

# AJ Contrats d'affaires

CONCURRENCE  
DISTRIBUTION

Dossier



## 447 LA PROTECTION DU SOUS-TRAITANT

462 Le gage des stocks : aménagements conventionnels

**Thibault de Ravel d'Esclapon**

465 L'indemnisation des dommages concurrentiels par la cour d'appel Paris : une hirondelle avant la réforme ?

**Muriel Chagny**

488 Première bougie pour l'action de groupe

**Entretien avec Christophe Bourdel**

DAJLOZ



Version numérique incluse\*



## LES AUTEURS DU MOIS



Christophe BOURDEL est avocat associé au sein du cabinet Granrut. Ses domaines d'intervention sont le droit de l'environnement industriel, le droit des assurances-vie et le droit immobilier. Il est adhérent à l'AJAR (Association des juristes d'assurance et de réassurance). Il a rédigé plusieurs articles sur l'assurance-vie parus dans l'*Argus de l'assurance* et animé des conférences sur l'ingénierie patrimoniale de l'assurance-vie.



Wilfrid BOYAUT est actuellement en charge des affaires juridiques d'un secteur industriel. Il conseille ses entreprises en droit des contrats, droit commercial et droit économique, tant sur les aspects internes qu'internationaux de leur activité. Il est titulaire du DEA de droit international privé et du commerce international de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne après avoir suivi une formation en droit international et européen à l'Université Paris II Panthéon-Assas.



Muriel CHAGNY est professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines où elle dirige le Master 2 « Contrats concurrence » et le laboratoire DANTE. Elle est également membre de la Commission d'examen des pratiques commerciales.



Thierry CHARLES est Docteur en droit. Il a commencé sa carrière en qualité de chargé de recherche à l'Université de Grenoble II. Après une expérience bancaire, il est aujourd'hui Directeur des affaires juridiques de l'organisation professionnelle Allizé-Plasturgie, expert auprès du Comité des relations interindustrielles de sous-traitance (Corist) au sein de la Fédération de la plasturgie et des composites et du Centre national de la sous-traitance (CENAST). Il est également membre du Club des juristes à vocation internationale à la CCI de Lyon (JEVI). Il est l'auteur de l'ouvrage *Les nouvelles perspectives de la souveraineté*, L'Harmattan, 2015.



Thibault de RAVEL d'ESCLAPON est Docteur en droit. Il enseigne à l'Université de Strasbourg et s'intéresse plus particulièrement au droit des sûretés, au droit des sociétés, ainsi qu'au droit des marchés financiers.



Antoine GENDREAU est avocat au barreau de Paris, fondateur du cabinet Osmose. Il exerce son activité en matière de conseil et de contentieux en droit commercial et en droit de la propriété intellectuelle / nouvelles technologies.



Valérie PIRONON est professeur à l'Université de Nantes. Membre de l'IRD, elle travaille sur le droit du commerce international et les aspects internationaux du droit de la concurrence. Elle est rapporteur extérieur pour la Commission d'examen des pratiques commerciales.

Ont également collaboré à ce numéro :

Marc ABENHAÏM, Avocat collaborateur au bureau de Bruxelles du cabinet Sidley Austin LLP

Rafael AMARO, Maître de conférences à l'Université Paris Descartes – Sorbonne Paris Cité (CEDAG)

Ombline ANCELIN, Avocat associé, Simmons & Simmons LLP

Jean-Daniel BRETZNER, Avocat à la Cour, Bredin Prat

Florence DE BAKKER, Avocat à la Cour, Simmons & Simmons LLP

Dominique FERRÉ, Avocat associé, Cabinet FIDAL

Jean-Marie GARINOT, Maître de conférences à l'Université de Bourgogne (CREDIMI)

Arnaud LECOURT, Maître de conférences à l'Université de Pau et des pays de l'Adour

Irène LUC, Conseiller à la cour d'appel de Paris

Denis MAZEAUD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Christophe PECNARD, Avocat associé, Nomos - société d'avocats

Louis PERDRIX, Maître de conférences à l'Université Paris Est Créteil-Val-de-Marne

Yves PICOD, Doyen de la faculté de droit de Perpignan, responsable du Centre du droit de la concurrence Y-S

