



WEBINAIRE 1

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

CONFÉRENCE ORGANISÉE LE 18 MARS 2021 PAR LA CHAMBRE DES MÉTIERS

Marianne GOEBEL, Avocat à la Cour
GOEBEL · DI GIOVANNI · MAROTEL Avocats

1. Définition de la sous-traitance

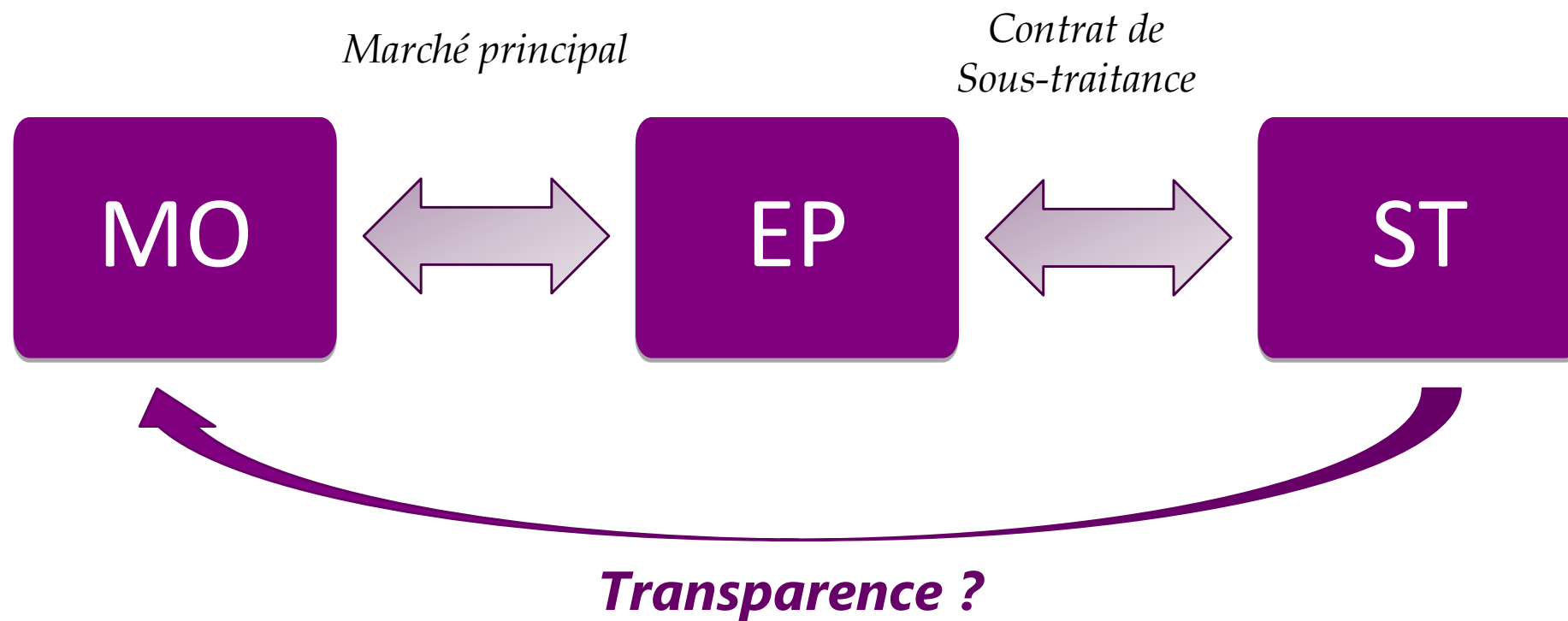
Article 1 de la loi du 23 juillet 1991



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

1. Définition de la sous-traitance

