



MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE,
DES FINANCES
ET DE LA RELANCE

*Liberté
Égalité
Fraternité*



ETUDE

SUR LA SOUS-TRAITANCE

DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Observatoire économique
de la commande publique (OECF)

Conception, rédaction, graphisme :

OECP-Direction des Affaires juridiques

Droits image : ©Canva

Date de publication :

Juillet 2020

Table des matières

Introduction	3
Contexte général de l'étude.....	3
Préambule méthodologique.....	3
Outils employés.....	3
Portée et limites des différents outils	4
I) Périmètre de la sous-traitance	6
Contexte de la loi du 31 décembre 1975.....	6
Définition de la sous-traitance.....	6
Principes généraux.....	8
II) Etude statistique	14
A) Eléments de compréhension de la méthode retenue.....	14
Une sous-déclaration partielle des actes de sous-traitance	14
Une surestimation de certaines données (en valeur) relatives à la sous-traitance.....	15
B) Représentation de la sous-traitance dans les marchés publics	16
Proportion des actes spéciaux de sous-traitance.....	16
Proportion des marchés comprenant au moins un acte de sous-traitance	16
C) Bénéficiaires de la sous-traitance (PME, ETI, GE).....	17
Répartition générale des entreprises sous-traitantes	17
Répartition des entreprises par typologie d'acheteurs.....	18
D) La part des PME dans la commande publique.....	19
Rappel de la part des PME en tant que titulaires.....	19
Calcul de la part des PME en tant que sous-traitants	20
Calcul de la « part PME totale » dans la commande publique.....	20
E) Répartition par famille d'objet de marché (« FTS »).....	21
Répartition générale des familles d'objet.....	21
Répartition des familles par typologie d'acheteurs	22
F) Données complémentaires calculées sur l'année 2018.....	23
Quand la sous-traitance est-elle déclarée ?.....	23
Participation à la commande publique en tant que titulaire ou en tant que sous-traitant ?	24
Quel est l'impact des groupements d'entreprises sur la sous-traitance ?	24
La taille du marché influence-t-elle le recours à la sous-traitance ?	25
La durée du marché a-t-elle une influence sur le recours à la sous-traitance ?.....	25
III) Etude qualitative	27
A) Perception du cadre réglementaire de la sous-traitance	27
Une loi globalement protectrice et utile	27
Une loi globalement connue des acheteurs et des entreprises	28
Une loi qui soulève encore des difficultés pratiques	29
Une loi toujours en phase avec l'évolution du contexte économique ?	31
B) Rapports entre titulaires et sous-traitants.....	33
La sous-traitance, une notion protéiforme.....	33
Un déséquilibre économique systématique entre les parties ?.....	37
C) Rôle des acheteurs dans le processus de sous-traitance.....	39

Détermination des prestations sous-traitables.....	39
Identification des sous-traitants en cours de consultation	40
Acceptation et agrément du sous-traitant.....	41
Pilotage de l'exécution du contrat	43
IV) Préconisations.....	45
A) Bonnes pratiques – Acheteurs	46
B) Bonnes pratiques – Opérateurs économiques	49
C) Modifications d'ordre général	52
Adaptation du formulaire DC 4	52
Augmentation du seuil de paiement direct	54
Diminution du délai de validation des factures par le titulaire.....	55
Synthèse.....	56
Annexes.....	59
1. Remerciements (organismes contributeurs).....	59
2. Résultats de l'enquête en ligne proposée par l'OECP.....	60
Quelques données générales.....	60
Une bonne connaissance de la réglementation ?.....	62
Caractéristiques de la sous-traitance: une situation choisie ?.....	65
Contrôle des modalités de sous-traitance par les acheteurs: quelle effectivité ?.....	72
Appréciation qualitative de la relation de sous-traitance par les différents acteurs	75

Introduction

Contexte général de l'étude

L'Observatoire économique de la commande publique (OECPC) a annoncé, lors de son assemblée plénière, organisée le 4 juillet 2019, le lancement de travaux consacrés à la sous-traitance dans les marchés publics.

En effet, ce vaste champ de la commande publique n'a encore jamais fait l'objet d'une étude complète, qui permettrait d'en **définir les contours sur le plan statistique** (poids économique) **et sur le plan des pratiques** (rapports entre titulaires, sous-traitants et acheteurs).

Certaines enquêtes ont pu concerner des secteurs d'activités spécifiques, tels que l'industrie, sans toutefois opérer d'éclairage sur la commande publique, qui met pourtant en œuvre des dispositions particulières en termes de sous-traitance. Il s'agit donc d'une enquête inédite, que la DAJ souhaitait, par le biais de son Observatoire, lancer de longue date.

Il est important de noter que la mesure de la sous-traitance est complexe à réaliser pour différentes raisons :

- la sensibilité du sujet pour les différents acteurs, qui requiert la création d'un réseau de confiance afin d'échanger librement sur les différentes problématiques dont certaines ont un impact économique important ;
- l'absence d'un historique qui permettrait de confronter les informations statistiques et les ressentis sur une durée suffisamment longue ;
- l'hétérogénéité des outils de collecte d'informations relatives à la sous-traitance (données issues de la déclaration des marchés pour le recensement ou des dépenses réellement effectuées...).

Cette étude constitue une première étape de mesure de la sous-traitance, dont l'objectif est double :

- o analyser des données statistiques suffisamment représentatives pour mieux apprécier la part des PME dans la commande publique ;
- o appréhender les réalités du terrain, y compris quand elles ne correspondent pas à l'application de la réglementation, en permettant aux acteurs de faire part de leurs ressentis dans le respect de la plus stricte confidentialité.

Préambule méthodologique

Outils employés

La réalisation d'une enquête approfondie sur la sous-traitance dans les marchés publics, tant sur le plan statistique que qualitatif, a nécessité l'agrégation de différents outils (en complément d'une bonne connaissance de la réglementation et d'un fonds documentaire) : une base de données statistique issue du recensement, la mise en place d'un questionnaire en ligne, la réalisation d'entretiens bilatéraux.

La **base statistique de l'OECPC** est constituée de données issues de l'application web REAP, permettant de procéder au recensement économique de la commande publique qui est obligatoire pour tous les marchés supérieurs à 90 000 € HT¹. L'objectif de ce recensement est de satisfaire aux obligations statistiques de l'Union européenne² et de fournir à

¹ Arrêté du 22 mars 2019 relatif au recensement économique de la commande publique.

² Notamment les articles 83 et 85 de la directive 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics

l'ensemble des décideurs publics des indicateurs annuels de pilotage sur les marchés publics concernant entre autres : la valeur totale et le nombre de contrats, leur objet principal, leur durée, le(s) titulaire(s), la mise en œuvre de clauses environnementales et sociales.

L'application REAP constitue la principale modalité de déclaration des données au titre du recensement pour les acheteurs autres que les services de l'Etat (collectivités locales et leurs établissements publics principalement)³. Pour les acheteurs de l'Etat - centraux ou déconcentrés - la déclaration est opérée *via* l'application de gestion budgétaro-comptable CHORUS, puis réintégrée dans REAP.

L'Agence pour l'informatique financière de l'Etat (AIFE) fournit également à l'OECP un fichier annuel des dépenses de l'Etat pour les marchés publics, qui permet dans une certaine mesure de collecter des informations sur les dépenses réalisées et non pas sur les marchés déclarés avec un montant prévisionnel.

En revanche, il n'a pas été possible de disposer d'informations relatives à l'exécution financière pour les collectivités locales et les autres acheteurs (ex : grandes entreprises publiques), qui auraient permis de comparer les données déclaratives avec les données de dépenses réelles pour l'ensemble des acheteurs.

Il a ainsi été nécessaire d'agrèger toutes les données précitées pour constituer une base permettant d'appréhender : les marchés avec sous-traitance (nature, montant et nombre) par grands types d'acheteurs, le profil des titulaires et des sous-traitants... Ces éléments ont ensuite été mis en lien avec les remontées « terrain » issues du questionnaire et des entretiens, afin de s'assurer que l'ensemble était cohérent et permettait de dégager des tendances, notamment sur la part des PME.



Outre la base statistique, un **questionnaire en ligne** a été conçu par l'OECP à destination des acheteurs et des entreprises, afin de les interroger sur un certain nombre de thèmes, techniques et plus généraux, permettant de mesurer l'appréhension de la réglementation, la perception des relations entre titulaires et sous-traitants, le rôle de l'acheteur, les difficultés rencontrées et les pistes éventuelles d'amélioration.

Certaines questions de l'enquête étaient communes aux différents acteurs, d'autres spécifiques à chaque catégorie (acheteur, titulaire, sous-traitant). La synthèse statistique détaillée des réponses est présentée en [annexe 2](#). Elle est aussi utilisée tout au long de l'étude pour illustrer les différentes problématiques.

La réalisation d'**entretiens bilatéraux avec des acheteurs, fédérations professionnelles** et entreprises, basée sur une série de questions identiques pour tous les groupes, a également été très riche en retours sur l'évolution du contexte économique ces dernières années, l'impact de la sous-traitance pour l'exécution des marchés publics, les bonnes pratiques à promouvoir et les pistes d'amélioration potentielles.

Portée et limites des différents outils

Les outils présentés ci-dessus ont permis à l'OECP de dresser un état des lieux qualitatif et statistique de la sous-traitance dans les marchés publics. Cependant il convient d'en exposer les limites. Aussi approfondie que soit l'étude, elle ne doit pas conduire à une généralisation trop importante des conclusions présentées et ainsi fausser l'appréciation portée sur le dispositif de la sous-traitance par les différents acteurs.

³ Les autres modalités, en cours de déploiement, sont le « PES Marché » mis en œuvre par la DGFiP et l' « API Recensement » produite par l'AIFE.

Base de données OECP : l'une des difficultés majeures réside dans la **déclaration partielle des données** par les acheteurs, qui nécessite des retraitements statistiques :

- dans certains cas, la déclaration peut être incomplète (certaines données ne sont pas renseignées) ;
- dans d'autres cas, elle peut être manifestement erronée (par exemple, surestimation du montant sous-traité par rapport à la valeur du marché).

En outre, une partie des acheteurs ne respectant pas leur obligation de recensement, l'OECP ne dispose tout simplement pas de données les concernant.

Pour ces raisons, des choix méthodologiques et des échantillonnages ont été nécessaires afin de produire des données représentatives d'un maximum de catégories d'acheteurs (État, collectivités locales), mais pas de tous les acheteurs.

Questionnaire en ligne et entretiens : il convient en premier lieu de noter qu'il s'agit d'une **enquête de perception**, fondée sur le ressenti des répondants. L'objectivité des réponses n'est pas ici questionnée, considérant que les acheteurs et professionnels ayant participé l'ont fait avec sincérité, dans un esprit de partage d'informations et une volonté d'amélioration.

Par ailleurs, le questionnaire n'a pas été mis en place après un échantillonnage de sondés, qui aurait permis d'assurer la meilleure représentativité possible de chaque catégorie⁴. Cette option aurait nécessité un important travail préalable (constitution de l'échantillon) sans garantie de succès, la réponse ne pouvant être obligatoire, et aurait restreint la participation à l'enquête, qui se voulait au contraire **la plus ouverte possible** et sans « *numerus clausus* ».

De fait, on constate que les acheteurs sont fortement représentés parmi les participants, ce qui aurait pu influencer sur les tendances générales. Cependant, ce tropisme est compensé par le fait qu'une partie des questions ne concerne qu'une catégorie à la fois (ex: sous-traitant ou titulaire) et non pas l'ensemble, permettant ainsi de bien différencier les problématiques / enjeux pour chacun.

On constate également une surreprésentation du secteur BTP parmi les répondants « entreprises », comme le laissent à penser les réponses ouvertes qui portent généralement sur ce domaine. Mais elle est à l'image du poids des travaux dans la sous-traitance. De même, la majorité des fédérations auditionnées évolue dans ce secteur d'activités. Le secteur des services s'est en effet révélé plus difficile à mobiliser.

Les constats et préconisations issues de l'étude peuvent néanmoins s'appliquer à tous les secteurs d'activité (fournitures, travaux, services) et à tout type d'acheteur, dans la mesure où les éléments présentés s'avèrent pris en compte dans leur contexte et avec toutes les réserves méthodologiques exposées.

Dans le prolongement des rapports parlementaires produits ces dernières années, cette étude a également vocation à éclairer les pratiques en matière de sous-traitance et à contribuer à une réflexion sur leur amélioration, dans un souci d'équilibre entre toutes les parties.

L'Observatoire économique de la commande publique.

⁴ Un échantillon statistique correspond à un ensemble d'individus représentatifs d'une population. L'échantillonnage vise à obtenir une meilleure connaissance d'une ou plusieurs population(s) par l'étude d'un nombre d'échantillons jugés statistiquement représentatifs.

I) Périmètre de la sous-traitance

Il est nécessaire de rappeler brièvement le cadre de la sous-traitance (objectif, définition, grands principes) qui servira à comprendre les difficultés pratiques rencontrées par les différents acteurs et présentés dans la partie 3 ([étude qualitative](#)).

Contexte de la loi du 31 décembre 1975

De façon générique, la sous-traitance permet à un opérateur économique de confier à une ou plusieurs entreprises tierces l'exécution d'une partie du contrat dont il est le titulaire et qui relève de sa seule responsabilité.

Comme le souligne le rapport de l'Assemblée nationale en matière de sous-traitance dans les filières industrielles⁵, les relations de sous-traitance ne sont pas régies par un texte unique, mais par une pluralité (loi de 1975, dispositions du code civil et du code de commerce, notamment pour les délais de paiement, la lutte contre les pratiques abusives, dispositions du code du travail...).

On s'attachera toutefois ici à centrer le propos sur la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975, qui est intégralement dédiée à la sous-traitance et s'applique à la fois aux marchés de droit public et aux contrats de droit privé. En outre, la partie relative aux marchés publics est désormais codifiée dans le code de la commande publique⁶ et met en œuvre un certain nombre de spécificités qui seront détaillées ci-après.

Cette loi instaure un régime juridique spécifique ayant pour objet d'**assurer une protection minimale des entreprises intervenant en tant que sous-traitants**. A cet égard, la circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics est intéressante, car elle éclaire les dispositions et la volonté manifestée dans la loi de 1975. Elle indique clairement que *« les objectifs poursuivis par cette réforme tendent à prémunir les sous-traitants, tout à la fois, contre les aléas économiques pouvant affecter leurs donneurs d'ordres, c'est-à-dire les titulaires des marchés, et contre certaines pratiques inéquitables que ceux-ci pourraient être tentés de leur imposer »*.

L'une des questions qui se pose est de savoir si la pratique s'avère globalement conforme à l'esprit du législateur et si la protection des sous-traitants est toujours effective au vu du contexte économique actuel.

Définition de la sous-traitance



L'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975⁷ définit la sous-traitance comme *« 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 »*.

Le recours à la sous-traitance implique donc une **relation triangulaire** entre l'acheteur (souvent maître d'ouvrage), le titulaire du marché public (entrepreneur) et le sous-traitant. Cette relation **repose** nécessairement **sur l'existence de deux contrats distincts** :

- un marché public présentant les caractéristiques d'un contrat d'entreprise conclu entre l'acheteur et le titulaire ;
- un contrat, généralement de droit privé, qualifié de contrat de sous-traitance ou de « sous-traité », conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant. NB : l'acte spécial

⁵ Rapport d'information n° 2076 sur les relations entre les grands donneurs d'ordre et les sous-traitants dans les filières industrielles, par la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, 26 juin 2019.

⁶ Article L. 2193-1 et suivants du code de la commande publique (CCP) ; article R. 2193-1 et suivants du CCP.

⁷ Désormais codifié à l'article L. 2193-2 du CCP.

de sous-traitance, évoqué *infra*, n'est pas de nature contractuelle même s'il reprend des éléments du sous-traité, c'est un acte déclaratif.

La faculté reconnue au titulaire de sous-traiter concerne « *une partie du marché public conclu* ». *A contrario*, il est donc tenu d'effectuer une partie des prestations lui-même. Si la sous-traitance ne peut être totale, il n'existe cependant pas de seuil précis pour déterminer si le pourcentage sous-traité est acceptable ou non. Il s'agit d'une appréciation au cas par cas selon les situations, ce qui peut soulever des difficultés pratiques (cf. [point dédié](#)).

Le sous-traitant direct (ou de premier rang) du titulaire du marché public peut à son tour faire appel à un sous-traitant, dit sous-traitant indirect (ou de second rang). Il est alors considéré, vis à vis de son propre sous-traitant, comme entrepreneur principal.

Aux termes de la loi, **seuls les marchés s'analysant comme des « contrats d'entreprise » peuvent être partiellement sous-traités** au moyen de contrats qui ont eux-mêmes le caractère de contrat d'entreprise. Cette notion civiliste implique que les prestations objet du marché ont été conçues et réalisées pour répondre aux besoins de l'acheteur conformément à ses spécifications techniques. Ainsi, le contrat d'entreprise se distingue du contrat de vente, portant sur la fourniture de biens standards qui n'ont pas été fabriqués pour répondre à la demande spécifique d'un seul acquéreur, mais d'une multitude.

Un marché public est assimilable à un contrat d'entreprise lorsqu'il s'agit d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou lorsqu'il s'agit d'un marché public de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de services, telles que des prestations de conception ou d'adaptation. Le recours à la sous-traitance par le titulaire est impossible pour les autres marchés publics de fournitures.

Le contrat de droit privé ou « sous-traité », pour être lui aussi assimilable à un contrat d'entreprise, ne doit pas simplement consister à fournir à l'entrepreneur des éléments prêts à l'emploi, mais requiert une **participation effective à l'exécution du marché public**. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de clarifier certaines situations pour lesquelles le simple fait de mettre à disposition du titulaire des moyens de réalisation de la prestation (matériels divers, échafaudages... même avec du personnel) n'emportait pas la qualification de participation à l'exécution du marché public⁸.

Le sous-traité, conclu entre le titulaire et le sous-traitant pour chaque marché, décrit les droits et obligations respectifs de chaque partie (description des missions, délais d'exécution...), ainsi que les conditions financières (notamment prix, avances, acomptes, solde, résiliation, dépenses communes ...).



Le sous-traitant est notamment tenu par une obligation de conseil envers le donneur d'ordre qui est, quant à lui, tenu de vérifier que son sous-traitant s'acquitte bien des obligations auprès de l'URSSAF pour tout contrat supérieur à 5 000 €.

La formalisation du sous-traité par écrit n'est pas obligatoire⁹, ce qui pose des difficultés pour le sous-traitant, si les certains éléments de l'accord, tels que ceux concernant le partage de responsabilité (pénalités, garanties...) par exemple, n'ont pas été précisés en amont.

⁸ Par exemple : Cour de cassation, 3^e chambre civile, 23 janvier 2002, Société Entrepouse échafaudage, n° 00-17.759.

⁹ L'article 126 de la loi Hamon du 17 mars 2014 relative à la consommation a créé l'obligation de la conclusion d'un contrat écrit en matière de sous-traitance pour tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés à sa propre production, dans certaines circonstances (décret n°2016-237 du 1er mars 2016). Cette loi ne s'applique cependant pas à l'ensemble des domaines concernés par la sous-traitance et ne concerne que les contrats de plus de 500 000 €.

Principes généraux

Responsabilité unique du titulaire du marché

La relation triangulaire présentée *supra* n'implique pas que la personne publique ait des relations directes avec le(s) sous-traitant(s). Au contraire, le titulaire demeure l'unique responsable de l'exécution des prestations faisant l'objet du marché public, y compris s'agissant des prestations sous-traitées.

Ce principe prémunit l'acheteur de toute défaillance potentielle du sous-traitant.

La circulaire du 7 octobre 1976 précitée précise bien que les titulaires de marché « *restent personnellement responsables envers la collectivité publique de l'exécution de la totalité de leurs marchés, même lorsqu'ils en sous-traitent une partie, quelles que soient les modalités de paiement des sous-traitants. L'absence de responsabilité du sous-traitant vis-à-vis de l'acheteur public constitue l'une des principales différences entre la sous-traitance et la cotraitance* ».

Les fédérations professionnelles ont pu constater que certaines entreprises différencient mal la sous-traitance et la cotraitance. L'absence de liens contractuels entre l'acheteur et le sous-traitant est un élément distinctif majeur, qui a pour conséquence que l'acheteur ne peut commander des prestations au sous-traitant ni lui donner des directives pour l'exécution des prestations.

Déclaration des sous-traitants par le biais d'un acte spécial

Le choix entre l'exécution personnelle de la totalité des prestations ou le recours à un ou plusieurs sous-traitants relève de l'**initiative du titulaire** et ce, à tout moment du marché public. Que l'on soit en phase de passation ou d'exécution, il est libre de revoir les modalités de réalisation, selon ses contraintes.

En principe, l'acheteur n'est pas fondé à limiter ce droit, sauf à invoquer le caractère « essentiel » de certaines prestations pour refuser au titulaire le recours à un sous-traitant ou, à l'inverse, à imposer le recours à des PME sous-traitantes dans un cadre circonscrit¹⁰.

L'acheteur peut en revanche demander aux candidats, à titre informatif, d'indiquer dans leur offre la part du contrat qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers¹¹.

La seule réserve à la liberté du titulaire est que ce dernier doit obtenir l'**accord de l'acheteur**, dans les conditions décrites ci-dessous. Cet accord se manifeste par une acceptation et un agrément des conditions de paiement des sous-traitants qu'il aura préalablement déclarés, faute de quoi ceux-ci ne pourront intervenir dans des conditions régulières. Le recours à la sous-traitance est donc subordonné à la mise en œuvre de diverses formalités prévues par la réglementation.

Le [formulaire « DC4 »](#), proposé par la Direction des Affaires juridiques, est un **modèle d'acte spécial** qui peut être utilisé par tout candidat ou titulaire d'un marché public afin de déclarer un sous-traitant¹². Ce formulaire contient un certain nombre de rubriques et permet notamment de présenter l'entreprise retenue, détailler la nature et le montant des prestations sous-traitées. En pratique, il est très employé par les acheteurs.



¹⁰ En effet, conformément à l'article R.2213-5 du CCP, la part minimale que le titulaire s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans est fixée à 10 % du montant prévisionnel du marché de partenariat hors coût de financement, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas.

¹¹ Article R. 2151-13 du CCP.

¹² Les articles R. 2193-1 et R. 2193-3 du code (marchés publics classiques) ainsi que R. 2393-25 et R. 2393-27 (marchés publics de défense ou de sécurité) listent les éléments qui doivent obligatoirement figurer dans la déclaration de sous-traitance et les modalités de cette déclaration selon que la demande de sous-traitance est effectuée au moment du dépôt de l'offre par le candidat ou après la notification du marché.

L'acte spécial de sous-traitance doit être signé par l'acheteur et le titulaire du marché public. Le sous-traitant n'ayant quant à lui aucune relation contractuelle avec l'acheteur n'est pas tenu de signer l'acte spécial, sauf si celui-ci intègre, comme c'est le cas du formulaire DC4, la déclaration sur l'honneur du sous-traitant attestant qu'il ne fait l'objet d'aucune interdiction de soumissionner.

Pour mémoire, contrairement à la pratique de certains acheteurs, le sous-traité n'a pas à être transmis au comptable public, seul l'acte spécial faisant foi pour le paiement.

Acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement par l'acheteur



Aux termes de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975¹³, « l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ».

Alors que l'acceptation des sous-traitants était déjà prévue par la réglementation antérieure, l'agrément des conditions de paiement constitue une des innovations introduites par la loi.

Ces deux formalités doivent être **simultanément réunies pour que la sous-traitance soit considérée comme régulière**. Elles doivent être mises en œuvre quel que soit le montant sous-traité et ne pas être confondues avec le paiement direct qui n'est possible qu'au-delà du seuil de 600 € TTC de prestations.

L'acceptation a pour vocation de protéger les intérêts publics en permettant au pouvoir adjudicateur de connaître le sous-traitant auquel le titulaire envisage de confier une partie de l'exécution du marché et de le refuser, le cas échéant, si son intervention est de nature à nuire à une bonne exécution du marché. Elle est aussi l'occasion de vérifier que les prestations que le titulaire envisage de sous-traiter peuvent effectivement faire l'objet d'un contrat de sous-traitance.

De manière schématique, on peut considérer que l'acceptation des sous-traitants correspond à la vérification de l'absence d'exclusion des marchés et de leur capacité technique et financière à exécuter les prestations qui leur sont confiées (à l'instar de la vérification opérée pour les soumissionnaires).

L'agrément des conditions de paiement doit conduire l'acheteur public à vérifier l'absence de sous-traitance anormalement basse, le non-dépassement du montant total du marché, le respect au droit au paiement direct et les conditions de paiement en cas de cession de créance. Il contribue à l'équilibre économique instauré entre les parties. En effet, « l'activité de sous-traitance met souvent en relation une entreprise importante titulaire d'un marché public et une PME sous-traitante. Il n'est donc pas rare que le rapport des forces soit défavorable aux sous-traitants »¹⁴.



Si les tarifs sont trop bas et les conditions financières très strictes, l'acheteur est fondé à s'interroger sur la qualité des prestations fournies ou la capacité du sous-traitants à les exécuter. A cet égard, l'article 3 de la loi de 1975 dispose que l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque

¹³ Désormais codifié à l'article L. 2193-3 et suivants du CCP.

¹⁴ Circulaire du 7 octobre 1976 précitée.

celui-ci en fait la demande¹⁵. Comme nous le verrons plus loin, cette faculté de contrôle ne va pas de soi pour une majorité d'acheteurs qui ne se sent pas légitime à opérer une vérification du sous-traité sous l'angle financier.

L'acheteur dispose d'un **délai de 21 jours pour procéder à l'acceptation ou au refus** du sous-traitant et à l'agrément de ses conditions de paiement, faute de quoi l'acte spécial de sous-traitance est tacitement validé¹⁶. L'acceptation tacite ne doit pas dédouaner la personne publique d'une notification exprès de l'acte aux sous-traitants, car il ressort des remontées terrain que ces derniers n'en sont parfois pas destinataires. Le délai d'acceptation ne court qu'à compter de la réception de l'ensemble des pièces justificatives requises. En cas de refus du sous-traitant proposé, la décision de la personne publique doit être motivée.

Enfin, l'acte spécial peut être modifié à la hausse ou à la baisse en cours d'exécution, après modification du contrat de sous-traitance (c'est-à-dire avec l'accord de chacune des parties, y compris le sous-traitant), pour tenir compte d'une évolution du périmètre ou du montant de la sous-traitance.

Droit au paiement direct ou à l'action directe

Les régimes du paiement direct et de l'action directe sont exclusifs l'un de l'autre, mais ne sont pas nécessairement bien distingués dans la pratique.



L'article 6 de la loi de 1975 précitée indique que : « *le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître d'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution* »¹⁷.

Seuls les sous-traitants dit de « rang 1 » ont donc **droit au paiement direct** (et au bénéfice de l'avance ou bien d'acomptes) par la personne publique, **pour toute prestation supérieure à 600 € TTC**¹⁸ et sous réserve de ne pas excéder le montant maximum prévu dans l'acte spécial.



Malgré l'absence de liens contractuels entre l'acheteur et le sous-traitant, la jurisprudence considère que l'acheteur, dans le cadre de la demande de paiement direct, est fondé à contrôler l'effectivité des prestations réalisées par le sous-traitant ainsi que la conformité de ces prestations aux exigences prévues par le marché public¹⁹.

De même, le titulaire ne peut céder de créance sur le montant total du marché public, mais seulement sur la part du marché qu'il effectue personnellement. Il doit établir qu'aucune cession ou nantissement de créances ne fait obstacle au paiement direct du sous-traitant, en produisant soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité qui lui a été délivré, soit une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement.

Lorsque le sous-traitant n'a pas le droit au paiement direct (notamment pour la sous-traitance en « cascade »), le paiement des prestations effectuées incombe à l'entrepreneur principal, conformément aux règles sur les délais de paiement interprofessionnel prévus par le code de commerce.

¹⁵ Un refus de transmission, quinze jours après avoir été mis en demeure de le faire, expose le titulaire à une pénalité journalière, voire à une résiliation du marché. Exemple : CCAG Travaux, article 3.6 dédié à la sous-traitance.

¹⁶ Sauf si la sous-traitance est déclarée au moment du dépôt de l'offre du titulaire (et non pas *a posteriori*), auquel cas la notification du marché vaudra également acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement.

¹⁷ Désormais codifié à l'article L. 2193-11 du CCP.

¹⁸ S'agissant des marchés publics de défense ou de sécurité, le paiement direct du sous-traitant est ouvert lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur : a) à 10% du montant total du marché public lorsque le sous-traitant est une PME ou un artisan; b) à 50% du montant total du marché public lorsque le sous-traitant est une entreprise liée au titulaire ; c) à 20% du montant total du marché public dans les autres cas.

¹⁹ Conseil d'Etat, 9 juin 2017, n°396358.

Afin de garantir le paiement des **sous-traitants de rang 2**, le sous-traitant de rang 1 doit obligatoirement leur faire bénéficier soit d'une caution personnelle et solidaire, soit d'une délégation de paiement (cette dernière leur permettant d'être également payé directement par l'administration).

En effet, dans la procédure de **délégation de paiement**, une personne appelée « délégué » (acheteur) s'oblige sur demande d'une autre personne appelée « délégant » (sous-traitant de rang 1) à payer une troisième personne dite « délégataire » (sous-traitant de rang 2). Comme tout accord contractuel, la délégation de paiement doit être signée par toutes les parties désignées dans l'acte pour être applicable.

Cette procédure a pour avantage d'éviter au sous-traitant de rang 1 de supporter le coût d'une caution.

Dès lors que l'acheteur a connaissance d'un sous-traitant de second rang, il est tenu de veiller à ce que le sous-traitant de premier rang, entrepreneur principal à l'égard du sous-traitant indirect, ait effectivement respecté ses obligations en matière de garantie de paiement.

Pour les entreprises ne bénéficiant pas d'un paiement direct par l'administration, l'article 12 de la loi de 1975 prévoit que **le sous-traitant peut exercer une action directe contre l'acheteur** afin d'obtenir le paiement des sommes qui sont dues en vertu du sous-traité, dans l'hypothèse où le titulaire du marché public ne paie pas, un mois après avoir été mis en demeure. Seuls les sous-traitants déclarés peuvent recourir à cette disposition, qui s'applique également en cas de procédure collective à l'encontre du titulaire.

Responsabilités respectives

Comme précédemment évoqué, **le titulaire est le seul responsable vis-à-vis du maître d'ouvrage** de la bonne exécution du marché. Les éventuelles pénalités qui découleraient d'une mauvaise exécution des prestations (retards, malfaçons...) sont décomptées sur les sommes à verser au titulaire et ne peuvent venir en déduction des sommes versées au(x) sous-traitant(s)²⁰.

En outre, concernant les travaux, le sous-traitant n'est pas tenu par la garantie décennale envers le maître d'ouvrage, même s'il a signé le procès-verbal de réception définitive des travaux. Il n'est pas davantage tenu par la garantie de parfait achèvement.