Régis PIHÉRY, Avocat associé, Cabinet FIDAL

Marie-Anne RENAUX, Avocat au Barreau de Paris, Wilhelm et associés

Gaëlle ROBIC, Avocat, Nomos - société d'avocats

### DIRECTEUR SCIENTIFIQUE

Muriel Chagny, Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin

mc@muriel.chagny.fr

### COMITÉ SCIENTIFIQUE

Guy Canivet, Premier président honoraire de la Cour de cassation, membre du Conseil constitutionnel

Jean-Louis Fourgoux, Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles, président de l'Association française d'étude de la concurrence

Franck Gentin, Président du tribunal de commerce de Paris

Anne Outin-Adam, Docteur en droit, directeur des politiques législatives et juridiques de la CCI Paris Ile de France

Gilbert Parleani, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

Yves Picod, Doyen de la faculté de droit et des sciences économiques de Perpignan, responsable du Centre de droit de la concurrence Yves Serra (EA du CDED)

Jacqueline Riffault-Silk, Doyen à la chambre commerciale de la Cour de cassation

31-35 rue Froidevaux  
75685 Paris Cedex 14  
Tél. rédaction : 01 40 64 53 46  
Fax : 01 40 64 54 66  
E-mail : ajca@dalloz.fr

PRÉSIDENTE DIRECTRICE GÉNÉRALE  
DIRECTRICE DE LA PUBLICATION  
Sylvie FAYE

### RÉDACTION

Rédacteur en chef  
Xavier DELPECH  
x.delpech@dalloz.fr

Rédactrice  
Laura CONSTANTIN

Secrétaire de rédaction  
Annie CHOLIN-FOUKSMANN

Directeur artistique  
Patrick VERDON

### ABONNEMENT - RELATIONS CLIENTS

Yvette NAY, Directrice des abonnements  
Ginette N'KOUA, Responsable relation clients

Revue mensuelle (11 numéros par an)  
80, avenue de la Marne - 92541 Montrouge Cedex  
Tél. : 0 820 800 017 (0,12 € TTC/min.) - Fax : 01 41 48 47 92

Prix de l'abonnement (2015)  
France : 260 € HT  
Prix au numéro : 36,76 TTC 36€ HT

ISSN : 2274-295 - N° CPPAP : 0616T92338  
Imprimerie Chirat - 42540 Saint-Just-la-Pendue

Dépôt légal - Novembre 2015  
ÉDITIONS DALLOZ

Société anonyme au capital de 3 956 040 euros  
Siège social : 31-35 rue Froidevaux - Paris 14°  
RCS Paris 572 195 550 - Siret 572 195 550 00098  
Code APE : 5811Z

TVA : FR 69 572 195 550

Filiale des éditions Lefebvre-Sarrut  
La reproduction, même partielle,  
de tout élément publié dans la revue est interdite.



# LA PROTECTION DU SOUS-TRAITANT

**Sous-traitance : un insaisissable  
« faire-faire » ?**

*Wilfrid Boyault* ..... 448

**La protection légale du sous-traitant :  
une législation en creux**

*Thierry Charles*..... 452

**La protection des droits de propriété  
intellectuelle du sous-traitant**

*Antoine Gendreau*..... 456

**Brèves remarques sur la protection du  
sous-traitant étranger**

*Valérie Pironon* ..... 459

*La protection du sous-traitant constitue la principale raison d'être de la loi du 31 décembre 1975, notamment dans l'hypothèse d'une défaillance du donneur d'ordre, dont il est le créancier au titre du contrat de sous-traitance. Or, cette loi est riche en ressources : elle ne s'applique pas qu'à la sous-traitance du BTP, mais également à la sous-traitance industrielle. Le sous-traitant industriel est donc en droit de prétendre à toutes les garanties offertes par la loi de 1975, qu'il s'agisse de l'action directe contre le maître de l'ouvrage ou encore des garanties de paiement de l'article 14. Celui-ci peut également solliciter à son profit le droit de la concurrence, spécialement des pratiques restrictives de concurrence, qu'il s'agisse de la législation sur les délais de paiement ou de la notion si fuyante de déséquilibre significatif, qui est devenue un enjeu fondamental des relations entre donneur d'ordre et sous-traitant. La soft law joue également un rôle non négligeable, notamment via les usages et les chartes de bonne pratique, auxquels elle cherche à donner force obligatoire. En outre, les droits de propriété intellectuelle du sous-traitant méritent d'être préservés, alors même que, faute d'une pratique contractuelle bien maîtrisée, l'expérience montre que celui-ci est rarement titulaire des droits grevant les travaux qu'ils réalisent au profit du donneur d'ordre. La propriété intellectuelle est, en effet, trop souvent captée par ce dernier. Enfin, la sous-traitance s'opérant souvent dans un contexte international, se pose alors la question de savoir si le sous-traitant étranger peut prétendre au bénéfice de la protection que lui offre la loi française. La réponse est bien entendue positive lorsque celle-ci a été choisie par les parties comme loi applicable. Si tel n'est pas le cas, à l'inverse, l'application de la loi française pourrait toutefois être revendiquée par le sous-traitant en tant que loi de police.*