Relations contractuelles en cascade



2. Champ d'application de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet la sous-traitance

➔ **Marchés publics**

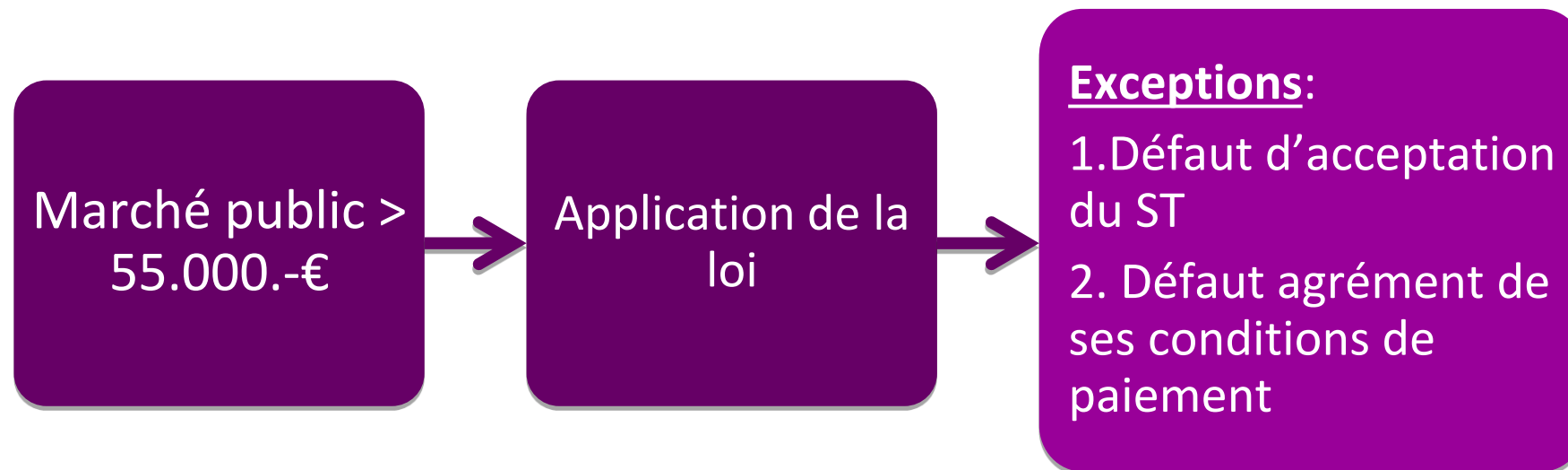
➔ **Marchés privés**

Dont le montant est supérieur à **55.000.-€**

Contrats avec montant inférieur exclus

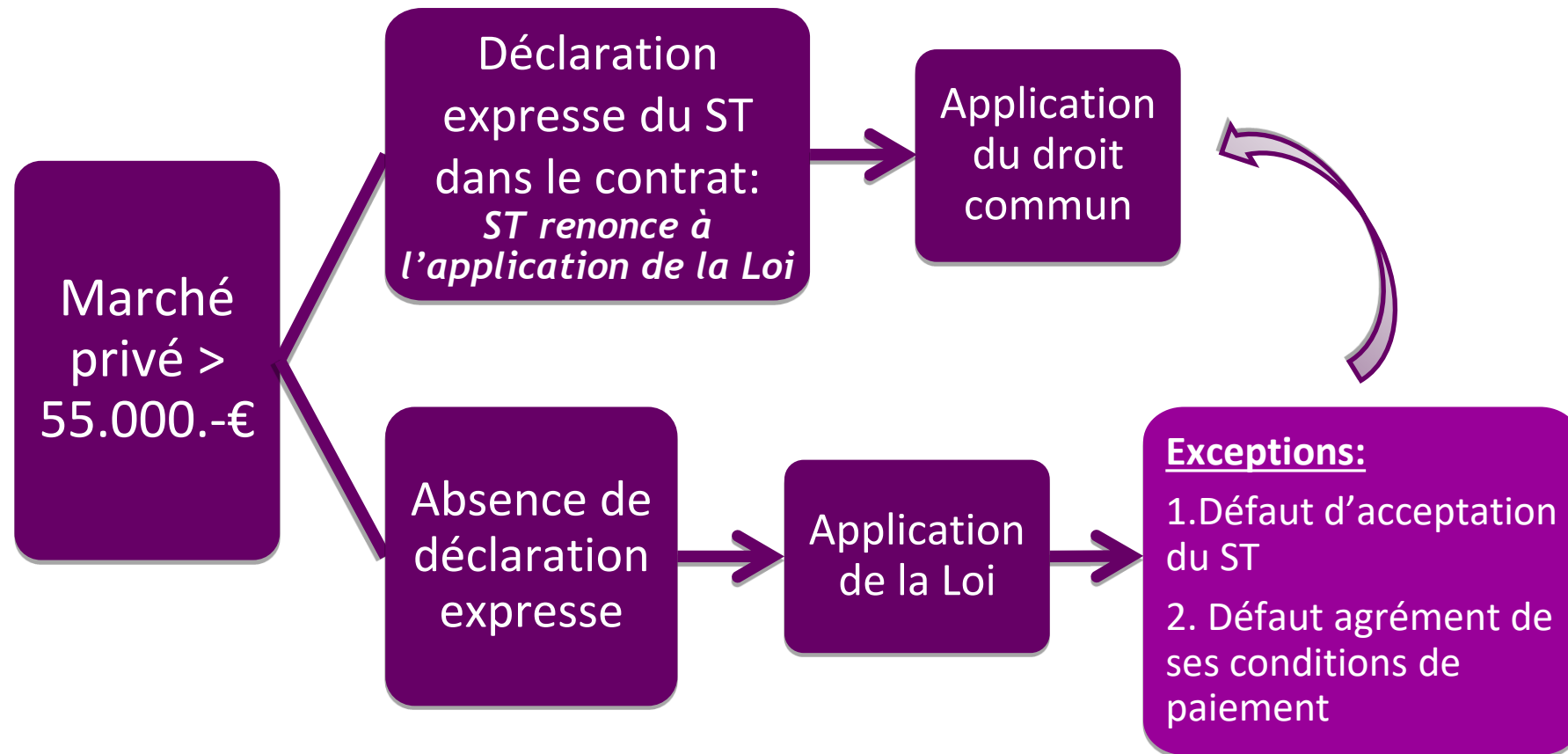
2. Champ d'application de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet la sous-traitance

