

Le maître d'ouvrage et le contrat de sous-traitance dans les marchés publics de travaux au Cameroun

Lecturer Lesmont BAHOKEN VALERI¹

Abstract

Any subcontracting in public procurement contracts is subject to the prior approval of the Contracting authority. This is a manifestation of excessive powers which holds the administration in public law contracts. Therefore, the public contract is liable to termination as soon as the Contracting authority finds by any means whatsoever subcontracting occult on the work site. However, as soon as subcontracting is allowed, the Contracting authority appears foreign to its implementation, leaving the parties freely fulfill their contractual obligations. The situation of the contractor who is generally a small business or PMI is abandoned to the will of the contracting party of the public person, usually powerful multinationals. The Contracting authority displays a certain neutrality in both the quality of work performed by the contractor in terms of payment of the latter. Contractual freedom seems to have taken precedence here on the powers of control and direction of which is coated the Contracting authority in the execution of public contract, to the detriment of the subcontractor. A reform of the Government Procurement Code and subsequent legislation is needed to better protect the interests of the subcontractor. This article is striving to clarify the relationship Contracting authority-Contractor-subcontractor in works contracts. It demonstrates that the subcontractor weaker party to the contract must be better protected so as to safeguard the contractual solidarism which seems to be based the existence of the outsourcing contract.

Keywords: public procurement, Contracting authority, contractor, subcontractor, contractual solidarism.

JEL Classification: K12, K23

I. Introduction

Le contrat de sous-traitance dans les marchés publics est une exception à la règle selon laquelle celui qui s'est engagé à faire un travail doit l'exécuter lui-même².

En effet, dans lesdits marchés, la sous-traitance est généralement appréhendée comme l'occasion qui est donnée à un entrepreneur de faire exécuter par une autre personne une partie du marché qu'il a passé avec le maître d'ouvrage.

¹ Lesmont Bahoken Valeri - Faculty of Law and Political Science, University of Douala, Cameroon, lesmontv@yahoo.fr .

² Article 1237 du Code civil : « L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ».

Le Code des Marchés Publics applicable au Cameroun en donne une définition relativement précise lorsqu'il dispose en son article 63 alinéa 2 que : « *Les marchés sous-traités sont des contrats par lesquels le titulaire d'un marché cède à des tiers l'exécution d'une partie de ce marché* »³.

De cette définition, il apparaît que le contrat de sous-traitance met en exergue des contrats successifs dans l'exécution des Marchés Publics : un contrat principal, de droit public⁴, le contrat de marchés publics et un ou plusieurs contrats secondaires, le (s) contrat(s) de sous-traitance, relevant cette fois du droit privé. De façon simpliste, la sous-traitance consiste pour une entreprise « à confier à une autre entreprise des travaux ou services qu'elle s'est engagée à faire vis-à-vis d'un client »⁵. Au plan organique, on a ici une relation tripartite : la Maîtrise d'ouvrage - l'entrepreneur, cocontractant de l'administration⁶- le sous-traitant qui est généralement, une personne physique ou morale de droit privé.

De ce fait, le contrat de sous-traitance dans les Marchés Publics qui permet à un adjudicataire de faire exécuter partiellement ses obligations, dûment contractées avec l'Administration, par une autre personne, apparaît comme une dérogation exceptionnelle à la règle de l'exécution personnelle. Pourtant, dans la passation des Marchés Publics, tout porte à croire que « *le choix du cocontractant de l'administration, fondée sur la présomption qu'il est la meilleure garantie d'une réalisation sans heurts de la prestation, se complète par l'obligation d'exécution personnelle* »⁷. Cette obligation est un principe dans les contrats dont l'Administration est partie⁸. L'exemple peut être tiré de l'article 23 (1) du Code du

³ Décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant Code des Marchés Publics, in *Recueil des Textes sur les sanctions dans le domaine des Marchés Publics*, ARMP, mai 2011, p. 11 et s.

⁴ Le contrat de Marchés Publics est par excellence un contrat administratif et relève donc de la compétence du juge administratif. L'article 5 (1) a Le décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant Code des Marchés Publics définit ledit marché comme un « *contrat écrit, passé conformément aux dispositions du présent Code, par lequel un entrepreneur, un fournisseur, ou un prestataire de service s'engage envers l'Etat, une collectivité territoriale décentralisée, un établissement public ou une entreprise du secteur public ou parapublic, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix* ». Aux termes de l'article 2(3) de la loi n°2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs : « *Le contentieux administratif comprend : ...C) les litiges concernant les contrats (à l'exception de ceux conclus même implicitement sous l'empire du droit privé) ...* ». Pour les principes de droit administratifs applicables aux contrats de marchés publics dans le droit de l'Union Européenne voir SĂRARU Cătălin-Silviu, *The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions*, „Acta Universitatis Danubius. Juridica” no. 3/2010, pp. 143-161.

⁵ Auby J-B., Perinet-Marquet H., Noguellou R., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2012, p. 601.

⁶ Aux termes des dispositions de 5(1) k, le cocontractant de l'administration est « *toute personne physique ou morale partie au contrat, en charge de l'exécution des prestations prévues dans le marché, ainsi que son ou ses représentants(s), personnel(s), successeur(s) et/ou mandataire(s) dûment désigné(s)* ».

⁷ Bidja Nkotto T., *Les contrats de l'Administration au Cameroun*, Thèse, Université Paris-Panthéon-Sorbonne, 19 Janvier 2000, p.308.

⁸ Les contrats de partenariats apparaissent aussi comme une dérogation au principe de l'exécution personnelle. Aux termes de l'article 5 de la loi n°2006/012 du 09 décembre 2006 fixant le Régime

travail largement repris dans les contrats passés entre l'Administration et les agents publics recrutés sous ce régime : « *Le contrat de Travail est une convention par laquelle un travailleur s'engage à mettre son activité professionnelle sous l'autorité et la direction d'un employeur, en contrepartie d'un salaire* »⁹.

Cependant, le contrat de sous-traitance mérite d'être distingué des techniques voisines telles que les contrats de fourniture de matériaux ou encore, de prestations de service ou de fourniture de main d'œuvre.

Pour ce qui est des contrats de fourniture de matériaux, la jurisprudence considère comme sous-traitance, « *les actes de production ou de service se rattachant à l'exécution de l'ouvrage* »¹⁰. Ces actes sont par exemple, la fourniture d'un produit individualisé, façonné à la demande et non substituable¹¹, la fabrication en vertu des spécifications particulières d'une armature métallique¹², d'éléments de cuisine¹³, de menuiserie¹⁴ etc.

En ce qui concerne les contrats de prestations de services ou de fourniture, la sous-traitance est assujettie à deux conditions : l'autonomie du personnel du prestataire et la participation directe dudit prestataire à l'acte de construire. Pour la jurisprudence, l'autonomie du personnel du prestataire suppose que les personnels employés sur le chantier pour son compte conservent une certaine autonomie¹⁵. Le sous-traitant étant en effet libre de s'organiser comme il le souhaite pour atteindre le résultat qu'il s'est engagé par son contrat¹⁶.

Relativement à l'exigence de participation directe du prestataire de service à l'acte de construire, la Cour de Cassation française a depuis considéré que : « *n'est pas un sous-traitant l'entrepreneur qui ne participe pas directement par rapport à la conception, d'industrie ou de matière à l'acte de construire, objet du contrat principal mais se limite à mettre à la disposition d'un locateur d'ouvrage l'outil, le cas échéant spécialement adapté dont il a besoin pour mener à bien sa tâche* »¹⁷.

Générale des Contrats de Partenariat : « *Le contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : [...] à l'obligation faite au titulaire du contrat de partenariat, lorsqu'il fait appel à des sous-traitants pour la construction des ouvrages et des équipements, de constituer une caution leur garantissant le paiement de leurs prestations au fur et à mesure de la réalisation des travaux* ».

⁹ Code du Travail (loi N°92-007 du 14 août 1992, Yaoundé, Imprimerie Nationale.

¹⁰ Cass.3^eciv., 18 janvier 1983, Gaz.Pal.,1983.I.pan.136, RD imm.1983,344, obs. Malinvaud et Boubli, RTD. 1983,552, obs. REMY.

¹¹ La Cour de Cassation française a estimé par exemple que, « *la multiplicité des données à prendre en compte pour établir des notes de calcul et les plans de fabrication constituaient un travail spécifique nécessitant une adaptation constante aux exigences des plans de fabrication conçus pour la seule exécution des éléments destinés au chantier* » : Cass. 3^eciv., 18 nov.2009,n°08-18740, Bull.III.n°252,D.2010, p. 741, note Labarthe, RD imm.2010,543,obs.Périnet-Marquet.

