LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

DROIT DE LA CONSTRUCTION

Fiche 16

LE PAIEMENT DIRECT EN MATIÈRE DE SOUS-TRAITANCE

CHAMBRE DES MÉTIERS
SERVICES AUX ENTREPRISES

Fiche 16 - Le paiement direct en matière de sous-traitance

La loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance (ci-après : « Loi de 1991 ») a pour but de protéger le sous-traitant de la défaillance financière de l'entrepreneur principal en permettant au sous-traitant de se faire payer directement par le maître de l'ouvrage.

Cette loi pose deux principes :

· L'entrepreneur doit faire agréer le/les sous-traitant(s) par le maître de l'ouvrage – qui seront alors payés directement par ce dernier - à partir du moment où le contrat de marché privé ou marché public dépasse un certain seuil. Le seuil est de 55.000 euros[1];

· Si l'entrepreneur ne fait pas agréer le sous-traitant, le sous-traitant garde la possibilité - pendant toute la durée du contrat ou du marché et quel que soit le montant du marché - de se faire agréer par le maître de l'ouvrage afin d'obtenir un paiement direct.

Cette loi ne connaît pas un grand succès car elle demande aux entrepreneurs d'être « transparents », relativement aux contrats de sous-traitance qu'ils concluent, sans pour autant leur imposer cette transparence.

1.1. La demande de paiement direct

La demande d'un paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage est ouverte non seulement à l'entrepreneur principal, qui décide d'opter pour le mécanisme de la loi de 1991, mais aussi au sous-traitant.

La charge de la preuve de l'application de la loi de 1991 repose toujours sur le sous-traitant : si l'entrepreneur principal ne fait pas les démarches nécessaires, le sous-traitant doit être actif en contactant directement le maître de l'ouvrage pour se faire accepter et faire agréer ses conditions de paiement afin de palier à la négligence de l'entreprise principale.

La demande d'acceptation par le sous-traitant peut avoir lieu pendant toute la durée du contrat ou du marché (art.5, Loi de 1991).[2]

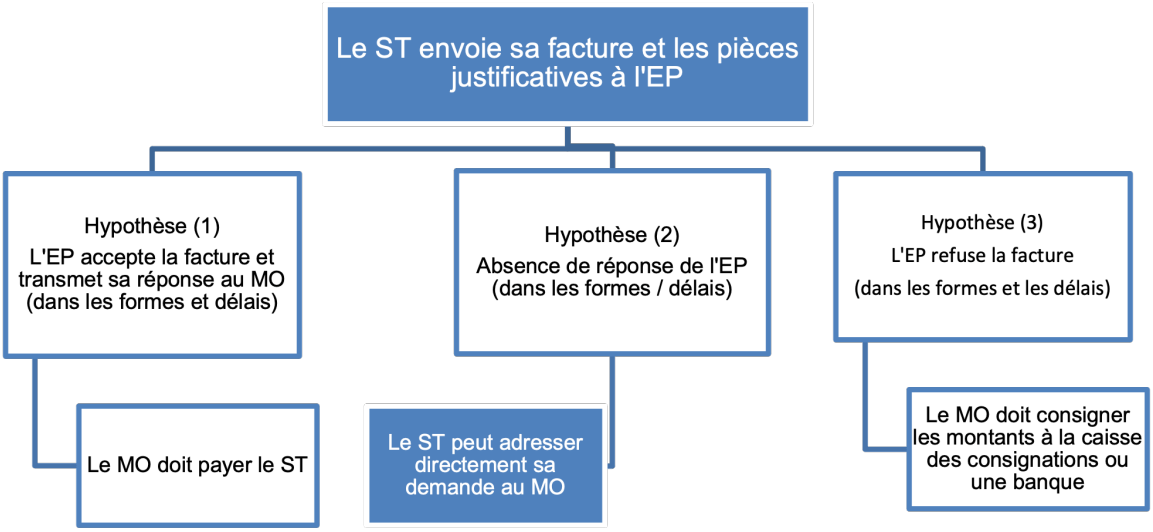
La demande est subordonnée à une double acceptation du maître d'ouvrage : ce dernier devant « accepter le sous-traitant » et « agréer ses conditions de paiement. »

1.2. La mise en œuvre du régime de 1991

Les relations entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant agréé deviennent alors des relations « de nature contractuelle » (art.10, Loi 1991).

Seules les exceptions nées de l'exécution du contrat de sous-traitance, à l'exclusion de celles nées du contrat d'entreprise principale, peuvent être opposées au sous-traitant par le maître de l'ouvrage (CA Référé, 14.12.2011, pas.35 p.736).

Le mécanisme de paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage prévu par la loi de 1991 peut être schématisé comme suit :



· Le refus doit être motivé par l'EP et communiqué par LRAR

· L'acceptation ou le refus de l'EP doit être communiqué au ST dans les 15 jours à compter de la réception des pièces justificatives servant de base à la facturation, respectivement 6 semaines en cas de décompte définitif (art.9, loi du 23.07.1991).

A partir du moment où le sous-traitant bénéficie du régime de paiement direct, le processus reste obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de faillite ou de gestion contrôlée (art.7, Loi de 1991).

[1] La référence de l'article 2 de la loi de 1991 n'est plus à jour : en effet, l'article 36 2° a) de la loi du 27 juillet 1936 telle que modifiée par la loi du 4 avril 1974 n'existe plus puisque la loi de 1974 précitée a été abrogée par une loi du 10 juillet 2003 qui a elle-même été abrogée et remplacée par la loi du 25 juin 2009 actuellement applicable en matière de marchés publics. En revanche l'article 36 2° de la loi de 1936 existe toujours et fait référence au seuil applicable lorsque les travaux ou fournitures pour l'Etat doivent faire l'objet d'une certaine publicité et concurrence. Il résulte des différentes réformes légales et réglementaires que le seuil visé est celui au-deçà duquel les marchés publics peuvent être passés par procédure restreinte sans publication d'avis ou procédure négociée qui est actuellement défini par l'article 161 du règlement grand-ducal modifié du 11 août 2009.

[2] Une acceptation tacite est possible : l'agrément ne doit pas résulter d'un simple silence ou d'une tolérance purement passive, mais d'actes du maître de l'ouvrage manifestant sans équivoque la volonté de ce dernier d'accepter la personne du sous-traitant et les conditions du sous-traité (CA Lux., 17.12.2003, n°27596 du rôle).