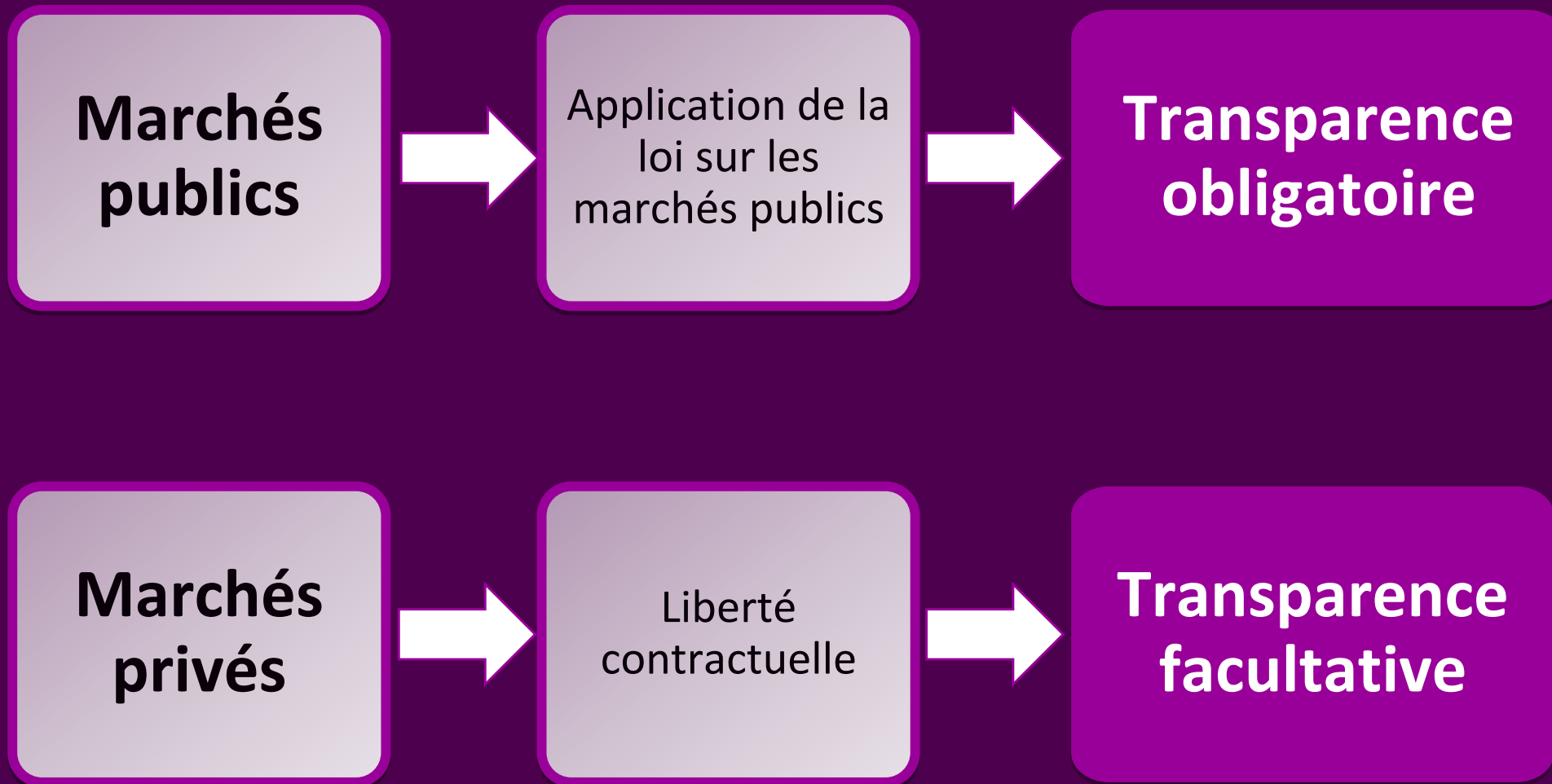
Marchés publics supérieurs à 55.000.-EUR



