

Externalisation et co-traitance dans les projets informatiques

Maître François-Pierre Lani, Avocat au Barreau de Paris, Cabinet
Derriennic et Associés

7/04/2022

Sommaire

- I. Les notions de co-traitance et de sous-traitance en général et les enjeux juridiques attachés
- II. Les enjeux spécifiques de la co-traitance et de la sous-traitance dans les marchés publics informatiques
- III. Les enjeux liés à la réglementation des données à caractère personnelle dans les projets informatiques

I. Notions de co-traitance et sous-traitance

Enjeux juridiques et application
directe aux projets informatiques

I. Notions de co-traitance et sous-traitance

A. Co-traitance

1. Principe de l'obligation conjointe ou solidaire : fondement

- ❖ **Art. 1309 C. civ** : « L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs **se divise de plein droit entre eux**. La division a lieu également entre leurs successeurs, l'obligation fût-elle solidaire. Si elle n'est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales.

[...] chacun des débiteurs n'est **tenu que de sa part de la dette commune**.

Il n'en va autrement, dans les rapports entre les créanciers et les débiteurs, que si l'obligation est solidaire ou si la prestation due est indivisible. »

- ❖ **Art. 1310 C. civ** : « La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas. »

I. Notions de co-traitance et sous-traitance

A. Co-traitance

2. Aménagement par contrat

- ❖ Mettre en place un accord de Co-traitance, ayant pour objet de définir les conditions de coopération en vue:
 - D'élaborer et de soumettre une Offre en commun
 - De négocier le marché
 - D'exécuter le marché

- ❖ Définir un mandataire
 - Définir son rôle et son pouvoir (nouveaux risques => mandat apparent : art. 1156)
 - Encadrer sa responsabilité
 - Obligation de conseil vis-à-vis du Client commun
 - Obligation d'alerte
 - Obligation de collaboration

I. Notions de co-traitance et sous-traitance

A. Co-traitance

2. Aménagement par contrat

❖ Répartir les responsabilités

ARTICLE 9. LIABILITY

9.1 Liability towards the Client

Towards the Client, the conditions and cases of the parties' liability will be those arising from the Client's Agreement, being specified that between the parties, each of them is liable to the Client of its share of services in the Contract.

9.2 Liabilities between the parties

Each party shall remain solely and exclusively responsible for the proper and timely performance of its obligations under the present Contract.

Each party shall assign, in due time, the staff required to perform the tasks encompassed in its share's tasks. Each party shall be solely and exclusively responsible for the proper and timely execution of the tasks assigned to it and shall provide experienced, qualified experts.

In the event that any party fails to meet its contractual obligations, then such party shall not only implement without delay any appropriate measure to remedy such situation but it shall also bear all the consequences (such as, but not limited to, extra costs) which this situation may cause to the other party.

If the consortium is subject to a claim by the Client resulting from the services provided by any party, this party shall handle the claim through the Leader and shall support all the resulting costs.

Obligation
divise

Répartir la responsabilité en cas
de causes difficile à identifier



If a claim from the Client, or damages, cannot clearly be attributed to a single party, the costs shall be provisionally divided between the parties according to their shares until a final distribution has been fixed based on the contractual obligations of each party concerned. If the parties cannot agree on a final distribution within fifteen (15) days, this distribution will be settled by the Leader, provided that in any case where the Leader is a party involved in such distribution, the matter shall be settled by an exceptional steering committee.

Each of the parties warrants that it will indemnify and keep indemnified the other party against all legal liabilities arising out of or in connection with the performance, or otherwise, of its obligations under this Contract.

No party shall be liable for any indirect or consequential damages to the other parties.

Aggregate damages of any kind that a party could obtain from the other party on the basis of claims relating to the Contract or the services in case a party has suffered damages due to the other party and regardless of the liability towards the Client, shall not exceed the higher of the following two amounts: either one hundred thousand euros (€100,000) or twice the total amount of the fees (excluding expenses) for the services that have directly caused the damage.

Prévoir des
solutions de
contournement



I. Notions de co-traitance et sous-traitance

A. Co-traitance

2. Aménagement par contrat

- ❖ Prévoir la divisibilité des prestations
 - Principe d'interdépendance des contrats concomitants ou successifs concourant à la même opération... (**Ch. Mixte 17 mai 2013, n°11-22927, Com. 17 juillet 2017, n°15-27703, v. aussi Com. 16 juin 2021, n°18-26.001**)
- ❖ Eléments de stratégie juridique

Cour d'appel de Grenoble, 22 mai 2014, R.G. n° 14/00704 : Autonomie du contrat de licence et du contrat d'intégration proposés par deux opérateurs différents, quoique dans le cadre de la même offre. Les clauses attributives de compétence stipulées clairement visant des juridictions différentes sont donc valides et l'exception d'incompétence accueillie.