¹² CA Paris, 10 janv.1986, RD imm.1986, p.363, obs. Malinvaud et Boubli.

¹³ CA Paris, 25 mai 1990, D.1990, IR, 163.

¹⁴ CA Basse-Terre, 18 juin 1997, Gaz.Pal. 6-7 mai 1998, p. 10.

¹⁵ CA Paris, 21 mai 1999, 651, obs. Boubli.

¹⁶ Auby J-B., Périnet-Marquet H., Noguellou R., *Op. cit.*, p. 604.

¹⁷ Cass.3^e civ., 23 janv.2002, Bull. III, n°10.p. 8.

Il convient de relever que, le contrat de sous-traitance est une constance dans le droit des Marchés Publics au Cameroun. En effet, cette notion transcende les différents textes ayant jalonné l'histoire des marchés publics dans ce pays. Pour s'en convaincre, on peut remonter à la période des indépendances, et aux premières réglementations en la matière, précisément, l'arrêté N° 3430 du 13 décembre 1959 portant Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux Marchés de Travaux Publics¹⁸. Loin de donner une définition du contrat de sous-traitance, ledit décret en ses articles 16 pour les marchés de travaux et 54 pour les « *Marchés de Durée* », organise cette activité. De l'analyse combinée desdites dispositions, l'on peut retenir une défense de sous-traiter sans autorisation du Chef de service ou de l'Administration¹⁹, et une responsabilité directe du donneur d'ordre même sur les prestations visées par l'opération de sous-traitance. Ce double constat se rencontre dans les textes subséquents et notamment les Décrets N° 86/903 du 18 juillet 1986 et 95/101 du 9 juin 1995 portant réglementation des Marchés Publics, tout comme celui N° 2004/275 du 24 septembre 2004 précité portant Code des Marchés Publics en vigueur au Cameroun. Par contre, pour ces derniers textes, l'autorisation de sous-traiter les prestations provient non plus du Chef de service du marché, mais cette fois du Maître d'Ouvrage.

A côté du contrat de sous-traitance, il y a donc la maîtrise d'ouvrage, incarnée par le Maître d'ouvrage. Le Code des marchés n'en donne pas une définition précise mais se borne à énumérer les différentes autorités qui peuvent en avoir qualité. On peut y lire que, le maître d'ouvrage peut être « *le chef de département ministériel ou assimilé, chef de l'exécutif d'une collectivité territoriale décentralisée, directeur général et directeur d'un établissement public et d'une entreprise du secteur public ou parapublic, représentant l'administration bénéficiaire des prestations prévues dans le marché* »²⁰. Au sens du présent Code, le Maître d'ouvrage est donc uniquement, la personne physique pour le compte de qui les travaux ou ouvrages sont exécutés.

En fait, c'est à partir du contrat de louage d'ouvrage²¹ que naquit la notion de Maître d'ouvrage. Souvent confondue au propriétaire, c'est vers le milieu du

¹⁸ ARMP, *Recueil des textes sur les Marchés Publics*, éd., décembre 2002, p. 9.

¹⁹ L'Arrêté précité, précise qu'en ce qui concerne, les marchés des travaux, l'autorisation de sous-traitance doit être délivrée par le Chef de service du marché. Pour les « *Marchés de Durée* », l'autorisation de sous-traitance est du ressort de « *l'Administration* ». Il semble bien ici que cette autorisation émane en réalité de la personne physique statutairement habilitée à représenter la collectivité publique, bénéficiaire des prestations.

²⁰ Article 5 (1) f du Code des Marchés Publics.

²¹ Article 1779 du Code civil : « *Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie :*
 1. *Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ;*
 2. *Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se charge du transport des personnes ou des marchandises ;*
 3. *Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés ».*

Le contrat de louage d'ouvrage donc est celui par lequel une personne, dénommé entrepreneur ou locateur, s'engage envers une autre, dénommée maître d'ouvrage, à exécuter contre rémunération une prestation.

XXe siècle que cette notion va être précisée tant par le législateur français²², que par la doctrine civiliste. Ainsi, la loi française N° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée définit le Maître d'ouvrage comme : « *la personne physique ou morale qui passe en son nom les marchés ayant pour objet l'étude et l'exécution des travaux, et qui en assure le financement ; il décide du processus selon lequel les ouvrages seront réalisés* »²³. Au regard de la pratique des Marchés Publics au Cameroun, cette définition du droit français peut être valablement reprise par le législateur camerounais. Ce dernier veillera à préciser que les marchés publics au Cameroun peuvent distinguer ou alors combiner la conception et la réalisation des travaux ou des ouvrages.

Au-delà de cette définition, il y a lieu de retenir que, pour avoir la qualité de Maître d'Ouvrage, la personne physique doit cumulativement « *exercer les attributions d'un maître de l'ouvrage en ce sens qu'elle doit assurer la direction technique des actions de construction [...] et devenir propriétaire de l'ouvrage à la date de son achèvement, c'est-à-dire immédiatement...* »²⁴. Le Maître d'ouvrage est donc la personne physique représentant de la personne publique bénéficiaire des prestations, qui fixe les critères de sélection de l'entrepreneur à même de satisfaire la commande publique, définit le cahier de charge du marché, assure le financement dudit marché et surtout passe le contrat avec l'entrepreneur rigoureusement choisit selon les critères prédéfinis²⁵.

C'est donc revêtu d'importants pouvoirs de contrôle et de direction que le Maître d'ouvrage contracte avec une autre personne morale de droit privé ou de droit public dans la recherche de sa satisfaction. Pourtant, le cocontractant de la personne publique choisit *intuitu personae* et conformément aux critères techniques et financiers pertinents a la faculté de faire exécuter tout ou partie des prestations valablement contractées par une tierce personne : le sous-traitant. Il y a lieu de s'interroger sur la portée des pouvoirs du Maître d'ouvrage face au contrat de sous-traitance au regard du droit camerounais. A l'épreuve dudit contrat effectivement, n'assiste-t-on pas à une fragilisation des attributs de puissance publique dévolus au Maître d'ouvrage ?

Ces différentes interrogations ne manquent pas de pertinence dès lors qu'il est aisé de constater que le Code des Marchés Publics applicable au Cameroun n'a pas clarifié la relation entre le Maître d'ouvrage et le sous-traitant. Face à

²² V. Loi 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction (JO 4 janv.1967).

²³ V. *JO français* 13 juillet 1985.

²⁴ Danemans F., « Libres propos sur le Maître de l'ouvrage d'une opération de construction », *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, éd., LITEC, 2007, pp.155-177, spéc. p. 166.

²⁵ Article 33 (1) a du Code des marchés : « *l'attribution des marchés de travaux et de fourniture se fait au soumissionnaire présentant l'offre évaluée la moins-disante et remplissant les capacités techniques et financières requises résultant des critères essentiels ou de ceux éliminatoires.*
b) *l'attribution des marchés de prestations intellectuelles se fait au soumissionnaire présentant l'offre évaluée la mieux disante, par combinaison des critères techniques et financiers* ».

l'intensification de la sous-traitance dans les marchés au regard d'une part, des contraintes techniques qui font jour dans lesdits marchés, et d'autre part, de la politique gouvernementale de promotion des PME et PMI locales par leur implication dans les grands projets à travers la sous-traitance, cette notion mérite d'être affinée par le droit camerounais des marchés publics. Au demeurant, il s'impose de souligner l'affermissement des pouvoirs du Maître d'ouvrage dans la naissance du contrat de sous-traitance (I) et leur assouplissement aussitôt que ledit contrat entre dans sa phase exécutoire (II).

II. La naissance du contrat de sous-traitance : un affermissement des pouvoirs du maître d'ouvrage dans les marchés publics

Tout au long de la « *valse réglementaire* »²⁶ en matière des marchés publics²⁷, la règle demeure : toute sous-traitance dans les marchés publics, est soumise à l'autorisation préalable du Maître d'ouvrage. Cette règle se présente donc comme une consolidation des pouvoirs de contrôle et de direction dont dispose ce dernier dans ces marchés²⁸. Dans l'existence du contrat de sous-traitance, la volonté du maître d'ouvrage bénéficiaire des prestations de l'ensemble du marché est donc absolue. En effet, toute sous-traitance est subordonnée à une autorisation écrite du Maître d'ouvrage (A) qui a par ailleurs, le plein droit de résilier unilatéralement le contrat principal en cas de sous-traitance occulte (B).