2. Champ d'application de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet la sous-traitance

Marchés privés supérieurs à 55.000.-EUR





I.
**Les obligations de
transparence de l'EP vis-à-vis
du pouvoir adjudicateur !**

Liberté de recourir à la sous-traitance, à condition d'en informer préalablement le pouvoir adjudicateur



**OBLIGATION DE TRANSPARENCE
VIS-A-VIS DU POUVOIR ADJUDICATEUR**

A. Modalités de présentation d'un ST lors de la passation des marchés publics

B. Vérification du ST et possibilité d'exclusion

C. Changement de ST après la remise de l'offre

A. Modalités de présentation d'un ST lors de la passation des marchés publics

- 1. Une sous-traitance de capacité ou de spécialité au soutien de la candidature**
- 2. La sous-traitance au stade de la candidature, dans un but autre que celui de faire valoir des capacités**
- 3. Renseignements obligatoires sur l'identité du ST au stade de l'offre**

1. Une sous-traitance de capacité au soutien de la candidature

- ➔ Prise en compte de la capacité des ST dans l'évaluation globale des conditions économique, financière et technique de participation du candidat à une procédure de passation
- ➔ Possibilité de sous-traiter en intégralité: « entrepreneur en organisation » à condition de pouvoir vérifier les capacités techniques, professionnelles et économiques des ST (cas plutôt théorique)

2. La sous-traitance au stade de la candidature, dans un but autre que celui de faire valoir des capacités

➔ EP dispose des qualifications mais fait appel à des ST pour d'autres raisons

➔ **Attention:** la candidature peut être rejetée si le ST ne dispose pas des capacités techniques, professionnelles et financières suffisantes pour l'exécution du marché

3. Renseignements obligatoires sur l'identité du ST au stade de l'offre

- ➔ L'offre du soumissionnaire doit contenir des précisions relatives à l'identité du ou des ST pressentis , la nature des prestations qu'il entend sous-traiter ainsi que le montant de ces prestations.
- ➔ L'opérateur économique ne peut se contenter d'annoncer un ou plusieurs ST dans sa candidature et ne pas apporter ces précisions dans son offre.

Sanction = irrecevabilité de l'offre

B. Vérification du ST et cas d'exclusion

- 1. Motifs d'exclusion obligatoires**
- 2. Motifs d'exclusion non-obligatoires**
- 3. Respect des critères de sélection**

1. Motifs d'exclusion obligatoires*

- ➔ **infractions pénales reconnues par un jugement définitif** (organisation criminelle, corruption, escroquerie et tromperie, terrorisme, blanchiment d'argent, travail des enfants et traite des êtres humains). Cela s'applique à toute personne ayant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle au sein de l'opérateur économique.
- ➔ **manquement de l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement des impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale lorsque le manquement est établi par jugement définitif.**

* Article 29 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics

2. Motifs d'exclusion non-obligatoires*

- manquement aux obligations applicables dans le domaine du droit (international, européen, national, conventions collectives de travail...) de l'environnement, du droit social et du droit du travail ;
- état de faillite, liquidation, concordat préventif, de cessation d'activité ;
- faute grave qui remet en cause son intégrité ;
- l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;
- conflit d'intérêt ;
- distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des opérateurs économiques à la préparation de la procédure de passation de marché ;
- défaillances importantes dans le cadre d'un marché antérieur ayant impliqué la résiliation du marché, ou une sanction comparable
- fausses déclarations
- l'opérateur économique a tenté irrégulièrement d'influencer la décision d'adjudication, d'obtenir des informations confidentielles ou a fourni des informations trompeuses.

* Article 29 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics

3. Respect des critères de sélection*

➔ **Aptitude à exercer l'activité professionnelle**

➔ **Capacité économique et financière**

➔ **Capacités techniques et professionnelles**

Les conditions de participation requises, qui peuvent être exprimées en tant que capacités minimales, ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par les pouvoirs adjudicateurs dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.

* Article 30 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger la production des certificats, déclarations et autres moyens de preuve de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection établis.



Il est dans l'intérêt de l'EP de vérifier les moyens de preuve avant de soumettre le dossier au pouvoir adjudicateur pour éviter une irrecevabilité de l'offre

C. Changement du ST après la remise de l'offre*

1. Principe d'interdiction
2. Exceptions dans des cas justifiés

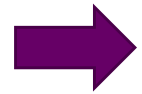
**Article 29 (7) de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics
et article 24 (4) du Règlement grand-ducal du 8 avril 2018*

1. Principe

➔ **Interdiction d'échanger un ou plusieurs ST**

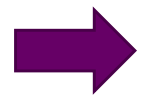
➔ **Interdiction de modifier la part des travaux attribués à chaque ST**

2. Exceptions



Cas dûment justifiés:

- **Cas d'exclusion obligatoire**
- **Cas d'exclusion non obligatoire à la demande du pouvoir adjudicateur**
- **Manquement aux obligations prévues par la Loi et les traités internationaux**
- **Faillite du ST**
- **Manquement grave aux conditions du contrat de sous-traitance**
- **Modification du contrat de l'EP qui implique une modification de la part des travaux attribués à chacun de ses ST**



+ Accord du pouvoir adjudicateur

Les candidats qui entendent se prévaloir des capacités financières, techniques et professionnelles d'un ST, doivent:

- ✓ **vérifier que les prestations objets du marché peuvent régulièrement être sous-traitées**
- ✓ **vérifier l'intégralité des renseignements fournis par le ST**
- ✓ **apporter des garanties suffisantes de l'intervention du ST**

II. Les recommandations de transparence de l'EP en matière de marchés privés

- A. Application de la loi du 23 juillet 1991 = Agrément des ST obligatoire**
- B. Sous-traitance en dehors du cadre légal recommandations pour l'EP**
- C. Rappel de principes en matière de responsabilité en cas de sous-traitance**

Loi de 1991: protection exclusive du ST

- ✓ **Protection en cas de faillite de l'EP**
- ✓ **Protection en cas de nantissement**
La mise en gage de la part sous-traitée est nulle
- ✓ **Protection du ST de second rang**

A. Application de la loi du 23 juillet 1991 = Agrément des ST obligatoire

- 1. Obligations de l'EP**
- 2. Obligations du MO**

1. Obligations de l'EP

Sujet de l'agrément

➔ **ST de 1^{er} rang**

➔ **ST de 2nd rang et subséquents**

1. Obligations de l'EP

Présentation du ST au MO

➔ Par EP

➔ Défaillance EP: par ST lui-même

1. Obligations de l'EP

Objet de l'agrément par MO

➔ **Acceptation de la personne du ST**

➔ **Acceptation des conditions de paiement de chaque contrat**

➔ **Communication des contrats de sous-traitance au MO quand celui-ci en fait la demande**

1. Obligations de l'EP

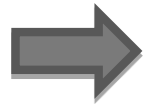
Moment de l'agrément

➔ Au moment de la conclusion du contrat

➔ Pendant la durée du contrat

2. Obligations du MO

Forme de l'agrément



Expresse



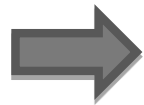
Tacite



Elle doit résulter d'actes du MO manifestant sans équivoque sa volonté d'accepter le ST et les conditions de paiement (jurisprudence)

2. Obligations du MO

Refus de l'agrément par MO



Liberté de refuser (*acte discrétionnaire*)



Pas de motivation nécessaire



Attention à la possibilité d'invoquer un **abus de droit** (*exemple: refus systématique né d'une collusion frauduleuse entre EP et MO*)

2. Obligations du MO

Sanction du défaut d'acceptation et d'agrément



INAPPLICATION DE LA LOI

=

RETOUR AU DROIT COMMUN

B. Sous-traitance en dehors du cadre légal = recommandations pour l'EP

- 1. Favoriser les contrats écrits**
- 2. Adapter les contrats de sous-traitance aux exigences du contrat principal**
- 3. Harmoniser les engagements entre EP et MO et entre ST et EP**

1. Favoriser les contrats écrits

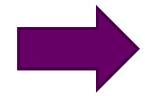
➔ **Force obligatoire des contrats:
détermination précise des conditions
d'exercice du marché**

➔ **Faciliter preuve en cas de litige**

2. Adapter les contrats à la sous-traitance

- ➔ **Clauses habituelles/standard**
- ➔ **Vérification des conditions de fond du droit des contrats**
- ➔ **Détermination de l'étendue des obligations des parties**
- ➔ **Reprendre dans contrat certaines clauses du contrat principal**
- ➔ **Documents à annexer au contrat**

2. Adapter les contrats à la sous-traitance



Clauses habituelles/standard du contrat:

- bien évaluer et déterminer les demandes et les exigences du client, ainsi que le calendrier de réalisation des travaux
- exiger des règlements au fur et à mesure de l'exécution du contrat
- prévoir des facultés de résiliation
- prévoir des clauses limitatives de responsabilité
- prévoir le transfert de propriété et des risques

2. Adapter les contrats à la sous-traitance

➔ **Vérifier les conditions de fond du droit des contrats:**

- Qualité des parties: généralement conclusion entre deux sociétés commerciales = nature commerciale
- Durée: la durée du contrat est celle de la réalisation ou de la livraison des travaux.