Un sous-traitant qui n'aurait pas été déclaré par l'entrepreneur principal peut mettre en demeure ce dernier de transmettre une demande d'acceptation à la personne publique. L'inaction du titulaire comme celle de l'acheteur face à un **cas de sous-traitance** occulte peut conduire à la recherche de leurs responsabilités :

- d'une part, le titulaire reste tenu envers le sous-traitant par les stipulations du contrat de sous-traitance, *a fortiori* s'il ne l'a pas préalablement déclaré à l'acheteur. Ce faisant, il ne peut s'exonérer de ses obligations contractuelles (notamment financières) et le sous-traitant est fondé à engager une éventuelle action en responsabilité contractuelle à son encontre ;
- d'autre part, dans l'hypothèse où l'acheteur a connaissance de l'intervention d'un sous-traitant non préalablement déclaré (notamment en cas d'alerte de celui-ci ou de visite sur site...), il doit **mettre en demeure le titulaire de procéder à la régularisation** dans les plus brefs délais. En l'absence d'une telle mise en demeure, l'acheteur commet en effet une faute de nature à engager sa responsabilité à

²⁰ Les cas où la responsabilité des sous-traitants pourrait être mise en cause sont très marginaux (ex : responsabilité quasi-délictuelle des participants à une opération de construction, dès lors que la responsabilité du titulaire du marché public ne pouvait être utilement recherchée).

l'égard du sous-traitant, si ce dernier peut apporter la preuve qu'il a entretenu des relations directes avec le maître d'ouvrage.

Par ailleurs, conformément à ce que prévoient les clauses des différents CCAG, en l'absence de déclaration préalable du sous-traitant, le titulaire s'expose à un risque de résiliation pour faute du marché public par l'acheteur ou bien à l'application de pénalités, si celles-ci ont été prévues en amont.

☞ La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a eu récemment l'occasion de préciser que la sous-traitance non déclarée dans le cadre d'un marché public, ayant entraîné la résiliation de celui-ci, constitue une défaillance importante de nature à justifier l'exclusion de l'opérateur en cause de la participation à une procédure de passation de marché public ultérieure (après que le pouvoir adjudicateur concerné aura laissé à l'entreprise la possibilité de présenter les mesures correctives qu'elle aurait pu adopter à la suite de la résiliation du premier marché).²¹

Enfin, au-delà du seul périmètre des marchés publics, le défaut de déclaration d'un sous-traitant est une infraction punie d'une amende de 7500 €, conformément au code du travail²².

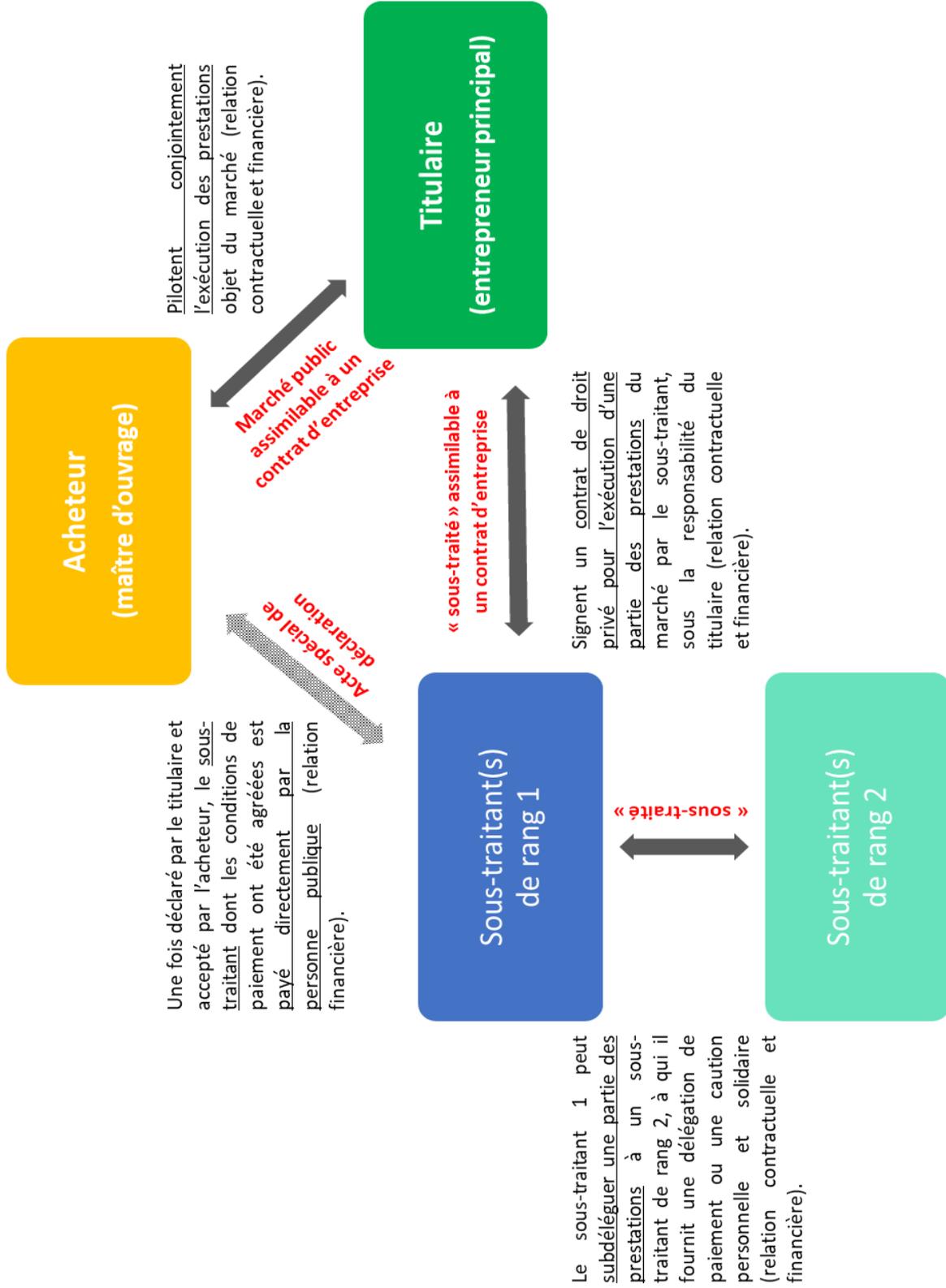


Pour plus de détails sur l'un ou l'autre des points mentionnés dans la partie I, vous pouvez vous référer à la [fiche DAI dédiée à la sous-traitance](#) (notamment pour les spécificités des marchés de défense ou sécurité, qui n'ont pas été développées).

²¹ CJUE, 4^e chambre, arrêt du 3 octobre 2019, affaire C-267/18.

²² Cf. article 8271-1-1 du code du travail.

Schéma de synthèse simplifié



II) Étude statistique

L'OECP dispose, grâce au recensement annuel des marchés publics réalisé depuis 2007, d'une base de données unique sur une série statistique longue (soit 12 années). Aucune étude détaillée de ces informations n'avait été menée jusqu'à présent, en dehors de travaux très ponctuels et non publics. Cette étude est donc la première réalisée sur cette base.

Toutefois, afin de rester le plus proche possible de la situation économique actuelle, l'essentiel des données utilisées concerne les années 2015 à 2018 (l'année 2019 étant en cours de finalisation). Dans certains cas, seules les données de l'année 2018 ont été utilisées, cette année étant la plus complète en termes de déclaration par les acheteurs et probablement la plus représentative de la situation actuelle de la sous-traitance.

Plusieurs questions se posent d'un point de vue statistique et, pour certaines d'entre elles, en miroir des résultats de l'enquête sur questionnaire qui est présentée dans la partie qualitative et en [annexe](#).

A) Éléments de compréhension de la méthode retenue

En complément du préambule méthodologique (cf. [point dédié](#)), quelques éléments généraux sont nécessaires pour contextualiser les chiffres qui vont être étudiés et préciser les contours et contraintes liés à l'étude.

L'étude porte sur la période 2015-2018, avec **395 000 marchés initiaux** retenus comme base de départ, marchés pour lesquels **57 200 actes spéciaux de sous-traitance** ont été recensés. La base des travaux – bien que substantielle – représente moins de marchés que ceux qui figurent dans les chiffres globaux, redressements compris, publiés pour ces années respectives par l'OECP.

Nombre de marchés publics notifiés et recensés entre 2015 et 2018 par l'OECP					
Année	2015	2016	2017	2018	Total sur la période
Contrats initiaux	150 488	144 796	163 519	153 324	612 127

Cela s'explique par le fait que la première analyse des données détenues par l'OECP a fait ressortir deux problématiques, apparemment paradoxales, ayant conduit à réduire le périmètre retenu pour l'étude : d'une part, une sous-déclaration par un certain nombre d'acheteurs et, d'autre part, une surestimation des données déclarées pour les acheteurs satisfaisant bien à leur obligation de recensement.

Une sous-déclaration partielle des actes de sous-traitance

La sous-déclaration constatée prend principalement deux formes : une absence totale de déclaration ou une déclaration très fortement minorée à l'intérieur d'une même catégorie d'acheteurs.

L'**absence totale de déclaration** des actes de sous-traitance concerne en particulier certains des plus gros déclarants à REAP pour la catégorie « autres » notamment : la SNCF, la RATP, EDF, le secteur hospitalier... même s'il paraît évident que ces acheteurs ont bien accepté des demandes de sous-traitance formulées par les titulaires de leurs marchés.

Plusieurs raisons ont été avancées par les acheteurs qui avaient déjà été interrogés sur cette absence, non conforme aux textes, de déclaration de leur sous-traitance. La principale raison tient aux systèmes d'information de ces entités, qui ne permettent pas aisément de répondre à la demande de l'OECP, l'information étant principalement traitée

sous l'angle financier et non sous l'angle contractuel (c'est-à-dire qu'il est difficile de discriminer au sein des fournisseurs payés les titulaires et les sous-traitants).

La deuxième difficulté tient à des **déclarations très hétérogènes** de sous-traitance **des acheteurs d'une même catégorie**, sans qu'il soit possible d'identifier facilement les raisons justifiant de telles différences. Pour illustrer ce constat, l'examen du comportement de déclaration des communes, classées par leur taille, est un outil révélateur.

Ainsi, la catégorie des communes de plus de 20 000 habitants et de moins de 100 000 habitants (454 communes pour 17,6 milliards d'euros) montre des comportements très différents. Le décile des communes qui déclare le moins de sous-traitance déclare 5 fois moins que le décile le plus haut. La détermination des échantillons d'acheteurs retenus pour les calculs s'est faite sur les collectivités considérées comme les plus significatives, qui appartiennent donc toutes aux deux déciles le plus hauts.

Une surestimation de certaines données (en valeur) relatives à la sous-traitance

En parallèle de la sous-déclaration, on constate que dans certains cas, les **montants indiqués** sont **manifestement erronés**, notamment lorsque le montant sous-traité correspond au montant du marché (ce qui normalement est impossible du fait de l'interdiction de recourir à de la sous-traitance intégrale). Pourtant, au titre de certains marchés de l'État, il y a bien une équivalence de ces deux montants, malgré une durée inférieure pour la sous-traitance à celle du marché, corroborant l'incohérence relevée. Il est difficile d'établir précisément si cette surestimation relève d'une erreur humaine ou d'une erreur technique qui serait liée à la remontée des données.

Dans la mesure où des contrats substantiels (supérieurs à 100 M€) sont concernés et que l'OECP ne peut obtenir très rapidement l'information sur le montant réel de la sous-traitance, ces marchés et les actes de sous-traitance correspondants ont dû être retirés de la base de calcul.

Avertissement: ces deux éléments conjugués (sous-déclaration partielle des actes et surestimation des montants), ainsi que les délais associés à cette étude, conduisent à ne pas pouvoir établir, à ce stade, le montant estimé de la sous-traitance en milliards d'€.

Seul le nombre de marchés ayant fait l'objet d'une sous-traitance, ainsi que le nombre d'actes de sous-traitance déclarés, ont une fiabilité suffisante pour être utilisés. L'OECP devrait toutefois poursuivre à l'avenir un travail important de correction et de validation des montants contenus dans les actes de sous-traitance déclarés, dans la perspective de travaux complémentaires.

Tenant compte des éléments précédents, un rappel des autres paramètres pris en compte dans les travaux statistiques s'impose: seuls les marchés supérieurs à 90 000 € HT sont soumis obligatoirement au recensement, mais des marchés d'un montant inférieur peuvent être déclarés de façon volontaire. La sous-traitance peut être déclarée lors de la passation du marché, ou lors de son exécution. Il s'agit a priori d'une sous-traitance de premier niveau, mais rien n'interdirait de déclarer un sous-traitant de deuxième niveau, le paiement direct du sous-traitant n'étant pas un critère de déclaration ou de non déclaration.

Les données disponibles ne permettent toutefois pas d'identifier une sous-traitance en cascade (le sous-traitant du sous-traitant...), de même que l'OECP a pu constater que la majorité des acheteurs ne pouvait facilement opérer une telle identification via ses outils de suivi.

B) Représentation de la sous-traitance dans les marchés publics

Afin de déterminer ce que représente la sous-traitance au sein des marchés, il convient d'étudier deux indicateurs, et à ce stade uniquement en nombre, pas en valeur : la proportion des actes spéciaux et la proportion des marchés ayant fait l'objet d'au moins un acte de sous-traitance.

Proportion des actes spéciaux de sous-traitance

Sur la période considérée, la **proportion d'actes de sous-traitance** par rapport au nombre de marchés est relativement stable à hauteur de **14,5 %** (moyenne). Ce chiffre signifie que pour 100 marchés, il y a 14,5 actes de sous-traitance déclarés, sur la base consolidée retenue pour l'étude.

Sous les réserves méthodologiques évoquées plus haut, ce chiffre n'est pas très élevé et constitue une moyenne toutes familles d'objet de marchés confondues.

Répartition de la sous-traitance par famille d'objet de marchés - période 2015 - 2018					
Répartition par objet du marché : <i>Nombre d'actes de sous-traitance par rapport au contrats initiaux</i>	2015	2016	2017	2018	Moyenne sur la période
Fournitures	3,3%	4,2%	3,6%	3,4%	3,7%
Travaux	24,0%	29,2%	26,4%	25,3%	26,2%
Services	7,7%	10,7%	9,9%	11,0%	9,8%
Total	12,8%	16,1%	14,6%	14,5%	14,5%

* Hors SNCF, EDF, RATP, ADP, Secteur hospitalier...

Si on distingue les fournitures, les travaux et les services, la répartition est bien sûr différente : en moyenne sur la période, pour 100 marchés de travaux, il y a 26,2 actes de sous-traitance déclarés, ce chiffre est de 9,8 pour les services et de 3,6 pour les fournitures. Autrement dit, il y a **2,5 fois plus d'actes de sous-traitance dans les marchés de travaux que dans les services** et 7 fois plus que dans marchés de fournitures.

Ces chiffres, très disparates, ne sont a priori pas anormaux car on sait qu'un marché de fournitures est potentiellement moins porteur de sous-traitance – malgré la diversité des prestations possibles – qu'un marché de travaux tout corps d'état. Ce qu'il faut retenir, c'est que même dans le secteur où l'on recense le plus de sous-traitance, celle-ci ne représente en nombre qu'un quart des marchés (sans prendre en compte les contrats pour lesquels plusieurs actes de sous-traitance sont constatés).

Pour les services, les actes de sous-traitance représentent moins de 1/10^e du nombre de contrats notifiés sur la même période. C'est donc un chiffre assez faible, mais malgré tout plus fort que pour les fournitures. A plus long terme, une analyse sous-sectorielle (ex : nettoyage, gardiennage, etc. pour les services) pourrait se révéler intéressante.

Proportion des marchés comprenant au moins un acte de sous-traitance

Si on s'intéresse au nombre de contrats ayant fait l'objet d'un ou plusieurs actes de sous-traitance, les chiffres changent assez fondamentalement, nous permettant de retenir quelques éléments intéressants et quantifiés pour la première fois.

Pour les marchés de travaux, seuls 12,7 % d'entre eux font statistiquement l'objet d'un ou plusieurs actes. Une très grande majorité de ces marchés ne ferait donc l'objet d'aucune déclaration de sous-traitance, ce qui ne correspond pas à l'impression que l'on pourrait se faire sur la question.

La proportion tombe à 7,4 % pour les services et elle est encore plus faible pour les fournitures (2,9 %).

Répartition de la sous-traitance par famille d'objet de marchés - période 2015 - 2018					
Répartition par objet du marché : % de marchés ayant fait l'objet d'au moins un acte spécial de sous-traitance	2015	2016	2017	2018	Moyenne sur la période
Fournitures	2,9%	3,9%	2,5%	2,4%	2,9%
Travaux	10,9%	14,4%	12,5%	13,2%	12,7%
Services	5,7%	8,0%	7,9%	8,2%	7,4%
Total	7,1%	9,6%	9,0%	10,3%	9,0%

* Hors SNCF, EDF, RATP, ADP, Secteur hospitalier...

Sans identifier toutes les explications possibles à ce **faible taux concernant les travaux, mais aussi concernant le total des marchés** (seulement 9 % en moyenne), certaines hypothèses apparaissent clairement : soit une partie de la sous-traitance réelle n'est pas déclarée à l'acheteur par le titulaire (pas de demande d'acceptation), soit une autre partie de la sous-traitance fait bien l'objet d'actes spéciaux, mais ceux-ci ne sont pas déclarés au titre du recensement par les personnes publiques concernées.

Par ailleurs, le fait que le nombre de marchés de travaux concernés par la sous-traitance (soit environ 13 %) soit pratiquement égal à la moitié du nombre des actes de sous-traitance constatés pour les marchés de travaux (soit environ 26 %) signifie que la moyenne d'actes spéciaux par marché de travaux est de 2. Nous approfondirons plus loin ce point sur un échantillon établi pour l'année 2018.

C) Bénéficiaires de la sous-traitance (PME, ETI, GE)

Les catégories d'entreprises²³ qui bénéficient de la sous-traitance peuvent être analysées de façon générale et par catégories d'acheteurs.

Répartition générale des entreprises sous-traitantes

Les chiffres issus de l'étude montrent clairement que **les PME sont les principales bénéficiaires des actes de sous-traitance déclarés**, que ce soit en nombre de contrats ou en valeur de ces contrats, ce qui augmente la part de la commande publique réalisée par des PME, en qualité d'attributaire ou de sous-traitant.

Répartition en % par type d'entreprises des sous-traitants : 2015 - 2018 (Actes de sous-traitance)										
En pourcentage	2015		2016		2017		2018		Moyenne sur la période	
	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur
PME	72,2%	59,2%	80,0%	75,3%	75,8%	66,9%	75,2%	64,4%	75,8%	66,5%
ETI	10,6%	13,8%	9,7%	7,8%	11,1%	13,2%	11,2%	13,8%	10,6%	12,1%
GE	17,2%	27,0%	10,3%	16,9%	13,1%	19,8%	13,6%	21,9%	13,6%	21,4%

* Hors SNCF, EDF, RATP, ADP, Secteur hospitalier...

La moyenne, sur la période 2015/2018, du **nombre d'actes de sous-traitance attribués à des PME s'élève à 75,8 %** avec une variation assez faible sur la période²⁴, notamment les deux dernières années. En valeur, le taux s'établit à 66,5 %. Ces chiffres confirment que les PME bénéficient certes de la grande majorité des actes de sous-traitance en valeur, mais que la valeur unitaire de ces actes est inférieure à celle des autres bénéficiaires de sous-traités.

²³ Selon la catégorisation de l'INSEE : grandes entreprises (GE), établissements de taille intermédiaire (ETI) et petites et moyennes entreprises (PME) intégrant également les microentreprises.

²⁴ L'année 2016 semble plus atypique, avec une part plus importante en nombre et en valeur des actes de sous-traitance attribués à des PME, mais sans signification particulière sur une période aussi courte.

Les ETI et les GE bénéficiant d'actes de sous-traitance ne représentent, en moyenne, que le quart des contrats en nombre, avec respectivement 10,6 et 13,6 % (soit un avantage pour les GE statistiquement beaucoup moins nombreuses que les ETI). Ces deux catégories d'entreprises représentent, en revanche, un tiers de la valeur totale des sous-traités, toujours en moyenne, dont presque un quart de la valeur totale pour les seules GE.

En conclusion, si l'idée selon laquelle les PME sont les principales bénéficiaires de la sous-traitance est confirmée, les GE s'en tirent mieux que les ETI, principalement pour la valeur des sous-traités.

Répartition des entreprises par typologie d'acheteurs

Rappel: les acheteurs, s'ils acceptent les sous-traitants et agrèent leurs conditions de paiement, ne participent pas au choix des sous-traitants, qui relève du seul titulaire. Cela n'empêche cependant pas d'analyser la répartition des sous-traitants par type d'acheteurs entre l'État (hors secteur hospitalier), les collectivités locales et leurs établissements ainsi que les « autres acheteurs » (hors SNCF, EDF...).

Cette distinction est nécessaire, car les chiffres généraux de l'OECP sur la répartition des titulaires par catégorie d'acheteurs montrent des situations très différentes: les écarts entre l'État et les collectivités locales oscillent annuellement entre 15 et 20 points, les collectivités étant plus favorables aux PME (données exprimées en nombre de contrats attribués).

Pour mémoire, les marchés de l'État attribués à des PME s'élèvent à 51 % en nombre (moyenne sur la période), contre 67,2% pour les collectivités.

Or, les résultats de l'analyse de la répartition des actes de sous-traitance par type d'acheteurs permettent de constater une plus forte participation des PME au sein des marchés de l'État.

Répartition (en nombre de marchés) des catégories d'entreprises titulaires par type d'acheteurs					
En pourcentage (%) Données OECP	2015	2016	2017	2018	Moyenne sur la période
Etat					
<i>PME</i>	50,0	50,5	50,5	52,9	51,0
<i>ETI</i>	24,0	24,7	29,4	28,6	26,7
<i>GE</i>	26,0	24,8	20,1	18,5	22,4
Collectivités locales					
<i>PME</i>	65,0	64,3	69,1	70,2	67,2
<i>ETI</i>	18,0	18,4	15,3	13,2	16,2
<i>GE</i>	17,0	17,3	15,6	16,7	16,7
Autres					
<i>PME</i>	45,0	32,8	42,4	45,4	41,4
<i>ETI</i>	22,0	27,0	24,3	24,0	24,3
<i>GE</i>	33,0	40,2	33,3	30,7	34,3

En effet, alors que les marchés attribués aux PME sont beaucoup plus nombreux en proportion pour les collectivités locales, cette différence s'atténue considérablement, et plus en nombre qu'en valeur, pour l'État, si l'on considère les actes de sous-traitance. Il en va de même pour la catégorie des « autres » qui n'est toutefois pas identique à celle du recensement général (il manque ici notamment la SNCF, RATP, EDF...). La signification est donc moins évidente que pour l'État.

Répartition en % par type d'entreprises des sous-traitants par catégorie d'acheteurs : 2015 - 2018 (Actes de sous-traitance)										
En pourcentage	2015		2016		2017		2018		Moyenne sur la période	
ETAT (hors hôpitaux)	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur
PME	75,1%	51,7%	81,0%	70,0%	74,3%	61,6%	74,0%	63,5%	76,1%	61,7%
ETI	8,8%	10,9%	11,0%	9,0%	11,8%	16,3%	11,8%	14,0%	10,8%	12,5%
GE	16,2%	37,4%	8,0%	21,0%	13,9%	22,1%	14,1%	22,4%	13,1%	25,7%
Collectivités locales	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur
PME	82,3%	78,3%	83,7%	89,9%	79,2%	72,4%	76,2%	72,4%	80,4%	78,2%
ETI	7,6%	10,7%	6,3%	3,3%	9,9%	11,2%	9,8%	11,1%	8,4%	9,1%
GE	10,1%	11,0%	10,0%	6,8%	11,0%	16,4%	13,9%	16,6%	11,3%	12,7%
Autres*	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur
PME	71,7%	58,5%	75,4%	66,0%	73,8%	66,8%	79,2%	80,7%	75,0%	68,0%
ETI	11,3%	17,1%	11,7%	11,1%	11,6%	12,2%	12,7%	9,3%	11,8%	12,4%
GE	17,1%	24,3%	12,8%	22,9%	14,5%	21,0%	8,2%	10,0%	13,1%	19,6%

* Hors SNCF, EDF, RATP, ADP...

Ainsi, la part moyenne des sous-traités attribués à des PME atteint 76,1 % sur la période pour l'État, 80,4 % pour les collectivités locales et 75 % pour les autres, soit des chiffres finalement assez groupés.

En valeur, 61,7 % de la valeur des sous-traités est attribuée aux PME pour l'État, contre 78,2 % pour les collectivités locales et 68 % pour les autres acheteurs.

Globalement, ces chiffres confirment donc que **les PME bénéficient de la sous-traitance**, plus que les ETI ou les GE, **quel que soit l'acheteur concerné**.

D) La part des PME dans la commande publique

La **part totale** des PME dans la commande publique (**titulaires et sous-traitants**) constitue certainement l'un des chiffres les plus attendus de cette étude, pour sa partie statistique. C'est également un chiffre **difficile à produire**, que les carences relevées plus haut (déclaration partielle ou erronée des actes de sous-traitance) ne contribuent pas à rendre plus simple.

Le chiffre est calculé sur la base d'un échantillon et il exclut certains des acheteurs les plus importants, par absence de données les concernant pour la sous-traitance. Toutefois, par le choix des acheteurs représentatifs retenus, la validité de ces chiffres excède probablement cet échantillon. De futurs travaux, sur la base d'un échantillon plus large, devraient permettre d'affiner et de compléter ces chiffres.

La méthode d'obtention de la part PME globale est présentée « pas à pas », afin de faciliter sa compréhension. Certains calculs intermédiaires ne sont, de ce fait, pas présentés.

Rappel de la part des PME en tant que titulaires

La part des PME est obtenue par la répartition des contrats initiaux, en nombre de contrats et en montant, selon la catégorie d'entreprise du titulaire/mandataire, et s'établit comme suit :

Représentation en % des titulaires de marchés publics par catégorie d'entreprises										
En pourcentage	2015		2016		2017		2018		Moyenne sur la période	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
PME	61,8	30,5	59,0	28,4	57,5	29,4	61,1	32	59,9	30,1
ETI	19,0	22,1	20,1	25,8	21,4	27,4	19,3	22,6	20,0	24,5
GE	19,2	47,4	20,9	45,8	21,1	43,1	19,6	45,4	20,2	45,4

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECF

En moyenne sur la période, les PME représentent 60% des titulaires de marchés en nombre et 30 % en valeur (contre seulement 20 % des contrats en nombre attribués aux GE, mais 45 % en valeur, soit un rapport du simple au double).

Calcul de la part des PME en tant que sous-traitants

Éléments généraux :

- Le calcul porte sur la période 2015/2018 et correspond à une moyenne pour cette période ;
- Le calcul porte sur les marchés de l'État (hors secteur hospitalier) et des collectivités locales, donc sans les marchés des « autres » entités recensées (acheteurs pour lesquels l'absence ou l'insuffisance de données est insurmontable)
- Le calcul porte sur les 3 types d'objet, fournitures, travaux, services, (FTS) en tenant compte de leur poids respectif ;
- Pour 100 contrats initiaux (CI) recensés, il 14,5 actes spéciaux de sous-traitance déclarés, tous objets confondus (FTS) et tous types d'acheteurs confondus ;
- La part de l'État est de 34 % des actes de sous-traitance déclarés, soit 34 % de 14,5 = 4,93 %
- La part des collectivités locales au sein des actes de sous-traitance déclarés s'élève à 40 % de 14,5 = 5,8 %

Paramètres pris en compte pour le calcul :

<p>État :</p> <p>Les marchés État (hors secteur hospitalier) se répartissent en moyenne de la façon suivante :</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ 53,3% attribués aux PME, 26,2% aux ETI, 20,5% au GE. <p>Les actes de sous-traitance se répartissent en moyenne de la façon suivante :</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ 76,1 % aux PME, 10,8% aux ETI, 13,1% aux GE.
<p>Collectivités locales :</p> <p>Les marchés des collectivités locales se répartissent en moyenne de la façon suivante :</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ 67,2% aux PME, 16,3 % aux ETI, 16,7 % au GE. <p>Les actes de sous-traitance se répartissent en moyenne de la façon suivante :</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ 80,4 % aux PME, 8,4% aux ETI, 11,3% aux GE.

Calcul de la « part PME totale » dans la commande publique

Étape 1 : pourcentage des actes de sous-traitance par rapport aux contrats initiaux :

Calcul sur la base du recensement : 14,5 actes de sous-traitance pour 100 contrats initiaux (soit 14,5 %).

Étape 2 : part respective de l'Etat et des collectivités locales dans ces actes de sous-traitance

État : 34 % - Collectivités locales: 40 % - Autres : 26 % (pour mémoire).

Étape 3 : calcul du poids respectif par type d'acheteur.

État : $14,5 \times 0,34 = 4,93 \%$

Collectivités locales : $14,5 \times 0,4 = 5,8 \%$

Autres : $14,5 \times 0,26 = 3,77 \%$ (pour mémoire).

Étape 4 : différence entre la part des PME dans les contrats initiaux (CI) et les actes de sous-traitance (ST)

État : 53,3 % des CI et 76,1 % des ST, ce qui correspond à une différence de 22,8 points, soit + 42,8 % pour la part des PME ($22,8 \times 100 / 53,3 = 42,77$)

Collectivités locales : 67,2 % des CI et 80,35 % des ST, ce qui correspond à une différence de 13,15 points, soit + 19,6 % pour la part des PME ($13,5 \times 100 / 67,2 = 19,56$).

Étape 5 : part supplémentaire des PME

État : $4,93 \times 0,428 = 2,11 \%$

Collectivités locales : $5,8 \times 0,196 = 1,14 \%$.

Étape 6 : part totale PME, sous-traitance comprise (en nombre)

État : $53,3 \% + 2,1 \% = 55,4 \%$

Collectivités locales : $67,2 \% + 1,1 \% = 68,3 \%$.

Au travers de ces calculs, on constate que la sous-traitance, globalement favorable aux PME, augmente leur part réelle dans la commande publique, que ce soit en qualité de titulaire ou de sous-traitant.

Pour l'État, cette part augmente de 3 % en nombre, passant de 53,3 % sans la sous-traitance, à 55,4 % avec la sous-traitance, alors que pour les collectivités locales, la majoration n'est que de 1 %, soit une part PME passant de 67,2 % à de 68,3 %, sous-traitance comprise.

E) Répartition par famille d'objet de marché (« FTS »)

Répartition générale des familles d'objet

La distinction par famille d'objet de marché (fournitures/travaux/services) permet de mettre en lumière une part très variable de sous-traitance en fonction du domaine concerné, les travaux étant les plus concernés. Cette situation était prévisible, de par la connaissance acquise des pratiques « terrain », mais les taux par famille ainsi que l'écart entre les travaux et les autres domaines étaient inconnus.