A. L'autorisation écrite de sous-traitance

Aux termes de l'article 64 (1) du Code des Marchés applicable au Cameroun :

« *Tout recours à des sous-traitants [...] est subordonné à l'autorisation préalable du Maître d'ouvrage* ».

Cette disposition s'annonce sans équivoque, l'autorisation du Maître d'ouvrage est la condition *sine qua nun* de l'existence d'un quelconque contrat y afférent dans les marchés Publics. La toute-puissance du maître d'ouvrage est donc affirmée relativement à la maîtrise et le contrôle de l'exécution des marchés publics des travaux. Ce pouvoir quasi-incontestable du maître d'ouvrage est clarifié par le

²⁶ Bidja Nkotto T., *Les contrats de l'Administration au Cameroun*, op.cit.p.26.

²⁷ Depuis les indépendances, sept (07) sept réformes ont été apportées aux marchés publics à travers les textes ci-après :

- Décret n°59/144 du 14 août 1959 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat et des établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages du commerce ;
- Décret n°70/DF-530 du 23 octobre 1970 portant réglementation des marchés publics ;
- Décret n°75/513 du 5 juillet 1975 portant réglementation des marchés publics ;
- Décret n°79/035 du 02 février 1979 portant réglementation des marchés publics ;
- Décret n°86/903 du 18 juillet 1986 portant réglementation des marchés publics ;
- Décret n°95/101 du 09 juin 1995 portant réglementation des marchés publics ;
- Décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant Code des Marchés Publics.

²⁸ CE 31 mai 1907, *Deplanque*, *Leb.* P.513.

Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux marchés publics des travaux (CCAG) : « ...le Maître d'Ouvrage se réserve le droit de refuser la sous-traitance d'une partie du marché par une personne ou administration spécifique qui ne satisfait pas les conditions administratives ou techniques stipulées dans le marché »²⁹.

Les pouvoirs du Maître d'ouvrage se trouvent donc affermis malgré l'intervention d'une autre personne physique ou morale autre que le cocontractant de la personne publique dans l'exécution du marché public. Toutefois, la réglementation sur les Marchés Publics au Cameroun semble hésitante sur la forme et le contenu de l'autorisation de sous-traitance.

1. La forme de l'autorisation

Le CCAG précité n'apporte pas des clarifications sur la forme de l'autorisation. Tout juste se borne-t-il à dire que : « L'entrepreneur ne pourra sous-traiter l'exécution de certaines parties du marché sans l'autorisation préalable et écrite du Maître d'Ouvrage »³⁰. En droit camerounais, l'autorisation de sous-traitance est donc par principe expresse et non tacite, mais, la forme dudit écrit n'est pas clarifiée³¹.

Dans la pratique, lorsque cette opération est prévue dans le contrat, la notification dudit contrat vaut acceptation de la sous-traitance. En effet, certains contrats des marchés publics de travaux admettent la sous-traitance dès le lancement de l'appel d'offres. Le cocontractant de la personne publique sera donc contraint de sous-traiter certaines prestations. Il aura l'obligation dans son offre technique, de joindre un projet de contrat de sous-traitance élaboré avec une personne physique ou morale déterminée. L'exemple peut être tiré du marché 094/M/MINTP/CPM-TN/2011 pour le contrôle des travaux de réhabilitation des routes rurales et pistes de désenclavement du Cameroun. L'article 14 dudit marché dispose que : « Le BET sous-traitera le contrôle géotechnique à un laboratoire géotechnique agréé en catégorie C au moins par le MINTP (Ministère des Travaux Publics) et les prestations de sensibilisation et de renforcement des capacités des populations à une organisation, Non Gouvernementale (ONG) ou Association issue d'une pré-qualification »³².

²⁹ Article 54 (1) du Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux Marchés Publics des Travaux.

³⁰ Article 54 (2) du Cahier des Clauses Administratives Générales précité.

³¹ Il est important de préciser que ce n'est pas une exclusivité camerounaise, en effet la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance en France n'apporte pas de clarification non plus. L'article 3 de ladite loi dispose que : « 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 ... ».

³² Ledit marché a été passé suivant Appel d'offres National Restreint N°037/AONONR/MINTP/CPM-TN/2010 du 14 avril 2010 pour le contrôle des travaux de réhabilitation des routes rurales et pistes de désenclavement du Cameroun, la sensibilisation et le renforcement des capacités des populations à la Nouvelle Stratégie d'Entretien et de Réhabilitation des Routes

Toutefois, il y a lieu d'admettre qu'au sens du droit commun des marchés publics, l'autorisation de sous-traitance doit se manifester par un ordre de service³³ signé par le Maître d'ouvrage et dûment notifié au cocontractant de la personne publique³⁴. En effet aux termes de l'article 8 du CCAG : « *Toute notification à l'entrepreneur se fera par ordre de service signé par le Chef de service du marché. Toutefois, les ordres de service ayant une incidence sur le l'objectif, le coût et le délai des travaux ne peuvent être signés que par le maître d'ouvrage ou après son accord écrit.* »

Dans la majorité des grands projets au Cameroun, les autorisations de sous-traitance se matérialisent désormais, par des ordres de service. A titre d'exemple dans le projet de construction de la route EBOLOWA-AKOMII-KRIBI-MENGONG-SANGMELIMA³⁵, l'ordre de service n°1696/OS/MINTP/SG/DIPER/DIPER30/DIPER31 a été notifié à l'entreprise GALDIANO S.A. lui prescrivant de passer avec les entreprises DIMENSION INTERNATIONAL et ETS ESSOMBA, des contrats de sous-traitance pour certains travaux d'expropriation sur le tronçon susmentionné. Dans cet ordre de service, on peut y lire qu'après signature par le Maître d'Ouvrage, notification sera faite par le Chef de service du marché³⁶.

L'acceptation de la sous-traitance dans les marchés publics, sera donc obligatoirement écrite. Cet écrit se présentera généralement sous la forme d'un ordre de service autorisant la sous-traitance avec des entreprises désignées. L'ordre de service traduit le caractère exorbitant des pouvoirs du Maître d'Ouvrage mais, son contenu reste à déterminer.

2. Le contenu de l'autorisation

La sous-traitance suppose que le sous-traité ait pour objet l'exécution de certaines des prestations qui se trouvent incluses dans le marché, c'est-à-dire, que lui-même soit un contrat d'entreprise. Mais, la question se pose de savoir si l'acte fondateur du contrat de sous-traitance définit véritablement le cadre d'exécution de

Rurales (NSERR). Programme PN2R 2009-Réseau Nord-Lot 1-RN. V. Centre de la Documentation et des Archives du MINTP.

³³ L'ordre de service est une manifestation des prérogatives de puissance publique dont est revêtue le Maître d'Ouvrage. Moyen par excellence d'expression de ce dernier, Il se définit comme un commandement, une prescription donnée par le Maître d'Ouvrage au cocontractant de la personne publique.

³⁴ Aux termes de l'article 8.4 du Cahier des Clauses Administratives Générales sus-cité : « *Les ordres de service relatifs à des travaux sous-traités sont adressés à l'entrepreneur principal qui a seule qualité pour présenter ses réserves* ».

³⁵ Marché N°248/M/MINTP/CPM-TN/2011 passé de gré à gré suivant autorisation N°B68/C/SG/PM du 31 janvier 2011 pour l'exécution des travaux de construction de certaines routes du réseau national : RN17.v. Centre de la Documentation et des Archives du MINTP. V. Centre de la Documentation et des Archives du MINTP.

³⁶ Aux termes de l'article 5(1) du Code des Marchés Publics, le Chef de service du marché est une « *personne physique accréditée par le Maître d'Ouvrage ou le Maître d'ouvrage Déléguée pour une assistance générale à caractère administratif, financier et technique aux stades de la définition, de l'élaboration, de l'exécution et de la réception des prestations objet du marché* ».

ce contrat, de manière à éviter que le sous-traitant se substitue subrepticement au donneur d'ordre dans l'exécution des travaux.