## LA PROTECTION LÉGALE DU SOUS-TRAITANT : UNE LÉGISLATION EN CREUX<sup>1</sup>

par **Thierry Charles**

Directeur des affaires juridiques d'Allizé-Plasturgie

La sous-traitance est une opération qui consiste pour une entreprise (le donneur d'ordre) à confier à une seconde entreprise (le sous-traitant) le soin d'exécuter pour elle, selon un certain cahier des charges préétabli et validé par les deux parties, des activités de production ou de service dont elle conserve la responsabilité économique finale. Sur le plan industriel, ladite activité s'exerce dans des cadres législatifs et réglementaires, issus notamment du code civil, du code de commerce et de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. En pratique, cette relation entre donneurs d'ordre et sous-traitants est souvent déséquilibrée, pénalisant ainsi la compétitivité globale de l'industrie française. Aussi, la recherche d'un équilibre dans le contrat de sous-traitance reste un puissant *leitmotiv* des initiatives dans ce domaine. Dans le même temps, il semble que la législation protectrice du sous-traitant est figée dans une sorte de sanctuaire, à savoir la loi de 1975 relative à la sous-traitance. Pour mémoire, ce texte n'institue qu'une action directe du sous-traitant envers le maître d'ouvrage afin de parer à l'éventuelle défaillance économique du maître d'œuvre (notamment s'il fait l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire)<sup>2</sup>, « sans se préoccuper des pratiques éventuelles commises au préjudice des sous-traitants »<sup>3</sup>. En effet, réserve faite de la loi de 1975, aucun texte impératif ni supplétif ne régit spécifiquement ce type de contrat, qu'il s'agisse de son objet, de sa durée, ou du régime de responsabilité qui lui est applicable<sup>4</sup>. Par ailleurs, la sous-traitance industrielle relève du droit commun des contrats, or les contrats de sous-traitance sont le plus souvent des « contrats d'adhésion », dont la plupart des clauses ne font pas l'objet d'une véritable négociation entre les parties (les lois civiles applicables n'étant que supplétives). Enfin, le droit commercial ignore la sous-traitance industrielle proprement dite, et le droit de la concurrence n'intervient qu'à la marge. À l'inverse de la loi italienne de 1998 (contrat écrit, délais de paiement obligatoires, protection contre les abus, etc.), le législateur français a toujours été très réticent à engager une profonde réforme sur le sujet, malgré quelques tentatives sans lendemain et notamment en 2010 après la mise en place du dispositif national de la médiation inter-entreprises industrielle et de la sous-traitance.

À l'époque, le nouveau médiateur Jean-Claude Volot (installé à la suite des États généraux de l'industrie), pointait déjà dans un rapport « les trop nombreuses pratiques abusives répertoriées », qui devaient logiquement « nous conduire à nous interroger sur les textes qui sont censés nous en prémunir »<sup>5</sup>. Le rapport Volot proposait ainsi un état des lieux du cadre réglementaire et législatif applicable aux relations inter-entreprises et à la sous-traitance dans le secteur industriel, dans un contexte global de dégradation de ces relations. Sur la base de ses observations, il émettait plusieurs recommandations, comme de veiller à la bonne application du dispositif pour interdire la plupart des mauvaises pratiques, tout en créant un nouvel « état d'esprit » favorable à l'industrie et en développant les « bonnes pratiques » au sein des branches professionnelles et des filières. Pour autant, il était acté de ne pas toucher à la loi de 1975 sur la sous-traitance mais seulement de « toiletter » un certain nombre de textes existants pour mieux préciser leur application aux relations inter-entreprises industrielles (mé-

diation, acceptation du sous-traitant, contrat écrit, rupture du contrat, clause de réserve de propriété, prix des matières, etc.).