Répartition par familles d'objet de marché - Actes de sous-traitance										
En %	2015		2016		2017		2018		Moyenne sur la période	
	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur
Fournitures	6,6%	10,3%	5,4%	3,5%	5,4%	3,9%	8,3%	12,0%	6,4%	7,4%
Travaux	71,7%	69,9%	73,7%	81,0%	71,1%	72,4%	65,4%	66,1%	70,5%	72,4%
Services	21,7%	19,7%	20,9%	15,5%	23,5%	23,7%	26,3%	21,9%	23,1%	20,2%

* Hors SNCF, EDF, RATP, ADP, Secteur hospitalier...

Les marchés de **travaux** représentent, en moyenne sur 2015/2018, **70,5 % du nombre d'actes** de sous-traitance, et 72,4 % en montant, soit pratiquement les trois quarts de la sous-traitance, alors que les marchés de travaux ne représentent que 38,5 % en nombre et 27,1 % en valeur du total des marchés.

La sous-traitance est donc nettement plus forte en travaux que pour les autres familles de marchés.

Les services constituent la deuxième famille la plus fréquente pour les actes de sous-traitance, avec des chiffres représentatifs, en nombre et en valeur, moins du tiers des travaux (soit respectivement 23,1 % et 20,2 %), alors que leur poids moyen sur la période est de 35,5 % en nombre de marchés et de 37,4 en valeur.

La sous-traitance existe également dans certains marchés de fourniture, à des taux toutefois nettement plus bas que pour les travaux ou les services, parfois très bas, comme pour les collectivités locales. Ils représentent moins d'un tiers en nombre et en valeur des proportions constatées pour les marchés de services, avec respectivement 6,4 % et 7,4 %, soit également 10 fois moins de poids que les travaux.

Cela s'explique principalement par le fait que le recours à la sous-traitance est légalement très limité pour les marchés de fournitures simples. Mais certains marchés mixtes ou certaines prestations de services dans un contrat de fournitures sont sous-traitables (ex : transport), expliquant que l'on ne soit pas tout à fait à 0 %.

Répartition des familles par typologie d'acheteurs

La répartition des familles d'objet de marchés entre l'Etat, les collectivités locales et les autres acheteurs est particulièrement intéressante.

Répartition FTS par catégorie d'acheteurs - Actes de sous-traitance										
<i>En %</i>	2015		2016		2017		2018		Moyenne sur la période	
	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur	Nombre	Valeur
ETAT (hors hôpitaux)										
Fournitures	9,6%	20,1%	9,7%	5,0%	7,9%	4,8%	10,8%	12,4%	9,5%	10,6%
Travaux	64,9%	50,5%	57,2%	73,0%	62,6%	69,3%	61,8%	65,6%	61,6%	64,6%
Services	25,4%	29,4%	33,1%	22,0%	29,6%	25,9%	27,4%	22,1%	28,9%	24,8%
Collectivités locales										
Fournitures	4,3%	3,6%	3,3%	2,5%	1,9%	0,5%	2,6%	1,2%	3,0%	1,9%
Travaux	75,4%	86,0%	76,1%	94,3%	72,5%	79,2%	70,5%	79,1%	73,6%	84,7%
Services	20,3%	10,4%	20,6%	3,2%	25,6%	20,3%	26,9%	19,7%	23,4%	13,4%
Autres*										
Fournitures	2,0%	1,5%	3,2%	3,0%	6,3%	6,5%	3,3%	6,0%	3,7%	4,2%
Travaux	89,0%	95,0%	87,9%	75,8%	78,3%	68,7%	88,2%	84,8%	85,9%	81,1%
Services	9,0%	3,5%	8,9%	21,2%	15,4%	24,8%	8,5%	9,2%	10,5%	14,7%

* Hors SNCF, EDF, RATP, ADP, Secteur hospitalier...

En effet, si les marchés de travaux sont les plus concernés par la sous-traitance, cette conclusion est valable pour les 3 types d'acheteurs, tout en constatant que l'Etat présente les chiffres les plus faibles, qui restent, en nombre et en valeur, proches des 2/3 des actes de sous-traitance. Les taux constatés sont plus importants pour les collectivités locales, avec 73,6 % en nombre et 84,6 % en valeur. La valeur unitaire de ces contrats de sous-traitance est donc forte dans les marchés de travaux des collectivités locales, en tout cas plus forte que pour l'Etat.

Malgré des variations importantes sur les quatre années examinées, les autres acheteurs ne sont pas si éloignés des résultats des collectivités locales, avec en nombre 85 % des marchés en travaux, et 81 % en valeur. Ces acheteurs sont particulièrement concernés par l'aménagement, la construction et autres travaux publics, ce qui explique en grande partie la répartition constatée.

Dans ces conditions, les autres types de marchés sont représentés en très faible proportion, sauf pour l'Etat. En effet, malgré les restrictions de sous-traitance associées aux marchés de fournitures, pour l'Etat, ils représentent pourtant près de 10 % du nombre des marchés avec acte de sous-traitance, pour une valeur presque équivalente à 11 %. Les autres acheteurs sont largement en dessous de 5 %, tant en nombre qu'en valeur.

Les marchés de services sont dans une situation intermédiaire: ils représentent pratiquement le quart du nombre d'actes de sous-traitance (un peu plus pour l'Etat, un peu moins pour les collectivités locales). Toutefois, la valeur de ces contrats est seulement

égale à la moitié du pourcentage en nombre (soit 13,4 % contre 23,4 %) pour les collectivités locales contre 24,8 % en valeur pour l'État.

F) Données complémentaires calculées sur l'année 2018

Un certain nombre de questions auraient pu être traitées avec l'échantillon sur quatre ans déterminé pour la première partie de l'analyse. Toutefois, comme cela apparaît dans certains tableaux, l'année 2016 apparaît assez différente des autres années, sans pour autant que les données soient inexactes.

Il est apparu judicieux, sur les indicateurs qui vont suivre, de limiter l'étude à la dernière année connue, soit 2018, qui est aussi la plus complète notamment pour les collectivités locales. Un effort particulier a été mené pour déterminer un échantillon d'acheteurs représentatifs, influencé le moins possible par les sous-déclarations. Il a été tenu compte des acheteurs ayant la meilleure politique déclaratoire à l'OECP, la plus complète et régulière, même en dessous du seuil du recensement.

Quand la sous-traitance est-elle déclarée ?

La réglementation autorise l'acheteur public à demander, lors de la remise de l'offre, la part que le candidat envisage de sous-traiter. Comme le montre la partie qualitative de cette étude, selon le type de sous-traitance envisagée (de spécialité ou de spécialité...), la déclaration intervient soit lors de l'offre, et ainsi permettre de couvrir l'ensemble des compétences attendues, soit en cours de marché (cf. point dédié).

Répartition du nombre d'actes par rapport au moment de la déclaration de la sous-traitance (2018)		
En %	Sous-traitance déclarée lors de passation du marché	Sous-traitance déclarée lors de l'exécution du marché
Fournitures	79,9%	20,1%
Travaux	18,2%	81,8%
Services	40,0%	60,0%
Total	25,6%	74,4%

* Hors SNCF, EDF, RATP, ADP, Secteur hospitalier...

Les chiffres statistiques pour 2018 sont assez tranchés : la déclaration effectuée à la passation du marché représente un quart des marchés pour lesquels une sous-traitance est recensée. **Pour 74,4 % des marchés, la sous-traitance est déclarée en cours d'exécution du marché.** Ces chiffres totaux masquent cependant des disparités par objet de marchés.

Pour les marchés de fournitures, la proportion est inversée : 79,9 % des actes de sous-traitance sont déclarés lors de la remise de l'offre et 20,1 % en cours de marché. La présentation du sous-traitant fait véritablement partie de l'offre et contribue probablement à valoriser celle-ci.

Ce phénomène semble beaucoup moins prégnant dans le secteur des travaux, puisque seulement 18% des sous-traitants sont déclarés en phase de passation et donc la grande majorité en phase d'exécution. Compte tenu du poids des marchés de travaux, le recours à la sous-traitance est donc généralement inconnu de l'acheteur avant la conclusion du marché.

Pour les services, la proportion de la sous-traitance déclarée dès l'offre se situe à hauteur de 40 %, ce qui est relativement plus équilibré que dans les autres secteurs et marque une meilleure information de l'acheteur que pour les travaux.

Participation à la commande publique en tant que titulaire ou en tant que sous-traitant ?

La recherche a consisté à identifier les entreprises qui, sur l'année 2018, étaient déclarées soit en qualité de titulaire, soit en qualité de sous-traitant, soit alternativement l'un et l'autre. Si sur une année, cet exercice a une signification moindre que sur un grand nombre d'années, l'orientation des chiffres peut malgré tout contribuer à percevoir la façon dont les entreprises vivent la sous-traitance.

Répartition des titulaires et des sous-traitants en 2018	
Entreprise sous-traitante uniquement	15,5%
Entreprise titulaire uniquement	77,6%
Entreprise titulaire et sous-traitante	6,9%

** Hors SNCF,EDF,RATP,ADP, Secteur hospitalier...*

78 % des entreprises identifiées, le sont exclusivement en qualité de titulaire. 15,5 % ne sont identifiées que comme sous-traitant, et 6,9 % des entreprises peuvent être les deux, sans que le lien ait été établi pour savoir si une entreprise pouvait être titulaire et sous-traitante pour un même acheteur.

Il est flagrant que les entreprises accèdent plus fréquemment à la commande publique en qualité de titulaire de marchés. Ce point est à mettre en parallèle de l'étude qualitative qui fait ressortir que les sous-traitants ne le sont majoritairement pas par choix et qu'ils préféreraient participer directement à la commande publique (cf. [point dédié](#)).

Quel est l'impact des groupements d'entreprises sur la sous-traitance ?

Lorsqu'un groupement est titulaire d'un marché, c'est le plus souvent que, pour remettre une offre, plusieurs entreprises ont été obligées de se réunir afin de présenter l'ensemble des compétences requises. On pourrait en conclure que les opérateurs ainsi réunis ont a priori moins besoin de recourir à la sous-traitance, puisque les spécialités nécessaires sont déjà dans le groupement.

Les chiffres ne confortent pas cette idée. En effet, ils permettent de constater que le recours à la sous-traitance pour les entreprises « titulaires uniques » est de 14 % et il s'élève à 14,6 % pour les groupements, soit un niveau quasiment identique.

Influence de l'existence d'un groupement d'entreprises sur la sous-traitance (2018)						
Titulaire unique ou groupé	Pas de sous-traitant	Un ou plusieurs sous-traitants	Détail si ou plusieurs sous-traitants			Total général
			1 ou 2 sous-traitants	Entre 3 et 5 sous-traitants	Plus de 5 sous-traitants	
Titulaire unique	86,0%	14,0%	7,0%	4,4%	2,6%	100,0%
Présence de groupement	85,4%	14,6%	6,6%	2,9%	5,1%	100,0%

Par rapport aux nombre de sous-traitants déclarés, on constate que pour 1 à 2 sous-traitants, le chiffre est là aussi quasiment identique : 6,6 % en groupement, contre 7 % sans groupement. Entre 3 et 5 sous-traitants, le chiffre en groupement est plus faible, alors qu'il est plus important au-delà de 5 sous-traitants.

Cela tend à démontrer que si le groupement met en œuvre la sous-traitance, c'est souvent pour un nombre de sous-traitants élevé, nettement plus que pour les entreprises titulaires seules.

La taille du marché influence-t-elle le recours à la sous-traitance ?

Intuitivement, on peut penser que plus le marché est d'un montant important et plus le recours à la sous-traitance est lui-même important, et que par conséquent la sous-traitance doit être moins fréquente pour les petits marchés. Là encore, la réalité perçue au travers des chiffres n'est pas aussi simple, même s'il est vrai que **la sous-traitance s'accroît bien globalement avec la taille du marché.**

Influence de la taille du marché sur la sous-traitance (2018)						
Montant du contrat initial par rapport au nombre d'acte de sous-traitance (ST)	Pas d'acte de ST	Un ou plusieurs actes de ST	Détail si un ou plusieurs actes de ST			Total général
			1 ou 2 ST	entre 3 et 5 ST	plus de 5 ST	
marché inférieur à 25 000 €	100,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	100,0%
marché entre 25 et 90 K €	96,2%	3,8%	1,5%	2,3%	0,0%	100,0%
marché entre 90 et 500 K €	88,0%	12,0%	7,4%	3,8%	0,8%	100,0%
marché entre 500 K€ et 2 millions €	79,8%	20,2%	11,1%	6,6%	2,5%	100,0%
marché entre 2 et 10 millions €	71,5%	28,5%	4,1%	5,7%	18,7%	100,0%
marché supérieur à 10 millions €	81,0%	19,0%	4,8%	4,8%	9,5%	100,0%

On constate qu'aucun des marchés de moins de 25 000 € recensés en 2018 n'a fait l'objet d'une sous-traitance déclarée. Entre 25 000 et 90 000 €, 96,2 % des marchés ne font pas état de sous-traitance, et aucun ne mentionne plus de 5 sous-traitants. Elle reste donc bien exceptionnelle pour ces montants.

L'analyse évolue pour les marchés compris entre 90 000 et 500 000 € : 12 % de ces marchés font surtout appel à la sous-traitance pour 1 ou 2 sous-traitants (7,4 %), et deux fois moins (3,8 %) entre 3 et 5 sous-traitants. 0,8 % seulement font état de plus de 5 sous-traitants.

Pour les marchés entre 500 000 et 2 millions d'euros, il y a également de façon majoritaire un recours à 1 ou 2 sous-traitants (11,1 %) ; 2,5 % des marchés se font avec plus de 5 sous-traitants.

Il semble que les marchés de 2 à 10 millions d'euros soient ceux qui font le plus appel à la sous-traitance (même plus que les + de 10 millions d'euros) puisque 28,5 % y ont recours, et très majoritairement avec plus de 5 sous-traitants.

L'une des limites de ce tableau est qu'il ne prend pas en compte la famille d'objet du marché. On pourrait toutefois envisager une corrélation entre les travaux, le nombre d'actes de sous-traitance et le montant du marché.

La durée du marché a-t-elle une influence sur le recours à la sous-traitance ?

Les résultats sont globalement conformes à ce que l'on anticipe naturellement : **plus la durée est faible, moins on a recours à la sous-traitance.** Mais les marchés d'une durée inférieure à 6 mois peuvent malgré tout donner lieu à sous-traitance.

Influence de la durée du marché sur la sous-traitance (2018)						
Durée du marché initial par rapport au nombre d'acte de sous-traitance (ST)	Pas d'acte de ST	1 ou plusieurs actes de ST	Détail si 1 ou plusieurs actes de ST			Total général
			1 ou 2 ST	entre 3 et 5 ST	plus de 5 ST	
Durée inférieure à 6 mois [1 mois, 6 mois[89,9%	10,1%	6,3%	2,1%	1,6%	100,0%
Durée supérieure ou égale à 6 mois et inférieure à 1 an [6 mois, 1 an[82,3%	17,7%	8,4%	5,5%	3,8%	100,0%
Durée entre 1 et 2 ans [1 an, 2 ans[85,4%	14,6%	7,5%	3,3%	3,8%	100,0%
Durée supérieure à 2 ans [2 ans, et +[90,2%	9,8%	3,9%	2,2%	3,7%	100,0%

Parmi les contrats d'une durée de moins de 6 mois, seuls 10,1 % conduisent à la déclaration d'au moins un acte de sous-traitance. Pour plus de la moitié d'entre eux, soit 6,3 %, il s'agit d'un ou 2 actes de sous-traitance, alors que 1,6 % seulement des contrats conduisent à déclarer plus de 5 actes de sous-traitance.

Les marchés de 6 mois à 1 an sont ceux qui font le plus état d'une sous-traitance (17,7 %), pratiquement pour moitié avec 1 ou 2 actes de sous-traitance, les contrats faisant état de plus de 5 actes de sous-traitance représentant 3,8 %.

Les marchés d'un à 2 ans font état d'un nombre un peu moins élevé d'actes de sous-traitance, puisque 14,6 % en déclarent au moins un, dont 7,5 % entre 1 et 2, 3,3 % entre 3 et 5, et 3,8 % plus de 5.

Les marchés de plus de 2 ans permettent de relever des chiffres atypiques : d'une part, ils ne font pratiquement pas plus appel à la sous-traitance que les marchés de moins de 6 mois, d'autre part, leur proportion de marchés enregistrant plus de 5 actes de sous-traitance est comparable aux chiffres des marchés dont la durée est comprise entre 6 mois et 2 ans.

Si une partie de l'explication réside dans le nombre moins élevé du nombre de marchés examinés et donc un effet potentiellement fort de quelques marchés exceptionnels dans l'échantillon, il apparaît malgré tout qu'au-delà d'une certaine durée, celle-ci n'entraîne pas nécessairement une augmentation importante de la sous-traitance.

III) Étude qualitative

Dans cette partie axée, non pas sur les grands agrégats économiques de la sous-traitance, mais sur les relations entre les parties prenantes, il sera question de la perception du cadre réglementaire, des rapports entre titulaires et sous-traitants, ainsi que du rôle des acheteurs.

A) Perception du cadre réglementaire de la sous-traitance

On constate, dans un premier temps, que la loi de décembre 1975 (codifiée par le CCP) est globalement bien perçue par les acteurs et globalement connue. Toutefois, un certain nombre de difficultés pratiques subsistent, de même que des interrogations quant à sa capacité à s'adapter à l'évolution du contexte économique.

Une loi globalement protectrice et utile

Afin de mettre en perspective la loi française, il est important de souligner que, d'après une étude de la DG Trésor réalisée pour l'Assemblée nationale sur un **panel de 7 pays**²⁵, la grande majorité ne dispose **pas de loi relative à la sous-traitance**. L'Italie fait à ce titre exception²⁶, de même que le Luxembourg (qui n'est pas intégré à la comparaison internationale)²⁷.



Dans les autres pays, c'est donc le droit commun des contrats qui s'applique aux relations de sous-traitance, hormis un encadrement renforcé des délais de paiement publics, conformément à la directive européenne en la matière. Tous les Etats soulignent la forte asymétrie qui existe entre les acteurs, car ce sont généralement les conditions générales d'achat du client (c'est-à-dire celles du donneur d'ordres privé) qui servent de base de négociation entre entreprises, en non pas celles du vendeur (sous-traitant).

Dans ce contexte, la **loi française**, dont la finalité protectrice a déjà été présentée, est globalement **bien perçue** par les différents acteurs interviewés par l'OECP (cf. liste des entretiens en [annexe 1](#)) et les commentaires relevés dans le cadre du questionnaire en ligne.

En synthèse, il ressort les éléments suivants :

- **acheteurs** : ils perçoivent la réglementation relative à la sous-traitance comme un levier d'accès des TPE/PME à la commande publique (certaines entreprises pouvant être découragées par le formalisme des consultations publiques ou bien estimer qu'elles n'ont pas la capacité économique suffisante pour remporter des marchés) ou comme un moyen de renforcer la qualité des prestations (dans le cadre d'une sous-traitance de spécialité);
- **fédérations professionnelles** : elles considèrent que le cadre juridique est relativement protecteur des sous-traitants, même si des difficultés sont relevées et que le statut des sous-traitants de rang 1 paraît plus consolidé que celui des rangs inférieurs, grâce au paiement direct. Certaines fédérations notent également que l'accès des TPE/PME par le biais de la sous-traitance ne doit pas dédouaner les acheteurs de leurs obligations en matière d'allotissement, qui constitue une voie d'accès privilégiée à la commande publique²⁸.

²⁵ Ces pays sont : Royaume-Uni, États-Unis, Belgique, Allemagne, Chine, Pologne, Italie. Cf. rapport d'information n° 2076 de l'Assemblée nationale précité, pages 38 à 40.

²⁶ Loi italienne du 18 juin 1998 en matière de sous-traitance (dont certaines dispositions ont été censurées par la CJUE en 2019). Notamment, la loi prévoit que le contrat entre le donneur d'ordre doit être écrit, sous peine de nullité, et que la possibilité pour le sous-traitant de sous-traiter à son tour est très encadrée. Cette loi s'inscrit dans le contexte de la lutte contre le crime organisé, ce qui peut en partie expliquer un encadrement renforcé des pratiques.

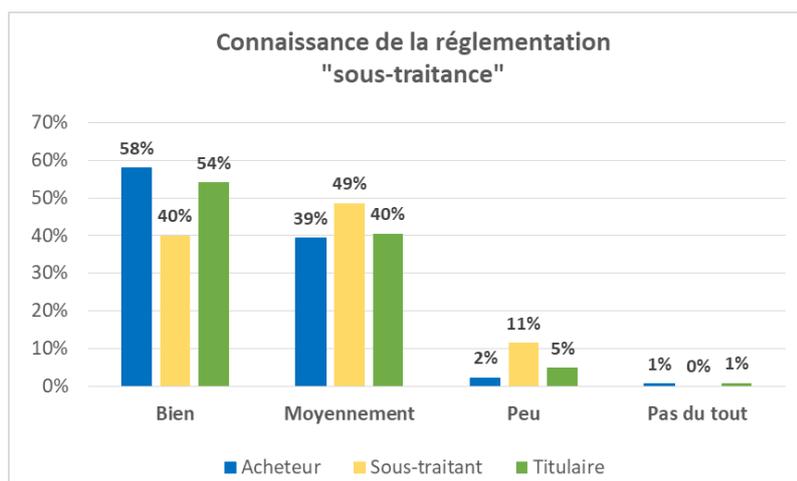
²⁷ Loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance.

²⁸ Sur ce point, cf. [Guide pratique OECP pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique](#), fiche n° 2.

Il ressort d'un grand nombre de commentaires que la loi de 1975 gagnerait à être mieux appliquée par les entreprises et les acheteurs (ex : déclaration des sous-traitants, respect des délais de paiement et des facilités financières offertes aux sous-traitants, pilotage des prestations, etc.), afin que sa finalité protectrice soit pleinement effective.

Il ne s'agit donc pas seulement d'envisager des préconisations supplémentaires (cf. [partie dédiée](#)), mais aussi de réfléchir aux modalités qui permettraient d'approfondir la connaissance de la réglementation et sa diffusion auprès des parties prenantes.

Une loi globalement connue des acheteurs et des entreprises



Dans le cadre de [l'enquête en ligne](#) menée par l'OECP, il a été demandé aux participants de mesurer leur connaissance des règles en matière de sous-traitance. On constate que **la majorité** des acheteurs et titulaires **considère avoir une bonne connaissance** et que 40 % d'entre eux ont une connaissance moyenne. Cela peut s'expliquer par l'ancienneté et la relative stabilité de cette réglementation depuis 1975, qui est en outre très pratiquée dans le secteur du BTP notamment.

La réglementation est toutefois moins bien connue par les sous-traitants que par les autres acteurs (40 % bien ; 49 % moyennement, 11 % peu). Certains commentaires, relevés à d'autres niveaux dans l'enquête, semblent corroborer les lacunes dans la connaissance de la réglementation par les entreprises et, en particulier, par les sous-traitants. Très peu d'interrogés concèdent avoir une connaissance quasi nulle du dispositif (« pas du tout »).

Si le principe général de la sous-traitance est connu, les réponses détaillées montrent que **certaines règles, ou du moins le formalisme administratif qui leur est associé, sont parfois mal appréhendées.**

Par exemple, les résultats de l'enquête permettent de constater que la différence entre paiement direct et action directe n'est pas si évidente (cf. [annexe 2](#)), puisque 40 % des interrogés toutes catégories confondues ne la connaissent pas. L'un et l'autre constituent pourtant des garanties substantielles pour le paiement des sous-traitants, au cœur du système mis en place par la loi de 1975. Il est probable que ce soit plutôt l'action directe qui ne soit pas bien maîtrisée, car elle est moins répandue que le paiement direct.

De même, il ressort des entretiens que la possibilité pour les sous-traitants de rang 2 d'obtenir une délégation de paiement du sous-traitant de rang 1 est parfois refusée par l'acheteur, faute d'une maîtrise suffisante (il n'existe pas de modèle de délégation).

Les **nouvelles dispositions** afférentes à la lutte contre les offres anormalement basses (OAB) jusqu'au niveau des sous-traitants et la possibilité de limiter la sous-traitance pour

certaines tâches essentielles²⁹ semblent **bien connues** (respectivement à hauteur de 75 % et 83 % des répondants), même si elles soulèvent des interrogations qui sont présentées ci-après.

Une loi qui soulève encore des difficultés pratiques

- Périmètre de la sous-traitance :

Les fédérations professionnelles accompagnent régulièrement les entreprises dans la mise en œuvre de la réglementation et peuvent être amenées à expliciter certaines situations. Par exemple, la différence entre sous-traitance et cotraitance, qui représente pourtant des degrés de responsabilités très différents, n'est pas toujours bien comprise.

De même concernant les situations de « location de choses avec intervention d'opérateur » sont parfois difficiles à distinguer des relations de sous-traitance. Comme évoqué précédemment, la sous-traitance requiert pour être qualifiée comme telle une participation effective à l'exécution du marché public et non pas seulement la fourniture d'ouvrage ou de chose. Dans certains cas, la distinction n'est toutefois pas aisée, malgré la jurisprudence judiciaire intervenue en la matière³⁰, et pourrait mériter des clarifications.

Les fédérations rappellent aussi aux opérateurs que le seuil de paiement direct – soit 600 euros TTC pour les marchés classiques – ne se confond pas avec l'obligation de déclarer le sous-traitant dès le premier euro. Ou bien que l'auto-entrepreneuriat n'est pas exclusif de la qualification de sous-traitant et qu'il convient donc de le déclarer en bonne et due forme.

Certaines difficultés rencontrées sur le terrain ont pu être levées par la mise en place de correctifs, tels que l'auto-liquidation de la TVA. Celle-ci permet de faire porter la taxe sur le seul titulaire du marché, dès lors que les conditions d'application sont réunies (travaux immobiliers). Ce mécanisme a pour objet de rationaliser la gestion fiscale et de lutter contre la fraude à la TVA, les sous-traitants devant désormais facturer leurs prestations uniquement en hors taxes.

- Trésorerie des entreprises :

Un sujet majeur de préoccupation des entreprises est relatif aux **délais de paiement**, qui font l'objet de difficultés persistantes, malgré les efforts accomplis ces dernières années.



Un délai de paiement long induit un risque accru de défaillance. Les entreprises sous-traitantes y sont plus vulnérables que les autres, car elles sont généralement de taille modeste (plus de 75 % sont des PME) et disposent d'un panel de clients moins étoffé que des grandes entreprises. Les retards pris par un ou deux clients importants peuvent donc rapidement les mettre en difficultés financières.

Si le paiement direct ne peut donner lieu à renonciation, en pratique certaines entreprises ne souhaitent pas en bénéficier par crainte des délais associés et ne remplissent pas la partie du DC 4 afférente au paiement, afin d'être réglées par le titulaire du marché public et non par l'acheteur. Il peut aussi arriver que les sous-traitants soient déclarés, mais pas à 100 %, et qu'une partie reste payée par le titulaire.

Le déploiement de **Chorus Pro**³¹ est à cet égard perçu comme un élément positif qui permet de fluidifier les délais et de les objectiver, tant pour la partie qui échoit au titulaire (délai de 15 jours pour valider les factures du sous-traitant), que pour la partie qui échoit à la personne publique (délai de 30, 50 ou 60 jours en fonction de la structure). De même,

²⁹ Respectivement articles L. 2193-8 et L. 2193-3 du CCP.

³⁰ Cour de cassation, chambre commerciale, 8 avril 2014, n° 13-15087 : la location de grue avec chauffeurs n'est pas assimilable à de la sous-traitance (contrat d'entreprise).

³¹ Depuis le 1^{er} janvier 2020, le dépôt des factures dans l'outil CHORUS Pro est obligatoire pour tout type d'entreprises.

les mesures récentes d'augmentation de l'avance en faveur des TPE/PME³² sont accueillies positivement par les entreprises, titulaires ou sous-traitantes, et atténuent partiellement l'effet négatif généré par des délais de paiement qui peuvent être élevés.

L'attention des acheteurs doit rester concentrée sur ce point, qui fait l'objet d'une préconisation (cf. [partie dédiée aux bonnes pratiques « acheteurs »](#)).

- Gestion de l'acte spécial :



Le **formulaire « DC4 »** constitue également un sujet d'intérêt pour les opérateurs économiques. En effet, s'il n'est pas obligatoire, il est **très employé** par les acheteurs, puisque près de 94 % des interrogés déclarent s'en servir de modèle d'acte spécial, en l'adaptant le cas échéant. Toute modification du DC 4 a donc un impact important.

La signature potentiellement tripartite du formulaire est ainsi perçue comme un gage de transparence et de sécurité par les sous-traitants.

Deux décisions du Conseil d'Etat sont en outre intervenues pour préciser les conditions d'établissement d'un acte spécial modificatif : en l'absence de modification du contrat de sous-traitance, l'acheteur et le titulaire ne peuvent, par le biais d'un acte spécial modificatif, réduire le droit à paiement direct du sous-traitant sans son accord³³.

Des **propositions d'amendement** du DC 4 ont été émises par les fédérations professionnelles: intégrer des nouvelles informations, prévoir un modèle pour les sous-traitants de rang 2, instaurer un acte modificatif facilité en cas de procédure collective (liquidation) à l'encontre du sous-traitant, etc. (cf. [partie dédiée aux préconisations d'ordre général](#)).

- Mise en œuvre de certaines dispositions par les acheteurs :

Près de 35 % des acheteurs ayant participé à l'enquête en ligne déclarent avoir déjà **limité le recours à la sous-traitance pour les « tâches essentielles »** d'un marché, considérant que celles-ci doivent être réalisées par le titulaire en propre. Un grand nombre de répondants considère cette disposition comme une mesure intéressante et utile, même si d'aucuns rappellent qu'elle doit être employée avec précaution en ciblant les prestations concernées, afin de ne pas restreindre la concurrence. Il convient également d'indiquer clairement cette limitation dans les documents de la consultation.

Une difficulté peut surgir du fait que la notion de « tâche essentielle » est laissée à l'appréciation des acheteurs, ce qui peut freiner son utilisation par peur du contentieux. Il serait cependant délicat de trop circonscrire le champ de cette disposition, car elle a vocation à s'adapter à tout type de marché public (cf. [point dédié](#) infra).

- ☞ La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a eu l'occasion de sanctionner des réglementations imposant qu'un pourcentage de prestations soit réalisé par le titulaire, notamment le droit italien qui prévoyait un taux de 30 % maximal de sous-traitance³⁴. La détermination d'un seuil obligatoire – sans lien avec la structuration du marché – est donc à proscrire.

Dans le même ordre d'idée, la **lutte contre les OAB au niveau des sous-traitants** peut s'avérer **problématique** pour les acheteurs. Il ressort des commentaires que si le principe est louable, la mise en pratique est complexe pour différentes raisons. Exemples :

- ✓ les OAB – qu'elles concernent les offres des candidats ou de leurs sous-traitants – sont difficiles à détecter (problématique de la méthode à employer),

³² Ces mesures sont codifiées à l'article R2191-7 du CCP.