I. Notions de co-traitance et sous-traitance

B. Sous-traitance

1. Cadre légal – Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975

- ❖ Caractérisation d'une opération de sous-traitance – **Art. 1** : de jurisprudence constante, il faut un contrat à « objet spécifique »
- ❖ Dispositif d'ordre public – **Art.15** (pas d'aménagement possible de la garantie ou de choix du régime de paiement direct/action directe)
- ❖ Conclusion du marché
 - **Obligation d'agrément – Art. 3**
 - Conséquences du non agrément : prive le sous-traitant du dispositif légal => faute contractuelle de l'entrepreneur principal
 - Responsabilité du Maître de l'ouvrage en marché de l'informatique ? **Art. 14-1** : ne vise que les « chantier »
 - Obligation de garantie – **Art. 14**

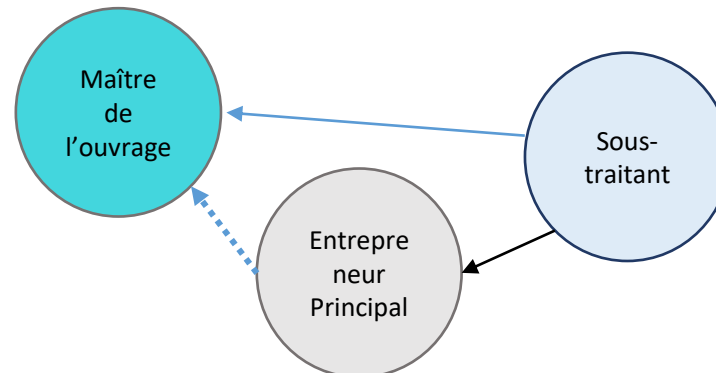
I. Notions de co-traitance et sous-traitance

B. Sous-traitance

1. Cadre légal – Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975

❖ Conclusion du marché

- Obligation d'agrément – **Art. 3**
- **Obligation de garantie – Art. 14**
 - « *A peine de nullité du sous-traité* » => l'entrepreneur doit conclure une **caution personnelle et solidaire** pour garantir les sommes dues au sous-traitant
 - **Art. 6, al. 4** – obligation de garantie similaire pour le sous-traitant envers son propre sous-traitant
- Exception : **délégation** obtenue par l'entrepreneur principal auprès du maître de l'ouvrage (art. 1338 C. civ)



I. Notions de co-traitance et sous-traitance

B. Sous-traitance

1. Cadre légal – Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975

❖ Conclusion du marché

- Obligation d'agrément – **Art. 3**
- **Obligation de garantie – Art. 14** Détournement de l'esprit de la loi par les ST (objectif initial de protection)
 - Nullité relative du « *sous-traité* » = l'ensemble des contrats = **option d'action possible**
- Action contre l'entrepreneur principal
 - Premier temps jurisprudentiel : la nullité du contrat permet le remboursement par l'entrepreneur de l'intégralité frais exposés
 - Coup d'arrêt : **Civ. 3^{ème} 30 novembre 2011 n°10-27.021** : remboursement au juste coût des travaux réalisés
- Action contre le maître de l'ouvrage
 - Sanction : le maître de l'ouvrage est tenu d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution au sous-traitant, dès lors que le sous-traitant a été agréé (**Civ. 3^{ème} 18 février 2015 n°14-10.604**).

I. Notions de co-traitance et sous-traitance

B. Sous-traitance

1. Cadre légal – Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975

❖ Exécution du marché

- Responsabilité
 - Principe - **Art. 1** : « *sous sa responsabilité* » => transposition de l'effet relatif des contrats...
 - Client => entrepreneur
 - Entrepreneur => sous-traitant
 - Exception : responsabilité du sous-traitant pouvant être engagée directement par le Maître de l'Ouvrage
 - Chaîne non-translative de propriété : **action délictuelle (Ass. Pl. 12 juillet 1991 n°90-13.602 « Besse »)**

I. Notions de co-traitance et sous-traitance

B. Sous-traitance

1. Cadre légal – Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975

❖ Exécution du marché

- Action directe - **Art. 12 & 13** : le ST dispose d'une action directe en paiement envers le Maître de l'ouvrage dans la limite des sommes dues par lui à l'entrepreneur principal
 - **Conditions**
 - MED de l'entrepreneur principal
 - Pas de paiement intervenu dans le mois suivant la MED
- Paiement direct (cf. *partie 2 marchés publics*)

