera-t-il de l'auto-entrepreneur, ancien salarié de l'entreprise principale, ne travaillant que pour cette dernière parmi ses anciens collègues...

3. Les pratiques à privilégier

Outre éviter de se retrouver dans les situations qui précèdent, quelques impératifs méritent d'être rappelés.

- **Vérifier que le sous-traitant dispose de sa propre clientèle**
Le sous-traitant ne doit pas avoir un client unique, il doit diversifier ses donneurs d'ordre.
- **Ne pas omettre les vérifications obligatoires en matière de travail illégal**
Il s'agit de demander au sous-traitant les différents documents prescrits par l'article D8822-5 du Code du travail – voir ci-dessus.
- **Le contrat de sous-traitance**
Un contrat de sous-traitance pour chaque chantier est à privilégier. Bien que le contrat de sous-traitance n'ait pas une forme obligatoire (ce peut être un simple bon de commande accepté), il est recommandé d'utiliser le contrat type du BTP.
- **Indépendance technique du sous-traitant**
Le sous-traitant dispose des plans et documents techniques du marché. Il possède en outre son propre matériel d'exécution. Au besoin, un contrat de location de matériel peut être établi entre le sous-traitant et l'entreprise principale pour le matériel de l'entreprise principale utilisé (un échafaudage par exemple...).
- **Définition précise des prestations et des délais**
Le contrat de sous-traitance doit définir précisément les travaux confiés (descriptif, plan...), le prix forfaitaire (ou sur bordereau de prix unitaire) et le délai d'exécution correspondant.
- **Déclarer le sous-traitant au maître d'ouvrage**
Comme rappelé ci-dessus, la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance et le Code de la commande publique prévoient l'obligation de faire accepter le sous-traitant, faire agréer ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage.
L'entreprise qui a recours à un sous-traitant occulte n'est clairement pas en position favorable en cas de contrôle de l'administration.

Par ailleurs, il conviendra de veiller à ce que le sous-traitant soit inscrit sur le panneau de chantier.

- **Les règles d'hygiène et de sécurité**

Le sous-traitant est responsable du respect des règles d'hygiène et de sécurité. Il convient de lui fournir les documents relatifs à la coordination sécurité et protection de la santé, à charge pour lui de transmettre son propre PPSPS.

- **Indépendance du sous-traitant sur le chantier**

Le sous-traitant et ses salariés sont censés être indépendants sur le chantier, le sous-traitant disposant de son propre encadrement. L'avancement et la qualité des travaux est contrôlée périodiquement.

- **Application des pénalités**

Comme tout intervenant indépendant, le retard du sous-traitant est sanctionné par des pénalités contractuelles. Ceci suppose bien sûr qu'un contrat de sous-traitance type ait été utilisé, et qu'un calendrier contractuel ait été stipulé au contrat de sous-traitance. L'application de pénalités au sous-traitant suppose également que ce dernier ait été présenté à l'agrément au maître d'ouvrage. A défaut, à titre de sanction, l'article 3 de la [loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance](#) prévoit en effet l'inopposabilité du contrat de sous-traitance.

4. Requalification – Conséquences et sanctions

Ainsi que nous l'avons indiqué, le non-respect des éléments qui précèdent n'est pas en lui-même illégal et sanctionné comme tel (hormis l'absence de vérifications liées au travail illégal et l'absence de présentation du sous-traitant au maître d'ouvrage). Ces éléments font partie du « faisceau d'indices » susceptible d'amener à conclure à l'existence d'une « fausse-sous-traitance ».

Or, le recours à la « fausse sous-traitance » peut être lourdement sanctionné par le juge pénal. Selon le contexte, celui-ci aura le choix entre plusieurs qualifications délictuelles.

Ainsi, le juge pourra par exemple retenir l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié ([article L 8221-6-II du Code du travail](#)) s'il retient l'existence de contrat de travail à la place d'un contrat de sous-traitance. Ce pourra être le cas si le sous-traitant est seul. Ce délit est puni de 45 000 euros d'amende et de 3 ans d'emprisonnement. Dans d'autres circonstances, si le sous-traitant emploie du personnel par exemple, le juge pourra retenir une requalification de la sous-traitance en prêt illicite de main d'œuvre, ou même en délit de « marchandage » si l'opération génère un préjudice aux salariés. Ces délits sont punis de 30 000 euros d'amende et de 2 ans d'emprisonnement.

A ces sanctions s'ajoutent des peines complémentaires, telles le remboursement des aides publiques perçues (dont font partie les allègements de charges sociales).

Enfin, toute condamnation du chef de ces différents délits entraîne une exclusion de fait des marchés publics.