³³ Décision du Conseil d'Etat du 27 janvier 2017, n° 397311 et du 27 mars 2017, n° 394664.

³⁴ CJUE, 5^e chambre, arrêt du 27 novembre 2019, affaire C-402/18.

- ✓ la détection nécessite que le sous-traitant ait été déclaré au moment de la passation du marché et que l'acheteur dispose d'une décomposition suffisante des prix,
- ✓ les OAB doivent être contrôlées d'après la jurisprudence au niveau de l'offre globale, alors que seuls certains prix unitaires peuvent être anormaux, ne remettant pas en cause l'offre globale.

En synthèse, comme cela avait déjà été relevé dans le [guide pratique dédié à l'accès des TPE/PME à la commande publique](#)³⁵, si le consensus existe entre acheteurs et opérateurs sur la nécessité de lutter contre les OAB, la sanction de celles-ci par les acheteurs se révèle timide et gagnerait à se développer, plutôt que de s'empêcher d'exclure les candidats concernés par peur du contentieux.

Une loi toujours en phase avec l'évolution du contexte économique ?

Un certain nombre d'éléments évoqués lors des entretiens peuvent questionner l'adéquation de la loi avec le contexte économique et juridique actuel. En effet, il ressort des échanges les tendances suivantes :

- **Une reprise de l'activité qui ne génère pas une amélioration des conditions de la sous-traitance :**

Dans un contexte de crise économique, les relations entre titulaires et sous-traitants sont amenées à se crispier d'avantage, du fait de la pression exercée sur les prix à tous les niveaux de la chaîne de production afin de remporter des parts de marché moins nombreuses.

Les fédérations professionnelles du BTP soulignent à cet égard que, malgré la reprise de l'activité économique après la crise de 2008, les prix du secteur sont restés relativement bas et ne remontent pas tel qu'un accroissement de la demande (par exemple avec les travaux du Grand Paris...) pourrait le permettre. Les acheteurs et leurs assistants à maîtrise d'ouvrage / maîtres d'œuvre continueraient à se servir des prix issus de la crise comme référence, car ceux-ci correspondraient mieux à leurs budgets contraints. Cela explique en partie pourquoi les relations entre les acteurs peuvent parfois être tendues, comme certaines interviews l'ont mis en exergue.

- **Une concurrence européenne accrue :**

Une concurrence étrangère, européenne en particulier, assez forte peut générer des relations contractuelles difficiles pour les sous-traitants français. Ces derniers sont mis en concurrence avec des sous-traitants étrangers (portugais, espagnols...) avec lesquels ils ne peuvent s'aligner en termes tarifaires, au vu de certaines contraintes réglementaires nationales³⁶. Par exemple, la filière de la construction métallique alerte régulièrement sur cette situation, en soulignant le nombre de chantiers sous-traités ces dernières années à des entreprises étrangères.

Ce phénomène est à mettre en partie en lien avec le recours aux travailleurs détachés, qui permet à un salarié travaillant dans un État membre de l'Union européenne d'être détaché par son employeur pour aller travailler dans un autre État membre, à titre temporaire³⁷. Comme l'indique la Cour des comptes dans son rapport public de 2019, il n'est pas aisé de mesurer l'ampleur du travail détaché en France et celui-ci fait l'objet de fraudes diverses.

³⁵ Cf. Fiche n° 9 relative à la détection des offres anormalement basses.

³⁶ Données de l'[INSEE](#) : fin 2011, 18 % des sociétés marchandes de 50 salariés ou plus avaient recours à de la sous-traitance internationale.

³⁷ Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996. Ces règles prévoient que les travailleurs détachés dans un autre État membre bénéficient légalement d'un « noyau dur » de droits en vigueur dans l'État membre d'accueil, même s'ils restent les employés de l'entreprise qui les détache et relèvent donc de la législation de l'État membre d'origine.

Cependant, d'après les statistiques européennes, la France apparaît comme le deuxième pays d'accueil de travailleurs détachés après l'Allemagne. Les secteurs les plus concernés sont l'intérim, l'industrie et le BTP.

- **Un recours plus aisé aux marchés globaux et une massification croissante des achats:**

Si l'allotissement de principe est destiné à susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelles que soient leur taille ou leur spécialisation, d'accéder directement à la commande publique, il n'est cependant pas systématique.

La réglementation prévoit des exceptions³⁸, au titre desquelles se trouvent notamment les marchés globaux³⁹. La pertinence de recourir dans certaines situations à un marché global est incontestable.

Toutefois des fédérations professionnelles soulignent que les acheteurs semblent parfois trop enclins à y recourir pour des raisons de simplicité / commodité (pas de pilotage des lots, interlocuteur unique...).

En outre, même si cela est difficile à mesurer quantitativement, il est souligné par une partie des acteurs du BTP que ce type de contrats peut générer de la sous-traitance en « cascade », dans le cadre de laquelle chaque sous-traitant subit à son niveau une pression sur les prix et sur les conditions d'exécution des prestations, afin de maîtriser le coût global de l'opération au bénéfice du titulaire et *in fine* de l'acheteur.

En parallèle du non allotissement de certains marchés, le souci de simplification et de gains sur les achats a pu conduire des acheteurs à massifier les besoins (en termes de volumes commandés, de zones géographiques / structures concernées...). Cette pratique pourrait être défavorable aux TPE/PME qui ne peuvent couvrir un périmètre trop large par manque de moyens ou de garanties financières, si les acheteurs n'étaient pas vigilants à compenser le phénomène par des mesures d'accompagnement des petits opérateurs (mise en relation facilitée par le sourcing, etc.).

Favoriser les groupements momentanés d'entreprises est un moyen d'atténuer les effets de la massification accrue des achats, en permettant aux entreprises de candidater conjointement à des appels d'offres conséquents, même si l'on constate que cela n'est pas encore très répandu. Accepter d'être sous-traitant au lieu de titulaire est une autre possibilité pour les TPE/PME d'accéder à la commande publique, dès lors que cette position est choisie et non pas subie.

- **Une intermédiation qui se développe dans certaines activités :**

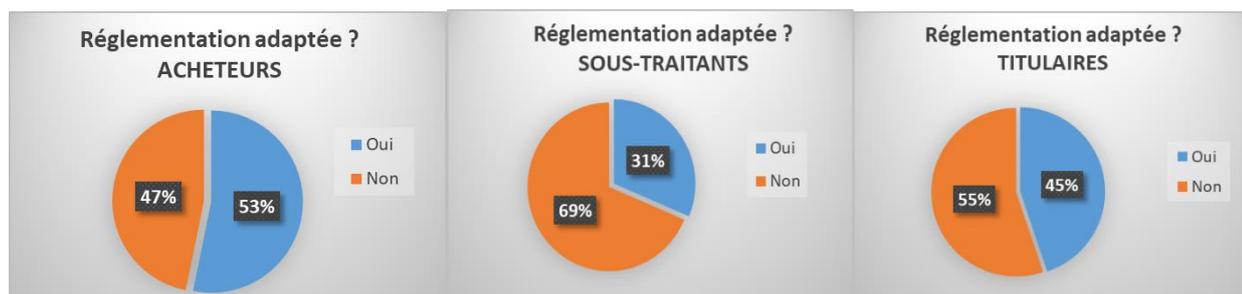
L'intermédiation peut être décrite comme un processus économique qui, grâce aux nouvelles technologies, contourne les rôles classiques en créant un nouvel intermédiaire. Cet intermédiaire permet de mettre en relation directe les utilisateurs et les prestataires et se matérialise sous la forme d'une plateforme numérique. Certains acheteurs ont ainsi constaté que des entreprises candidataient en tant que titulaires, sans disposer de capacités techniques réelles, mais en proposant d'agréger des références ou des entreprises, afin de faire bénéficier la personne publique de ce panel.

Même si le phénomène n'en n'est qu'à ses débuts et qu'il est encore trop tôt pour en tirer des conclusions sur le modèle de marché public tel qu'on le connaît aujourd'hui, la question qui se profile est de savoir si cette intermédiation remettra en cause les notions de titulaire et de sous-traitant ou nécessitera la détermination de nouveaux rôles dans le processus d'achat.

³⁸ Cf. article L. 2113-11 du CCP.

³⁹ Cf. articles L. 2171-1 et suivants du CCP.

Le ressenti des acteurs d'une insuffisante adaptation de la loi aux évolutions économiques est corroboré par le questionnaire en ligne.



Il en ressort que la moitié des interrogés (un peu moins chez les acheteurs que chez les sous-traitants) considère que **la réglementation n'est plus suffisamment protectrice ou adaptée** aux problématiques actuelles, bien que la clarté du dispositif, sa longévité et ses mérites (paiement direct, adaptation à un grand nombre de situations...) ne soient pas remis en cause.

Ces résultats ne signifient pas que le dispositif doit être revu dans son ensemble, ce qui pourrait nuire au relatif équilibre existant depuis 45 ans et souligné par les acteurs. Mais il convient de réfléchir aux moyens de consolider le dispositif pour permettre sa pérennisation malgré les mutations économiques.

Pour comprendre ce ressenti et avant d'aborder les préconisations, il convient d'interroger plus profondément les relations entre le titulaire et le sous-traitant, ainsi que le rôle de l'acheteur.

B) Rapports entre titulaires et sous-traitants

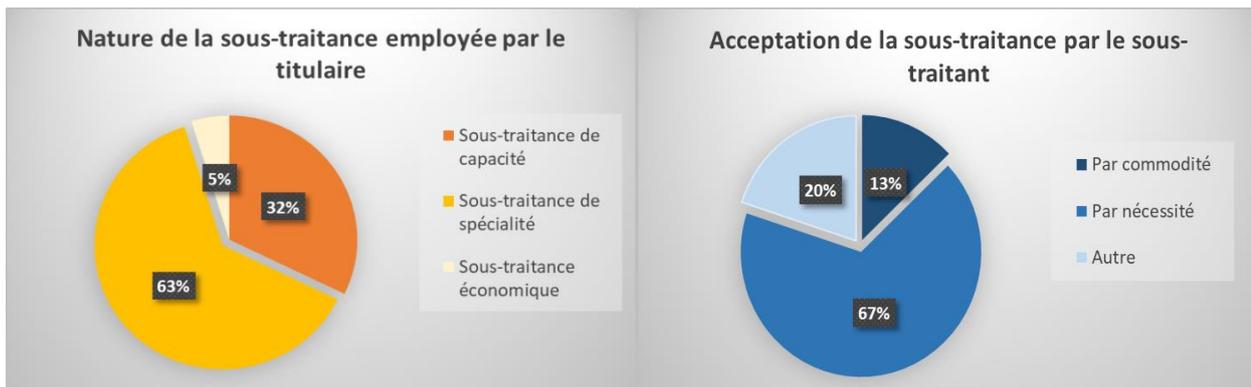
Les rapports entre titulaires et sous-traitants sont conditionnés par différents éléments : la nature de la sous-traitance employée, le nombre de niveaux de sous-traitance, la nécessité d'avoir des relations récurrentes avec ses partenaires, etc. En fonction de ces éléments, le déséquilibre économique entre les parties se fera plus ou moins sentir et les mauvaises pratiques seront plus ou moins subies.

La sous-traitance, une notion protéiforme

La sous-traitance ne recouvre pas qu'un seul type de situation et l'on distingue en pratique plusieurs types de sous-traitance :

- la **sous-traitance de spécialité**, qui correspond à la recherche de compétences spécifiques dont l'entrepreneur ne dispose pas ou insuffisamment en interne ;
- la **sous-traitance de capacité**, qui correspond à la recherche – non pas de profils spécialisés – mais de moyens complémentaires d'exécution, car ceux de l'entrepreneur sont d'ores et déjà mobilisés ;
- la **sous-traitance économique**, qui correspond à la recherche d'un profit par l'entrepreneur, car les prestations déléguées sont exécutées pour un prix moindre que celui facturé à l'acheteur.

Ces différentes formes de sous-traitance ne sont **pas exclusives les unes des autres** et peuvent se cumuler pour une même opération. Le recours à un sous-traitant de spécialité ou de capacité n'est pas incompatible avec la recherche d'un gain économique, bien au contraire. Ce que l'on mesure ici c'est le motif principal de sous-traitance déclaré par l'entreprise titulaire.



On constate que les titulaires déclarent majoritairement sous-traiter pour des questions de spécialité. La sous-traitance capacitaire représente quant à elle près d'un tiers des cas, démontrant le besoin des entreprises de disposer d'une certaine souplesse dans l'exécution des contrats pour s'adapter aux aléas (ex: décalage du démarrage d'une prestation qui impacte le planning du titulaire et peut nécessiter le recours ponctuel à de la main d'œuvre extérieure).

En revanche, la sous-traitance économique semble très marginale ou du moins elle n'est pas nécessairement assumée comme telle. Cette pratique est pourtant décriée par certains sous-traitants qui s'estiment victimes d'une forte pression sur leurs prix et/ou les conditions d'exécution par le titulaire (lui-même potentiellement contraint par l'acheteur), afin de recréer une marge bénéficiaire. Cela est d'autant plus dommageable que cela nuit à une perception positive de la sous-traitance comme vecteur d'activités.

En synthèse, tout en évitant de généraliser cette appréciation à la diversité des relations de sous-traitance et des secteurs concernés, on peut considérer que des relations basées sur le principe de spécialité (le titulaire a besoin du sous-traitant et celui-ci est en mesure de négocier) seront moins déséquilibrées que des relations basées sur le principe de capacité (le titulaire dispose des compétences ou des moyens en propre) et *a fortiori* que des relations basées sur le seul principe de gain économique⁴⁰. Dans les deux derniers cas, les sous-traitants sont interchangeables et leur marge de négociation est limitée.

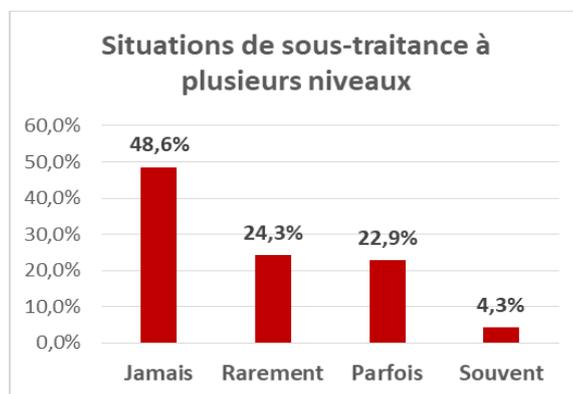
La **vision mitigée des sous-traitants** est illustrée par le fait qu'ils déclarent majoritairement accepter cette position par nécessité et non par choix, à hauteur des deux tiers des répondants (ce qui est confirmé par les entretiens). La perception de la sous-traitance comme une stratégie affirmée des TPE/PME d'orientation de leur activité doit donc être relativisée. Il existe toutefois des entreprises qui s'accommodent bien de ne pas être titulaires de marché, avec toutes les responsabilités et formalités que cela peut comprendre.

La sous-traitance peut en effet constituer un premier levier d'accès à la commande publique, afin d'améliorer sa connaissance du cadre réglementaire ou de se faire connaître des acheteurs publics ou d'autres entreprises. Les titulaires soulignent d'ailleurs qu'ils accompagnent leurs sous-traitants dans l'amélioration de leurs processus de travail (volet HSCT ou recours au numérique par exemple) pour monter progressivement en compétences.

⁴⁰Rapport d'information n° 2076 de l'Assemblée nationale précité page 37: « les relations sont plus souples dans les filières ou la sous-traitance de spécialité prédomine. Les relations semblent plus compliquées dans les filières marquées par une sous-traitance en cascade ».

Non seulement la **sous-traitance** peut être de différents types, mais elle **peut également se décliner à plusieurs niveaux**, « en cascade »⁴¹. Comme indiqué dans la présentation du cadre juridique, le sous-traitant de rang 1 peut en effet sous-traiter à une autre entreprise, et ainsi de suite...

Ce phénomène est particulièrement difficile à mesurer d'un point de vue statistique : d'une part, le recensement des actes de sous-traitance *via* REAP n'est obligatoire que pour le premier rang et d'autre part, CHORUS ne permet pas non plus la distinction des différents niveaux de sous-traitance pour les dépenses issues des marchés de l'Etat.



Dans le cadre du questionnaire, les sous-traitants ont déclaré dans près d'un quart des cas qu'ils peuvent être amenés à subdéléguer des prestations à un sous-traitant de rang 2 (« parfois ou souvent »).

Cette subdélégation intervient principalement pour des questions de compétences (regroupement au sein d'un même lot de prestations pour lesquelles l'entreprise ne dispose pas de toutes les compétences /qualifications) ou bien de gestion du planning (indisponibilité au moment de l'exécution effective du marché). Près d'un sous-traitant sur deux déclare ne pas subdéléguer (« jamais »).

Certains répondants considèrent même que sous-traiter à plusieurs niveaux participe de la logique de gain économique en chaîne et ne souhaitent pas y contribuer. Ainsi, ils n'accepteraient que des prestations qu'ils sont en mesure de réaliser en propre.

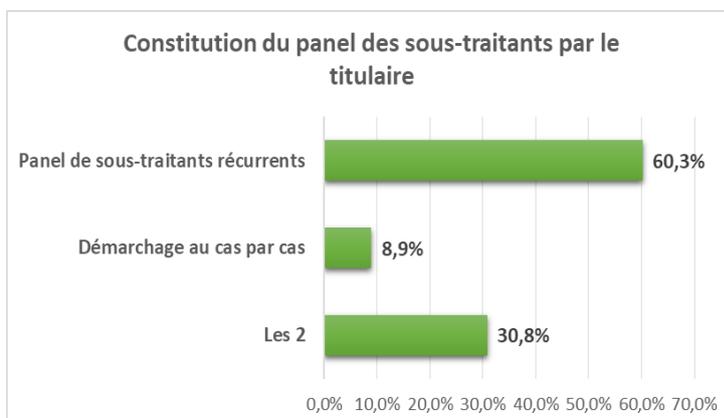
Cette appréciation sur la sous-traitance à plusieurs niveaux doit être mise en perspective avec la nature des entreprises ayant répondu à l'enquête : 80 % d'entre elles sont des TPE/PME et seulement 12 % des grandes entreprises (cf. [données générales](#)). Étant un intermédiaire dans le processus, elles le perçoivent certainement moins favorablement que les entreprises qui en ont une plus grande maîtrise.

Une fois la pluralité des formes de sous-traitance appréhendée, on peut s'interroger sur les modalités de contractualisation entre les parties prenantes. Malgré des rapports contractuels parfois tendus sur l'aspect des prix notamment, on constate que titulaires comme sous-traitants ont **besoin et intérêt à nouer des relations récurrentes**. Celles-ci facilitent l'exécution des prestations, de par la bonne connaissance des modes de fonctionnement réciproques (systèmes d'information, qualité...) et la maîtrise prévisionnelle du plan de charges. Il est primordial de savoir que l'on peut compter sur quelques partenaires commerciaux fiables sur tous les plans (technique, économique, organisationnel...), *a fortiori* dans le cadre d'une sous-traitance de spécialité.

Dans la grande majorité des cas, les titulaires déclarent ainsi recourir à des sous-traitants déjà connus, avec lesquels ils ont déjà travaillé (« panel récurrent »), même s'ils ne

⁴¹ Il n'existe pas de seuil unanime pour considérer que la sous-traitance est en cascade, mais l'on peut considérer que c'est le cas à partir de 2 niveaux (ou plus), par opposition à la sous-traitance de rang unique.

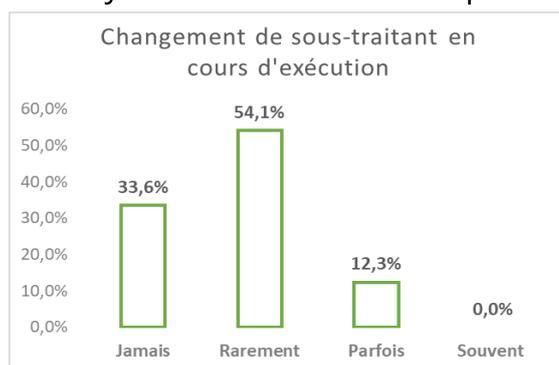
s'interdisent pas de démarcher des sous-traitants au cas par cas pour des prestations spécifiques par exemple. La récurrence des relations entre opérateurs économiques est confirmée par les sous-traitants, qui déclarent être principalement liés à quelques entreprises, sans exclure le démarchage proactif de nouveaux partenaires.



Les titulaires indiquent choisir leurs sous-traitants selon les critères suivants : rapport qualité/prix (critère prépondérant), spécialité technique, localisation, fiabilité et réputation, solidité financière, disponibilité ou réactivité, conformité avec les différentes réglementations, etc.

En outre, **changer de sous-traitant** en cours d'exécution – à ne pas confondre avec un éventuel changement au moment de la notification du marché –**peut s'avérer complexe**, tant d'un point de vue administratif (établir les paiements dus au premier sous-traitant), que d'un point de vue technique (risque de retard dans l'exécution, etc.). Les titulaires ne s'y résolvent donc pas facilement.

Si un changement doit être opéré, il peut s'expliquer par des difficultés techniques ou économiques rencontrées par le sous-traitant, voire parfois par une insatisfaction de l'acheteur, ou bien d'autres motifs (indisponibilité au moment de l'exécution des prestations, réaffectation des moyens internes du titulaire pour exécuter lui-même, etc.).



Enfin, trois quart des titulaires reconnaissent dans l'enquête ne pas mettre en place de **suivi d'exécution conjoint** des prestations. Cela peut se révéler problématique en cas d'intervention prolongée du sous-traitant ou d'exigences spécifiques de la personne publique, nécessitant un accompagnement et une bonne information des prestataires, au moins au démarrage du marché.

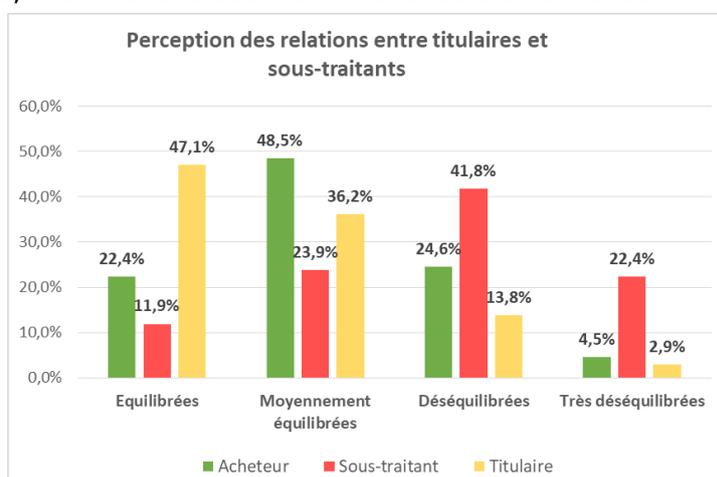
La situation est donc plus nuancée qu'il n'y paraît, entre la nécessité pour chacune des parties de collaborer (tant pour un marché que dans la durée, afin de capitaliser sur la relation constituée) et la nécessité d'assurer la viabilité économique de l'opération, ce qui génère des frictions.

Un déséquilibre économique systématique entre les parties ?

La sous-traitance met naturellement en œuvre une **relation asymétrique entre le titulaire**, qui a dans la majorité des cas le choix de son(s) partenaire(s) contractuel(s), **et le sous-traitant**, qui est potentiellement plus « captif », car ne bénéficiant de l'activité économique générée par les marchés publics que de manière indirecte. Fort de ce constat, plusieurs questions se posent :

- les deux parties perçoivent-elles différemment leurs rapports contractuels ?
- si oui, quels sont les difficultés recensées ou les mauvaises pratiques qui contribuent à cette perception, voire à cette situation avérée de déséquilibre ?
- quelles pistes pour remédier à cette situation ?

On constate que **l'appréciation** portée sur les relations de sous-traitance **varie fortement selon la catégorie concernée**. Près de la moitié des acheteurs considère que les relations de sous-traitance sont moyennement équilibrées, tandis que près de la moitié des titulaires considère que les relations sont équilibrées. Les uns comme les autres ne constatent pas de déséquilibre majeur (relations très déséquilibrées). L'appréciation semble donc positive, même si elle est moins favorable chez les sous-traitants.



En effet, 42 % des sous-traitants considèrent que les relations sont déséquilibrées et 22 % qu'elles sont très déséquilibrées, soulignant leur différence de perception avec les titulaires, qui considèrent qu'une certaine mesure/équité existe dans leurs rapports contractuels.

Cette perception des sous-traitants au travers du questionnaire est corroborée par les entretiens que l'OECP a pu conduire avec des PME, de même que par les rapports parlementaires dédiés aux rapports entre donneurs d'ordres et sous-traitants, qui soulignent les logiques différenciées, voire un manque de vision partagée à long terme⁴².



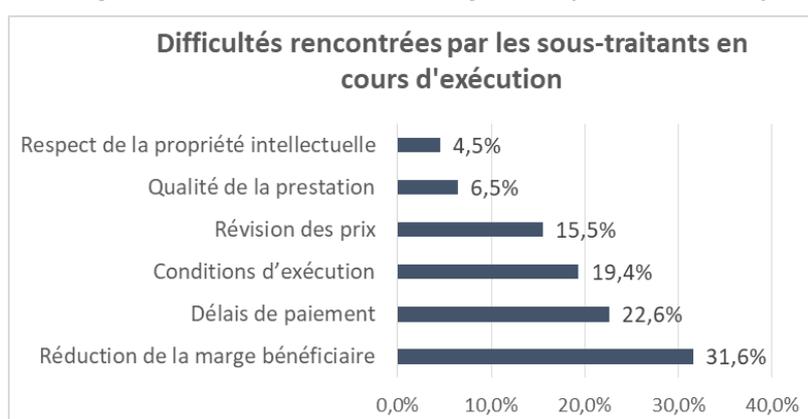
Force est de constater, au-delà des perceptions propres à chaque catégorie, que **des mauvaises pratiques persistent** et fragilisent les entreprises sous-traitantes, en particulier si elles se cumulent. Cela ne signifie pas qu'elles sont généralisées, mais leur persistance doit interpeller les acheteurs et les titulaires.

⁴² Notamment le rapport de l'Assemblée nationale précité, ainsi que le rapport du Sénat de mai 2013, Les relations entre donneurs d'ordre et sous-traitants dans le domaine de l'industrie, établi par Martial Bourquin. Ce rapport indiquait déjà, outre une liste de mauvaises pratiques relevées, que « s'agissant de la relation donneurs d'ordre – sous-traitants, les grands donneurs d'ordre restent encore souvent guidés par des objectifs de court terme de réduction des coûts d'achat et de prix bas ».

Ces mauvaises pratiques des donneurs d'ordres, qui ne relèvent pas nécessairement de l'intention mais d'un état de fait, peuvent être de différentes natures :

- une pression à la baisse sur les prix : le risque pour un sous-traitant qui refuserait de s'aligner sur les prix demandés par le titulaire serait d'être écarté (et ce, même s'il a pu contribuer à la constitution de l'offre), notamment dans un contexte de concurrence étrangère accrue ;
- l'absence de révision des prix appliquée aux sous-traitants, alors que le titulaire a pu en bénéficier dans le cadre du marché public⁴³. Cela crée une pression supplémentaire sur la marge souvent faible du sous-traitant qui peut avoir à supporter des variations des prix des matières premières, en cas d'intervention prolongée pour une même prestation ;
- des contraintes disproportionnées, comme l'application de pénalités élevées, c'est-à-dire qui excèdent la quote-part qui devrait revenir le cas échéant aux sous-traitants en fonction des prestations qu'ils ont exécutées. Il est va de même pour les exigences en matière sociale (ex : nombre d'heures d'insertion à réaliser) qui doivent être mises en rapport avec le volume des prestations réalisées par chacun (ne pas basculer toutes les exigences sur le sous-traitant en bout de chaîne) ;
- une éventuelle captation de la propriété intellectuelle (entendue largement), notamment quand le sous-traitant participe à la constitution de l'offre du titulaire (ex : plans, idées, prix...), ce qui se traduit par le fait que sa valeur ajoutée peut être par la suite réemployée sans son accord préalable ou sans dédommagement financier ;
- une asymétrie dans l'information, qui se matérialise par le fait que, les acheteurs et les sous-traitants n'ayant pas de relations directes, le titulaire a davantage d'informations relatives au marché public comme au sous-traité et que ces données ne sont pas toujours bien partagées avec les sous-traitants (connaissances des exigences techniques, dispositions financières, calendriers, contraintes d'accès, gestion des déchets...).

Ces éléments, relevés dans le cadre des divers entretiens et de la revue documentaire, sont confirmés par l'enquête en ligne. La réduction de la marge bénéficiaire pour obtenir des contrats, de même que les délais de paiement et la révision des prix, comptent parmi les préoccupations majeures des sous-traitants ayant répondu à l'enquête.



⁴³ L'article 2112-14 du CCP indique : « les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours ». Le constat émis dans le secteur industriel semble en partie transposable aux secteurs concernés par l'étude de l'OECP.

Les acteurs économiques et les fédérations professionnelles, ayant de longue date pris conscience des difficultés qui pouvaient particulièrement toucher des sous-traitants, ont d'ores et déjà mis en œuvre des mesures correctrices.

Parmi les **bonnes pratiques à promouvoir**, on peut citer l'établissement de **chartes sectorielles** afin d'accompagner les relations entre titulaires et sous-traitants et développer une logique de filière. Ces chartes peuvent notamment permettre de rééquilibrer les négociations en faisant en sorte que cela ne soit pas systématiquement les conditions générales d'achat (CGA) du donneur d'ordres qui soient imposées au fournisseur, qui doit alors renoncer à ses clauses générales de vente (CVG), s'il en dispose.

Par exemple, dans le secteur du BTP, les fédérations se sont accordées sur les conditions générales d'un contrat-type unique de sous-traitance (mis à jour en 2018), dans un souci d'équilibre des relations contractuelles et de gestion des problématiques courantes⁴⁴. Ce contrat-type apporte une réponse à certaines difficultés évoquées ci-dessus : application proportionnée des pénalités en cas de retard d'exécution par le sous-traitant, reconnaissance de l'apport technique du sous-traitant dans l'offre de l'entrepreneur principal, partage des documents nécessaires à l'exécution des prestations...

Cependant, il est possible de déroger à certains principes dans les conditions particulières et d'imposer des clauses plus strictes aux sous-traitants (ex : intégration des intempéries dans le délai global d'exécution sans prolongation, délai réduit pour répondre aux sollicitations, qu'il s'agisse de la contestation éventuelle des comptes rendus de chantier ou du temps nécessaire pour établir des devis complémentaires, application d'une retenue dite de « bonne fin » à hauteur de 10 % pour garantir le chantier, etc.).

Si l'intention du contrat-type est louable, seule sa mise en œuvre effective par tous les acteurs pourra améliorer globalement la situation des sous-traitants.