I. Notions de co-traitance et sous-traitance

B. Sous-traitance

2. Risques et pratiques contractuelles

- ❖ Acceptation par le Sous-traitant des conditions du marché principal
 - Que se passe-t-il lorsque le ST ne les a pas acceptées?
 - **Cass. 3e civ., 23 févr. 2000, n° 98-17.138** : Position historique : Le ST, en tant que professionnel, peut être tenu de rechercher les exigences du marché principal.
 - Que se passe-t-il en cas de contradiction entre les termes du marché principal ?
 - Le marché principal constitue-t-il des CG au sens de l'art. 1119 C. civ ?
- ❖ Contractualiser la titularité des droits de propriété intellectuelle

II. Enjeux de la co-traitance et de la sous-traitance dans les marchés publics

Un régime encore à définir pour l'informatique

II. Co-traitance et sous-traitance dans les marchés publics

A. Principe d'exécution personnelle des marchés publics

- **CAA Paris, 28 mai 2002, n°98-04177** : l'exécution personnelle des marchés est un principe général des contrats administratifs qui s'applique même en l'absence de textes.
- **CAA Bordeaux; 15 décembre 1997, n°9401637** : la sous-traitance de l'intégralité du marché est **interdite**.
- Art. L2193-3 CCP : **Reconnaissance d'un droit à la sous-traitance (Ord. 2018) - codification des principes de la loi de 1975.**

« Le titulaire d'un marché peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations de son marché, dans les conditions fixées par le présent chapitre.

Toutefois, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire. »

- Régime de la sous-traitance applicable aux marchés de **travaux** aussi bien qu'aux marchés de **services** (v. art. L2193-1 CCP)

II. Co-traitance et sous-traitance dans les marchés publics

B. Tempéraments au principe de l'exécution personnelle des MP

1. Co-titularité

- ❖ Conjointe ou solidaire
- ❖ Rôle du mandataire encadré par le CCAG TIC (2021)
 - **Art. 2** : « le "titulaire" est l'opérateur économique qui conclut le marché avec l'acheteur. En cas de groupement d'opérateurs économiques, le "titulaire" désigne le groupement **représenté par son mandataire** »
 - Rôle du mandataire encadré
 - **Art. 3.1.1** : La notification par l'acheteur se fait au mandataire
 - **Art. 3.5.1** : Rôle du mandataire : représentant de l'ensemble des membres du groupe
 - **Art. 3.5.2** : Solidarité du mandataire en cas de groupement conjoint
 - **Art. 3.5.4** : Organisation de la défaillance du mandataire (modalités de remplacement)
 - **Art. 3.7.4, 3.8.4...**
 - **Art. 12** : Modalités de règlement et rôle du mandataire
- ❖ En pratique, d'autres CCAG sont utilisés même dans les projets informatiques : **CCAG PI (prestations intellectuelles), FSC (Fournitures Courantes et Services)**
- ❖ Le CCAG reste une simple base de travail pour l'acheteur public => voir le récapitulatif des dérogations au CCAG à la fin du CCAP

II. Co-traitance et sous-traitance dans les marchés publics

B. Tempéraments au principe de l'exécution personnelle des MP

2. Application des règles de la sous-traitance

- ❖ La caractérisation de la sous-traitance
 - **Nécessité de caractériser une véritable opération de « sous-traitance » même en présence d'un agrément.**
 - Condition du **degré de spécificité** de la prestation demandée.
 - Ici, travaux réalisés « sur mesure » par une tierce entreprise et commandités par le titulaire du marché public dans le seul but de répondre au cahier des charges (**CAA Nantes 6 juillet 2018 Sté SAS, req. N°16NT04079, CAA Bordeaux 8 mars 2018, Commune de la Plaine des Palmistes, req. N°16BX02206**).
 - Aisément transposable aux marchés du numérique.

- ❖ Voir désormais **Art. L2193-2 CCP**.

II. Co-traitance et sous-traitance dans les marchés publics

B. Tempéraments au principe de l'exécution personnelle des MP

2. Application des règles de la sous-traitance

❖ Conclusion du contrat de sous-traitance

- Acceptation du ST
- Obligation de garantie (renvoi à la l. de 1975)

❖ Le régime associé

- Fondements textuels
 - Transposition des principes de la loi de 1975 dans Code de la commande publique par Ord. n°2018-1074 du 26 novembre 2018
 - Principe du paiement direct - **Art. L.2193-10 CCP et s.**
 - Pour recourir à la sous-traitance, le titulaire du marché doit obtenir l'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement de ce dernier - **Art. L2193-4 CCP**

II. Co-traitance et sous-traitance dans les marchés publics

B. Tempéraments au principe de l'exécution personnelle des MP

2. Application des règles de la sous-traitance

- ❖ Le régime associé
 - Paiement direct

CAA MARSEILLE, 24 septembre 2018, n°17MS03449, Sté TETRA : L'erreur d'identification des prestations dans la déclaration de sous-traitance fait obstacle au paiement direct du sous-traitant (comp. Art. L2193-5 CCP).