### ■ Loi et sous-traitance : un rendez-vous manqué

Le deuxième rapport – de décembre 2010 – du Médiateur des relations inter-industrielles et de la sous-traitance dénombrerait pas moins de trente-six mauvaises pratiques dont certaines étaient (et restent encore) très préjudiciables aux industriels. Il s'agit, par exemple, des appels d'offres avec des prix et des conditions irréalisables, des contrats commerciaux léonins, du rapatriement brutal d'activité sous-traitée, de l'exploitation de brevet et de savoir-faire sans l'accord du sous-traitant, ou encore de baisses de prix imposées unilatéralement sur des programmes pluriannuels<sup>6</sup>. Reste que les tentatives de réforme comme la proposition de loi de modernisation de la sous-traitance enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 juillet 2011<sup>7</sup>, étaient vouées à l'échec malgré les voix de plus en plus nombreuses qui soulignaient l'intérêt d'introduire dans notre droit une législation spécifique à la sous-traitance sur le modèle italien, c'est-à-dire de créer une « loi-cadre » fixant les grandes orientations dans ce domaine telles que l'obligation d'établir un contrat écrit, la présomption

(1) t.charles@allize-plasturgie.com ; T. Charles, Plaidoyer pour la sous-traitance industrielle, L'Harmattan, 2011.

(2) À noter que cette garantie, dont l'exercice est subordonné à l'agrément préalable du sous-traitant et à l'acceptation de sa créance par le tiers, consiste dans le paiement direct du sous-traitant dans le cas des marchés publics, et dans l'action directe en paiement auprès du maître de l'ouvrage dans le cas des contrats privés. Reste que les fournisseurs ne sont pas éligibles au bénéfice de protection qu'institue la loi de 1975, la protection ne jouant que si un tiers sous « contrat d'entreprise » y consent en amont de la relation de sous-traitance.

(3) L.-M. Augagneur, Quelle réforme pour la sous-traitance ?, RLDA nov. 2010. 37 : « Si les contraintes juridiques imposées aux donneurs d'ordre français devaient devenir trop importantes, le coût de transaction lié au recours à la sous-traitance découragerait ceux-ci de recourir à des sous-traitants français. »

(4) S. Peyret, Sous-traitance industrielle – Guide pratique des relations entre acheteurs et sous-traitants, Delmas, 2000.

(5) Le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance - Rapport du Médiateur des relations inter-entreprises industrielles et de la sous-traitance, août 2010, Doc. fr. – V. également les travaux du sénateur M. Bourquin, parlementaire en mission auprès du Premier ministre : Les relations entre donneurs d'ordre et sous-traitants dans le domaine de l'industrie, mai 2013 : [http://www.economie.gouv.fr/files/2013\\_rapport\\_senateur\\_bourquin.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/2013_rapport_senateur_bourquin.pdf).

(6) V. Les 36 mauvaises pratiques régulièrement rencontrées passées au crible de la loi : [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/mediation-interentreprises/Documents/36\\_mauvaises\\_pratiques.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/mediation-interentreprises/Documents/36_mauvaises_pratiques.pdf).

(7) J. Proriot, Proposition de loi de modernisation de la sous-traitance, Doc. AN n° 3683, 13 juill. 2011.

d'acceptation des sous-traitants connus du donneur d'ordre, le respect des droits de propriété intellectuelle ou encore l'interdiction de clauses répertoriées comme abusives.