Il est évident que lorsque la sous-traitance est prévue dans le dossier d'appel d'offre, le problème ne se pose pas puisque le projet de contrat de sous-traitance, partie intégrante de l'offre, est étudié en même temps que cette dernière par les commissions de passation de marché compétente. Par contre, lorsque l'entrepreneur se propose de confier certaines prestations à des tiers, au cours de l'exécution du contrat, on peut penser que l'autorisation délivrée au donneur d'ordre, définit le cadre d'exécution du contrat des travaux sous-traité, conformément aux exigences de la réglementation en vigueur.

En réalité, cette question est traitée de manière parcellaire par le droit camerounais des marchés publics. Le CCAG annonce simplement que « *la part des travaux à sous-traiter est plafonnée à trente pour cent (30%) du montant du marché de base et de ses avenants le cas échéant* », le sous-traitant bénéficiant par ailleurs, des mêmes conditions fiscales et douanières que l'entrepreneur³⁷. L'ordre de service délivré par le Maître d'ouvrage s'assure-t-il que toutes ces conditions sont respectées ?

Dans les faits, ledit ordre de service se limite à définir les conditions générales de l'exécution du contrat de sous-traitance, laissant le soin aux organes de contrôle de s'assurer que les prescriptions réglementaires sus-évoquées sont respectées. L'ordre de service contiendra obligatoirement le sous-traitant accepté par le Maître d'ouvrage et éventuellement, le délai d'exécution des travaux³⁸. Toutefois, la demande d'autorisation de sous-traitance doit nécessairement être accompagnée du projet de contrat de sous-traitance déterminé par les parties. En réalité, le contrat est conclu, mais son caractère exécutoire dépend de la réalisation d'une condition : l'autorisation de sous-traitance délivrée par le Maître d'Ouvrage³⁹.

Le Maître d'ouvrage est donc libre de refuser toute autorisation de sous-traitance et n'est manifestement pas obligé de motiver ce refus. Cette acceptation relève entièrement de l'appréciation souveraine de ce dernier. Bien plus, il est aisé d'en déduire que le silence du Maître d'ouvrage vaut refus, dès lors que toute autorisation de sous-traiter doit être écrite. Pour la doctrine et bien qu'il n'y ait guère de jurisprudence en cette matière, « *le Maître d'Ouvrage dispose du pouvoir discrétionnaire d'apprécier, sous le contrôle du juge, l'opportunité de refuser une*

³⁷ Article 54 al. 3 et 4 du CCAG.

³⁸ L'ordre de service n°1696/OS/MINTP/SG/DIPER/DIPER30/DIPER31 précité, prescrit au Directeur Général de l'entreprise CONSTRUCCIONES GALDIANO S.A. de passer un marché aux sous-traitants retenus et précise que : « 2. *Le délai d'exécution des travaux qui est de six (06) mois, court à compter de la date de notification des marchés aux sous-traitants susvisés ;*
3. *Les quantités réellement exécutées seront supportées par le prix 2.8 du marché de l'entreprise ;*
4. *Le présent ordre de service qui sera régularisé par un avenant, lui sera notifié par le [...] Chef de service du marché ».*

³⁹ Cette condition est suspensive, car l'exécution du contrat « *est subordonné à un évènement futur et incertain* ». V. en ce sens, Terre (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *Les obligations*, 10^e éd., DALLOZ, 2009, p.1205.

sous-traitance. Le Maître d'Ouvrage peut motiver son refus soit par la personne même du sous-traitant, soit par les caractéristiques de la prestation, qui exige l'exécution par l'entrepreneur principal »⁴⁰. Quoiqu'il en soit, aux termes de l'article 54.1 du CCAG : « ...le Maître d'ouvrage se réserve le droit de refuser la sous-traitance d'une partie du marché par une personne ou Administration spécifique qui ne satisfait pas les conditions administratives et techniques stipulées dans le marché ».

Le Maître d'Ouvrage peut donc justifier son refus par tous moyens découlant de son pouvoir de direction et de contrôle du marché. Ces importants pouvoirs étant en réalité, « *de prescriptions adressées au cocontractant en lui imposant ou en lui interdisant telle ou telle modalité d'activité dans l'exécution du contrat* »⁴¹. La conséquence immédiate du refus de la sous-traitance par le Maître d'ouvrage, étant la renonciation du cocontractant de la personne publique au sous-traité sous peine de résiliation de son propre marché, et probablement, de nullité du sous-traité.

B. La résiliation unilatérale du contrat en cas de sous-traitance occulte

Contrairement aux contrats de droit privé dans lesquels la force obligatoire des conventions est un principe consacré⁴², dans les contrats publics, à l'instar des marchés publics, le Maître d'Ouvrage bénéficie de privilèges exorbitants entre autre, de sanctions à l'encontre du cocontractant, de modification voire de résiliation unilatérale du contrat.

Aux termes de l'article 100 du Code des Marchés Publics : « *Le marché est résilié de plein droit par le Maître d'Ouvrage ou le Maître d'ouvrage Délégué dans l'un des cas suivants :*

d) en cas de sous-traitance, de co-traitance ou de sous-commande, sans autorisation préalable du Maître d'Ouvrage ou du Maître d'Ouvrage Délégué ».

Le Maître d'Ouvrage est donc en droit de prononcer unilatéralement la résiliation du contrat en cas de sous-traitance occulte constatée dans le chantier. Le CCAG va plus loin, et considère cette sous-traitance comme une preuve de la faillite du titulaire du marché entraînant inéluctablement, la résiliation du contrat. La gravité de la sanction est établie et impose de lever toute équivoque à la fois sur sa mise en œuvre et sur la notion de sous-traitance occulte.

⁴⁰ Blais H., Rousselle P., « Sous-traitance (droit public) », in P. Malinvaud, (dir.), *Droit de la Construction*, Paris, DALLOZ, 2010-2011, N°520-380.

⁴¹ Guettier C., *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2004, N°537.

⁴² Article 1134 du Code civil : « *Les conventions légalement faites tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

Elles ne peuvent être révoqués que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

1. La notion de sous-traitance occulte

La sous-traitance occulte dans les marchés publics de travaux, est simplement toute sous-traitance effectuée sans autorisation du Maître d'ouvrage. Pour la réglementation camerounaise en la matière, dès lors qu'une entreprise quelconque se retrouve en relation contractuelle avec le cocontractant de la personne publique et participe directement aux travaux, sans autorisation du Maître d'ouvrage, le contrat encourt résiliation. Le Maître d'ouvrage a *le plein droit* de résilier unilatéralement le contrat principal.

Dans les marchés publics de travaux, la sous-traitance occulte ne peut être imaginée qu'avec la complicité de la chaîne de contrôle, et à différentes échelles : le Maître d'œuvre⁴³, l'ingénieur du marché⁴⁴ et dans une moindre mesure, le Chef de service du marché, tous, chargés du contrôle de l'exécution du marché à différentes échelles. Lesdits acteurs par tolérance, complicité ou négligence, se réservent régulièrement de contraindre l'entreprise à requérir l'autorisation du Maître d'Ouvrage encore moins, de signaler cette sous-traitance occulte à ce dernier. Par conséquent les décisions de résiliation sur ce motif, sont quasi-inexistantes et même les tribunaux se limitent généralement à vérifier simplement si les travaux ont été effectués dans les règles de l'art par le cocontractant de la personne publique⁴⁵.

Cependant, l'on sait que les pouvoirs de direction et de contrôle des travaux attribués au Maître d'ouvrage sont exercés majoritairement par ses représentants sur le terrain. Ces derniers sont chargés de diriger les travaux pour son compte car, « *à travers eux, c'est la personnalité du Maître d'ouvrage qui intervient et assure la direction des travaux* »⁴⁶. La question se pose de savoir si la responsabilité du Maître d'Ouvrage peut être engagée en cas résiliation du contrat pour sous-traitance occulte dès lors que ses représentants sur le terrain avaient parfaitement connaissance de l'existence d'une sous-traitance ?

A cette question, la jurisprudence répond par l'affirmative. Dans l'affaire Schmid-Valenciennes⁴⁷, portant sur un marché passé le 4 juin 1974 entre le département de la Charente-Maritime et la société TRUCHETET ET TANSIMI, le Conseil d'Etat en France a estimé qu'alors même que les services dudit

⁴³ Article 5 (1) j le Maître d'œuvre est la « *personne physique ou morale de droit public ou privé chargée par le Maître d'ouvrage ou le Maître d'Ouvrage Délégué d'assurer la défense de ses intérêts aux stades de la définition, de l'élaboration, de l'exécution et de la réception des prestations objet du marché.* »

⁴⁴ Article 5(1) h : « *Chef de service du marché : personne physique accréditée par le Maître d'Ouvrage ou le Maître d'Ouvrage Délégué pour une assistance générale à caractère administratif, financier et technique aux stades de la définition, de l'élaboration, de l'exécution et de la réception des prestations objet du marché.* »

⁴⁵ TCS, 26 février 2013, Affaire Ministère Public et Etat du Cameroun, Ebale Ebale Jean Bart c/ Mba Otye Etienne, Nguoungo Célestin, Liken Nyounai, Yagnye Mbock., inédit.