2. Adapter les contrats à la sous-traitance

➔ Déterminer l'étendue des obligations des parties

- Obligations du ST:
 - Obligation de faire
 - Obligation de renseignement et de conseil
 - Obligation de sécurité
 - Obligation de prudence et de surveillance
 - Obligation de conservation de la chose
 - Obligation de livraison dans le délai convenu
 - Garantie des vices cachés (article 1792 du Code civil)
- Obligations de l'EP:
 - Devoir de collaboration
 - Réception du travail
 - Obligation de prendre livraison
 - Respect des droits intellectuels du ST

2. Adapter les contrats à la sous-traitance

➔ Prévoir des clauses spéciales dans le contrat

- Clauses indispensables:
 - nom et adresse du client et du ST
 - désignation de l'objet du contrat
 - détails et étendue des travaux sous-traités
 - nature des obligations et de la responsabilité du ST
 - date de prise d'effet du contrat
 - durée du contrat
 - fixation du prix, des modalités de règlement
 - délai d'exécution des travaux et, éventuellement, pénalités
 - clause de garantie de travaux
 - clause d'assurance
 - clause de réception.
 - loi applicable

2. Adapter les contrats à la sous-traitance

➔ Prévoir des clauses spéciales dans le contrat

- Clauses en cas de relation de sous-traitance:
 - clause d'agrément par le MO
 - reprise de clauses résolutoires/ suspensives du contrat principal
 - reprise de clauses pénales et clauses d'intérêts de retard du contrat principal
 - reprise de clauses de participation à certains frais communs prévues par le contrat principal
 - reprise de clause compromissoire du contrat principal

BUT =

**PROTECTION DE L'EP QUI SE VERRAIT OPPOSER
CERTAINES CLAUSES PAR LA FAUTE DU ST**

2. Adapter les contrats à la sous-traitance

➔ Documents à annexer au contrat

- Calendrier prévisionnel de réalisation des travaux
- Devis
- Copie du marché principal et de ses annexes (s'il y est renvoyé)
- Plans, normes et autres spécificités du marché
- Pour les ST étrangers: obtenir les documents légaux nécessaires (*webinaire du 22/04/2021*)

3. Harmoniser les engagements entre EP et MO et entre ST et EP

- ➔ **La transparence résulte du fait de calquer le contrat de ST sur le contrat principal en y transposant certaines stipulations**
- ➔ **L'harmonisation des engagements permet à l'EP de se retourner plus facilement contre le ST en cas d'engagement de sa responsabilité pour des prestations sous-traitées**

Check-list

1. Points à vérifier avant la signature du contrat de sous-traitance

- ❑ Les informations nécessaires relatives au ST et au client ;
- ❑ les travaux à réaliser doivent être clairement énumérés et détaillés ;
- ❑ les éventuelles attestations nécessaires ;
- ❑ vérifier le calendrier de réalisation ;
- ❑ chacune des parties doit avoir connaissance de l'étendue de ses obligations.

2. Points à vérifier lors de la rédaction du contrat de sous-traitance

- ❑ le contrat contient les clauses indispensables de tout contrat de sous-traitance ;
- ❑ le contrat contient les clauses complémentaires pouvant être nécessaires ;
- ❑ sont annexées au contrat les pièces nécessaires.

3. Points à vérifier au jour de la signature du contrat de sous-traitance

- ❑ le contrat et les annexes sont datés, paraphés et signés par les parties ;
- ❑ Présence des attestations requises;
- ❑ un original du contrat de sous-traitance est remis à chacune des parties ;
- ❑ attention :
 - ✓ vigilance, pendant la période de négociation sur la qualité de l'information fournie par les parties (vérifier les informations fournies lors des négociations) ;
 - ✓ adopter une rédaction adaptée des clauses de garantie/non-garantie (vérifier la validité de ces clauses) ;
 - ✓ contrôler ou exclure le rôle de l'imprévision (bien évaluer le déséquilibre et l'imprévision) ;
 - ✓ organiser si besoin les sanctions de l'inexécution.

c. Rappel de principes en matière de responsabilité en cas de sous-traitance

- 1. Responsabilité contractuelle de l'EP**
- 2. Responsabilités encourues par le ST**
- 3. Responsabilités encourues par le MO**

1. Responsabilité contractuelle de l'EP

➔ **Envers le MO:** L'acceptation du ST par le MO ou la transparence ne modifie pas la responsabilité de l'EP envers le MO : EP demeure responsable vis-à-vis du MO des conséquences des fautes commises par son ST dans l'exécution des prestations. En revanche, il sera plus facile pour l'EP de se retourner contre son ST si leur contrat reprend des engagements du contrat principal.