Néanmoins, à défaut d'une réforme de grande ampleur, la loi n° 2014-344 relative à la consommation, dite loi Hamon, du 17 mars 2014 instaurait une obligation de recourir, dans certains cas, à des « contrats types de sous-traitance ». Cette obligation concerne, en effet, tout achat de produits manufacturés ou fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production et dont le montant est supérieur à un seuil fixé par décret... qui n'est jamais paru ! Rappelons que dans le cadre des marchés privés, la sous-traitance est libre sauf quand le contrat principal a été conclu en considération de la personne de l'entrepreneur principal (*intuitu personæ*), ou que son contrat l'interdit expressément. Il n'existe aucune exigence légale de rédaction d'un écrit, sauf de rares exceptions. Toutefois dans le cadre de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, un écrit s'impose au maître de l'ouvrage qui doit agréer les

conditions du sous-traité (travaux, conditions de paiement), tandis que l'entrepreneur principal a l'obligation de communiquer les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage qui en fait la demande. Reste que, en pratique, l'établissement d'un contrat de sous-traitance est nécessaire afin de traiter les « risques » de l'opération. En effet, un écrit permettra, d'une part, de transposer dans le contrat de sous-traitance tout ou partie des conditions du contrat principal (notamment une clause de révision de prix) ou au contraire d'écarter expressément certaines conditions, car, à défaut de sous-traité écrit, le juge applique la loi du contrat principal ; d'autre part, de prévoir les conditions de la modification du contrat de sous-traitance ; et enfin de gérer les conséquences juridiques et financières d'inexécution contractuelles. Ainsi, la loi Hamon introduisait pour la première fois un formalisme dans les achats de production afin de lutter contre les déséquilibres<sup>8</sup>. Aux termes de cette loi, l'obligation d'établir une convention écrite devait s'appliquer lorsque l'achat de production dépasse un certain seuil, toutefois le texte demeure en attente de mesures réglementaires pour être applicable. Pour certains spécialistes, le montant du seuil ne devrait pas être très élevé au regard de l'objet annoncé : la protection des sous-traitants. Toutefois, la direction générale des entreprises (DGE) des ministères financiers était plutôt favorable à un seuil (inatteignable pour une PME) de 10 millions d'euros annuels, ce qui potentiellement revient à vider de son sens cette disposition de la loi Hamon<sup>9</sup> !

### ■ La protection du sous-traitant dans les textes : partout et nulle part

Mais les faits sont têtus, la crise économique révélant l'impressionnante étendue des mauvaises pratiques qui régissent les relations entre des grands donneurs d'ordre français et leurs sous-traitants. Certes, depuis la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui a notamment permis des améliorations quant aux délais de paiement, le législateur s'est doté de nouveaux mécanismes juridiques contre les abus que subissent quotidiennement les sous-traitants : incitations à la délocalisation, imputation unilatérale de débit, transfert illicite et spoliation des droits de propriété intellectuelle, désengagement brutal, obligation de payer en fin d'année une somme sans contrepartie, modification unilatérale du contrat, etc. Il convient de relever que la plupart des abus dénoncés dans le rapport Volot tombent sous le coup de l'article 1134 du code civil<sup>10</sup> et/ou du 2° de l'article L. 442-6, I du code de commerce dont la notion de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », qui a pour vocation d'appréhender l'ensemble des pratiques abusives pouvant survenir lors d'une négociation commerciale, couvre *a fortiori* le domaine de la sous-traitance. À cet égard, le respect du cadre réglementaire et plus particulièrement de la notion du « déséquilibre significatif » (la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 ayant instauré une nouvelle pratique commerciale restrictive de concurrence le « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »)<sup>11</sup> est devenu l'enjeu le plus important des relations commerciales et notamment entre donneurs d'ordre et sous-traitants (le texte de portée générale s'appliquant à toutes les relations entre professionnels qui relèvent du code de commerce)<sup>12</sup>. Sans surprise, le non-respect des délais de paiement fixés par la loi de modernisation de l'économie de 2008 est la mauvaise pratique signalée huit fois sur dix par les chefs d'entreprises rencontrés<sup>13</sup>.

Le législateur s'est doté de nouveaux mécanismes juridiques contre les abus que subissent quotidiennement les sous-traitants : incitations à la délocalisation, imputation unilatérale de débit, transfert illicite et spoliation des droits de propriété intellectuelle, désengagement brutal, obligation de payer en fin d'année une somme sans contrepartie, modification unilatérale du contrat, etc.