⁴⁶ LECLERCQ, C., « La responsabilité des pouvoirs publics de l'Etat d'accueil dans la réalisation de l'ouvrage clé en main (choix, exécution, réception) », *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, mars-juin 1988, p. 637.

⁴⁷ CE, 7 nov.1980, *Lebon*, 416.

département ont connu l'existence du sous-traité et ont entretenu des relations directes avec elles, « *en laissant en fait la société TRUCHETET ET TANSIMI confier à la société SCHMID-VALENCIENNES l'exécution d'une partie des travaux compris dans le marché, sans avoir procédé à l'acceptation comme sous-traitant de cette dernière société, le département de la Charente-Maritime a méconnu les dispositions (...) de l'article 2 du Code des marchés*⁴⁸ *et commis une faute qui engage sa responsabilité* ».

La responsabilité du Maître d'Ouvrage peut donc être retenue, en cas de résiliation du contrat principal pour défaut d'autorisation de sous-traiter, aussitôt que la preuve peut être apportée par le sous-traitant que les services du Maître d'Ouvrage voire ses représentants sur le terrain, ont eu connaissance pendant l'exécution des travaux de sa présence sur le chantier.

La jurisprudence atténue donc l'absolutisme de l'article 100 précité, du Code des Marchés Publics. En réalité, elle met en exergue l'hypothèse d'une acceptation tacite par le Maître d'ouvrage, du contrat de sous-traitance. Ce dernier est donc tenu de remplir toutes ses obligations envers le sous-traitant dès lors, qu'il était parfaitement au fait de son existence et n'a pas pris de mesures qui s'imposent visant à mettre en demeure l'entrepreneur et même à constater sa défaillance aussitôt que la sous-traitance occulte était établie. La sous-traitance irrégulière se constate donc pendant le déroulement des travaux. Le silence du Maître d'Ouvrage ou de ses représentants vaut acceptation tacite du contrat de sous-traitance et des effets qui s'en suivent. Il est important de préciser que la faute du Maître d'Ouvrage résulte « *de la combinaison d'un agissement fautif de l'administration en relation de causalité directe avec un préjudice établi et justifié* »⁴⁹. Le préjudice étant dans le cas d'espèce, celui du sous-traitant non réglé pour les travaux qu'il a effectués. En cas de refus expresse ou tacite de toute sous-traitance par le Maître d'ouvrage, la sanction sera inéluctablement la résiliation unilatérale du contrat.

2. La résiliation unilatérale du contrat par le Maître d'Ouvrage

Le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat demeure l'une des prérogatives exorbitantes des contrats administratifs les moins contestées. Son existence est justifiée « *par l'idée directrice que lorsque des circonstances nouvelles apparaissent dans l'organisation du service public, ou des changements surgissent dans les besoins du service public, l'administration doit si cela devient nécessaire, mettre fin aux contrats qu'elle a passés, devenus inutiles ou inadaptés, sous réserve de l'indemnisation du cocontractant* »⁵⁰. C'est donc un pouvoir général qui appartient à l'Administration dans le cadre des contrats

⁴⁸ Article 2 du Code des Marchés, dans sa rédaction alors en vigueur : « *Le titulaire d'un marché public peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marchés à condition que les sous-traitants soient acceptés par la collectivité publique contractante.* »

⁴⁹ Blais H., Rousselle P., « Sous-traitance (droit public) » ; *Op. cit.*, N°520-850.

⁵⁰ Guettier C., *Droit des contrats administratifs*, *Op. cit.*, p. 394.

publics. Ce principe est fortement repris par la jurisprudence autant française que camerounaise sur le contentieux des marchés publics.

En France, le pouvoir de résiliation unilatérale du Maître d'Ouvrage dans les contrats administratifs a été consacré depuis l'arrêt *Distillerie de Magnac-Laval*. Le Conseil d'Etat affirme en effet, qu'il appartient en tout état de cause à l'Etat, « *en vertu des règles applicables aux contrats administratifs, et sous réserve des droits à indemnité des intéressés, de mettre fin comme il l'a fait à ces marchés* »⁵¹. Au Cameroun, ce principe a été repris par l'arrêt AMSECOM/AMSECONCOM contre Etat du Cameroun. Dans sa réponse à la demande d'annulation de la décision de résiliation du marché formulée par l'entreprise suscitée, la Chambre administrative de la Cour Suprême précisa que : « *le pouvoir de résiliation unilatérale dont dispose l'administration, en matière de marchés publics, est généralement considéré comme une prérogative exorbitante* »⁵².

En matière de sous-traitance occulte, le Code des Marchés Publics se veut ferme lorsqu'il souligne que, le Maître d'Ouvrage a le « *plein droit* » de prononcer la résiliation du contrat aussitôt que la preuve est établie que ce type de sous-traitance fait jour sur le chantier. Le caractère excessif dudit Code traduit certainement le fait que, cette prérogative dévolue au Maître d'Ouvrage est incontestable. L'entrepreneur principal est immédiatement frappé et non le sous-traitant occulte inconnu par principe, du Maître d'ouvrage.

La CCAG en son article 76.1 apporte des clarifications relativement à la procédure de résiliation : « *Le Maître d'Ouvrage pourra, dans un délai fixé, et après avoir averti par écrit l'entrepreneur, prendre la décision de résilier le marché sans indemnité. Le délai ne saurait être inférieur à vingt et un (21) jours à compter de la notification de la mise en demeure* ».

Il convient de préciser qu'à l'instar du droit camerounais des marchés publics, diverses législations reconnaissent au Maître d'Ouvrage des prérogatives exorbitantes en cas de sous-traitance occulte. Des exemples peuvent être puisés autant dans le droit français que dans le droit tchadien.

En droit français, l'article 3.6.1.4 du CCAG Travaux prévoit expressément que « *le recours à la sous-traitance, sans acceptation préalable du sous-traitant et sans agrément préalable des conditions de paiement, expose l'entrepreneur à l'application des mesures prévues à l'article 46.3* », à savoir la résiliation du marché pour faute du titulaire⁵³.

Le Code des Marchés Publics de la République du Tchad va dans le même sens : « *L'autorité contractante peut résilier le marché en cas de défaillance grave ou répétée du Titulaire dans les conditions prévues au marchés et en particulier dans les cas suivants* :

⁵¹ AJDA, 1958, II, n°267, p.282.

⁵² Binyoum J., *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative camerounaise*, août 2008, p. 32.

⁵³ Voir en ce sens, *Instruction N°10-027-MO du 2 novembre 2010*, Texte publié au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique du mois de novembre 2010, *Marché Public-Sous-traitance*.

Sous-traitance sans autorisation »⁵⁴.

La toute-puissance du Maître d'ouvrage est affirmée. L'existence du contrat de sous-traitance est donc assujettie exclusivement à son pouvoir discrétionnaire. Il peut prononcer de plein droit, la résiliation du contrat principal lorsqu'il détient les preuves d'une sous-traitance sur le site des travaux, sans son autorisation. Mais en réalité, dès lors que cette autorisation est délivrée, ce dernier a-t-il encore la maîtrise de l'exécution du contrat de sous-traitance ?

III. L'exécution du contrat de sous-traitance : un infléchissement aux pouvoirs du Maître d'Ouvrage

Il est de principe que dans le cadre de l'exécution des marchés publics, l'Administration bénéficie des prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire des pouvoirs qui ne se rencontrent pas dans les relations civiles et commerciales des particuliers⁵⁵. Le contrat de sous-traitance conclue pourtant entre particuliers semble échapper aux dits pouvoirs pourtant, exorbitants de l'Administration. Ce constat se dégage du contrôle indirect exercé par l'Administration quant à l'exécution des travaux par le sous-traitant (A) et la neutralité remarquable du Maître d'ouvrage relativement au paiement de ce dernier (B).

