

Fiche technique à l'intention des autorités contractantes et des opérateurs économiques.
Pour une meilleure pratique de l'achat public



Commission Nationale des Marchés Publics (CNMP)

Sous-traitance

Janvier 2023

Préparée par l'Unité Juridique et de Règlementation (UJR) de la Commission Nationale des
Marchés Publics (CNMP)

L'exécution personnelle des marchés publics par l'opérateur économique qui en est le titulaire constitue la règle générale ; le recours à la sous-traitance intervient à titre d'exception. Ce procédé permet aux opérateurs économiques de compter sur un plus large éventail de compétences et de moyens non nécessairement disponibles à l'interne pour postuler aux appels d'offres les plus complexes qui soient. La sous-traitance assure la participation des petites et moyennes entreprises en incapacité de soumissionner pour un marché global.

La sous-traitance est un mécanisme légal permettant au titulaire d'un marché de confier l'exécution d'une partie du marché à d'autres prestataires (sous-traitants) sous sa coordination et responsabilité. La sous-traitance est encadrée et réglementée principalement par la loi du 10 juin 2009 fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrage du service public (LMP), l'arrêté du 26 octobre 2009 précisant les modalités d'application de la loi fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrage du service public (AALMP) et l'arrêté du 26 octobre 2009 sanctionnant le manuel de procédures pour la passation des marchés publics et des conventions de concession d'ouvrage du service public.

1- Définition de la sous-traitance

La sous-traitance constitue au sens large l'opération par laquelle un entrepreneur confie l'exécution d'une partie ou la totalité d'un contrat à un ou des sous-traitants sous sa responsabilité.

Dans le système de passation des marchés publics, « *la sous-traitance désigne le contrat par lequel un titulaire du marché confie jusqu'à un certain pourcentage déterminé par la loi l'exécution d'une ou plusieurs parties d'un marché conclu avec le maître d'ouvrage, à la double condition que cette possibilité ait été prévue dans le dossier d'appel d'offres et que l'autorité contractante ait préalablement donné son accord* »¹.

¹ Lexique haïtien des Marchés publics, p.74

Limites à la sous-traitance

La sous-traitance ne peut être utilisée que pour les marchés de travaux et de services (article 24 de la LMP). La proportion du marché pouvant faire l'objet de sous-traitance ne doit pas dépasser les 40% de sa valeur globale au regard de l'article 25-1 de la LMP.

Dans ce cadre, il convient de préciser que la responsabilité pleine et entière envers l'autorité contractante repose sur les épaules du titulaire du marché² en dépit de l'intervention des sous-traitants : « Le titulaire reste pleinement responsable des actes, négligences et défaillances des sous-traitants, de leurs représentants, employés ou ouvriers »³. Le titulaire devient donneur d'ordre principal assumant devant le maître d'ouvrage la responsabilité des sous-traitants.

Quand au sous-traitant, il désigne « l'entreprise bénéficiant d'un contrat de sous-traitance, après acceptation devant être obtenue de l'autorité contractante⁴ par le titulaire du marché . »

Il est opportun de noter que le contrat qui lie le titulaire et son sous-traitant est un contrat de droit privé. L'autorité contractante n'aura pas à réagir sur ce contrat en cas d'acceptation du sous-traitant. Elle est toutefois tenue de veiller à la conformité des conditions de paiement, notamment l'existence d'avance ou d'acomptes, au marché principal.

La sous-traitance exige l'existence de deux contrats distincts :

- Un contrat de droit public entre l'acheteur et l'opérateur économique (marché public) ;
- Un contrat de droit privé entre l'opérateur économique et son /ses sous-traitants (contrat /s de sous-traitance).

² Article 25- 3 de la loi du 10 juin 2009 fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrage du service public.

³ Article 55-1 de l'arrêté du 26 octobre 2009 précisant les modalités d'application de la loi fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrage du service public.

Article 25-3 de la loi du 10 juin 2009 fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrage du service public.

⁴ Ibid., p.75

2- Pourquoi sous-traiter ?