Les efforts déployés pour rééquilibrer la situation ne sont pas encore généralisés (tous secteurs confondus) et ne semblent pas être suffisants. Des préconisations complémentaires peuvent ainsi être formulées, tant au niveau des opérateurs économiques, que des acheteurs. Ces derniers ont un rôle important à jouer, même s'ils ne le perçoivent pas nécessairement comme tel.

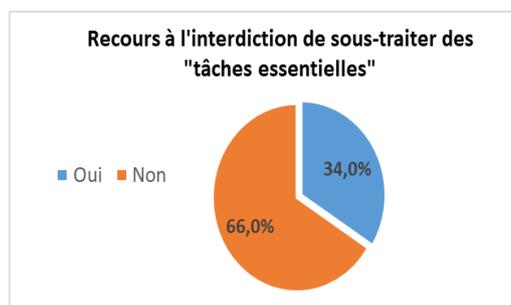
C) Rôle des acheteurs dans le processus de sous-traitance

L'acheteur (entendu au sens large, comme l'entité publique) intervient à plusieurs niveaux dans le processus de sous-traitance : au moment de la préparation de la consultation et de l'analyse des offres, puis au moment de l'exécution des prestations et de leur paiement. En outre, il peut mettre en place une politique plus ou moins fine de pilotage et de suivi de ses fournisseurs.

Détermination des prestations sous-traitables

Si le recours à la sous-traitance est en principe à la discrétion du titulaire, l'acheteur peut toutefois circonscrire son périmètre en déterminant les tâches essentielles qui ne peuvent pas faire l'objet d'une délégation, lorsque cela est justifié par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Nous ne reviendrons pas sur les potentielles difficultés soulevées par cette disposition (cf. [partie dédiée](#)), mais il est intéressant de noter que plus d'un tiers des



⁴⁴ Pour accéder aux conditions générales du contrat de sous-traitance du BTP : [lien](#).

acheteurs ayant répondu à l'enquête commence à mettre en pratique cette faculté dans différents secteurs.

Elle est utilisée notamment pour des prestations considérées comme complexes / techniques ou bien nécessitant des qualifications particulières. Les exemples cités par les acheteurs relèvent de leur appréciation en fonction de leur contexte particulier : prestations intellectuelles (telle que la maîtrise d'œuvre), informatique, maintenance (détection incendie ou gaz), gardiennage et surveillance, coordination SPS, etc.

Pour procéder à une limitation partielle de la sous-traitance, dont l'impact sur la participation des entreprises n'est pas neutre, il faut cependant avoir une bonne connaissance du secteur concerné ou bien disposer d'un retour d'expérience de précédents marchés, qui permettent d'établir pourquoi certaines prestations, de par leur nature ou les conditions de leur exécution, ne devraient pas être sous-traitées.

Cette disposition est encore relativement récente (issue de la réforme de la commande publique en 2015/16) et continuera certainement à être testée par les acheteurs dans les années à venir. Elle s'intègre dans une **logique de responsabilité accrue des titulaires sur les prestations jugées sensibles**, voire nécessitant un contrôle de sécurité renforcé. Par ce biais, la sous-traitance n'est pas vécue « passivement » par les acheteurs, comme un élément sur lequel ils n'ont aucune prise, mais elle est pensée en amont : soit elle peut être intelligemment retenue pour des raisons propres à chaque marché/situation, soit elle reste totalement libre pour le titulaire.

Identification des sous-traitants en cours de consultation

Durant cette phase, l'acheteur ne peut exiger d'informations précises des soumissionnaires, seulement leur demander d'indiquer dans leur offre la part du marché public qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers⁴⁵. C'est aux candidats qu'il revient de décider s'ils souhaitent valoriser la sous-traitance dans leur proposition, en s'appuyant sur la capacité économique et financière ou sur les capacités techniques et professionnelles d'autres opérateurs⁴⁶.

Les informations communiquées ne sont pas contraignantes pour l'exécution des prestations, puisque le sous-traitant n'est pas obligatoirement désigné à ce stade et qu'un changement est possible à tout moment.

La majorité des titulaires (55 %) a déclaré dans l'enquête savoir dès le stade des offres qu'elle sera susceptible de recourir à la sous-traitance, ce qui paraît logique quand il s'agit de s'adjoindre des compétences complémentaires (anticipation des besoins et de la disponibilité des partenaires potentiels).

La même proportion d'entreprises indique d'ailleurs porter cette information à la connaissance des acheteurs, dans un **souci de transparence et de consolidation technique de leurs offres**, même si 45% d'entre elles préfèrent conserver une marge de manœuvre en ne l'indiquant qu'au moment de l'exécution.

Informé l'acheteur en amont peut présenter des avantages / inconvénients qui divisent les titulaires :

- cela peut constituer un élément favorable de notation si le sous-traitant dispose d'une technicité particulière ou de références solides ;
- cela peut également constituer une facilité administrative, l'acceptation de l'offre valant également acceptation des sous-traitants et agrément de leurs conditions de paiement (sans acte spécial) ;

⁴⁵ Article R. 2151-13 du CCP.

⁴⁶ Article R. 2142-3 du CCP.

- cela peut à l'inverse être considéré comme un manque de souplesse, car les disponibilités respectives du titulaire et du sous-traitant potentiel ne peuvent pas toujours être déterminées très en avance (ou bien parce que le sous-traitant peut être « remis en concurrence » par le titulaire après obtention du marché pour optimiser l'offre d'un point de vue financier).

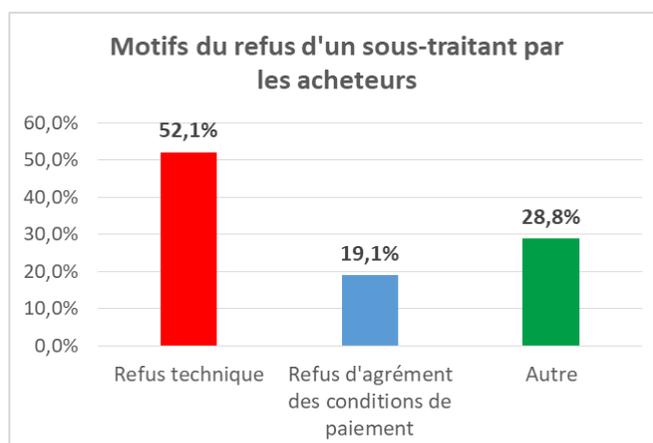
Les acheteurs sont intéressés par la connaissance amont des sous-traitants éventuels et la prennent effectivement en compte dans le cadre de la sélection des candidatures ou de l'analyse des offres (deux tiers des interrogés). Cela s'explique, entre autres, par le souci de s'assurer du bon niveau de compétence technique des opérateurs, la volonté de prendre en compte des considérations d'ordre social ou environnemental, ou bien d'accompagner le développement économique de son territoire.

Les capacités des sous-traitants constituent donc un élément de différenciation des candidatures et contribuent à la qualité des offres des candidats, *a fortiori* quand on sait que la sous-traitance de spécialité est favorablement perçue par les acheteurs ([graphique dédié](#)).

Acceptation et agrément du sous-traitant

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement, généralement après notification du marché au titulaire, constituent l'étape majeure d'intervention de l'acheteur dans le processus de sous-traitance (cf. [point dédié](#)).

Le refus d'un sous-traitant ne correspond heureusement pas une situation fréquente. Toutefois, un tiers des acheteurs déclarent y avoir déjà procédé au moins une fois. **Il ne s'agit donc pas d'une simple formalité.** Ce refus peut être justifié par différents motifs, principalement d'ordre technique (plus d'un cas sur deux) ou financier (près d'un cas sur cinq). Il peut également s'agir d'un autre motif, tel que : dossier administratif incomplet (défaut de production des attestations fiscales ou sociales par exemple), déclaration tardive (après l'exécution des prestations), confusion du statut de sous-traitant avec celui de simple fournisseur, cas de sous-traitance intégrale, etc.

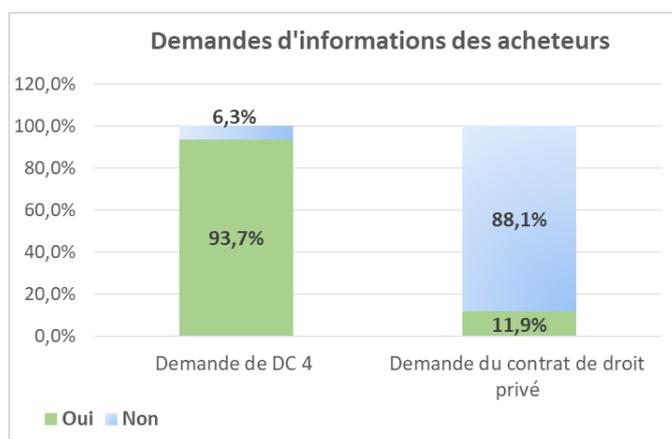


Dans le cadre de la validation du dossier administratif du sous-traitant, on constate que les pratiques des acheteurs sont hétérogènes. D'ordinaire, les acheteurs demandent par parallélisme les mêmes documents aux sous-traitants que ceux requis pour le titulaire. Certains indiquent toutefois ne procéder à aucun des contrôles prescrits par la réglementation, alors que d'autres pratiquent un contrôle assez poussé (en fonction de leur sensibilisation à certaines problématiques).

Les documents sollicités portent notamment sur la situation fiscale et sociale des entreprises, les assurances, les capacités professionnelles et techniques, les interdictions de soumissionner, RIB, extrait K-Bis, etc. Il peut également être demandé la liste des

travailleurs étrangers et détachés ou bien l'attestation « AGEFIPH » (Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées).

La très grande majorité des acheteurs recourt au **DC 4 comme modèle de déclaration** de la sous-traitance – avec parfois des adaptations – et le requiert auprès des titulaires. En revanche, on constate que les acheteurs ne sont **pas enclins à réclamer le contrat entre titulaire et sous-traitant** (seulement 12 % d'entre eux) pour procéder à la vérification des conditions de paiement.

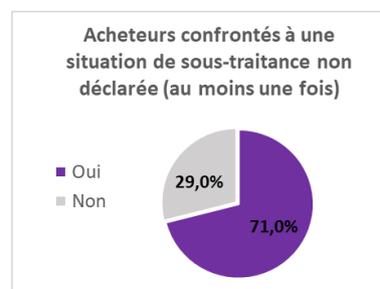


D'aucuns estiment que cela peut constituer une ingérence dans des relations contractuelles privées et qu'ils ne disposent pas nécessairement des compétences juridiques pour procéder à un tel contrôle.

À cet égard, la circulaire du 7 octobre 1976 précitée indique que la loi de 1975 « donne à la personne responsable du marché un droit de regard sur certaines stipulations figurant dans les contrats de sous-traitance. (...) Son but essentiel est de permettre à la personne responsable du marché de s'assurer qu'il n'existe pas un écart manifestement injustifié entre les conditions faites par la collectivité publique contractante au titulaire et celles figurant dans le sous-traité».

Si les scrupules des acheteurs sont compréhensibles, leur capacité à vérifier et agréer les conditions de paiement (en particulier l'inexistence d'un écart injustifié entre les conditions du marché public et celles du sous-traité) paraît limitée sur la base du seul DC 4, qui est parfois partiellement renseigné et ne contient pas toutes les informations financières pertinentes pour un tel contrôle. Une préconisation dans le sens d'un développement des demandes des acheteurs au titre du contrat de sous-traitance peut être formulée (cf. [bonnes pratiques](#)), même si elle doit être maniée avec précaution. Un élargissement des informations fournies dans le DC 4 peut également être envisagé.

Enfin, on notera qu'une certaine vigilance des acheteurs sur la déclaration de sous-traitance est d'autant plus nécessaire que les 2/3 des acheteurs ont déjà été confrontés au moins une fois à une **situation de sous-traitance non déclarée**. Cette donnée est corroborée par les réponses formulées par les opérateurs économiques, puisque près d'un tiers des titulaires interrogés reconnaît avoir déjà fait intervenir un sous-traitant sans déclaration préalable.



Ces chiffres, bien que limités au périmètre de l'étude (et il convient de ne pas les généraliser hâtivement), démontrent une certaine réalité du terrain, ainsi qu'une difficulté structurelle à traiter les interventions de sous-traitants à faible enjeu apparent (courte durée, montant peu élevé...).

Le manque de moyens pour effectuer les vérifications administratives dans les délais impartis (21 jours) ou pour contrôler les prestations *in situ* peut expliquer la difficulté rencontrée par les acheteurs. Du côté des opérateurs, c'est souvent la lourdeur administrative qui est mise en avant, parfois pour des tâches de petite envergure ou bien urgentes et qui ne permettent pas l'établissement d'un document préalable.

Il est également remonté que certaines entreprises confondent le seuil de déclaration de la sous-traitance (au 1^{er} euro) et le seuil de paiement direct (à compter de 600 €), mais aussi le fait que certains sous-traitants ne souhaiteraient pas bénéficier du paiement direct, au regard des délais de réception et de paiement des personnes publiques, qui se cumulent avec le délai de validation des factures par le titulaire.

Quand un cas de non déclaration est détecté par la personne publique, il est très généralement intimé au titulaire l'ordre de régulariser la situation de son sous-traitant (avec exclusion temporaire de celui-ci du site concerné). Les prestations peuvent être suspendues, ce qui est impactant d'un point de vue opérationnel.

Des pénalités sont parfois appliquées par les acheteurs afin de sanctionner les comportements irréguliers, voire une résiliation du marché si le manquement imputé au titulaire est grave. Une plus grande sévérité des acheteurs en la matière pourrait certainement contribuer à une diminution du phénomène de non déclaration (*a minima* pour les contrats à fort enjeu opérationnel, financier, etc.).

Pilotage de l'exécution du contrat

L'acheteur doit assurer le pilotage des marchés tant d'un point de vue technique que d'un point de vue financier, voire relationnel.



- Pilotage technique :

Instaurer un dialogue avec le cocontractant tout au long de l'exécution du contrat, surtout quand l'entreprise est de taille modeste, permet bien souvent d'**éviter une partie des risques de mauvaise exécution**, de retard ou d'interruption des prestations.

Le fait que l'acheteur et le(s) sous-traitant(s) n'aient pas de relations contractuelles directes, *a contrario* du titulaire, ne signifie pas qu'aucun suivi ne doit être mis en place⁴⁷.

Afin de mieux piloter la sous-traitance et de **lutter contre la sous-traitance occulte** pour les projets d'envergure pouvant faire appel à une multiplicité de prestataires, plusieurs mesures peuvent être mises en place. Exemples : organiser des réunions de lancement impliquant les sous-traitants (présentation des enjeux, exigences, contraintes du marché...), partager un tableau de suivi régulièrement mis à jour, qui indiquerait la nature et le montant des prestations sous-traitées par le titulaire, rappeler aux maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre l'obligation de vigilance sur les chantiers concernant la lutte contre le travail illégal et renforcer les contrôles sur site, etc.

- Pilotage financier :

Comme indiqué préalablement, les délais de paiement constituent encore une préoccupation majeure des entreprises. En complément des mesures prises par les acheteurs pour le versement des avances et la modulation des retenues de garantie, respecter et **raccourcir les délais de paiement** est essentiel pour éviter que les TPE/PME, titulaires ou sous-traitantes, ne soient confrontées à des difficultés de trésorerie et renoncent à participer à la commande publique.

Il n'y a pas de préconisation générale en la matière (si ce n'est la promotion d'une plus grande transversalité au sein des services achats/finances), du fait de la grande diversité des structures publiques. Le souci d'assurer un pilotage financier efficace pour l'ensemble

⁴⁷ Cf. Fiche n° 14 du guide « faciliter l'accès des TPE/PME » précité.

des parties doit être partagé, car il ne s'agit pas d'une question « d'intendance », mais bien d'une problématique stratégique pour la bonne exécution des marchés et leur attractivité auprès des opérateurs.

- Politique « achats responsables »

De nombreux acheteurs, soucieux du bon développement des entreprises sur leur territoire, ont par exemple mis en place une politique d'accompagnement et de facilitation de l'accès des TPE/PME à la commande publique. La **responsabilisation des acheteurs envers leurs fournisseurs** est toutefois plus large et concerne l'ensemble des entreprises, et non pas seulement les plus petites.

Ce souci apporté au suivi des relations contractuelles peut être matérialisé par la signature d'une charte locale ou d'un label. Exemple : label RFAR porté par la Médiation des entreprises et le Conseil national des achats (adossé à la norme ISO 20400), qui vise à distinguer les organisations ayant fait la preuve de relations durables et équilibrées avec leurs fournisseurs⁴⁸. On notera cependant, qu'à l'instar des chartes professionnelles, les chartes publiques gagneraient à être pilotées grâce à des indicateurs de suivi pour mesurer l'effectivité des engagements pris. Les personnes interrogées ont indiqué que la mise en œuvre de leurs chartes était en cours de consolidation.

L'étude qualitative a permis de faire remonter les ressentis du terrain, aussi diversifiés soient-ils, en particulier s'agissant de la perception des rapports contractuels. Elle a également permis d'appréhender les difficultés persistantes en matière de sous-traitance dans les marchés publics, qui appellent de nouvelles préconisations.

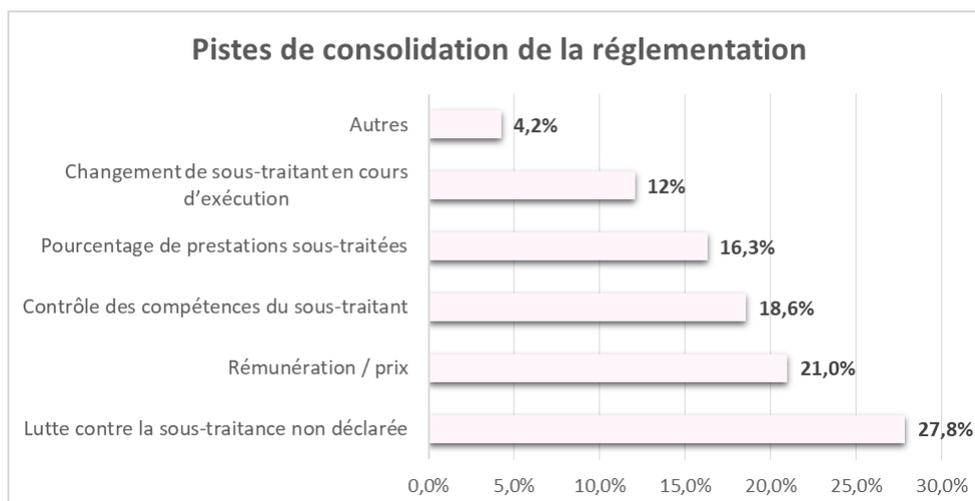
⁴⁸ Pour une présentation plus détaillée : [lien](#).

IV) Préconisations

Dans la mesure où un certain nombre de difficultés perdurent, il a été demandé aux questionnés si un renforcement de l'encadrement législatif devait être envisagé et si oui, sur quels aspects.

En premier lieu, plus de la majorité des personnes interrogées, quelle que soit la catégorie concernée, est favorable à un meilleur encadrement de la sous-traitance, bien que les titulaires y soient moins favorables (54 %) que les sous-traitants (91 %). Les acheteurs y sont favorables aux deux tiers.

Il ressort de l'enquête en ligne les pistes de consolidation suivantes :



La lutte contre la sous-traitance non déclarée constitue une priorité partagée par les interrogés (même si elle concerne prioritairement les acheteurs), suivie par la problématique des prix, du contrôle des compétences des sous-traitants et du volume de prestations sous-traitées. Sur ces deux derniers points, les acheteurs disposent d'ores et déjà d'outils pour agir (agrément des sous-traitants et limitation de la sous-traitance pour les « tâches essentielles »), aussi ils ne feront pas l'objet de préconisations supplémentaires.

La pression sur les prix ne peut faire l'objet d'une préconisation unique, puisqu'il s'agit du cœur de la problématique. La majorité des recommandations a pour objet de rétablir un certain équilibre économique et contractuel entre les parties.

Un éventuel durcissement des conditions de changement de sous-traitant en cours d'exécution n'est pas non plus retenu, même s'il est sollicité par quelques fédérations professionnelles. Il ne semble pas que cette requête soit conforme à l'esprit de la loi (le titulaire reste l'unique responsable de l'exécution et dispose d'une certaine marge de manœuvre / souplesse pour y parvenir) et cela ne faciliterait pas nécessairement les relations entre titulaires et sous-traitants. D'autres pistes peuvent cependant être explorées.

NB : toutes les préconisations ont été présentées et débattues lors de réunions avec les organismes publics et privés ayant participé aux entretiens, afin de rechercher un compromis le plus large possible autour de solutions opérationnelles (tout en sachant que l'unanimité ne pourrait être obtenue sur chacun des points, au vu de la sensibilité du sujet et des intérêts différenciés des parties prenantes).



Certaines préconisations concernent plus spécifiquement les acheteurs ou les opérateurs, d'autres sont d'ordre général et pourraient nécessiter des modifications d'ordre réglementaire.

A) Bonnes pratiques – Acheteurs

Une partie des préconisations adressées aux acheteurs est spécifique aux relations de sous-traitance, tandis que l'autre partie est plus générale et reprend les préconisations du guide « faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique », rédigé en concertation avec les acheteurs et les fédérations professionnelles.

Solliciter plus fréquemment le **contrat de sous-traitance**

Cette préconisation a fait l'objet de discussions nourries avec les participants, certains l'appelant de leurs vœux, d'autres la considérant comme non pertinente. Avant toute chose, il convient de rappeler que la bonne pratique consistant à solliciter le contrat de sous-traitance est rendue explicitement possible par la loi, qui « *donne à la personne responsable du marché un droit de regard sur certaines stipulations figurant dans les contrats de sous-traitance* »⁴⁹. La question qui se pose est donc de savoir dans quelles conditions et limites peut être mis en œuvre ce droit de regard.

La préconisation ne consisterait pas à généraliser la demande du contrat à l'ensemble des marchés (« tout venant »), les acheteurs ayant déjà un grand nombre d'éléments à vérifier dans le cadre des consultations⁵⁰. Il s'agirait plutôt de la réserver à des marchés d'une certaine envergure / sensibilité, afin de s'assurer d'un équilibre économique minimal pour le sous-traitant, tant dans son intérêt que pour garantir la qualité des prestations réalisées et le bon emploi des deniers publics.

Certes, les acheteurs ne sont pas nécessairement rompus à la lecture et à la compréhension de contrats de droit privé. Par ailleurs cette transmission ne doit pas être l'occasion pour la personne publique de s'immiscer dans des relations de droit privé (principe de liberté contractuelle) ou de contrôler les tarifs du titulaire, en référence avec ceux du sous-traitant. Pour des raisons justifiées, les prix du sous-traité et ceux facturés à la personne publique ne sont pas alignés (ex : refacturation du pilotage des prestations par le titulaire, de ses propres assurances, de sa marge bénéficiaire, etc.).

Toutefois, la lecture de certaines des clauses du sous-traité doit éclairer la personne publique sur les conditions financières et d'exécution acceptées par le sous-traitant qui, si elles sont trop contraignantes, peuvent interroger sur l'impact qu'aura cette sous-traitance sur l'offre dans sa globalité. Les points principaux de vigilance peuvent concerner :

- le prix ;
- les modalités de révision des prix (si le titulaire en bénéficie lui-même) ;
- le partage de pénalités et de responsabilités, garanties, assurances...
- les délais d'exécution.

Sur la base de ces éléments, l'acheteur peut, non pas solliciter une modification du contrat de sous-traitance sur lequel il n'a aucun levier direct d'action, mais sensibiliser le titulaire au respect d'un certain équilibre contractuel (dialogue), voire refuser l'agrément des conditions de paiement.

⁴⁹ Circulaire du 7 octobre 1976 précitée.

⁵⁰ La circulaire indique d'ailleurs sur le fait que ces demandes de communication ne doivent pas revêtir un caractère systématique.

Les cas de refus ont vocation à rester ponctuels et justifiés par un déséquilibre économique manifeste.

Si la pratique de sollicitation du sous-traité se diffuse progressivement (et avec discernement) au sein des acheteurs, elle contribuera à améliorer sur le long terme la transparence contractuelle et les relations entre titulaires et sous-traitants, les premiers sachant que les personnes publiques seront attentives à leur manière de traiter les seconds.

Cette pratique participe également d'une meilleure maîtrise des risques en cours d'exécution, par le renforcement du suivi de l'ensemble des personnes intervenant pour la réalisation d'une opération donnée.

Prévoir des **pénalités** conséquentes en cas de **sous-traitance non déclarée**

Lorsqu'il prépare la passation de son marché public, l'acheteur doit apporter une attention particulière aux clauses de pénalités. Si celles-ci doivent empêcher le futur titulaire de s'affranchir de ses obligations, des pénalités trop fortes ou trop nombreuses peuvent conduire certains opérateurs à renoncer à candidater ou à augmenter leur prix pour couvrir ce risque. Elles peuvent également générer des conflits en cours d'exécution ou en fin de marché et ne peuvent se substituer à un véritable pilotage contractuel, prenant en compte les urgences et contraintes réciproques.

Cela étant dit, prévoir des pénalités en cas de sous-traitance occulte contribuera à dissuader les opérateurs d'y recourir, sans toutefois en arriver immédiatement à la menace d'une résiliation du marché. Il s'agit donc d'une étape intermédiaire qui permet d'envoyer un signal aux titulaires quant à la vigilance de la personne publique sur ce point.

La non-déclaration peut faire l'objet d'une mise en demeure préalable, afin de sensibiliser les titulaires avant sanction pécuniaire, ainsi que d'une suspension de la prestation jusqu'à régularisation.

Si la situation perdure, la pénalité peut être appliquée grâce à une formule de calcul (simple à mettre en œuvre) ou bien sur la base d'un montant forfaitaire, dont l'impact financier est plus facilement appréhendable par les entreprises. NB : la pénalité, même appliquée, ne dédouane pas le titulaire de la déclaration de sous-traitant concerné par un acte spécial.

Faciliter les **délégations de paiement** au bénéfice des sous-traitants indirects

Pour mémoire, l'article 14 de la loi de 1975 dispose que la caution à fournir obligatoirement par le titulaire n'a pas lieu d'être, si ce dernier délègue au maître d'ouvrage le paiement du sous-traitant de rang 1, dans les termes de l'article 1338 du code civil. De même, pour les sous-traitants de rang 2, l'article L. 2193-14 oblige le sous-traitant de rang 1 à souscrire une caution pour la partie de son contrat qu'il délègue à un sous-traitant de rang 2 ou à faire accorder par l'acheteur une délégation de paiement dans les mêmes conditions que le cas de figure précité.

Le cautionnement peut donc être remplacé par une délégation de paiement, si tel est ce qui est convenu entre les parties et avec accord de la personne publique, qui aura préalablement circonscrit le périmètre de la délégation, en rappelant par exemple que la règle du service fait s'applique (afin d'éviter le paiement de prestations non réalisées ou non finalisées).

Or, il ressort des entretiens que certains acheteurs ne connaissent pas cette faculté pour les sous-traitants de rang 2 (et suivants) et refusent de signer les délégations, ce qui prive les entreprises d'un paiement facilité (quasi direct) à l'instar du sous-traitant de rang 1.

Ce refus est dommageable car, même si les acheteurs n'en n'ont pas forcément conscience, obtenir une caution bancaire n'est pas neutre financièrement et ces frais bancaires pourraient être évités par la mise en place d'une délégation de paiement, dans une logique d'amélioration de la trésorerie des entreprises.

Une instruction de la Direction générale des finances publiques (DGFIP) rappelle les conditions de mise en œuvre de ce dispositif⁵¹. En outre, la constitution d'un modèle de délégation annexé au [DC 4](#), pourrait constituer un appui aux personnes publiques peu au fait de ce dispositif.

Mieux équilibrer la **pondération des critères** (prix / qualité) :

Un meilleur équilibre entre les critères de sélection contribuerait certainement à faire diminuer la pression économique sur les titulaires et donc sur les sous-traitants. Pour que le recours à une pluralité de critères soit pleinement effectif, leur pondération doit être en réelle adéquation avec le niveau de qualité attendu et ne pas masquer une sélection réalisée majoritairement par le prix.

En outre, les exigences environnementales, sociales ou en termes d'innovation ont un coût que la personne publique doit intégrer.

Si le critère prix est prépondérant, c'est-à-dire au-delà de 50/60 %, on peut alors se trouver dans une situation de sous-qualité (ex : minoration du temps passé à réaliser les prestations en vue de contenir les coûts), qui se révélera au final plus chère pour l'acheteur (ex : difficultés d'exécution nécessitant un avenant, etc.).

Au-delà des considérations budgétaires, la surpondération du critère prix peut s'expliquer par le fait que certains acheteurs le considèrent plus facile à objectiver (car mathématique) que celui de la valeur technique. La détermination de sous-critères qualitatifs en lien avec les spécifications techniques permet de limiter la marge d'appréciation et d'atténuer le caractère nécessairement « subjectif » de l'analyse.

Il est délicat de citer des exemples de sous-critères, dans la mesure où ceux-ci sont variables en fonction de chaque consultation (en particulier la notion de « qualité »). Quelques critères fréquents : délais de livraison ou d'intervention, modalités de maintenance ou de garantie, caractère esthétique ou ergonomique, moyens humains / techniques mis en œuvre pour l'exécution, etc.

Poursuivre la démarche d'amélioration **des délais de paiement**

D'après les statistiques publiées par l'Observatoire des délais de paiement, les délais de l'État et des collectivités ont fortement diminué ces dernières années et s'établissent – en moyenne – en deçà du seuil réglementaire⁵².

On constate cependant que la perception des délais de paiements du secteur public par les opérateurs économiques reste mitigée. Cela peut s'expliquer par la persistance de difficultés sectorielles de paiement (établissements publics de santé, certaines catégories de collectivités, etc.) ou par l'existence de délais cachés, liés par exemple au « rejet » des factures, bien que cette pratique – juridiquement non prévue – soit difficile à caractériser de par sa nature.

⁵¹ Cf. [instruction n° 12-012-M0 du 30 mai 2012](#) (page 18 notamment).

⁵² [Rapport 2018 de l'Observatoire des délais de paiement](#) : le délai global de paiement de l'État s'élève à 16,3 jours en 2018. Le délai spécifique de la commande publique s'établit quant à lui à 21,4 jours (contre 45,1 jours en 2011). Le délai de paiement des collectivités locales (toutes collectivités confondues ainsi que leurs établissements) s'établit à 27 jours en 2018.

Entre autres éléments, il est apparu que certains acheteurs demandent encore aux sous-traitants de libeller leurs factures à l'attention de l'administration, alors qu'elles doivent l'être au nom du titulaire. Ce sont les demandes de paiement qui sont libellées au nom du pouvoir adjudicateur. De telles erreurs font perdre du temps à toutes les parties et pourraient être évitées.