A. Le contrôle indirect des travaux exécutés par le sous-traitant

Le contrat de sous-traitance est un contrat de droit privé, c'est-à-dire conclue sous l'égide du principe de l'autonomie de la volonté. Les parties sont donc libre de contracter, elles sont seules tenues réciproquement des différentes obligations contenues dans le contrat. Même le juge judiciaire « *ne peut porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* », dès lors que ces derniers sont exécutés de bonne foi⁵⁶. Manifestement cette liberté contractuelle laissée à l'entrepreneur et au sous-traitant semble avoir pris le pas sur la puissance publique incarnée par le Maître d'ouvrage. En effet, le sous-traitant est exonéré de toute responsabilité dans l'exécution des travaux et le Maître d'ouvrage, n'y exerçant son contrôle qu'à travers le cocontractant de la personne publique.

1. L'absence de responsabilité du sous-traitant vis-à-vis du maître d'ouvrage dans l'exécution des travaux

C'est un principe en matière de droit de la construction : la responsabilité de l'exécution des travaux incombe entièrement à l'entrepreneur. Il revient à ce dernier de se retourner contre le sous-traitant défaillant.

⁵⁴ Art. 109 al. 2 du Code des Marchés Publics de la République du Tchad.

⁵⁵ Bilong S., *Responsabilité de la puissance Publique et Compétence du Juge en Droit Camerounais*, Thèse, Université de Douala, 2000/2001, p. 127.

⁵⁶ Gajc, (dir.) Henri CAPITANT, DALLOZ, 2008, 12^e éd., 164 ; D. 2007, AJ.1955, note X. Delpech, *RTDciv.* 2007.773, obs.B. Fages.

Le Code Camerounais des marchés publics est assez précis à ce sujet : « *Nonobstant tout recours à une sous-traitance ou à une sous-commande, le co-contractant de l'administration demeure responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché* »⁵⁷. Ledit Code rappelle simplement le postulat selon lequel en matière de sous-traitance, le lien contractuel se situe uniquement entre l'entrepreneur et le sous-traitant et non entre le Maître d'ouvrage et ce dernier.

Cette position du Code camerounais des Marchés Publics n'est pas une originalité. En droit français, l'article premier de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance précitée, modifiée par la loi MURCEF n°2001-1168 du 11 décembre 2001 dispose que : « *Au sens de la présente loi, 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, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise...* ». Les procédures du Fonds européen de développement rappelées dans la quasi-totalité des marchés publics financés par ledit fonds, s'inscrivent dans la même logique. L'article 7.5 desdites procédures est assez évocateur : « *Le titulaire est responsable de ses actes, manquements et négligences de ses sous-traitants et de leurs mandataires ou employés, comme s'il s'agissait de ses propres actes, manquements ou négligences et de ceux de ses mandataires ou employés. L'approbation par le Maître d'ouvrage de la sous-traitance d'une partie du marché ou de l'exécution par un sous-traitant d'une partie des travaux ne libère le titulaire d'aucune de ses obligations contractuels* »⁵⁸.

Face au Maître d'Ouvrage, l'entrepreneur est donc seule responsable de l'ensemble des travaux exécutés, y compris ceux mis en œuvre par le sous-traitant et cela quel que soit la nature du contrat principal⁵⁹. La jurisprudence est demeurée constante en ce sens, depuis l'arrêt SOCIETE ENTREPRISE ROUL. Dans cette affaire opposant la société précitée à l'Etat français, le Conseil d'Etat a souligné que : « *Le titulaire du marché demeure responsable des travaux exécutés par le sous-traitant comme s'ils l'étaient par lui. Par suite, en l'absence de tout lien contractuel entre l'Etat et le sous-traitant et nonobstant la faculté ouverte aux sous-traitants de recevoir directement le règlement des fournitures et travaux exécutés par eux, le ministre ne pouvait demander qu'à la seule entreprise titulaire la réparation des malfaçons constatées* »⁶⁰.

L'entrepreneur est donc entièrement responsable des faits du sous-traitant pourtant dûment agréé par le Maître d'ouvrage. Même en cas de malfaçons ou de désordres constatés, cette responsabilité est individuelle et non solidaire⁶¹. La justification ici est qu'il n'y pas de lien contractuel entre ce dernier et le sous-traitant mais uniquement entre lui et le Maître d'ouvrage, ne doit-on pas y entrevoir

⁵⁷ Article 64 (2) du Code des Marchés Publics au Cameroun.

⁵⁸ PR FED 10 : 1T2008/020905 : C-273259, 2T 2009/021538 : C-273254 : TRX Figuil-Magada. V. Centre de Documentation et des Archives du MINTP.

⁵⁹ CE, 28 juillet 1951, Société LA CALLENDRITE, Lebon, p.465 ; <http://www.blogavocat.fr>.

⁶⁰ CE, 2 février 1979, SOCIETE ENTREPRISE ROUL, Lebon t.p.798 ; <http://www.blogavocat.fr>.

⁶¹ CE, 27 février 1989, n°80975, Sté SOPREMA ; <http://www.blogavocat.fr>.

une limitation aux pouvoirs exorbitants du Maître d'ouvrage dans l'exécution des marchés Publics ?

En réalité, il est difficile, d'y répondre par la négative. L'absolutisme du Maître d'Ouvrage qui se manifeste grandement dans la naissance du contrat de sous-traitance se trouve être limitée dans la mise en œuvre dudit contrat. Celui-ci ne peut donc de sa propre initiative, retirer l'autorisation de sous-traitance accordée à l'entrepreneur, car il ne détient pas de motifs légitimes pouvant lui permettre de constater la défaillance du sous-traitant. Il n'est pas concerné par l'exécution du sous-traité, son rôle se limitant simplement à se prononcer sur son existence. Il ne peut donc valablement opposer au sous-traitant que l'absence de l'acceptation ou d'agrément lorsque ce dernier exerce une action directe contre lui⁶².

Les prérogatives de puissance publique, largement partagées en droit public se heurtent ici à la liberté contractuelle, notion de base du droit des obligations. Le dirigisme de l'Etat se trouve pour le moins, essentiellement confiné au contrat principal. Certes dans le fond du contrat de sous-traitance comme dans sa forme, on y entrevoit la main des pouvoirs publics et on peut légitimement penser qu'il y a une décadence de la souveraineté des parties audit contrat, mais au moins, il y a lieu de reconnaître que cette volonté n'est que partiellement édulcorée dès lors, que l'entrepreneur choisit librement le sous-traitant, lesquels définissent conjointement le contenu du contrat.

2. La prépondérance de la souveraineté des parties dans l'exécution du contrat de sous-traitance

Il n'est pas aisé de relativiser l'interventionnisme de l'Etat dans le contrat de sous-traitance, notamment lors de la formation du contrat. A ce stade effectivement, le dirigisme étatique se fait ressentir dès lors que ce dernier doit autoriser son existence et veiller au respect du plafond des travaux pouvant faire l'objet de sous-traitance. Dans la phase d'exécution, en dehors d'un contrôle technique⁶³ indirect au travers du cocontractant de la personne publique, le contrat de sous-traitance apparaît comme le lieu par excellence de l'expression de la liberté contractuelle. Cela veut dire simplement que, rien n'oblige les parties à contracter, car par principe c'est le cocontractant de la personne publique qui choisit librement le sous-traitant, mais dès lors que le contrat est conclu et que l'acceptation du

⁶² GAJC, *Op. cit.*, n° 275, Soc. SAGI c. Soc. GROUVEL-ARQUEMBOURG et autres ; D.1981.309, note BENABENT, JCP 1981.II.19568, note FLECHEUX, RTD CIV. 1981.862., obs. Ph. REMY.

⁶³ Dans les marchés publics des travaux, le contrôle des travaux s'effectue par l'intermédiaire du Maître d'œuvre. Aux termes de l'article 5 (1) j du Code des Marchés Publics camerounais, le Maître d'œuvre est la « *personne physique ou morale de droit public ou privé chargée par le Maître d'Ouvrage ou le Maître d'Ouvrage Délégué d'assurer la défense de ses intérêts aux stades de la définition, de l'élaboration, de l'exécution et de la réception des prestations objet du marché* ». Par ailleurs, l'article 82 (2) dudit Code dispose que : « *Pour les marchés égaux ou supérieurs aux seuils ci-après, la maîtrise d'œuvre est exercée par une personne physique ou une personne morale de droit privé : a) Travaux : 100 000 000 FCFA...* ».

Maître d'Ouvrage est donnée, elles sont tenues de respecter leurs engagements car, « *ce qu'elles ont convenues s'impose à elles sans qu'il soit besoin du renfort d'aucune norme* »⁶⁴.