Il paraît évident que la volonté du législateur à insérer la sous-traitance dans l'arsenal juridique des marchés publics à titre de mécanisme d'exécution des marchés, procède de la création d'une double opportunité pour les acheteurs publics :

- Bénéficiaire de compétences et de spécialités pour certaines parties d'un marché dont le titulaire n'est pas forcément détenteur ;
- Faciliter l'accès à la commande publique au profit des petites et moyennes entreprises (PME) ;
- Faciliter la croissance économique des jeunes sociétés commerciales et encourager l'entrepreneuriat des jeunes⁵.

3- Les types de sous-traitance

On distingue deux sortes de sous-traitance : La sous-traitance de capacité et la sous-traitance de spécialité⁶.

- La sous-traitance de capacité est dite lorsqu'une entreprise a intérêt, pour des raisons de plan de charge, de moyens ou pour des raisons économiques, à sous-traiter des travaux qui sont de sa spécialité, mais qu'elle ne peut ou ne veut pas faire elle-même ;
- La sous-traitance de spécialité est dite lorsqu'une partie des travaux, objet du marché de l'entreprise principale ne relevant pas de sa compétence ou de sa spécialité, est sous-traitée à une entreprise spécialisée.

4- Comment sous-traiter ?

Le procédé de la sous-traitance comporte un ensemble de conditions et d'étapes permettant de la matérialiser.

⁵ Article 95 du Décret Établissant le Budget Général de la République D'Haïti, Exercice 2021 -2022 : « Lors des passations de marchés publics, pour une différenciation financière de moins de 18% des propositions de l'offre financière, le marché devra être accordé à la firme ayant sous-traité le plus haut niveau de la valeur de son marché à des jeunes sociétés (de moins de cinq ans) formées d'au moins 50% de jeunes de moins de 45 ans. »

⁶ Lexique haïtien des Marchés publics, p.75

Conditions primordiales

Pour pouvoir bénéficier du statut de sous-traitant, les personnes de droit privé doivent faire preuve de leurs capacités économiques et financières conformément à la loi. Les personnes de droit privé en incapacité et/ou incompatibilité ne peuvent pas obtenir de commande ou de sous-traitance de la part de l'État, des Collectivités territoriales ou des organismes autonomes. L'acceptation expresse de chaque sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement par l'autorité compétente est une formalité substantielle à l'implémentation de la sous-traitance⁷.

1^{er} cas : Lorsque le projet de sous-traitance intervient au moment de l'offre

Etape 1 : Sollicitation de sous-traitance incluse dans l'offre

Au moment de l'offre, le soumissionnaire doit inclure dans ladite offre une déclaration de sous-traitant comportant les informations suivantes :

- La nature des prestations dont la sous-traitance est prévue ; le nom, la raison ou la dénomination sociale, l'adresse, les références techniques et administratives / légales du sous-traitant proposé ; le montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant ; les modalités de règlement des sommes susdites ; les conditions de paiement prévues par le projet de sous-traitance, et le cas échéant celles de révision des prix.

Etape 2 : Acceptation du projet de sous-traitance par l'autorité contractante

L'autorité contractante accepte la sous-traitance au moment de l'attribution du marché à l'opérateur économique. L'attribution du marché à un soumissionnaire ayant fait une offre comportant une part sous-traitée vaut acceptation du projet de sous-traitance.

⁷ Article 22 de la loi du 10 juin 2009 fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrage du service public.

Etape 3 : Agrément des conditions de paiement du sous-traitant

Cet agrément consiste en l'acte par lequel l'autorité contractante donne son accord aux conditions de paiement établies entre un titulaire du marché public et son sous-traitant. L'agrément complète l'acceptation implicite du sous-traitant par l'attribution du marché.

2^{ème} cas : Lorsque le projet de sous-traitance intervient après la conclusion du marché

Etape 1 : Sollicitation de la sous-traitance

Après la conclusion du marché, le titulaire est tenu de produire une déclaration spéciale de sous-traitant avec les mêmes informations susmentionnées, à savoir :

- La nature des prestations dont la sous-traitance est prévue ; le nom, la raison ou la dénomination sociale, l'adresse, les références techniques et administratives / légales du sous-traitant proposé ; le montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant ; les modalités de règlement des sommes susdites ; les conditions de paiement prévues par le projet de sous-traitance, et le cas échéant celles de révision des prix.