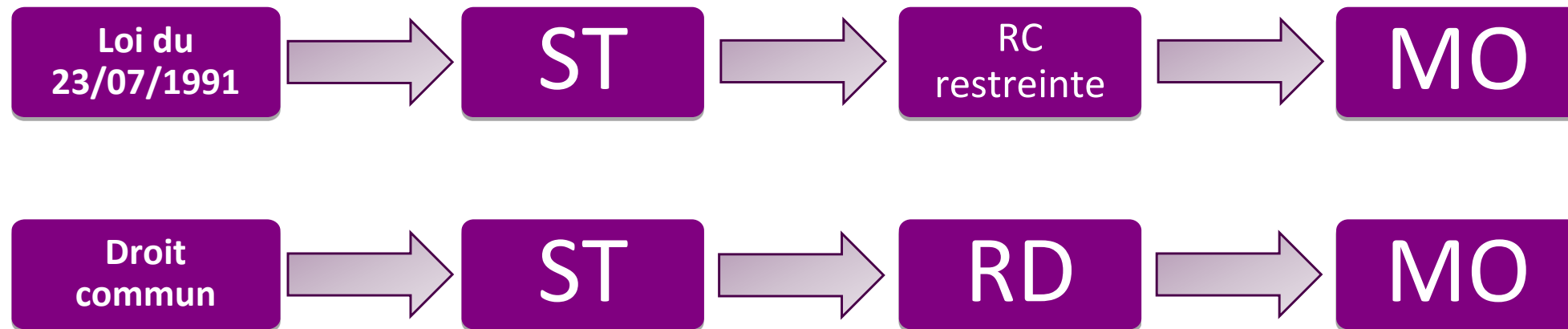


➔ **Envers le ST:** Tout manquement par l'EP à ses obligations contractuelles vis-à-vis de son ST est de nature à engager sa responsabilité contractuelle.



2. Responsabilités encourues par le ST

➔ **Envers le MO:** L'acceptation du ST par le MO dans le cadre de la Loi de 1991 modifie la responsabilité du ST envers le MO en RC. La jurisprudence limite l'application de la RC aux affaires se trouvant dans le champ d'application de la Loi de 1991: par application de la jurisprudence*, les exceptions nées de l'exécution du contrat de sous-traitance peuvent être opposées au ST par le MO



* CA (réf.), 14 décembre 2011, Pas. 35, p736

2. Responsabilités encourues par le ST

➔ **Envers l'EP:** Tout manquement par le ST à ses obligations contractuelles vis-à-vis de l'EP est de nature à engager sa responsabilité contractuelle.



EP assure seul les responsabilités et garanties art. 1792 et suivants du Code civil pour l'ensemble des prestations, y compris celles sous-traitées

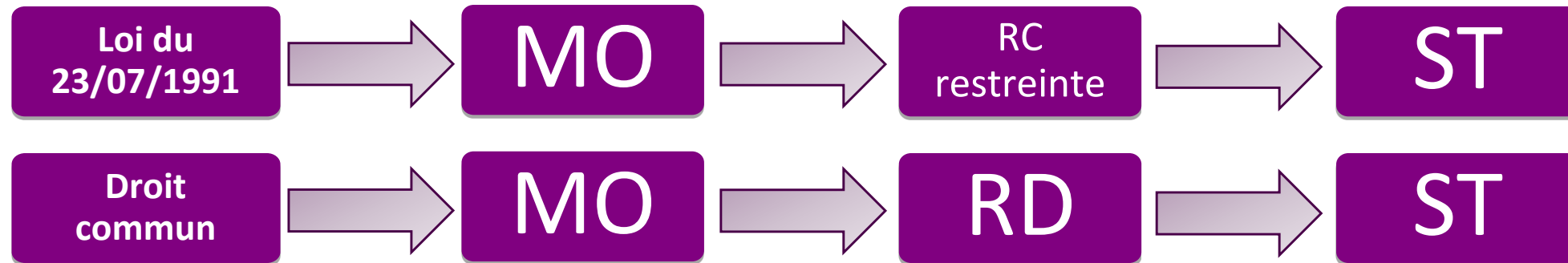
= **ST échappe aux responsabilités décennale et biennale vis-à-vis du MO mais est tenu de sa RC vis-à-vis de l'EP**

➔ **Envers les tiers:** EP ne sera pas responsable des dommages causés par son ST aux tiers, le droit commun reste applicable