Le Maître d'ouvrage ne contrôle pas directement le sous-traitant, il n'est pas intéressé par le cahier de charge du sous-traitant. Il n'a pas compétence pour rentrer dans le contrat de sous-traitance et vérifier que les obligations réciproques des parties sont respectées. Le contrat reste entièrement l'affaire des parties, c'est la loi des parties et il doit être exécuté de bonne foi dans le sens du droit commun des obligations, afin que chaque partie en tire les bénéfices prévues dans le cadre de l'exécution du contrat principal : le contrat de marchés publics.

Le Professeur Philippe DELEBECQUE a écrit que, le contrat « *n'est pas et ne doit pas être une œuvre de charité. (Il) repose avant tout, comme l'a écrit et dit le Doyen Carbonnier, sur un "antagonisme d'intérêts" et doit permettre tout simplement de faire de bonnes affaires* »⁶⁵. Le contrat de sous-traitance en est une pertinente illustration, dès lors qu'il met en mouvement régulièrement, d'importants intérêts économiques. Les entreprises engagées dans le contrat de sous-traitance recherchent essentiellement une rentabilité économique. Toutefois, pour atteindre cet objectif, il est indéniable que les vertus du solidarisme contractuel ne peuvent être mises de côté par les cocontractants. Le solidarisme contractuel convient-il de le rappeler, symbolisé par la doctrine contemporaine sous le triptyque loyauté-solidarité-fraternité traduit l'idée selon laquelle, les vertus telles que « *l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance et d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel* »⁶⁶.

La loyauté, la solidarité et la fraternité sont d'autant plus importantes dans l'exécution du contrat de sous-traitance qu'il pèse de manière constante sur le cocontractant de la personne publique, le droit pour le Maître d'Ouvrage de prononcer unilatéralement, la résiliation du contrat aussitôt que sa défaillance est constatée. La résiliation du contrat principal entraîne inéluctablement la fin du contrat de sous-traitance car son objet disparaît avec le contrat principal. René DEMORGUE aimait à rappeler que : « *les contrats forment une sorte de microcosme ; c'est une petite société où chacun doit travailler pour un but commun qui est la somme (ou davantage) des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale.* »⁶⁷ Dans l'exécution du contrat de sous-traitance, il doit y avoir la transparence, la cohérence, l'entraide entre les parties, la coopération, la solidarité etc. Bref, le

⁶⁴ Terre (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *Les obligations, Op. cit.*, p. 32.

⁶⁵ *Rép. Défrénois*, 1996, p. 1374.

⁶⁶ Mazeaud D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », Dalloz, éd., *Juris-cl.*, 1999, p.603 et s.,spéc. P.608.

⁶⁷ Demorgue R., *Traité des obligations général*, t. IV, n°3, cité par Mazeaud D., *Op. cit.*, p. 617.

contrat doit être exécuté de bonne foi dans le sens de la sauvegarde des intérêts de chacune des parties.

Certes l'on sait que « dans un contrat synallagmatique l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, et réciproquement, en sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause »⁶⁸. Et, au soutien du cocontractant de la personne publique, on peut penser qu'il a la faculté de rompre unilatéralement le contrat aux « risques et périls »⁶⁹ du sous-traitant en cas de défaillance avérée de ce dernier, et de demander par la suite au Maître d'Ouvrage son remplacement à travers une nouvelle offre. Toutefois, cette autorisation dépend de la volonté souveraine de ce dernier. Lequel peut par ailleurs voir en la rupture unilatérale du contrat de sous-traitance, les prémisses de la défaillance de son cocontractant et refuser l'autorisation de sous-traitance. L'entrepreneur sera alors véritablement en difficulté.

Le caractère exorbitant des pouvoirs du Maître d'ouvrage trouve une limitation dans l'exécution du contrat de sous-traitance. Effectivement, ici, la prépondérance est accordée à la liberté contractuelle. Le Maître d'ouvrage n'exerce pas un contrôle direct sur le sous-traitant mais se limite à travers les mécanismes institutionnels existants, à un contrôle indirect des travaux effectués par ce dernier. Toutefois, ledit contrat doit être exécuté de bonne foi car en amont, il pèse sur l'ensemble des parties, le pouvoir incontestable de résiliation unilatérale du contrat par l'administration. Cette atténuation des pouvoirs du Maître d'Ouvrage dans la mise en œuvre du contrat de sous-traitance ne se fait pas sentir uniquement dans le contrôle des travaux, elle est tout à fait remarquable dans le paiement du sous-traitant.

B. La neutralité affirmée dans le paiement du sous-traitant

Il est de principe en droit commun des obligations que : « Les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent pas aux tiers... »⁷⁰. Est-ce ce principe qui relève pourtant du droit privé que la personne publique entend respecter dans les marchés publics ? La question revêt un intérêt certain tant il est facile au regard de la réglementation en vigueur sur les marchés publics au Cameroun, de mesurer la réticence du Maître d'Ouvrage à intervenir dans les opérations de paiement du sous-traitant. Immédiatement, une réforme s'impose de manière à mieux protéger les intérêts du sous-traitant à des fins de sauvegarde de la justice contractuelle.

⁶⁸ Gajc, *Op. cit.*, n°179 ; DP 91.1.329, note Planiol, s.94.1.391.

⁶⁹ En ce sens, v. Cass. civ, 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Tocqueville C. Clinique des Ormeaux* : « La gravité du comportement d'une partie au contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ». *GAJC, Op.cit.*, n°180 ; *Bull.civ.I*, n°300, D. 1999.197, note C. Jamin, *Somm.115*, obs. DELEBECQUE Ph., *JCP* 199.II.10133, note Rzepecki, *Defrenois* 1999.374, obs. MAZEAUD D., *RTD CIV.* 1999.374, obs. MESTRE J.

⁷⁰ Art.1165 du Code civil.

1. L'intervention limitative du Maître d'ouvrage dans le paiement direct du sous-traitant

Le Code des marchés publics camerounais ne revient pas sur les modalités de paiement du sous-traitant. Seul le CCAG relatif aux travaux uniquement, en parle en son article 54.3. Aux termes de cette disposition : « *Le CCAP pourra prévoir le paiement séparé et direct de chaque sous-traitant nommément désigné sous réserve que soient indiquées, de manière précise, la nature et la valeur des prestations à exécuter par l'entrepreneur et par chacun des sous-traitants nommément désignés.*

Les paiements ci-dessous évoqués sont soumis aux formalités de constitution de garanties arrêtées au CCAP ».

En droit camerounais, le paiement direct du sous-traitant par le Maître d'Ouvrage est soumis à diverses conditions : cette option doit exceptionnellement être prévue dans le Cahier des Clauses Administratives Particulières et bien plus, des garanties doivent être données au Maître d'Ouvrage quant à ces paiements. Concrètement, le contrat de marchés publics doit expressément prévoir, la possibilité pour l'administration de payer directement le sous-traitants, toutefois, au préalable, l'entrepreneur est tenu de produire des garanties y afférentes. Il est à noter que la nature desdites garanties n'est pas précisée, mais au regard de celles prévues par le Code des marchés publics, elles seront certainement des cautionnements personnelle ou solidaire, des hypothèques légales, la garantie d'un établissement bancaire ou agréé de premier rang⁷¹.

La réglementation camerounaise est donc restrictive quant au paiement direct du sous-traitant. En effet, pour que ce dernier en bénéficie, il devra être très avisé et dès la conclusion du contrat principal, appeler l'attention du cocontractant de la personne publique sur cette modalité et puis s'assurer de la mise en place des sûretés personnelles ou réelles⁷² relativement aux paiements exigés.

Fort de ce qui précède, il apparaît que, l'aménagement d'un régime de paiement direct du sous-traitant n'est possible que pendant la conclusion du contrat. Cette option n'est pas envisageable pendant l'exécution du contrat de marchés publics, à moins d'un avenant au contrat. La situation du sous-traitant s'annonce donc précaire et semble être abandonnée à l'entreprise principale qui peut décider ou non de payer le sous-traitant. Les décomptes des travaux sont

⁷¹ v. Art. 67 et s. du Code des Marchés Publics.