(8) Dans cette perspective, le nouvel article L. 441-9 du code de commerce prévoit : « I. - Une convention écrite est établie, dans le respect des articles L. 441-6 [relatif à l'établissement de conditions générales de vente, *ndla*] et L. 442-6 [sanctionnant les abus dans la relation commerciale, *ndla*], pour tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production, dont le montant est supérieur à un seuil fixé par décret. Elle indique les conditions convenues entre les parties, notamment : 1° L'objet de la convention et les obligations respectives des parties ; 2° Le prix ou les modalités de sa détermination ; 3° Les conditions de facturation et de règlement dans le respect des dispositions législatives applicables ; 4° Les responsabilités respectives des parties et les garanties, telles que, le cas échéant, les modalités d'application d'une réserve de propriété ; 5° Les règles régissant la propriété intellectuelle entre les parties, dans le respect des dispositions législatives applicables, lorsque la nature de la convention le justifie ; 6° La durée de la convention ainsi que les modalités de sa résiliation ; 7° Les modalités de règlement des différends quant à l'exécution de la convention et, si les parties décident d'y recourir, les modalités de mise en place d'une médiation. II. - À défaut de convention écrite conforme au I, les sanctions prévues au II de l'article L. 441-7 sont applicables. »

(9) Dans le cadre de la préparation de ce décret, les branches professionnelles ont été entendues notamment au sein du Centre national de la sous-traitance (Cenast), d'où il ressort une forte réticence quant à une obligation de signer un contrat outre la difficulté de fixer un seuil. En effet, si un contrat écrit est utile, voire même recommandé dans certains cas, dans leur grande majorité les sous-traitants craignent que la solution retenue par la loi, consistant à imposer un contrat sans en définir véritablement la teneur, risque de se retourner contre eux : les clients pouvant en dicter le contenu. Aussi pour sortir de cette impasse, le médiateur interentreprises Pierre Pelouzet est chargé de définir le seuil du contrat de sous-traitance, tout en élargissant sa réflexion sur la place des CGV et des contrats types professionnels face aux conditions d'achat. Lire à ce propos La lettre juridique de la FIM (Fédération des industries mécaniques), n° 8, sept. 2015.

(10) « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

(11) La loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 a, en effet, abrogé l'ancien article L. 442-6 I 2° b) du code de commerce qui sanctionnait l'abus de relation de dépendance et de puissance d'achat ou de vente. La sanction de cette pratique supposait en effet de caractériser au préalable la position de puissance d'achat – ou de vente – de l'auteur de la pratique suspecte sur le marché. En contrepartie de cette plus grande liberté laissée aux opérateurs, la LME a instauré une nouvelle pratique commerciale restrictive de concurrence : le « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

(12) V. néanmoins M. Béhar-Touchais, Un déséquilibre à deux vitesses, JCP 2015. 603, n° 9 et 10.

(13) Pour mémoire, le mode de contournement le plus fréquent de la loi est de différer au maximum la production de ces documents en invoquant d'innombrables problèmes techniques liés à la prestation fournie par le sous-traitant, avec un impact sur la trésorerie souvent considérable (V. également les commandes passées de l'étranger, la mise en place de stocks de consignation, l'application de taux d'escomptes excessifs, des escomptes forcés, etc.).

À ce propos, l'apparition des amendes administratives avec la loi Hamon (loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation) est d'ailleurs conforme à cette tendance, de même que les nouveaux pouvoirs étendus de la DGCCRF. Toutefois, la loi Hamon ayant fait long feu, moins d'un an après, le législateur a revu sa copie avec la loi du 6 août 2015 sur la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, afin de mettre le droit en conformité avec la directive européenne 2011/7/UE du 16 février 2011<sup>14</sup>. Que de temps perdu et de tergiversations inutiles ! L'article L. 441-6 du code de commerce pose désormais pour