3. Responsabilités encourues par le MO

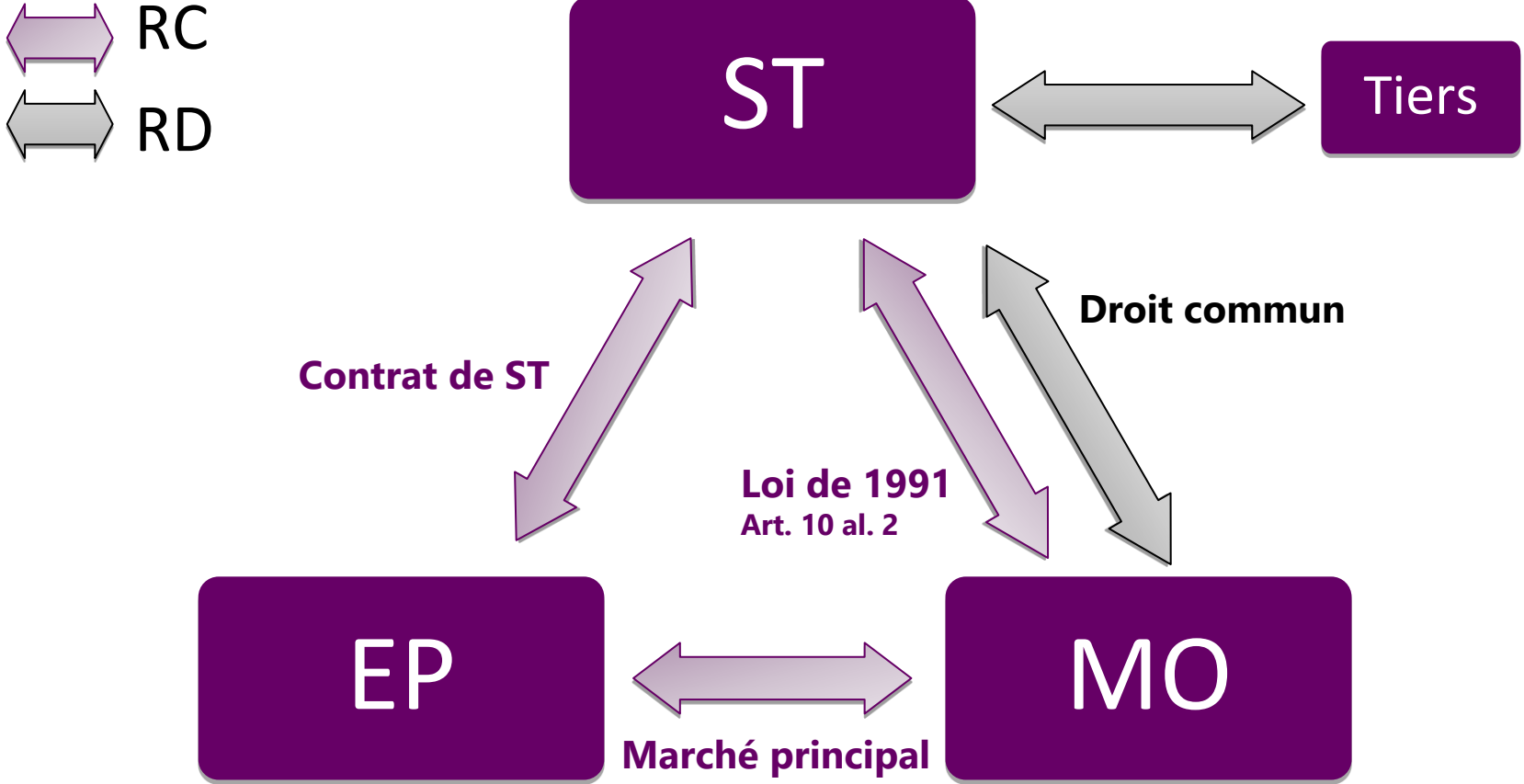
➔ **Envers le ST:** L'acceptation du ST par le MO dans le cadre de la Loi de 1991 modifie la responsabilité du MO envers le ST en RC. La jurisprudence limite l'application de la RC aux affaires se trouvant dans le champ d'application de la Loi de 1991.



➔ **Envers l'EP:** Tout manquement par le MO à ses obligations contractuelles vis-à-vis de l'EP est de nature à engager sa responsabilité contractuelle.



SCHÉMA RÉCAPITULATIF DES RESPONSABILITÉS



Quelles sont les recommandations générales pour l'EP

- ✓ Exigence d'un écrit non obligatoire mais vivement recommandé
- ✓ Signature d'un contrat de ST avant ou après le marché principal avec harmonisation des clauses du contrat principal
- ✓ Transparence vivement recommandée pour faciliter les questions de responsabilité
- ✓ En cas de volonté d'appliquer la loi du 23/07/1991: agrément du MO OBLIGATOIRE

ABRÉVIATIONS UTILISÉES

EP	Entrepreneur principal (synonyme dans ce contexte d'Entrepreneur général)
MO	Maître d'ouvrage
ST	Sous-traitant
RC	Responsabilité contractuelle
RD	Responsabilité délictuelle



Questions ?

GDM Avocats
3, rue de la Chapelle
L-1325 Luxembourg
Tel : (352) 45 80 45 1
Fax : (352) 45 45 51
info@gdmavocats.com



Merci pour votre attention !

GDM Avocats
3, rue de la Chapelle
L-1325 Luxembourg
Tel : (352) 45 80 45 1
Fax : (352) 45 45 51
info@gdmavocats.com