⁷² Il est important de préciser que par principe, les seules sûretés que peut fournir le sous-traitant sont celles prévues dans le droit OHADA. Ainsi, aux termes de l'article 4 de l'Acte uniforme OHADA portant sur les sûretés : « *Les sûretés personnelles, au sens du présent Acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie.*

Sauf disposition contraire du présent Acte Uniforme, les seules sûretés réelles valablement constituées sont celles qui sont régies par cet Acte. Elles consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation ...».

versés dans les comptes de l'entrepreneur qui sur la base du contrat de sous-traitance, reversera à son tour la part due au sous-traitant. Il se dégage donc une dépendance totale de ce dernier vis-à-vis du donneur d'ordre pouvant mettre en péril la commande publique dans son ensemble.

En effet, face à une entreprise qui ne respecte pas ses engagements, le risque est grand que les travaux soient totalement délaissés au profit du contentieux. Ledit contentieux échappant totalement au Maître d'Ouvrage. Il se pose alors un problème de justice contractuelle auquel seule une réforme pertinente pourrait répondre. Le sous-traitant pourra toujours faire valoir l'exception d'inexécution, mais, il n'en demeure pas moins que, engagé dans un contrat d'affaires, son objectif principal c'est le paiement à brève échéance, des prestations dûment exécutées. Or, dans le cas d'espèce, il ne peut compter que sur la bonne foi du donneur d'ordre, faute de quoi, il ne pourrait s'appuyer que sur le juge pour obtenir paiement.

Le philosophe KOSTAS E. BEYS soulignait que : « *la règle de droit est injuste quand elle satisfait unilatéralement les intérêts de l'une des parties impliquées, ignorant les besoins de l'autre* »⁷³. Le principe de neutralité de l'administration relativement aux opérations de paiement du sous-traitant apparaît injuste. Elle entraîne au final un déséquilibre contractuel car seuls les intérêts du cocontractant de la personne publique semblent préoccuper le législateur.

2. L'inévitable réforme des modalités de paiement du sous-traitant

Georges RIPERT a écrit que : « *si l'avenir meilleur n'est pas un idéal inaccessible, il faut travailler à le créer et puisqu'il s'agit de l'organisation des sociétés humaines, travailler c'est légiférer* »⁷⁴. Un avenir meilleur mérite de s'ouvrir pour le sous-traitant dans le sens d'une meilleure protection de ses intérêts. En ce sens, la réforme du Code des marchés publics et des textes qui en découlent est inévitable.

L'idée directrice de cette réforme est connue : il s'agit de la consécration du paiement direct du sous-traitant par le Maître d'Ouvrage, condition essentielle de promotion des PME et PMI locales. Effectivement, de manière générale, ce sont ces dernières qui se greffent aux grandes multinationales dans le cadre des grands contrats de travaux publics pour la réalisation des tâches relativement marginales, mais non moins importantes.

En vue de matérialiser cette réforme, le législateur pourrait s'inspirer, à la fois de la réglementation en vigueur dans d'autres ordres juridiques que de ceux, déjà applicables dans certains marchés publics exécutés au Cameroun.

Concernant les textes étrangers, l'article 6 de la loi N° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance en est un parfait exemple : « *Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréés par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui*

⁷³ Kostas e. Beys, *Le problème du droit et des valeurs morales*, L'Harmattan, 2004, p. 283.

⁷⁴ Ripert G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 55.

pour la part du marché dont il assure l'exécution [...] ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites ».

Au plan interne, le législateur pourrait puiser dans les procédures de l'Union européenne déjà applicables au Cameroun sur tous les marchés de travaux financés par le Fonds européen de développement. L'article 52 desdites procédures dispose en effet que : « *Lorsqu'il est saisi d'une réclamation de la part d'un sous-traitant dûment agréé [...] arguant que le titulaire n'a pas rempli ses engagements pécuniaires à son égard, le maître d'ouvrage met le titulaire en demeure soit de payer le sous-traitant, soit d'indiquer les raisons qui s'opposent au paiement. En l'absence de paiement ou d'explications dans le délai fixé par la mise en demeure, le maître d'œuvre peut, après s'être assuré de l'exécution des prestations de ce sous-traitant, établir le certificat de paiement correspondant, et le maître d'ouvrage règle la créance réclamée par le sous-traitant sur les sommes restant dues au titulaire. Celui-ci garde l'entière responsabilité des prestations payées directement ».*

De multiples voies s'offrent donc au maître d'ouvrage, dans l'optique de cette réforme indispensable sur les modalités de paiement du sous-traitant. Le droit des marchés publics doit connaître des mutations en ce sens et s'inscrire dans la dynamique car, « *dans un monde où tout change et si vite, la stabilité du droit paraît une chose incompréhensible »*⁷⁵.

IV. Conclusion

A l'épreuve du contrat de sous-traitance, le Maître d'ouvrage adopte une attitude ambivalente : ses pouvoirs sont consolidés dans la conclusion du contrat mais, se trouvent immédiatement infléchis aussitôt qu'il faille pour les cocontractants, passer à l'exécution du contrat.

En effet, au stade de la formation du contrat, l'autorisation du maître d'ouvrage est une obligation. En son absence, le contrat de marché public encourt résiliation. Par contre, les pouvoirs exorbitants de ce dernier semblent se heurter à la liberté contractuelle aussitôt qu'il s'agit de passer à sa mise en œuvre du contrat de sous-traitance. Ici, le législateur semble avoir abandonné la commande publique à la bonne foi des parties, voire au solidarisme contractuel c'est-à-dire, « *la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot, de l'aimer comme un frère »*⁷⁶.

Toutefois, en droit camerounais, cet infléchissement des pouvoirs du Maître d'ouvrage se réalise manifestement au détriment des intérêts du sous-traitant. Car, son sort dépend par principe, de la bonne foi du cocontractant de la personne publique, notamment en ce qui concerne le paiement automatisé de ses travaux, pourtant dûment exécutés. La problématique de la justice contractuelle

⁷⁵ Ripert G., *Les forces créatrices du droit*, *Op.cit.*, p. 59.

⁷⁶ Leveneur L., « Le solidarisme contractuel : un mythe », in Grynbaum L., Nicod M., *Le solidarisme contractuel*, ECONOMICA, 2004, p. 175.

voire de l'égalité contractuelle, fait donc jour et le législateur doit y apporter une réponse car, la force du droit réside de façon indéniable, dans le lien entre ce droit et les principes de justice⁷⁷. La réaction du législateur s'impose d'autant plus qu'au Cameroun, l'objectif des gouvernants est la construction d'un véritable tissu entrepreneurial pour des objectifs de croissance économique et dont la sous-traitance est l'un des principaux leviers. Le développement des PME et PMI locales, passent indéniablement par des garanties de paiement immédiat et direct des diverses prestations réalisées par ces derniers, dans différents aspects de l'activité économique.

Bibliographie

1. Auby J-B., Perinet-Marquet H., Noguellou R., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2012.
2. Bidja Nkotto T., *Les contrats de l'Administration au Cameroun*, Thèse, Université Paris-Panthéon-Sorbonne, 19 Janvier 2000.
3. Bilong S., *Responsabilité de la puissance Publique et Compétence du Juge en Droit Camerounais*, Thèse, Université de Douala, 2000/2001.
4. Bouretz P., « La force du droit », in Bouretz P. (dir.), *La force du droit*, Editions ESPRIT, 1991.
5. Danemans F., « Libres propos sur le Maître de l'ouvrage d'une opération de construction », *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, éd., LITEC, 2007.
6. Guettier C., *Droit des contrats administratifs*, PUF, 2004, N°537.
7. Kostas E. Beys, *Le problème du droit et des valeurs morales*, L'harmattan, 2004.
8. Leclercq, C., « La responsabilité des pouvoirs publics de l'Etat d'accueil dans la réalisation de l'ouvrage clé en main (choix, exécution, réception) », *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, mars-juin 1988.
9. Leveneur L., « Le solidarisme contractuel : un mythe », in Grynbaum L., Nicod M., *Le solidarisme contractuel*, ECONOMICA, 2004.
10. Malinvaud P., (dir.), *Droit de la Construction*, Paris, DALLOZ, 2010-2011, N° 520-380.
11. Mazeaud D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », DALLOZ, éd., Juris-cl., 1999.
12. Ripert G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.
13. Săraru Cătălin-Silviu, *The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions*, „Acta Universitatis Danubius. Juridica” no. 3/2010.
14. Terre F., Simler P., Lequette Y., *Les obligations*, 10^e éd., DALLOZ, 2009.

⁷⁷ Bouretz P., « La force du droit », in Bouretz P. (dir.), *La force du droit*, Editions ESPRIT, 1991, p. 28.