De même, dans les cas plus spécifiques où l'acheteur bénéficie d'un maître d'œuvre, la nécessité pour ce dernier de valider les projets de factures dans le respect du cadre réglementaire qui s'applique à lui (délai de 7 jours, recours à Chorus Pro...) doit être régulièrement rappelée⁵³.

Si les acheteurs publics doivent piloter leurs délais de paiement et continuer d'adapter leur organisation administrative et financière⁵⁴, les titulaires doivent aussi maîtriser le délai de validation des factures de leurs sous-traitants (délai actuel de 15 jours). Un raccourcissement de ce délai pourrait en outre être étudié (cf. [modifications d'ordre général](#)).

Promouvoir les **groupements momentanés d'entreprises** (cotraitance)

Améliorer les conditions d'exercice de la sous-traitance est fondamental pour les entreprises qui en sont fortement dépendantes en termes d'activités et de chiffre d'affaires. Toutefois, comme nous l'avons vu, les opérateurs semblent avant tout privilégier l'accès direct aux marchés publics.

Les groupements peuvent permettre aux TPE/PME de candidater collectivement en tant que titulaires à des marchés d'ampleur, auxquels elles ne pourraient accéder seules. A cet égard, le délai de réponse laissé aux opérateurs économiques pour constituer leur offre et éventuellement se regrouper est essentiel. Il convient donc de privilégier des délais supérieurs aux délais minimaux et de rappeler dans les documents de la consultation que les candidats ont la possibilité de se présenter en groupement.

L'acheteur ne peut jamais interdire aux opérateurs économiques de se présenter en groupement, ni imposer une forme juridique dès le stade des candidatures. Il peut, cependant, imposer par la suite la forme du groupement solidaire, dans la mesure où la bonne exécution du marché le nécessite. Il est conseillé aux acheteurs de procéder à une réflexion préalable, tenant compte de l'objet du marché, de la technicité et de la diversité des prestations demandées, des corps d'états concernés, avant d'imposer une forme de solidarité (membres ou mandataire) pour le groupement.

B) Bonnes pratiques – Opérateurs économiques

Systematiser la **contractualisation** entre titulaires et sous-traitants

Comme évoqué précédemment, la formalisation par écrit du contrat de sous-traitance n'est pas obligatoire. Or, il ressort des entretiens que dans certains secteurs (ex: fournitures, BTP...), la contractualisation peut se matérialiser uniquement par un accord sur le prix, ce qui est insuffisant pour régler toutes les problématiques pouvant surgir en cours d'exécution.

Si l'on ajoute à cela que les conditions générales d'achat du donneur d'ordres privé peuvent être *de facto* appliquées au sous-traitant (et non pas ses propres conditions

⁵³ A cet égard, la DAI a déjà publié une recommandation accessible [ici](#).

⁵⁴ Sur ce point, voir les pistes d'amélioration listées dans le guide « accès des TPE/PME » précité.

générales de vente), ce dernier se retrouve alors dans une position difficile pour faire face aux sujétions que pourraient lui imposer le titulaire.

La contractualisation entre donneurs d'ordres et sous-traitant devrait *a minima* concerner les points essentiels suivants : objet du contrat, prix et modalités de paiement, pénalités, assurances, responsabilités, délais et modalités d'exécution principales, règlement des différends⁵⁵...

Il ne s'agit pas non plus de proposer un écrit pour des prestations de faible montant, qui peuvent le cas échéant être traitées par l'établissement d'un simple devis. Toutefois, dès lors que le contrat excède une certaine somme (25 000 € HT par exemple, à l'instar du seuil des marchés publics) il est vivement recommandé de prévoir des dispositions explicites régissant les principaux points susmentionnés.

La contractualisation devrait en outre s'inscrire dans le respect des principes de transparence et d'équilibre économique, détaillés ci-après.

Favoriser la **transparence** envers les sous-traitants et les acheteurs

Cette transparence implique la bonne connaissance par l'ensemble des parties prenantes des points clés du marché public, pour en faciliter l'exécution.

Il peut s'agir entre autres des exigences techniques particulières de l'acheteur, des consignes de sécurité et d'intervention sur site, des délais d'exécution / planning, des plans éventuels... Or, il est ressorti des échanges que, dans certains cas, les sous-traitants n'ont pas connaissance de ces éléments clés et peuvent ainsi se retrouver en difficulté en cours d'exécution.

Si cette asymétrie d'information paraît étonnante de prime à bord, elle peut s'expliquer par différents facteurs : multiplicité potentielle des intervenants auxquels peut recourir un titulaire pour des prestations de diverse nature ou de diverse importance, sa propre méconnaissance de certains éléments d'exécution (notamment quand il est titulaire d'un seul lot et ne dispose pas de tous les éléments pouvant interférer avec son périmètre).

La préconisation ne consiste pas à transmettre l'ensemble des documents de la consultation, dont une TPE/PME ne saurait que faire, mais de veiller à ce que les éléments utiles à l'exécution soient bien partagés.

Ce principe de transparence est à mettre en parallèle avec un meilleur pilotage des prestations par les titulaires. Ces derniers ont indiqué dans l'enquête ne pas souvent mettre en œuvre un suivi conjoint des prestations, qui est pourtant nécessaire dès lors que l'intervention du sous-traitant n'est pas de courte durée. Cette activité de coordination est d'ailleurs souvent facturée aux personnes publiques (poste pilotage) et doit donc être réalisée au niveau attendu. Mieux accompagner les sous-traitants au démarrage et tout au long du marché permettra de prendre en compte leurs besoins, en termes de documentation contractuelle, comme de connaissance des spécificités clients ou du site en question, etc.

La transparence du titulaire ne concerne pas que les sous-traitants, mais également les acheteurs, quand ils sollicitent des documents (tels que le contrat de sous-traitance) ou quand ils attendent de l'entrepreneur principal une certaine exemplarité au regard du droit applicable (ex : lutte contre la sous-traitance occulte).

⁵⁵ Par exemple, check-list pour la conclusion d'un contrat de sous-traitance : [documentation FNTP 2017](#).

Faire bénéficier les sous-traitants des **mêmes avantages financiers** que le titulaire (équilibre économique)

Certes, les conditions particulières du marché public (CCAP) ne sont pas applicables au(x) sous-traitant(s). Toutefois, la promotion de relations contractuelles équilibrées implique que les avantages octroyés au titulaire dans le cadre du marché public puissent en partie bénéficier au(x) sous-traitant(s) par ricochet, *a fortiori* dans une logique d'accès des TPE/PME à la commande publique, qui doit bénéficier à tous les opérateurs économiques quel que soit leur statut (titulaire / sous-traitant).

D'une part, on constate que les sous-traitants ne sont pas toujours au fait des avantages dont ils peuvent bénéficier ; c'est donc au titulaire qu'il revient de les informer ou de ne pas les dissuader d'en bénéficier les cas échéant (par exemple, en ce qui concerne l'avance).

D'autre part, au-delà des avantages directs que les sous-traitants (de rang 1 principalement) peuvent retirer du contrat public, il est attendu du titulaire – dans le cadre des relations de droit privé qu'il entretient avec ses sous-traitants – qu'il mette en œuvre une certaine proportionnalité dans l'application de ces avantages au sous-traitant. Celle-ci concerne le prix, les assurances, les garanties, la propriété intellectuelle, la réception / livraison, le règlement des litiges...

Dans la mesure où il est demandé à l'acheteur de maîtriser ses exigences (ex : garanties à première demande, retenues de garanties, assurances, etc.) et de fluidifier les délais de validation et de paiement, il est logique que le titulaire en fasse de même. Dans la mesure où le titulaire bénéficie d'une révision de prix, il serait équitable que la question soit traitée pour les sous-traitants aussi. Puisque les ordres de services à 0€ sont formellement proscrits entre l'administration et le titulaire, ce dernier doit par parallélisme s'interdire de solliciter des travaux complémentaires gratuits ou sans ordre écrit.

Il convient également de ne pas reporter sur les sous-traitants des exigences contractuelles (clauses sociales ou environnementales...) qui sont difficiles à mettre en œuvre dans un contexte de tension sur les prix et doivent être rapportées au périmètre des prestations couvert par chaque intervenant.

En synthèse, il s'agit de mettre en œuvre de manière effective les chartes, labels, initiatives qui promeuvent des relations contractuelles équilibrées. En effet, si des mesures incitatives existent (ex : chartes, contrats-types), elles doivent être mieux appliquées et ne pas donner lieu à de multiples dérogations qui neutralisent leurs effets.

Éviter les situations de **dépendance économique** des partenaires

Ce point n'a pu être traité de manière approfondie dans l'étude, mais il a été évoqué avec certains participants (qui mettent en œuvre des mesures préventives) et mérite de ce fait une mention parmi les préconisations.

La mesure de la dépendance économique et, plus largement le suivi des fournisseurs ou des tiers, constitue en effet une préoccupation croissante des entreprises, qui s'inscrit notamment dans le cadre de leur devoir de vigilance⁵⁶, de la loi dite « Sapin 2 »⁵⁷, etc. et qui requiert une cartographie des risques fournisseurs.

La notion de dépendance économique n'est pas définie par les textes. Au plan général, la dépendance d'une entreprise vis-à-vis d'une autre s'apprécie en déterminant si la première

⁵⁶Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

⁵⁷LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

se trouve dans l'impossibilité de trouver d'autres débouchés dans des conditions techniques et économiques comparables.

L'abus de dépendance économique observé dans les relations « clients-fournisseurs » est sanctionné par le code de commerce⁵⁸, d'où la nécessité pour les entreprises d'éviter ce type de situation.

Un certain nombre de critères (cumulatifs) permettent de caractériser au cas par cas la dépendance économique :

- part du client dans le chiffre d'affaires du fournisseur ;
- notoriété du client ;
- importance de la part de marché du client ;
- existence ou non de solutions alternatives ;
- facteurs ayant entraîné la situation de dépendance (ex : volonté de l'entreprise ou situation subie ?).

Les titulaires (de même que les acheteurs pour leurs propres marchés) doivent être vigilants quant à la situation des leurs fournisseurs. Il ne s'agit pas tant d'écarter automatiquement ceux qui excèderaient un seuil prédéterminé de dépendance économique, mais de les accompagner dans une diversification progressive, d'une part, en leur faisant prendre conscience du risque généré à cumuler trop d'activités avec le même donneur d'ordre et, d'autre part, en les amenant à piloter ce risque.

L'accompagnement peut prendre différentes formes (ex : mise en place d'un plan de progrès, aide au développement sur de nouveaux marchés...) mais, *a minima*, il convient d'adresser une lettre au fournisseur pour l'alerter de la situation de dépendance dans laquelle il se trouve, ce qui implique pour l'entreprise titulaire d'avoir elle-même mis en place un dispositif de mesure et de suivi.

C) Modifications d'ordre général

Ces modifications impliqueraient pour certaines une évolution réglementaire. Elles portent sur différents aspects : la déclaration des sous-traitants par acte spécial (« DC 4 »), le seuil de paiement direct et le délai de validation des factures par les titulaires. De par leur impact potentiel, elles nécessiteraient une concertation approfondie, mais méritent d'ores et déjà leur place au sein des préconisations, car elles ont été largement évoquées avec les parties prenantes.

Adaptation du formulaire DC 4

o Précisions quant au périmètre de la sous-traitance

De nombreux acteurs, publics ou privés, demandent à ce que le périmètre de la sous-traitance soit mieux circonscrit afin que les opérateurs n'aient pas de doute quant au régime applicable et à la nécessité (ou non) de renseigner un DC 4.

En effet, ils relèvent qu'il existe une incertitude résultant de la jurisprudence de la Cour de cassation et des directives européennes. Les directives européennes dressent une liste de marchés de travaux qui sont parfois considérés comme des activités de louage de choses par la Cour de cassation. Or, une activité de louage de choses ne revêt pas les caractéristiques d'un contrat d'entreprise et ne peut, de ce fait être sous-traitée. La liste européenne des marchés de travaux est transposée en France par l'annexe 1^{ère} du code de la commande publique.

⁵⁸ Articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. 3 conditions doivent être réunies pour qu'il y ait abus de dépendance économique : l'existence d'une situation de dépendance économique, une exploitation abusive de cette situation, une affectation réelle ou potentielle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence sur le marché.

Par exemple l'annexe I du code mentionne parmi les travaux publics la « location avec opérateur de matériel de construction », alors que selon une jurisprudence civile constante, qui s'applique aux contrats de droit privé tels que les sous-traités, il s'agit d'une activité de louage de choses.

La DAJ considère que la fiche dédiée à la sous-traitance (et non pas la notice explicative du DC 4) pourrait comporter un focus soulignant que les activités considérées par le droit européen comme des marchés de travaux peuvent être considérées par le juge national comme des activités de louage de choses et attirer l'attention des acheteurs sur la nécessité d'un examen au cas par cas.

- **Réfléchir à la mise en place d'une délégation de paiement adaptée aux sous-traitants de rang 2**

Un modèle adapté aux problématiques des sous-traitants de rang 2, principalement au titre des délégations de paiement, est sollicité par les fédérations professionnelles. En effet, l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 impose la fourniture par l'entreprise principale d'une caution personnelle et solidaire ou d'une délégation de paiement au sous-traitant, à concurrence du montant des prestations exécutées par ce dernier.

Alors que le cautionnement bancaire est de pratique courante, on constate que peu de maîtres d'ouvrage acceptent la formalisation d'une délégation de paiement, probablement par méconnaissance du procédé. Afin d'encourager les acheteurs à y avoir recours (ou du moins à ne pas priver les sous-traitants d'une délégation, qui est gratuite contrairement au cautionnement), un modèle de délégation de paiement pourrait être proposé pour les sous-traitants de rang 2.

- **Réfléchir à l'opportunité d'établir une liste des documents que l'acheteur doit obligatoirement solliciter auprès des sous-traitants**

Les documents justificatifs qui doivent être sollicités auprès des opérateurs économiques sont nombreux et ne relèvent pas tous du droit de la commande publique, mais également du droit du travail par exemple. Comme nous l'avons vu, les pratiques des acheteurs peuvent être diverses en matière de contrôle et pourraient être harmonisées par la création d'une liste annexée à la notice explicative et reprenant, *a minima*, les éléments à produire obligatoirement (quelles que soient les modalités de leur collecte). L'opportunité d'une telle liste doit toutefois être jugée à l'impératif d'allègement des formalités dans les marchés publics.

- **Autres éléments :**

D'autres éléments de modification du DC 4 ont été évoqués par les participants à l'enquête, mais ils nécessiteraient une étude approfondie (tant sur le plan juridique que sur le plan de leurs conséquences pratiques) et ne peuvent donc faire l'objet de préconisations à ce stade.

- Informations nouvelles à intégrer au formulaire

Afin de favoriser la transparence et l'équilibre économique titulaire / sous-traitant, il est proposé par certaines fédérations professionnelles d'ajouter/modifier les rubriques ci-dessous, qui devraient contribuer à une meilleure évaluation par l'acheteur des conditions de paiement du sous-traitant avant agrément :

- a. Nature du prix (unitaire / forfaitaire)
- b. Révision de prix (oui / non ; champ texte pour le détail des modalités)
- c. Pénalités de retard (oui / non ; montant ou formule)
- d. Retenue de garantie (oui / non ; remplacement par une caution).

Il convient toutefois de préciser que toute mention supplémentaire dans l'acte spécial, signé par le pouvoir adjudicateur, est opposable au comptable, qui doit la mettre en

œuvre y compris si elle concerne le sous-traitant (ce qui ne faciliterait pas la gestion financière du marché).

- **Envisager des possibilités de modification bilatérale de l'acte spécial**

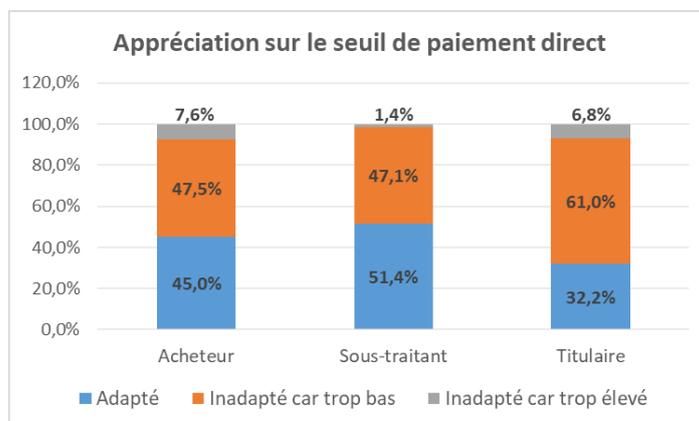
Les délais parfois longs de traitement des modifications d'un marché (ex : avenants, DC 4 modificatifs) peuvent avoir un impact sur la trésorerie des entreprises ou sur l'exécution des prestations.

Certaines fédérations proposent donc de permettre la modification du DC4 de façon bilatérale (acheteur / titulaire), sans contreseing du sous-traitant, dans des cas circonscrits comme la liquidation du sous-traitant ou après mise en demeure du sous-traitant qui serait restée sans réponse (ex : abandon de chantier).

Une telle modification bilatérale du DC4 paraît ne pas pouvoir emporter les effets escomptés en ne pouvant s'imposer au sous-traitant. Elle se heurte à la jurisprudence du Conseil d'État s'agissant des modificatifs du DC4 (décisions CE, 27 janvier 2017, n°397311 et CE, 27 mars 2017, n° 394664 précitées⁵⁹), qui établit que le droit à paiement du sous-traitant ne peut être réduit par un acte modificatif auquel il n'a pas consenti.

Augmentation du seuil de paiement direct

Il ressort du questionnaire qu'en moyenne 50 % des personnes interrogées considèrent que le seuil de paiement direct est trop bas, notamment parce qu'il n'a pas été revalorisé depuis 1975. Cette appréciation est confirmée par une partie des entretiens menés. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, les sous-traitants ne sont pas plus réticents à l'augmentation du seuil que les acheteurs (environ 47% considèrent le seuil comme trop bas). Les titulaires sont majoritairement favorables à un relèvement du seuil.



Ces résultats s'expliquent en partie par le fait que les entreprises sont parfois réticentes à l'idée d'être payées par une personne publique, du fait des délais associés. Un relèvement du seuil pourrait, d'une part, constituer une simplification administrative pour toutes les parties (sans parler du coût de traitement d'une facture) et, d'autre part, contribuer à l'amélioration des délais de paiement. En effet, on peut légitimement s'attendre à un traitement plus fluide des factures si la quantité des demandes à faible impact diminue.

L'enjeu est alors de déterminer un nouveau seuil qui ne soit pas trop élevé pour les petites entreprises, le principe restant celui de la protection des sous-traitants par le biais du paiement direct. A titre de comparaison, il est utile de noter que, selon le convertisseur de l'INSEE (qui permet de représenter l'évolution monétaire entre deux dates données) et

⁵⁹ « Considérant qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article 114 du code des marchés publics qu'en l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations du marché dont le sous-traitant assure l'exécution ou à leur montant, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant dans le but de tenir compte des conditions dans lesquelles les prestations sous-traitées ont été exécutées ».

compte tenu de l'inflation, le pouvoir d'achat de 4000 francs en 1975 est équivalent à celui de 2737 € en 2015⁶⁰.

Le seuil actuel de 600 € s'avère donc bien en-deçà du seuil initialement retenu. Certaines fédérations ont même proposé un seuil de paiement direct à hauteur de 5000 €, afin de s'aligner sur le seuil de vérification des attestations du sous-traitant par l'entreprise titulaire.

Sans retenir un seuil aussi élevé, il pourrait être envisagé de l'augmenter à 1500 € ou 2000 €, au lieu de 600 € TTC actuellement. Il sera difficile de faire l'unanimité sur une telle proposition.

Diminution du délai de validation des factures par le titulaire

La situation financière des sous-traitants peut être d'autant plus délicate que les délais de paiement qui leurs sont appliqués sont plus longs que ceux des entreprises titulaires. En effet, le circuit prévoit plusieurs interventions : celle du donneur d'ordres⁶¹, puis celle de l'acheteur.

L'une des pistes envisageables serait de réduire le délai de validation des titulaires à 10 ou 7 jours, au lieu de 15 jours actuellement. Une telle mesure est proposée sous réserve de faire l'objet d'une concertation approfondie avec les parties prenantes, notamment les entreprises titulaires.

Délais de paiement d'un sous-traitant en fonction de l'organisme public acheteur	Délai acheteur public	Délai du titulaire (avant acheteur)	Délai total
État, ses établissements publics (autres qu'EPIC)	30 jours	15 jours	45 jours
Collectivités territoriales et établissements publics locaux			
Personnes morales de droit privé créées pour satisfaire des besoins d'intérêt général			
Etablissements publics de santé	50 jours	15 jours	65 jours
Entreprises publiques	60 jours	15 jours	75 jours

D'aucuns ont indiqué qu'un délai réduit pourrait ne pas être compatible avec la complexité de certaines factures à traiter, mais cette remarque vaudrait également pour les maîtres d'œuvre intervenant dans un marché de travaux. Peut-être pourrait-on appliquer un délai plus bref en premier lieu aux factures simples (ex : quelques lignes à vérifier) ?

La dématérialisation du circuit via CHORUS Pro, généralisé depuis le 1^{er} janvier 2020, devrait également contribuer à l'accélération du processus à tous les niveaux de validation (publics comme privés) et à l'objectivation des délais.

⁶⁰ La série a été arrêtée après cette date, mais l'année 2015 permet déjà d'avoir une bonne idée de la valeur actuelle de 4000 francs en 1975.

⁶¹ Article R. 2193-12 du CCP : le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date de réception pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, à l'acheteur.

Synthèse

Tout au long de l'étude, il a été souligné le caractère complexe et nuancé des relations contractuelles induites par la sous-traitance dans le cadre des marchés publics. De multiples situations sont possibles, influencées notamment par le domaine concerné (travaux, services, fournitures) ou le contexte local, et il est donc difficile de tirer des conclusions générales et absolues.

Toutefois, un certain nombre d'éléments ressortent malgré tout clairement de cette étude et peuvent être retenus en synthèse, afin de nourrir les réflexions ultérieures sur le sujet :

- **Rappel de quelques éléments de contexte et de méthodologie**

- Caractère inédit de l'étude :

La sous-traitance dans la commande publique n'a encore jamais fait l'objet d'une étude complète, qui permettrait d'en définir les contours sur le plan statistique (paramètres, poids économique) et sur le plan des pratiques (rapports entre titulaires, sous-traitants et acheteurs).

- Outils employés :

La base de l'étude est constituée de trois éléments d'essence très différente : les chiffres collectés dans le cadre du **recensement économique** des contrats de la commande publique sont le socle statistique, imparfait car non exhaustif. L'OECP a aussi réalisé **un questionnaire** par types d'acteurs (acheteurs, titulaires, sous-traitants), sur un temps relativement long, pratiquement 3 mois, laissant la possibilité à tous de répondre à 23 questions. La répartition des réponses et le taux de participation de chaque catégorie d'acteurs sont déjà des informations précieuses. Enfin, pour compléter les deux premiers aspects, l'OECP a organisé des **entretiens bilatéraux** avec tous les représentants des acteurs qui ont bien voulu répondre à ses interrogations et faire part de leur retour d'expérience et de leurs problématiques spécifiques.

- **Synthèse des éléments principaux de l'étude**

- Données statistiques (base de données) :

- ☞ on recense, sur la période 2015/2018, 14,5 actes de sous-traitance pour 100 marchés publics déclarés, ce qui n'est pas très élevé. Cette proportion relativement faible peut s'expliquer par différents facteurs, au premier titre desquels s'inscrit la sous-déclaration des sous-traitants, par les entreprises elles-mêmes (pas d'information à l'acheteur sur le recours à un sous-traitant) ou par les acheteurs (pas de déclaration des actes spéciaux à l'OECP) ;
- ☞ sur la même période, près de 76 % des actes de sous-traitance en nombre sont réalisés au bénéfice des PME et 66,5 % en valeur, ce qui démontre clairement que la sous-traitance est un levier important de participation des PME à la commande publique ;
- ☞ la grande majorité des contrats mettant en œuvre une sous-traitance ne compte qu'un ou deux sous-traitants. Les contrats comportant plus de 5 sous-traitants restent rares ;
- ☞ les travaux constituent le secteur qui fait le plus appel à la sous-traitance (plus de 2/3 des actes de sous-traitance, même s'ils ne concernent que le quart des contrats), suivis par le secteur des services. Les fournitures ne sont que peu concernées, du fait des restrictions d'emploi de la sous-traitance qui s'y appliquent ;
- ☞ un focus sur l'année 2018 permet de dégager quelques autres tendances, qu'il faudrait cependant confirmer sur une période plus longue : la sous-traitance est majoritairement déclarée lors de l'exécution du marché (75 % des actes) ; la constitution d'un groupement d'entreprises n'implique pas une diminution du recours

à la sous-traitance ; plus le marché est important en termes de volume financier et de durée, plus le recours à la sous-traitance augmente.

➤ Données qualitatives (enquête de perception, entretiens) :

- ☞ Si le cadre juridique de la sous-traitance - principalement issu de la loi de 1975 - est globalement bien perçu par les différents acteurs en termes de protection des sous-traitants, il soulève encore des difficultés pratiques (délais de paiement, gestion de l'acte spécial...) dans un contexte économique par ailleurs contraint ;
- ☞ La connaissance précise du cadre réglementaire gagnerait à être consolidée, qu'il s'agisse des acheteurs ou des opérateurs économiques, car l'on constate certaines lacunes, notamment sur le plan de l'exécution financière (principe de l'action directe, délégation de paiement...);
- ☞ La sous-traitance ne se résume pas à un seul type de situation ; c'est une notion difficile à appréhender du fait de ses formes multiples (sous-traitance de spécialité ou de capacité, sous-traitance économique, sous-traitance à rang unique ou en cascade...);
- ☞ Les relations de sous-traitance, bien que par nature asymétriques, devraient être plus équilibrées contractuellement, afin d'améliorer la situation des sous-traitants (moins de pression sur les prix, adaptation des obligations par rapport aux prestations réalisées, respect de la valeur ajoutée des sous-traitants dans l'offre...);
- ☞ Les acheteurs doivent s'impliquer activement dans le processus et contribuer à l'amélioration des relations titulaires / sous-traitants par différents leviers : détermination en amont des prestations sous-traitables ou non, acceptation et agrément des sous-traitants après un contrôle technico-financier effectif, pilotage des prestations en exécution... ;
- ☞ Dans la mesure où le constat est que des mauvaises pratiques persistent et que les acteurs sollicitent des pistes d'amélioration, de nouvelles préconisations sont formulées dans l'étude.
 - Certaines recommandations relèvent de bonnes pratiques : solliciter plus fréquemment le contrat de sous-traitance, faciliter les délégations de paiement, fluidifier les délais de paiement, favoriser la transparence et un meilleur équilibre contractuel.
 - D'autres préconisations nécessiteraient une concertation plus approfondie et éventuellement une modification du cadre réglementaire (augmentation du seuil de paiement direct, diminution du délai de validation de certaines factures par les titulaires).

● **Conclusion générale :**

La réalisation d'une enquête approfondie sur la sous-traitance a nécessité l'agrégation de différents outils (dont la représentativité a été détaillée en introduction) : une base de données statistique, qui ne prétend pas être exhaustive, la mise en place d'un questionnaire en ligne, qui a reçu des réponses volontaires, la réalisation d'entretiens bilatéraux avec des acheteurs, fédérations professionnelles et entreprises, qui a permis l'expression libre de tous les constats et de toutes les idées.

Malgré les difficultés rencontrées (données parfois insuffisantes, participation plus importante des acheteurs que des entreprises au questionnaire en ligne...), cette expérience unique et les différents outils mis en œuvre ont permis à l'OECP d'approcher la réalité, les réalités, et de dresser un premier état des lieux qualitatif et statistique de la sous-traitance dans les marchés publics.

Cette étude ne constitue donc pas la fin des réflexions, mais une étape intermédiaire. C'est aux différents acteurs qu'il revient désormais de s'approprier l'état des lieux et les préconisations qui en découlent. Les travaux continuent...

N'hésitez pas à nous faire part de votre réaction à l'adresse suivante :

oeep.daj@finances.gouv.fr

Annexes

1. Remerciements (organismes contributeurs)

Tous les organismes ayant participé aux travaux de l'OECP relatifs à la sous-traitance sont remerciés pour leur contribution, de même que tous les acheteurs et les entreprises ayant renseigné le questionnaire en ligne.



Certaines icônes employées dans ce guide pour illustrer les thématiques proviennent du site : www.flaticon.com (auteur : Freepik).

2. Résultats de l'enquête en ligne proposée par l'OECP

Nota : les statistiques ci-dessous ont été réalisées sur la base des questionnaires renseignés en ligne par les personnes volontaires, acheteurs et opérateurs économiques, du 03 octobre au 20 décembre 2019.

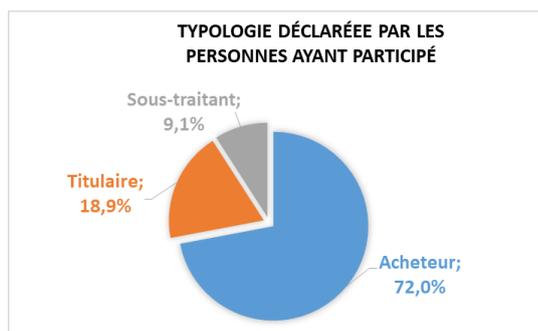
*Comme indiqué en préambule méthodologique, il ne s'agit pas d'un sondage dont l'échantillon serait représentatif des acteurs de la commande publique, mais d'une **enquête ouverte** mise à disposition sur le site de la DAJ et dont les conclusions n'ont pas de valeur absolue. Néanmoins, elles peuvent donner certaines indications sur le ressenti et le comportement des différents acteurs.*

*Ont été pris en compte les questionnaires finalisés ou considérés comme quasi-complets (quelques réponses manquantes). Au total, **772 réponses ont été retenues** sur 1 378 participations enregistrées.*

Le taux important de réponses incomplètes peut s'expliquer par le fait que certaines personnes n'aient accédé au questionnaire que pour découvrir son contenu, ou bien qu'elles aient été freinées par la nécessité de développer certains points (l'OECP ayant considéré qu'un questionnaire ne contenant que des réponses de type « OUI / NON » ne serait pas en mesure de répondre à toutes les interrogations qualitatives).

Quelques données générales

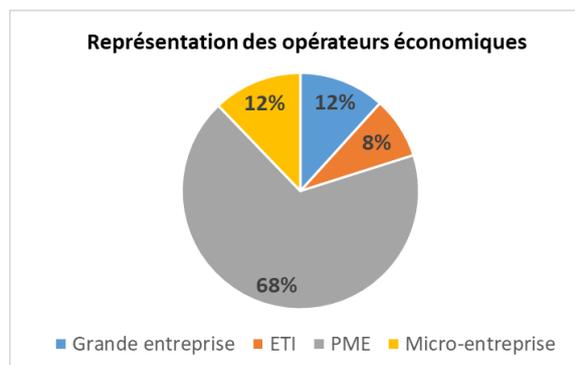
Typologie des personnes ayant participé		
Répondants	Nombre	Proportion
Acheteur	556	72,0%
Titulaire	146	18,9%
Sous-traitant	70	9,1%
Total général	772	100,0%



Les acheteurs représentent plus de deux tiers des personnes ayant répondu, tandis que les titulaires et sous-traitants représentent respectivement un peu moins de 20 et 10 % des interrogés. L'analyse s'efforcera donc de bien distinguer les différentes populations, afin de ne pas influencer les résultats de l'étude.