CAA Nantes 10 juillet 2020 n°19NT01026 : Le droit au paiement direct qui n'est ouvert qu'au sous-traitant de « premier-rang ».

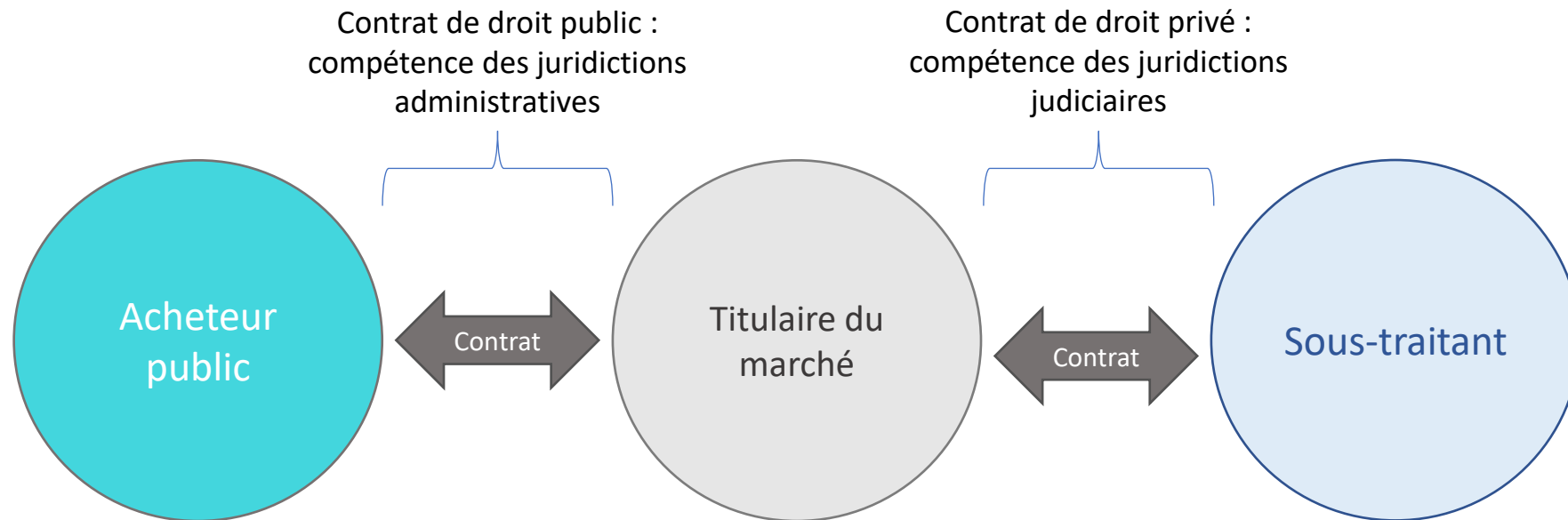
- Responsabilité

Le titulaire du marché reste seul tenu à l'égard de la personne publique de l'exécution du marché, tant pour les prestations qu'il exécute lui-même que pour celles qu'il a confié à son sous-traitant (**CAA Marseille 2 février 1999, n°96-011887**).

II. Co-traitance et sous-traitance dans les marchés publics

B. Tempéraments au principe de l'exécution personnelle des MP

❖ Question de la compétence juridictionnelle : **CE 27 sept. 2007, n°255993 Département du Gard** :



III. Co-traitance, sous-traitance et données à caractère personnel

Des principes simples mais des traitements difficiles à cartographier

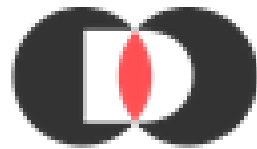
III. Co-traitance, sous-traitance et données à caractère personnel

- ❖ Contrôle croissant des opérations de sous-traitance par la CNIL (y compris les usages de « cloud » mutualisés) – objectif 2022
- ❖ Cartographier des traitements de + en + complexes

	Responsable du traitement (Art. 24 RGPD)	Co-responsabilité du traitement (Art. 26 RGPD)	Sous-traitant (Art. 28 RGPD)	Sous-traitant du sous-traitant (Art. 28 RGPD)
Marchés publics	L'acheteur public	Acheteurs mutualisés	Le titulaire du marché public	Sous-traitant
Marchés privés	Maître de l'ouvrage	Entrepreneurs principaux/unique en co-traitance	Entrepreneur principal	Sous-traitant

Merci pour votre attention

François-Pierre Lani
Avocat Associé



DERRIENNIC ASSOCIES

Cabinet principal : 5 avenue de l'Opéra 75001 Paris

Cabinet secondaire : 4 rue du Petit Saint Esprit 13100 Aix-en-Provence

T 01 47 03 14 94 | **F** 01 47 03 31 41

<https://derriennic.com/>

num
eum

—
Engager
le numérique

numeum.fr