

L'entreprise générale et le droit des contrats en cas de sous-traitance :

Les obligations et devoirs de transparence

Extrait de l'interview de Maître Marianne Goebel, oratrice lors du webinaire du 18 mars 2021 qui a été publié dans le magazine d'Handwerk du mois d'avril 2021 (p.22 & 23).

Marianne Goebel, avocat inscrite au barreau de Luxembourg depuis 1990, est associée de l'étude GOEBEL DI GIOVANNI MAROTEL Avocats.



Chambre des Métiers : Le premier webinaire du Cycle « Bâtir sur du solide » de 2021, que vous avez animé ce 18 mars, a été consacré aux obligations et devoirs de transparence de l'entreprise générale : pouvez-vous nous expliquer le contexte ?

Me Goebel. La sous-traitance est une réalité très courante dans le secteur de la construction puisque l'on parle de sous-traitance dès lors qu'une entreprise confie à une autre l'exécution de tout ou partie d'un contrat.

L'entreprise qui sous-traite est traditionnellement appelée « entreprise générale », mais la sous-traitance peut être le fait d'un « donneur d'ordre », comme par exemple une entreprise qui est déjà sous-traitante d'une autre.

Cette réalité pratique ne doit pas occulter les différents risques juridiques qui en découlent, et la première source de risques découle du droit des contrats puisqu'il y a – au moins – deux contrats distincts : un contrat entre le client et l'entreprise qui sous traite, et un contrat entre l'entreprise qui sous-traite et son sous-traitant.

En effet, cette superposition de contrats distincts soulève des questions de transparence, et, en particulier celles de clarifier si le sous-traitant dispose des capacités requises pour exercer les tâches lui confiées et aussi celles de définir la part de responsabilité de chaque intervenant dans la sous-traitance.

Alors que les marchés privés sont plus basés sur la liberté des parties quant à la possibilité de présenter et faire agréer un sous-traitant, la transparence est de rigueur dans le cadre des marchés publics dans la mesure où les personnes candidates à la participation d'une soumission ont la possibilité de se prévaloir de leurs sous-traitants en vue d'établir qu'elles satisfont aux conditions économique, financière et technique de participation à une procédure de passation.

La question de capacités a donc des répercussions particulières en droit des marchés publics qui fait varier les possibilités du pouvoir adjudicateur de limiter la sous-traitance, en distinguant la sous-traitance de « capacité » - c'est le cas lorsque l'entreprise générale est tenue de prendre un sous-traitant parce qu'elle n'a pas toutes les ressources ou compétences - de la sous-traitance prévue pour des simples raisons organisationnelles.

CdM. Une entreprise n'est donc pas toujours libre de recourir à un sous-traitant dans un marché public ?

Me Goebel. Effectivement, le pouvoir adjudicataire peut limiter la sous-traitance dite de capacité en exigeant que les tâches essentielles de certains travaux soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même.

Une autre limite de taille est que le sous-traitant doit être accepté par le pouvoir adjudicataire afin de vérifier s'il n'existe pas des motifs d'exclusion : le droit des marchés publics impose donc à l'adjudicataire une véritable obligation de transparence sur les parties du marché qu'il prévoit de sous-traiter.

On notera en particulier que le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'exclure un sous-traitant, et même une offre, s'il dispose d'éléments permettant de conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence : ceci peut être le cas si une entreprise soumet une offre en tant qu'entreprise générale, alors qu'elle intervient sur une autre offre en tant que sous-traitant.

Il convient aussi de préciser qu'une entreprise générale, ne peut, après la remise de son offre et pendant la durée du contrat, échanger un ou plusieurs de ses sous-traitants, ni modifier la part des travaux attribués à chacun d'eux, que dans des cas dûment justifiés et avec l'assentiment du pouvoir adjudicateur.

Si cette « obligation de transparence » n'existe pas pour les marchés privés, il est pourtant conseillé à l'entreprise générale d'agir aussi en transparence pour les clients privés.

CdM. Si vous avez une seule recommandation contractuelle pour l'entreprise qui entend sous-traiter une partie d'un contrat privé, quelle serait-elle ?

Me Goebel. Si une loi du 23 juillet 1991 organise les activités de sous-traitance, cette loi – qui est en pratique rarement appliquée - ne change pas fondamentalement les règles en matière de responsabilité du sous-traitant.

Et, bien que la jurisprudence considère que le sous-traitant est tenu, à l'égard de son donneur d'ordre, des mêmes obligations que s'il agissait en tant qu'entrepreneur vis-à-vis d'un client, il n'est pas soumis aux garanties biennales et décennales.

De plus, le sous-traitant n'est pas lié contractuellement au client de l'entreprise générale.

L'entreprise générale a donc tout intérêt dans les marchés privés à formaliser par écrit un véritable « contrat de sous-traitance » qui détaille les obligations contractuelles du sous-traitant à l'instar des obligations contractuelles qu'elle supporte – en tant qu'entreprise générale - vis-à-vis de son client.

En effet, il est important que l'entrepreneur général recherche à faire refléter les engagements qu'il a souscrits vis-à-vis de son client sur ceux qui seront pris par le sous-traitant à son égard, de telle sorte que si son client venait à rechercher sa responsabilité pour l'exécution des prestations sous-traitées, il puisse se prévaloir plus facilement des engagements pris par son sous-traitant.

CdM. Cher Maître, nous vous remercions pour cet entretien.

Contact : gilles.cabos@cdm.lu