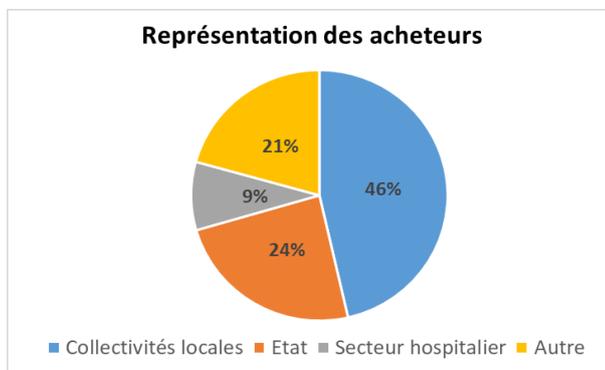
Il était prévisible que les opérateurs économiques soient plus difficiles à toucher que les acheteurs, de par les difficultés à les atteindre directement d'un point de vue « communication » et le temps nécessaire à répondre à l'enquête (qui peut paraître important pour de petites structures notamment). Les fédérations professionnelles ont toutefois contribué à sensibiliser les entreprises à l'importance de participer.

Représentation des opérateurs économiques				
Nature d'entreprise (catégorisation INSEE)	Sous-traitant	Titulaire	Nombre	Proportion
Grande entreprise	0	25	25	11,6%
ETI	5	13	18	8,3%
PME	57	88	145	67,1%
Micro-entreprise	7	19	26	12,0%
Autre	1	1	2	0,9%
Total	70	146	216	100,0%



Au sein des opérateurs économiques, **les PME représentent les deux tiers des participants** (voire 80 % si l'on y ajoute les microentreprises), ce qui est cohérent avec leur poids numérique réel, dans la mesure où elles représentent la très grande majorité des entreprises françaises. Au sein des sous-traitants, il n'y a même que des TPE/PME et quelques ETI (ce qui influera nécessairement sur leur appréciation des relations contractuelles).

Représentation des acheteurs		
Type d'acheteur	Nombre	Proportion
Collectivités locales	258	46,4%
Etat	134	24,1%
Secteur hospitalier	49	8,8%
Autres*	115	20,7%
Total	556	100,0%

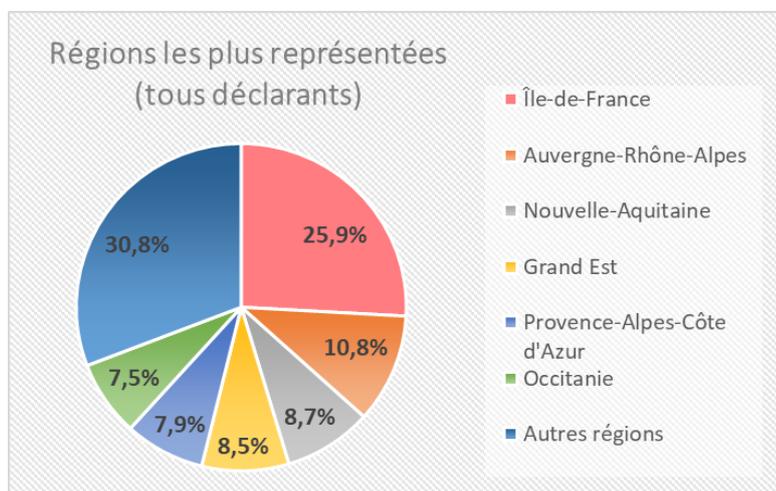


Au sein des acheteurs, **les collectivités locales représentent près de la moitié des participants**, ce qui peut s'expliquer par le fait qu'elles correspondent à la plus grande proportion des acheteurs en France.

* La catégorie « autres » regroupe quant à elle : des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), des sociétés d'économie mixte (SEM), des offices publics de l'habitat (OPH), etc. illustrant la grande variété des acheteurs publics ayant participé.

Dans quelle région exercez-vous ?					
Région	Acheteur	Sous-traitant	Titulaire	Total	Proportion
Île-de-France	150	14	30	194	25,9%
Auvergne-Rhône-Alpes	56	8	17	81	10,8%
Nouvelle-Aquitaine	35	8	22	65	8,7%
Grand Est	48	6	10	64	8,5%
Provence-Alpes-Côte d'Azur	53	1	5	59	7,9%
Occitanie	23	5	28	56	7,5%
Autres régions	181	22	28	231	30,8%
Total	546	64	140	750	100,0%

NB : le total n'est pas équivalent à 772 (nombre total de participants) mais à 750, car cette question était facultative.

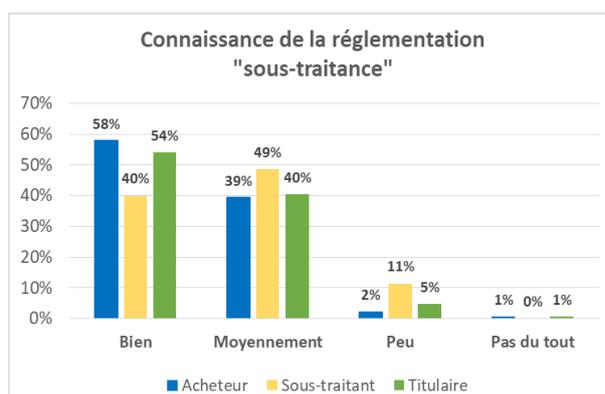


D'un point de vue géographique, **la région Ile-de-France concentre plus d'un quart des participants** toutes catégories confondues, ce qui est cohérent avec sa proportion dans la population française et avec son poids économique. Elle est suivie par les régions : Auvergne-Rhône-Alpes, Nouvelle-Aquitaine, Grand Est, Provence-Alpes-Côte d'Azur, Occitanie.

L'ensemble de ces régions associées représente près de 70 % des participants, **mais toutes les régions sont représentées** dans l'enquête.

Une bonne connaissance de la réglementation ?

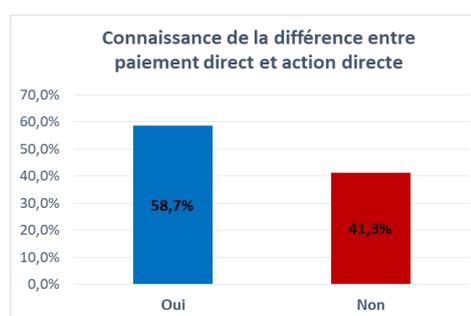
Connaissez-vous l'ensemble des règles applicables en matière de sous-traitance ?					
	Acheteur	Sous-traitant	Titulaire	Total	Proportion
Bien	322	28	79	429	55,6%
Moyennement	219	34	59	312	40,4%
Peu	12	8	7	27	3,5%
Pas du tout	3	0	1	4	0,5%
Total	556	70	146	772	100,0%



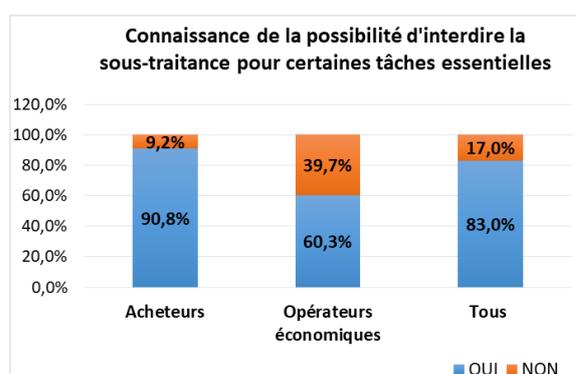
On constate que **la majorité des acheteurs et titulaires considère avoir une bonne connaissance des règles applicables** en matière de sous-traitance et que 40 % d'entre eux en ont une connaissance moyenne. Cela peut s'expliquer par l'ancienneté et la relative stabilité de cette réglementation depuis 1975, qui est en outre très pratiquée dans le secteur du BTP notamment. La réglementation est toutefois **un peu moins bien connue par les sous-traitants** que par les autres (40 % bien ; 49 % moyennement, 11 % peu).

Très peu d'interrogés reconnaissent avoir une connaissance lacunaire du dispositif. Cependant, les réponses détaillées laissent à penser que certaines règles, ou du moins le formalisme administratif qui leur est associé, sont parfois mal compris.

Connaissez-vous la différence entre paiement direct et action directe ?					
	Acheteur	Sous-traitant	Titulaire	Total	Proportion
Oui	322	44	87	453	58,7%
Non	234	26	59	319	41,3%
Total	556	70	146	772	100,0%



On constate en effet que plus de **40% des personnes interrogées ne peut différencier paiement direct** (paiement des sous-traitants du titulaire par la personne publique dès lors que ceux-ci ont été déclarés, acceptés et leurs conditions de paiement agréées) **et action directe** (action en paiement contre la personne publique dès lors que le titulaire ne s'acquitte pas de ses obligations en la matière).

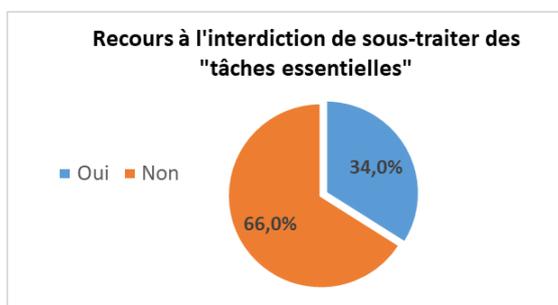


Il s'agit certes d'un point relativement technique mais fondamental dans la mise en œuvre des paiements des sous-traitants. Il est probable que ce soit plutôt l'action directe qui ne soit pas bien maîtrisée, car elle est moins répandue que le paiement direct.

En revanche, la **disposition plus récente qui permet d'interdire la sous-traitance pour certaines tâches essentielles** (article L. 2193-3 du code de la commande publique) **semble bien connue** des acteurs, à hauteur de 83% d'entre eux, même si la proportion diminue à hauteur de 60 % si l'on ne prend en compte que les opérateurs économiques. La connaissance du principe ne suffit toutefois pas à savoir si cette disposition est maîtrisée en pratique (cf. *infra*).

A la lecture des commentaires (sans distinction de catégorie), **cette faculté** de restreindre la sous-traitance, non pas quantitativement – en pourcentage par exemple – mais qualitativement, **apparaît globalement bien perçue**. Un grand nombre de répondants la considèrent comme une mesure intéressante et utile, même si d'aucuns rappellent qu'elle doit être employée avec précaution en ciblant les prestations concernées, afin de ne pas restreindre inutilement la concurrence.

L'accueil favorable réservé à cette disposition relative aux « tâches essentielles » peut en partie s'expliquer par la prépondérance des acheteurs dans le questionnaire, qui peuvent considérer qu'il est normal que le titulaire exécute certaines tâches pour lesquelles son offre a été retenue (cœur de métier), ou bien qui sont spécifiques, et qu'il ne peut pas se contenter d'être un « *simple chargé d'affaires sans compétence technique avérée* ».



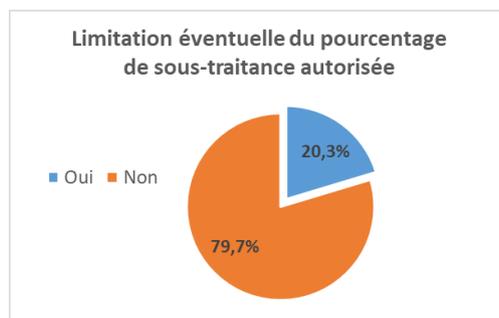
Les acheteurs commencent d'ailleurs à mettre en pratique cette disposition (plus d'un tiers des interrogés) et ce, **dans différents secteurs**, notamment pour des prestations considérées comme complexes/techniques ou bien nécessitant des qualifications particulières.

Exemples divers (et non exhaustifs) issus du questionnaire et à mettre en perspective avec l'objet du marché et les contraintes propres aux acheteurs :

- Travaux : désamiantage, étanchéité, ouvrages hydrauliques, signalisation ferroviaire, réseaux électriques, plomberie, etc., voire même pour le gros œuvre;
- Services : prestations intellectuelles (maîtrise d'œuvre), informatique, maintenance (détection incendie ou gaz), gardiennage et surveillance, coordination SPS, etc.

La sécurité est un enjeu pour les acheteurs publics et justifie parfois des restrictions de la sous-traitance.

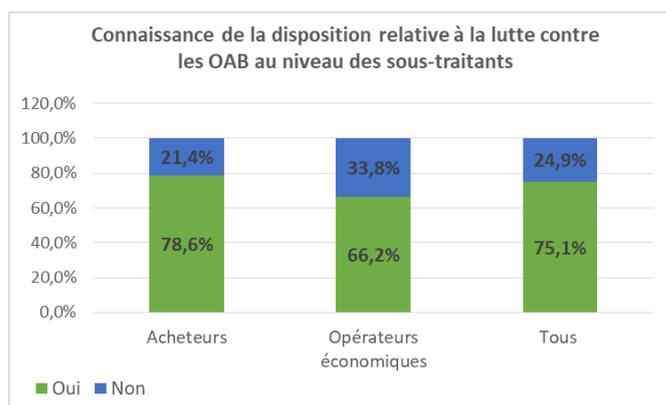
Une difficulté peut certes surgir du fait que **la notion de « tâche essentielle » est laissée à la libre appréciation des acheteurs**, ce qui peut freiner son recours (à l'instar de la lutte contre les offres anormalement basses, cf. ci-dessus) par peur de contentieux avec les soumissionnaires. Il serait cependant délicat de circonscrire le champ de cette disposition, car elle a vocation à s'adapter à tout type de marché public.



En revanche, la grande **majorité des acheteurs** (presque 80 %) indique n'avoir **jamais limité la sous-traitance par le recours à un pourcentage maximal** de sous-traitance autorisée. Il

paraît en effet délicat de prédéterminer par principe un tel pourcentage, sans considération technique et contractuelle (constitution des lots par exemple) et au regard de la dernière jurisprudence européenne en la matière. Le recours à la notion de tâche essentielle, si les acheteurs s'en saisissent pleinement, devrait permettre de limiter plus efficacement la sous-traitance de certaines prestations, sous réserve de ne pas réduire artificiellement la concurrence entre opérateurs.

Concernant la **lutte contre les offres anormalement basses (OAB)**, la récente disposition permettant de contrôler les offres jusqu'au niveau des sous-traitants (article L. 2193-8 du code de la commande publique) est également **bien connue** des acteurs, à hauteur des trois quarts des interrogés.



Cependant, elle est accueillie moins favorablement par les acheteurs que la disposition relative aux « tâches essentielles ». En effet, il ressort des commentaires des personnes interrogées que si le principe est louable, **la mise en pratique est complexe** pour les raisons suivantes :

- les OAB, qu'elles concernent les offres des candidats ou de leurs sous-traitants sont difficiles à détecter (problématique de la méthode à employer) ;
- la détection nécessite d'une part, que le sous-traitant ait été déclaré au moment de la passation du marché et, d'autre part, que l'acheteur dispose d'une décomposition relativement fine des prix pour les prestations sous-traitées ;
- les OAB doivent être contrôlées au niveau de l'offre globale, alors que certains prix unitaires peuvent être anormaux ;
- le périmètre de la disposition est mal appréhendé par les acheteurs qui s'interrogent sur la vérification des prestations sous-traitées à plusieurs niveaux (rang 2, 3...);
- certains acheteurs ne se sentent pas légitimes à interférer dans ce qu'ils considèrent comme une relation de droit privé entre titulaire et sous-traitant ;
- la peur du contentieux limite la mise en œuvre ;
- les assistants à maîtrise d'ouvrage ne sont pas toujours bien impliqués dans ce dispositif, alors qu'ils ont une connaissance technique et financière qui peut être plus fine que celle du maître d'ouvrage.

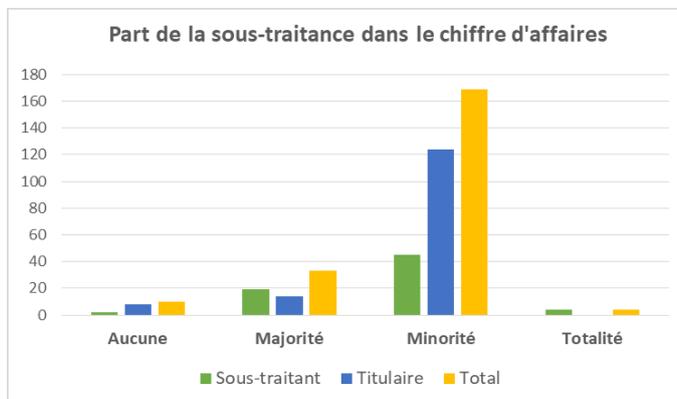
En outre, il semble qu'il y ait parfois une confusion entre cette disposition, qui concerne la phase de passation du marché (comme le terme « offre » le suggère), et l'agrément des conditions de paiement des sous-traitants en phase d'exécution.

Quand les sous-traitants sont déclarés *a posteriori*, l'acheteur est fondé à demander un certain nombre de justificatifs, au titre desquels le contrat de droit privé (s'il a été formalisé) ou bien les devis, pour vérifier les conditions de paiement des sous-traitants

et s'assurer que les prix pratiqués sont raisonnables. La difficulté réside alors plutôt dans le délai de 21 jours pour valider l'acte spécial, plutôt que dans la méthode à employer, qui n'est pas assimilable à la lutte contre les OAB.

Caractéristiques de la sous-traitance : une situation choisie ?

Quelle part la sous-traitance représente-t-elle dans votre chiffre d'affaires ?			
	Sous-traitant	Titulaire	Total
Aucune	2	8	10
Minorité	45	124	169
Majorité	19	14	33
Totalité	4	0	4
Total	70	146	216



Pour plus de trois quart des opérateurs économiques, qui ont répondu en qualité de titulaires ou de sous-traitants, **la sous-traitance constitue une part minoritaire du chiffre d'affaires**. L'accès direct aux marchés semble donc rester le moyen privilégié des entreprises pour développer leurs activités.

Il y a tout de même un tiers des sous-traitants pour qui la sous-traitance constitue une part majoritaire voire totale du chiffre d'affaires, qu'il s'agisse d'un choix stratégique ou d'une contrainte (en lien avec les questions suivantes).

a) Explications du recours à la sous-traitance

La sous-traitance ne recouvre pas qu'un seul type de situation et l'on distingue habituellement plusieurs types de sous-traitance :

- la sous-traitance de spécialité ;
- la sous-traitance de capacité ;
- la sous-traitance économique.

Ces différentes formes de sous-traitance ne sont **pas exclusives les unes des autres** et peuvent se cumuler pour une même opération. Ce que l'on mesure ici c'est le motif principal de sous-traitance par le titulaire.

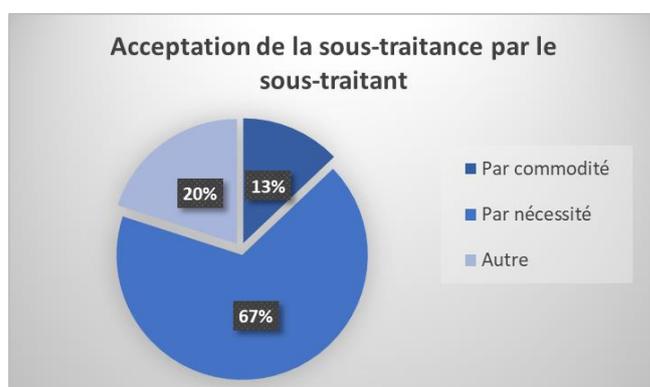


On constate que les titulaires déclarent majoritairement **sous-traiter pour s'adjoindre des compétences spécifiques** dont ils ne disposent pas en interne (sous-traitance de spécialité).

La sous-traitance due à un manque de moyens (sous-traitance de capacité) représente près d'un tiers des cas, démontrant le besoin des entreprises de **disposer d'une certaine souplesse** dans l'exécution des contrats pour s'adapter aux aléas (ex: décalage du démarrage d'une prestation qui impacte le planning général du titulaire et peut nécessiter le recours ponctuel à de la main d'œuvre extérieure).

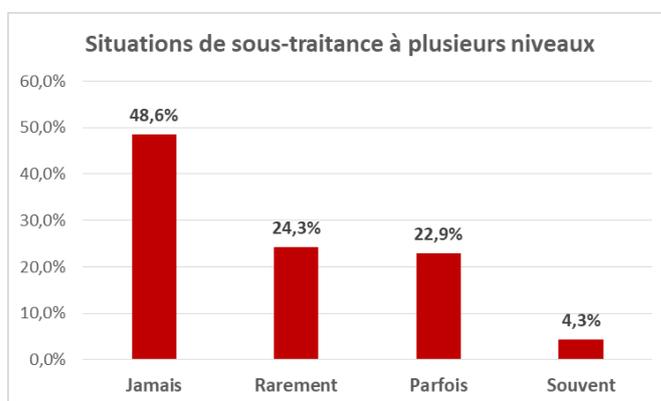
En revanche, la sous-traitance dite « économique », c'est à-dire ayant pour le seul objectif de **dégager un profit**, semble très marginale ou du moins elle n'est pas nécessairement assumée comme telle.

Ce phénomène est pourtant décrié par certains sous-traitants qui s'estiment victimes d'une forte pression sur leurs prix et/ou les conditions d'exécution par le titulaire, afin de recréer une marge bénéficiaire. Cela est d'autant plus dommageable que cela nuit à une perception positive de la sous-traitance comme vecteur d'activités potentiel et peut créer des situations de blocages entre titulaires et sous-traitants en cours d'exécution (le sous-traitant n'étant pas en capacité d'atteindre le niveau de qualité attendu au regard du prix).



Les sous-traitants semblent principalement accepter cette position par nécessité, car ils ne peuvent accéder directement à la commande publique (67 % des interrogés), plutôt que par commodité, car cela leur permettrait par exemple de se décharger de la gestion administrative.

Quelques-uns mettent en effet en avant un allotissement insuffisant dans certains secteurs qui les empêcherait de devenir titulaires de marchés publics (ex: regroupement de prestations qui pourraient être séparées mais qui font l'objet d'un lot unique). Ce ressenti est confirmé par les entretiens menés auprès de quelques entreprises sous-traitantes et auprès des fédérations professionnelles qui les représentent.



Dans près d'un quart des cas, **les sous-traitants de rang 1 peuvent être amenés à subdéléguer des prestations** à un sous-traitant de rang 2 « parfois ou souvent », principalement pour des questions de compétences (regroupement au sein d'un même

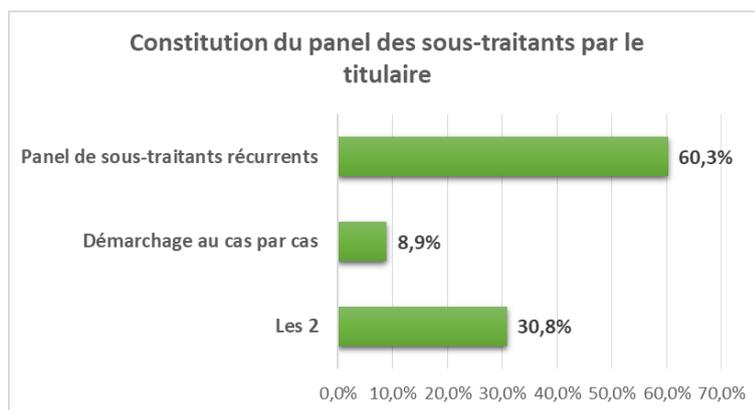
lot de prestations pour lesquelles l'entreprise ne dispose pas de toutes les compétences /qualifications) ou bien de gestion du planning (indisponibilité au moment de l'exécution effective du marché). Près d'un sous-traitant sur deux déclare ne pas subdéléguer (jamais).

Quelques-uns considèrent qu'il est inutile – voire illégitime (« exploitation des confrères ») – de procéder à plusieurs niveaux de sous-traitance quand l'entreprise dispose des moyens internes suffisants et n'accepte que des prestations qu'elle est en mesure de réaliser.

Force est de constater que la sous-traitance a plusieurs niveaux apparaît toutefois nécessaire dans certains cas, notamment pour des prestations spécialisées, même si les prestations ont fait l'objet d'un allotissement. Exemples: étanchéité, serrurerie, échafaudages, désamiantage, galvanisation, levage...

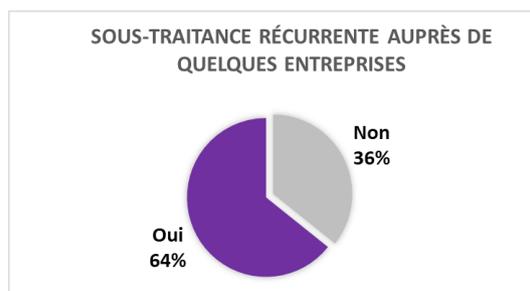
b) Constitution de la relation de sous-traitance

Malgré des rapports contractuels parfois tendus sur l'aspect des prix notamment, on constate que titulaires comme sous-traitants ont **besoin et intérêt à nouer des relations récurrentes**, afin de faciliter l'exécution des contrats et de s'assurer de la fiabilité de ses partenaires. Dans la grande majorité des cas, les titulaires déclarent recourir à des sous-traitants déjà connus (panel récurrent), avec lesquels ils ont déjà travaillé, même s'ils ne s'interdisent pas de démarcher des sous-traitants au cas par cas pour des prestations très spécifiques notamment.



En outre, les titulaires indiquent choisir leurs sous-traitants selon les critères suivants : rapport qualité/prix (critère prépondérant), spécialité technique, localisation, fiabilité et réputation, solidité financière, disponibilité ou réactivité, conformité avec les différentes réglementations, etc.

La récurrence des relations entre opérateurs économiques est confirmée par le schéma concernant les sous-traitants, qui déclarent être principalement liés à quelques entreprises. Ils n'hésitent cependant pas non plus à démarcher de façon proactive de nouvelles entreprises pour les 2/3 d'entre eux.

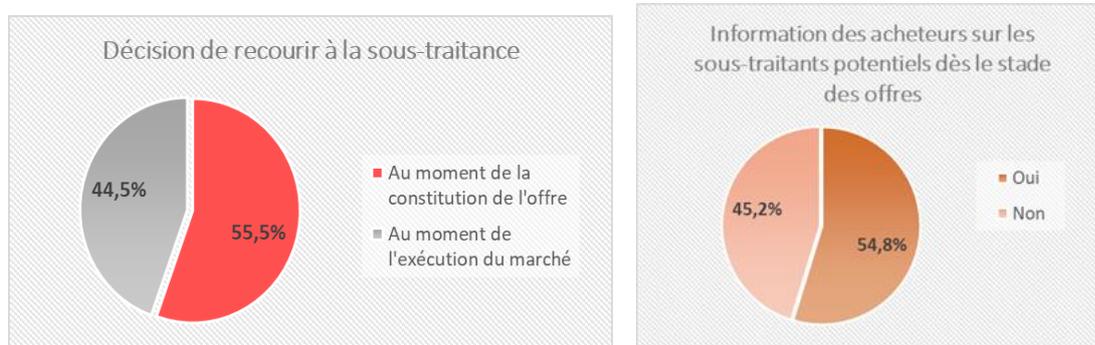


Vous arrive-t-il de démarcher des entreprises en tant que sous-traitant potentiel ?		
Sous-traitant	Nombre	Proportion
Oui	45	64,3%
Non	25	35,7%
Total	70	100,0%

La quasi-totalité des personnes interrogées (quel que soit son statut) n'a pas recours à une bourse à la co/sous-traitance pour trouver un éventuel partenaire commercial, le « bouche à oreilles » semblant privilégié à des plateformes plus impersonnelles. Ce type d'outils de mise en relation peut cependant être utile à de nouvelles entreprises sans réseau professionnel étendu et contribuer à plus de visibilité.

En corrélation avec les données présentées ci-dessus, **la majorité des titulaires (55 %) sait dès le stade des offres qu'elle sera susceptible de recourir à la sous-traitance**, ce qui paraît logique quand il s'agit de s'adjoindre des compétences complémentaires (anticipation des besoins et de la disponibilité des partenaires potentiels).

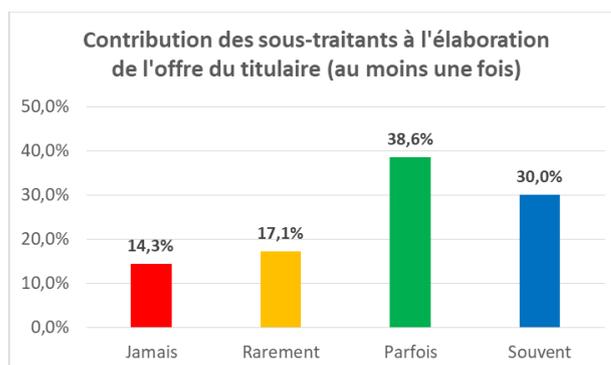
La même proportion d'entreprises indique d'ailleurs porter cette information à la connaissance des acheteurs, dans un souci de transparence et de consolidation technique de leurs offres, même si 45% d'entre elles préfèrent conserver une marge de manœuvre en ne l'indiquant qu'au moment de l'exécution.



Certains titulaires considèrent que déclarer les sous-traitants dès le stade des offres constitue une facilité administrative (l'acceptation de l'offre valant également acceptation des sous-traitants et agrément de leurs conditions de paiement), tandis que d'autres considèrent qu'il s'agit d'un travail administratif fastidieux et qu'ils manquent de temps pour y procéder à ce stade de la consultation.

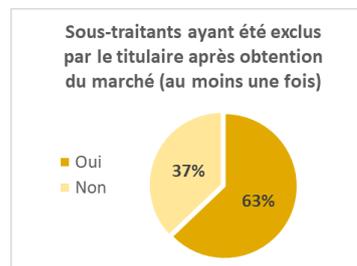
Il est aussi avancé que les sous-traitants disponibles ne peuvent pas toujours être connus très en amont (plans de charges respectifs), voire que ceux-ci sont « remis en concurrence » par le titulaire après obtention du marché pour optimiser l'offre d'un point de vue financier. La logique partenariale et de long terme semble toutefois prédominer chez les titulaires, d'après l'analyse faite de leurs commentaires. La déclaration anticipée au stade de la candidature permet à cet égard d'impliquer les sous-traitants dans la gestion de projet et de les fidéliser, en leur donnant de la visibilité auprès de la personne publique.

De leur côté, **plus des deux tiers des sous-traitants interrogés ont déjà contribué à l'élaboration de l'offre du titulaire** (parfois ou souvent), ce qui démontre une certaine logique collaborative.