Cette déclaration doit être remise contre récépissé à l'autorité contractante ou lui être adressée par lettre recommandée avec avis de réception.

Etape 2 : Acceptation de la sous-traitance

Dans le second cas où la demande de sous-traitance succède à la conclusion du marché, l'acceptation prendra la forme d'une décision exprimant la volonté de l'autorité contractante d'admettre le sous-traitant auquel le titulaire du marché confie l'exécution d'une partie du marché, après agrément des conditions de paiement de ce dernier.

Etape 3 : Attestation de l'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement

Pour couronner le procédé de sous-traitance et le ramener à son objet, un document contractuel dit « acte spécial » est nécessaire. L'acte spécial est « signé de la personne responsable du marché et du titulaire du marché attestant l'acceptation du sous-traitant et

l'agrément de ses conditions de paiement par la personne publique, en cours d'exécution du marché et qui comprend la nature des prestations sous-traitées, le nom du sous-traitant, le montant prévisionnel des sommes à payer directement et les modalités de règlement de ces sommes. L'acte spécial ouvre au sous-traitant l'accès au paiement direct et le rend opposable en cas de nantissement.⁸ »

5- Conditions de paiement du sous-traitant

- Paiement par le titulaire du marché

En principe, le paiement du sous-traitant est à la charge du titulaire du marché, en exécution du contrat de droit privé conclu entre eux. Toutefois, l'autorité contractante est tenue de vérifier que les conditions de paiement⁹ sont conformes au marché principal en termes d'avances et d'acomptes à travers la formalité de l'agrément des conditions de paiement¹⁰.

- Paiement direct

Modalité par laquelle le sous-traitant obtient directement de l'autorité contractante, avec accord du titulaire du marché, le règlement des services ou travaux dont il a assuré l'exécution et qui n'ont pas déjà donné lieu à paiement au profit du titulaire¹¹.

Le sous-traitant admis au paiement direct bénéficie également des avances et des acomptes de la part de l'autorité contractante conformément à l'article 85 de la loi du 10 juin 2009 fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrage du service public.

6- Recours en cas de non-paiement par le titulaire du marché

Le législateur permet au sous-traitant, après une mise en demeure du titulaire du marché restée infructueuse, d'exercer une action en paiement des prestations qu'il a exécutées directement auprès de l'autorité contractante. A défaut de motivation du refus de paiement par le titulaire, il est procédé au paiement des sommes restant dues au sous-traitant¹². En cas

⁸ Article 56 arrêté du 26 octobre 2009 précisant les modalités d'application de la loi fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrage du service public.

⁹ Ibid.

¹⁰ Lexique haïtien des marchés publics, p.6

¹¹ Ibid., Art 25-4

¹² Article 85-1 de la loi du 10 juin 2009 fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrage du service public.

de contestation du titulaire du marché, l'autorité contractante est tenue d'attendre une décision de justice avant de procéder au règlement des sommes contestées.

« Les paiements au sous-traitant sont effectués sur la base de pièces justificatives revêtues de l'acceptation du titulaire du marché¹³. Dès réception de ces pièces, la personne responsable du marché avise le sous-traitant et lui indique les sommes dont le paiement à son profit a été accepté par le titulaire du marché »¹⁴.

7- Nantissement

A l'instar du titulaire du marché, il peut-être délivré un exemplaire unique¹⁵ du marché au sous-traitant admis au paiement direct aux fins de nantissement relatif au paiement correspondant à sa part d'exécution du marché¹⁶.

Le sous-traitant est tenu de remettre l'exemplaire unique à son créancier qui se fera le devoir de l'acheminer au comptable assignataire pour pouvoir bénéficier du paiement des sommes dues au titre du marché¹⁷.

¹³ Ibid.

¹⁴ Lexique haïtien des Marchés publics, Op.cit., p.61

¹⁵ Ibid., p.34-35

¹⁶ Article 79-1 de la loi du juin 2009 fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrage du service public.

¹⁷ Ibid.