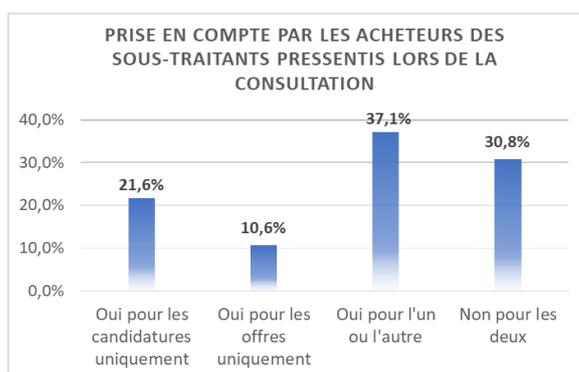


Cela peut cependant soulever des difficultés en termes de secret des affaires ou de propriété intellectuelle si les contributeurs sont par la suite écartés de l'exécution au bénéfice d'un autre sous-traitant, alors que leurs idées / plans / prix / autre élément ont été incorporés dans l'offre du titulaire, parfois sans contrepartie.

En effet, la même proportion de sous-traitants indique avoir déjà été écarté après attribution de l'offre au titulaire pour des raisons principalement économiques (sélection d'un sous-traitant moins-disant, parfois à l'étranger), ce qui constitue un pourcentage non négligeable. Le secteur du BTP semble principalement concerné, au regard des réponses formulées et des entretiens.



De leur côté, une grande partie des acheteurs (76 % d'entre eux) est intéressée par la **connaissance amont des sous-traitants potentiels** et sollicite cette information auprès des candidats, voire la prend en compte dans le cadre de la sélection des candidatures ou de l'analyse des offres (deux tiers des interrogés). Cela s'explique, entre autres, par la nécessité de s'assurer du bon niveau de compétence technique, la volonté de prendre en compte des considérations d'ordre social ou environnemental, ou bien d'accompagner le développement économique de son territoire.

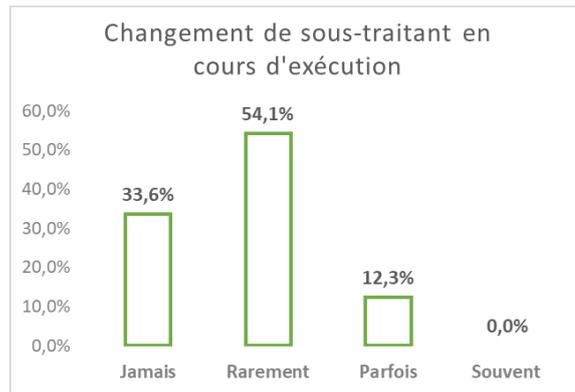


Une connaissance préalable de la sous-traitance peut également permettre d'anticiper les conditions d'exécution du marché ou la gestion de projet dans de bonnes conditions (maîtrise des délais administratifs, vérifications, etc.).

c) Exécution des prestations sous-traitées

Comme indiqué précédemment, la sous-traitance est basée sur des relations récurrentes entre les parties et des relations de long terme, ce qui est confirmé par la question ci-dessous concernant le changement de sous-traitant en cours d'exécution.

Un tiers des titulaires déclare ne jamais changer de partenaire en cours de marché et plus de la moitié d'entre eux déclare le faire rarement. Seuls 12 % des interrogés y procèdent parfois. Changer de sous-traitant peut être complexe, tant d'un point de vue administratif (établir le niveau des paiements dus au premier sous-traitant et les prestations qui doivent faire l'objet d'un nouvel acte spécial), que d'un point de vue technique (risque de retard dans l'exécution, etc.). Les titulaires ne s'y résolvent donc pas facilement.



Si un changement doit être opéré, il peut s'expliquer par: des **difficultés techniques** rencontrées par le sous-traitant (plus d'un tiers des réponses), des **difficultés économiques** rencontrées par le sous-traitant (près d'un quart des réponses), parfois une insatisfaction de l'acheteur ou bien d'autres motifs tels que des retards constatés dans le délai d'intervention ou de livraison, une mauvaise gestion du plan de charges / planning, une indisponibilité au moment de l'exécution des prestations, la liquidation judiciaire du sous-traitant, une réaffectation des moyens internes du titulaire pour exécuter lui-même, etc.

Pourquoi changez-vous de sous-traitant en cours d'exécution ?		
Titulaire	Nombre	Proportion
Difficultés techniques du sous-traitant	59	39,6%
Difficultés économiques du sous-traitant	39	26,2%
Insatisfaction de l'acheteur	22	14,8%
Autre	29	19,5%
Total	149	100,0%

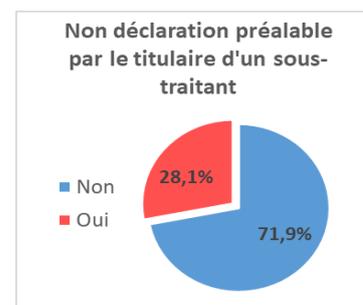
NB : le total n'est pas équivalent à 146 (nombre total de titulaires), car cette question autorisait les choix multiples.

A la décharge des sous-traitants, le **pilotage partenarial gagnerait à être renforcé**, puisque trois quart des titulaires reconnaissent ne pas mettre en place de suivi d'exécution conjoint des prestations. Si cela n'est pas problématique en cas d'intervention ponctuelle du sous-traitant, cela peut être plus impactant en cas de durée prolongée, ou de consignes /exigences spécifiques de la personne publique, nécessitant un accompagnement et une bonne information des prestataires, au moins au démarrage du marché.

Certains titulaires organisent toutefois des points réguliers avec leurs sous-traitants pour la coordination et le suivi du planning (la fréquence varie selon le marché), des visites de chantiers, etc. D'aucuns mettent en place des tableaux de bord partagés ou un suivi qualité, ce qui implique des relations contractuelles récurrentes permettant de partager un processus de travail stabilisé.

Un effort doit également être porté sur la déclaration des sous-traitants à la personne publique, car **près d'un tiers des interrogés reconnaît avoir déjà fait intervenir un sous-traitant sans déclaration préalable** (au moins une fois).

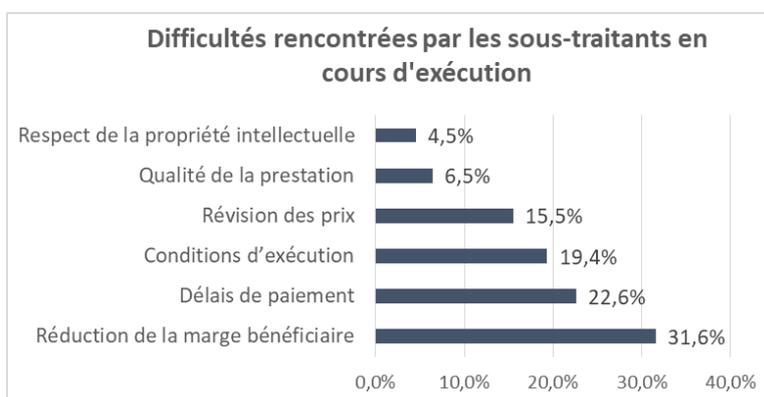
C'est souvent la lourdeur administrative qui est mise en avant, parfois pour des tâches de petite envergure ou bien urgentes et qui ne permettent pas l'établissement d'un acte spécial préalable. Il est également remonté que certaines entreprises confondent le seuil de déclaration de la sous-traitance (au 1^{er} euro) et le seuil de paiement direct (à compter de 600 €), mais aussi le fait que certains



sous-traitants ne souhaiteraient pas bénéficier du paiement direct, au regard des délais de réception et de paiement des personnes publiques.

Ce point semble confirmé par les sous-traitants qui indiquent pour 44 % d'entre eux être déjà intervenus dans le cadre d'un contrat public sans déclaration préalable à l'acheteur. Il peut aussi arriver que les sous-traitants soient déclarés, mais pas à 100 %, et qu'une petite partie reste payée par le titulaire.

En effet, parmi les **principales difficultés rencontrées par les sous-traitants** en cours d'exécution, les délais de paiement constituent la deuxième cause citée (qu'il s'agisse du délai de l'acheteur ou bien du délai de l'entreprise titulaire pour valider les factures), après la réduction de la marge bénéficiaire et avant les conditions d'exécution et les révisions de prix, souvent non appliquées pour les sous-traitants. La problématique liée à la propriété intellectuelle a été abordée s'agissant de l'élaboration des offres, mais elle peut tout aussi bien concerner l'exécution.



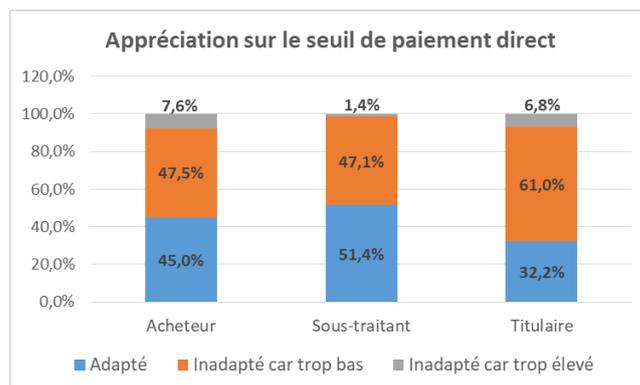
Si 80 % des sous-traitants interrogés bénéficient pourtant du **paiement direct** par l'acheteur public, ils considèrent majoritairement que cela **ne règle pas leur problématique de trésorerie**, les délais n'étant pas respectés et le dispositif générant des lourdeurs administratives (notamment en cas de garanties). Certains font également état de situations de travaux bloquées, etc.

Les acheteurs s'estiment d'ailleurs démunis quand ils constatent qu'un sous-traitant préfère renoncer à son droit à paiement direct dans le formulaire DC4 ou équivalent.

En outre, en moyenne 50 % des personnes interrogées considèrent que **le seuil de paiement direct est trop bas**, ce qui est en partie confirmé par les entretiens menés avec les fédérations professionnelles et des entreprises. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, les sous-traitants ne sont pas plus rétifs à l'augmentation du seuil que les acheteurs (environ 47 % considèrent le seuil comme trop bas). Les titulaires sont majoritairement favorables à un relèvement du seuil.

Un relèvement de ce seuil pourrait constituer une simplification administrative pour toutes les parties, dès lors qu'il n'augmente pas à un niveau trop élevé pour des petites entreprises.

Que pensez-vous du seuil de paiement direct pour les marchés publics classiques (soit 600€ TTC) ?				
	Acheteur	Sous-traitant	Titulaire	Total nombre
Adapté	250	36	47	333
Inadapté car trop bas	264	33	89	386
Inadapté car trop élevé	42	1	10	53
Total	556	70	146	772

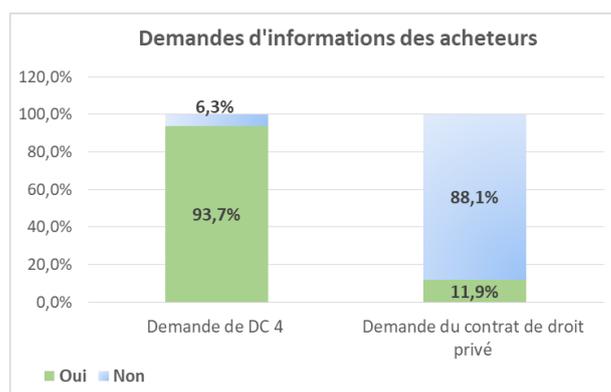


Les éléments présentés ci-dessus confortent la nécessité pour les acheteurs d'être vigilants, non seulement sur le respect des délais de paiement des entreprises, mais également sur le contrôle des modalités de sous-traitance, qui peut conduire à l'engagement de leur responsabilité en cas d'inaction alors qu'une situation illégale aurait été détectée.

Contrôle des modalités de sous-traitance par les acheteurs : quelle effectivité ?

Même si le formulaire dit « **DC 4** » n'est pas obligatoire, la **quasi-totalité des acheteurs y recourt** comme modèle – avec parfois des adaptations – et le requiert auprès des titulaires pour procéder à la déclaration de la sous-traitance. Cela va bien dans le sens d'une simplification pour les acheteurs et les opérateurs économiques, qui ne sont pas ainsi contraints de s'adapter à des multiples modèles (harmonisation des pratiques).

En revanche, **les acheteurs sont beaucoup moins enclins à réclamer le contrat entre titulaire et sous-traitant** (seulement 12 % d'entre eux) pour vérifier les conditions de paiement, car ils estiment que cela peut constituer une ingérence dans des relations contractuelles privées, alors que la loi de 1975 permet cette demande, qui peut contribuer à la bonne analyse des conditions de paiement du sous-traitants.



En ce qui concerne **les relations entretenues par les acheteurs avec les sous-traitants**, elles **semblent assez limitées** (conformément à la loi) car les acheteurs s'adressent aux titulaires, seuls responsables de l'exécution des marchés. Les services opérationnels, notamment dans le cadre d'un suivi de chantier, ont naturellement plus de contacts avec les entreprises intervenant sur place, quel que soit leur statut.

Les relations acheteurs / sous-traitants concernent principalement :

- la constitution administrative du dossier d'acceptation technique et d'agrément financier ;
- le paiement direct des factures;

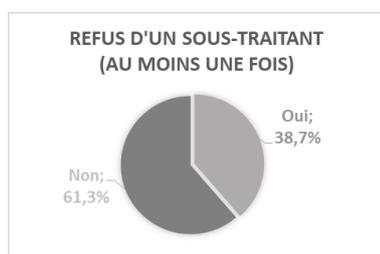
- la facilitation de l'exécution des prestations (dans certains cas) ;
- le traitement d'éventuels litiges avec le titulaire.

Dans le cadre de la **validation du dossier administratif** du sous-traitant, on constate que les pratiques des acheteurs sont hétérogènes. Généralement, les acheteurs demandent par parallélisme les mêmes documents aux sous-traitants que ceux requis pour le titulaire, conformément à leurs obligations réglementaires. Certains indiquent toutefois ne procéder à aucun contrôle particulier, d'autres pratiquent un contrôle assez poussé.

Les documents sollicités portent notamment sur la situation fiscale et sociale des entreprises, aux assurances, aux capacités professionnelles et techniques, aux interdictions de soumissionner, RIB, extrait K-Bis, etc. Il peut également être demandé la liste des travailleurs étrangers et détachés, l'attestation AGEFIPH, etc. Une difficulté pratique peut toutefois surgir si le recours à des plateformes de récupération des attestations sociales et fiscales est imposé aux sous-traitants (par l'acheteur ou pas le titulaire) car certains de ces systèmes peuvent être payants.

Peu d'acheteurs ont déclaré solliciter les devis ou assimilés des sous-traitants, qui devraient pourtant leur permettre de procéder à l'agrément des conditions de paiement, ce qui démontre à nouveau leur réticence à interroger la répartition des prix entre titulaire et sous-traitants.

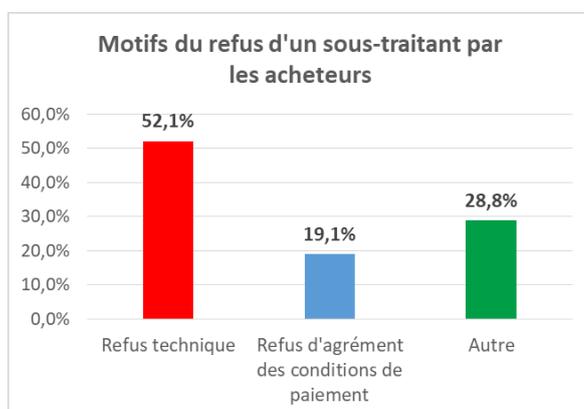
Les acheteurs reconnaissent par ailleurs qu'il est difficile de contrôler la situation fiscale et sociale des sous-traitants au fil de l'eau (tous les 6 mois si la durée du contrat est supérieure) par manque de moyens. En revanche, d'aucuns suivent régulièrement le volume des prestations sous-traitées qui impacte notamment les cessions de créances et nantissements.



Forts de l'ensemble des documents sollicités auprès des sous-traitants pour leur acceptation, **plus d'un tiers des acheteurs ont déclaré** que les vérifications opérées les avaient déjà conduits à **procéder au refus d'un sous-traitant**.

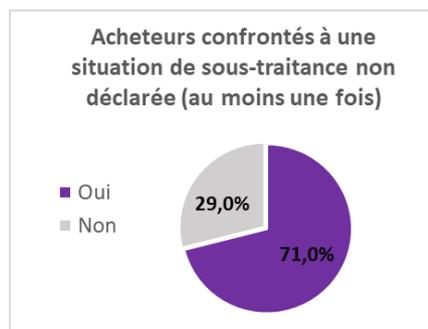
Il s'agit principalement d'un rejet technique (plus d'un cas sur 2) ou d'un rejet financier (près d'un cas sur 5). Il peut également s'agir d'un autre motif, tel que :

dossier administratif incomplet (défaut de production des attestations fiscales ou sociales par exemple), déclaration tardive (après l'exécution des prestations), confusion du statut de sous-traitant avec celui de simple fournisseur ne pouvant être payé directement par la personne publique, cas de sous-traitance intégrale, etc.



Une certaine vigilance des acheteurs est d'autant plus nécessaire que **les deux tiers des acheteurs ont déjà été confrontés à des situations de sous-traitance non déclarée**, à mettre en parallèle avec les réponses des opérateurs économiques en la matière.

Le phénomène n'est donc pas minime et doit peut-être questionner la nécessité de déclarer la sous-traitance dès le premier euro, au regard du coût administratif ainsi généré et du manque de souplesse pour le traitement des demandes d'intervention urgentes.



Quand un cas de non déclaration est détecté par la personne publique, il est très généralement intimé au titulaire **l'ordre de régulariser la situation de son sous-traitant** (avec exclusion temporaire de celui-ci du site concerné). Les prestations peuvent être suspendues, ce qui est impactant d'un point de vue opérationnel, notamment dans le cadre d'un chantier.

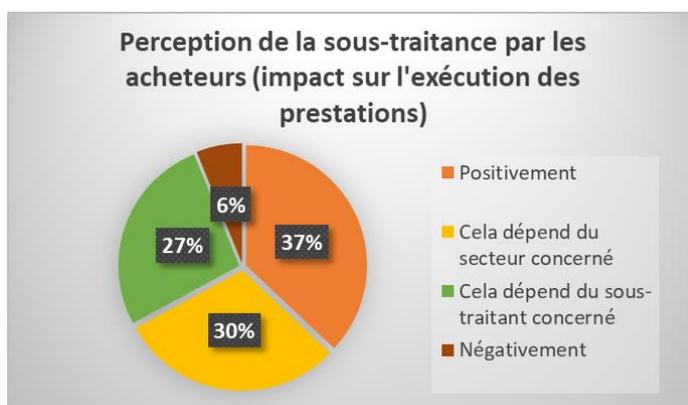
Des pénalités sont parfois appliquées par les acheteurs afin de sanctionner les comportements irréguliers, voire une résiliation du marché si le manquement imputé au titulaire est grave. Une plus grande sévérité des acheteurs en la matière pourrait certainement contribuer à une diminution du phénomène de non déclaration (*a minima* pour les contrats à fort enjeu opérationnel, financier, etc.).

Qu'avez-vous fait pour remédier à cette situation de non déclaration ?		
Acheteur	Nombre	Proportion
J'ai demandé au titulaire de procéder à la déclaration	340	86,1%
Autre	48	12,2%
Je n'ai rien fait	7	1,8%
Total	395	100,0%

NB : le total n'est pas équivalent à 556 (nombre d'acheteurs), car cette question était facultative.

Malgré les difficultés potentielles de suivi de **la sous-traitance**, celle-ci est **perçue plutôt positivement par les acheteurs**, à hauteur de 37 %, en particulier quand il s'agit de sous-traitance de spécialité. Seuls 6 % ont une perception systématiquement négative.

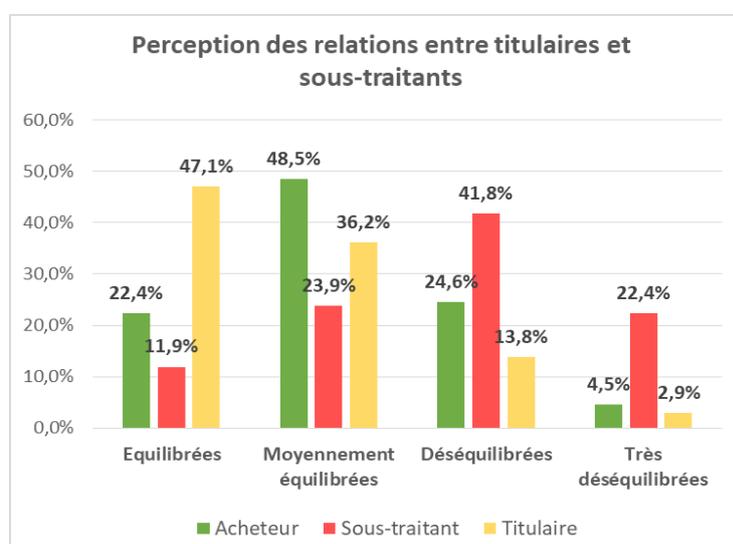
Pour beaucoup d'entre eux, l'appréciation est dépendante soit du secteur concerné, soit du sous-traitant concerné (et l'on pourrait ajouter du titulaire concerné, au regard de son rôle dans le pilotage des prestations). Les résultats qualitatifs peuvent donc s'avérer très hétérogènes d'un marché à l'autre.



Il ressort des commentaires des acheteurs qu'ils considèrent majoritairement la sous-traitance comme un **levier pour la participation accrue des PME à la commande publique**, notamment pour des opérations d'envergure. Toutefois, l'allotissement – et donc l'accès direct aux marchés - est évoqué comme une norme dont il faut s'assurer de l'effectivité (par rapport aux marchés globaux qui mettent en œuvre une certaine sous-traitance), pour éviter que les prix ne soient plus élevés ou la qualité diminuée par des titulaires désireux de réaliser une marge plus forte qu'en situation d'exécution directe des prestations.

En outre, le dispositif de sous-traitance génère des lourdeurs administratives, *a fortiori* quand il est en « cascade », et donne lieu à des régularisations (ex : déclarations tardives) après démarrage des prestations, du constat même des acheteurs.

Appréciation qualitative de la relation de sous-traitance par les différents acteurs



On constate que **l'appréciation** portée sur les relations de sous-traitance **varie fortement selon la catégorie concernée**. Près de la moitié des acheteurs considère que les relations de sous-traitance sont moyennement équilibrées, tandis que près de la moitié des titulaires considère que les relations sont équilibrées. Les uns comme les autres ne constatent pas de déséquilibre majeur (relations très déséquilibrées). L'appréciation semble donc positive, même si elle est moins favorable chez les sous-traitants.

En effet, 42 % des sous-traitants considèrent que les relations sont déséquilibrées et 22 % qu'elles sont très déséquilibrées, soulignant leur différence de perception avec les titulaires, qui considèrent qu'une certaine mesure / équité existe dans leurs rapports contractuels.

Les sous-traitants indiquent principalement être dans une position de dépendance économique forte, les conduisant à accepter des conditions financières moins favorables que celles issues du marché attribué au titulaire (ex : pas de révision des prix, des prix très serrés...). La seule hypothèse dans laquelle la position de dépendance est inversée correspond à celle où le sous-traitant dispose d'une compétence très recherchée, lui permettant de négocier des conditions favorables.

Le manque d'informations des sous-traitants s'agissant des clauses du marché public est également mentionné, sentiment partagé par certains acheteurs qui font état d'une « opacité » ou du moins d'une maîtrise de l'information et des prix par les titulaires.

De même, il est parfois évoqué le défaut d'implication du titulaire dans le suivi des prestations sous-traitées.

De leur côté, les titulaires estiment avoir des relations plutôt bonnes (confiance) avec leurs sous-traitants, mais ils peuvent parfois se retrouver en position délicate si le sous-traitant choisi s'avère défaillant.

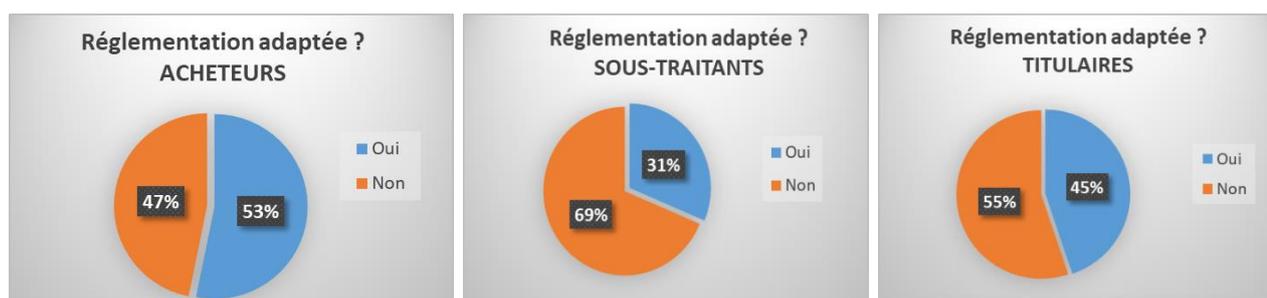
Les acheteurs reconnaissent ne souvent pas savoir dans quelle mesure les relations entre les parties privées sont bonnes ou mauvaises, sauf si les sous-traitants font appel à eux (dans la mesure où ils ont connaissance de leurs droits, notamment au titre de l'action directe).

La contractualisation et la transparence entre titulaire et sous-traitant est toutefois relevée par tous comme facteur de clarification des rôles / responsabilités de chacun, pour la bonne exécution du marché public comme pour l'établissement de relations partenariales à plus long terme.

La perception des relations de sous-traitance étant mitigée, on peut s'interroger sur la nécessité éventuelle d'adapter la réglementation, avec tout le discernement nécessaire au maintien des équilibres créés par la loi de 1975.

Estimez-vous que la réglementation relative à la sous-taitance est suffisamment protectrice et/ou adaptée aux problématiques actuelles ?					
	Acheteur	Sous-traitant	Titulaire	Total nombre	Total %
Oui	267	21	61	349	49,5%
Non	235	46	75	356	50,5%
Total	502	67	136	705	100,0%

On constate d'abord que **la moitié des interrogés** (un peu moins chez les acheteurs que chez les sous-traitants) **considère que la réglementation n'est plus suffisamment protectrice ou adaptée aux problématiques actuelles**, bien que la clarté du dispositif, sa longévité et ses mérites (droit au paiement direct, adaptation à un grand nombre de situations...) ne soient pas remise en cause.



Un certain nombre d'éléments sont mis en avant :

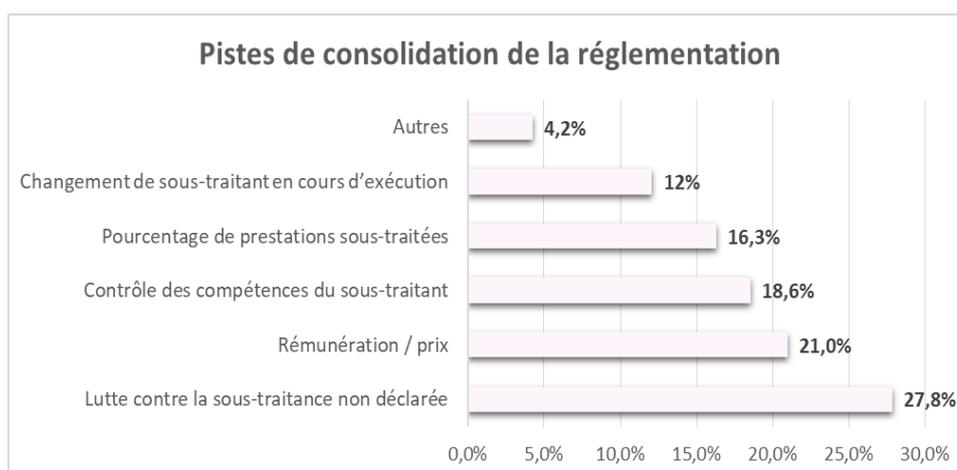
- l'ancienneté de la loi de 1975, au regard de l'évolution du contexte économique et des outils (dématérialisation), des compléments apportés par la jurisprudence, voire d'autres réglementations à mettre en parallèle (ex: travailleurs détachés, données personnelles, ...);
- la nécessité de clarifier certaines notions, telles que le périmètre de la sous-traitance (clarification pour le domaine des fournitures, intégrations des rôles nouveaux comme le « tiers hébergeur », précisions concernant le seuil de bascule dans une situation de sous-traitance intégrale, la gestion de l'auto-liquidation de la TVA);

- la nécessité de régler certaines situations, telles que les responsabilités respectives en cas de sous-traitance occulte et les obligations à la charge de l'acheteur dans ce cadre (outre la mise en demeure), le recours à des intérimaires, la liquidation judiciaire de l'une des parties ;
- le soutien effectif aux PME, qui devrait leur assurer une meilleure protection en tant que sous-traitant (ex : limitation de la marge réalisée par le titulaire sur les prestations sous-traitées, maîtrise de la sous-traitance en cascade et renforcement de la position du sous-traitant de rang 2, communication automatique du contrat de droit privé à l'acheteur, meilleur processus de validation et suivi des factures ou situations de travaux par le titulaire, etc.).

Dans la mesure où un certain nombre de difficultés perdurent, il a été demandé aux interrogés si un renforcement de l'encadrement législatif devait être envisagé et si oui, sur quels aspects.

Plus de la majorité des personnes interrogées, quelle que soit la catégorie concernée, est favorable à un meilleur encadrement de la sous-traitance, bien que les titulaires y soient moins favorables (54 %) que les sous-traitants (91 %). Les acheteurs y sont favorables aux deux tiers.

Faudrait-il mieux encadrer la sous-traitance ?			
	Acheteur	Sous-traitant	Titulaire
Oui	65,3%	91,0%	53,7%
Non	34,7%	9,0%	46,3%
Total	100,0%	100,0%	100,0%



Toutes ces problématiques ont également été évoquées lors des entretiens bilatéraux conduits par l'Observatoire comme étant des éléments importants de préoccupations des différents acteurs.

La lutte contre la sous-traitance non déclarée est une priorité partagée, même si elle concerne prioritairement les acheteurs. Elle est suivie par le sujet des prix, du contrôle des compétences des sous-traitants et du pourcentage de prestations sous-traitées.

Un éventuel durcissement des conditions de changement de sous-traitant en cours d'exécution n'est pas non plus retenu, même s'il est sollicité par quelques fédérations professionnelles. Il ne semble pas que cette requête soit conforme à l'esprit de la loi (le titulaire reste l'unique responsable de l'exécution et dispose d'une certaine marge de manœuvre / souplesse pour y parvenir) et cela ne faciliterait pas nécessairement les relations entre titulaires et sous-traitants.

La pression sur les prix ne peut faire l'objet d'une préconisation unique, puisqu'il s'agit du cœur de la problématique. La majorité des recommandations établies dans l'étude (cf. [partie dédiée](#)) a pour objet de rétablir un certain équilibre économique et contractuel entre les parties.

Contact :
oecp.daj[[@](mailto:oecp.daj@finances.gouv.fr)]finances.gouv.fr