**En amont, durant la phase de l'appel d'offres et de la commande, la réduction des conditions générales de vente du sous-traitant par les conditions générales d'achat du donneur d'ordre, sans véritable négociation, ni contrepartie, constitue une grande difficulté pour les sous-traitants**

principe que le délai de paiement convenu entre les parties ne peut dépasser soixante jours à compter de l'émission de la facture (il prévoit néanmoins la possibilité de convenir par dérogation, d'un délai maximal de quarante-cinq jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture, à la condition que ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier). En amont, durant la phase de l'appel d'offres et de la commande, la réduction des conditions générales de vente (CGV) du sous-traitant par les conditions générales d'achat (CGA) du donneur d'ordre, sans véritable négociation, ni contrepartie, est l'autre grande difficulté des sous-traitants. Or, depuis la loi consommation n° 2014-344 du 17 mars 2014, les CGV sont devenues le « socle unique » de la négociation commerciale. En effet, les CGV étaient désignées, depuis la loi LME du 4 août 2008, comme le « socle de la négociation » commerciale. La loi « Hamon » a ajouté le terme « unique » pour faire des CGV « le socle unique de la négociation commerciale »<sup>15</sup>. En effet, confronté à une pratique commerciale dont il n'arrive pas à réguler les abus<sup>16</sup>, le législateur a souhaité, par cette modification, donner aux CGV une force supérieure aux CGA auxquelles elles sont confrontées en pratique (les CGV constituant le point de départ de la négociation, mais également le référentiel à partir duquel pourront être identifiés les abus résultant de la puissance d'achat). Mais les sous-traitants n'ont bien souvent pas le poids commercial suffisant pour pouvoir négocier les CGA auprès de leurs clients ; ils sont alors contraints d'accepter en l'état ces conditions pour pouvoir vendre, ce que l'on appelle un « contrat d'adhésion ». Ce rapport de force conduit certains donneurs d'ordre peu scrupuleux à glisser dans leurs CGA des clauses abusives, voire illicites. L'autre méthode consiste alors à émettre des « réserves » sur certaines clauses des CGA, même si la plupart du temps, les acheteurs rejettent en bloc les remarques des sous-traitants qui doivent seulement approuver et signer les CGA sans pouvoir les amender<sup>17</sup>.

Dans le même temps, la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) s'est penchée sur la question de la place des CGV et des CGA dans les contrats internes et les contrats internationaux<sup>18</sup>. Ainsi, concernant les contrats franco-français la CEPC rappelle que, selon les dispositions de l'article L. 441-6 du code de commerce, les CGV constituent le « socle unique » de la négociation commerciale dans les relations commerciales établies au niveau national ; les CGV comprennent les conditions de vente, le barème des prix unitaires, les réductions de prix et les conditions de règlement ; les négociations fondées uniquement sur les conditions d'achats ou des contrats types des clients sont exclues même si ceux-ci peuvent être pris en compte dans le cadre de la négociation. En conclusion, faire primer les CGA sur les CGV, notamment en cas de contradiction entre elles, est illicite et caractérise un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties, d'autant que deux arrêts récents rendus par la Cour de cassation<sup>19</sup> confirment l'existence d'un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des par-

ties après avoir notamment constaté qu'aucune suite n'était donnée aux réserves ou avenants proposés pour les modifier. Ainsi, les contrats exécutés constituaient de véritables « contrats d'adhésion » ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses. La Cour de cassation valide du même coup l'« injonction faite aux clients de cesser pour l'avenir de mentionner les clauses incriminées dans leurs contrats commerciaux »<sup>20</sup>.

### ■ L'impact du « soft law » sur la sous-traitance

Ainsi, faute d'un nouveau texte sur la sous-traitance, l'idée d'une graduation de la « légalisation » est de plus en plus mise en avant. À cet égard, le « soft law » se particularise par les différents rôles qu'il remplit par rapport au droit dur : ainsi, « à la conception unifiée et hiérarchisée du droit se substitue une conception éclatée du droit où la contrainte n'est plus un élément constitutif »<sup>21</sup>. Il existe, en effet, un autre moyen d'éviter de tomber dans la soumission du partenaire commercial à des obligations créant un « déséquilibre significatif » : la négociation « intégrative » développée notamment par les membres du « Harvard Negotiation Project »<sup>22</sup>. Nicolas Genty et Philippe Duvocelle ont même la conviction « que ce mode de négociation est le seul qui autorise les Conditions générales de vente d'un fournisseur à constituer le socle de la négociation, tel qu'il est défini par le législateur »<sup>23</sup>. En pratique, il s'agit de

(14) JOUE, n° L. 48, 23 févr. ; L. n° 2015-990 du 6 août 2015, art. 46, I, 1° ; C. com., art. L. 441-6 ; G. Parleani, Loi Macron : toujours plus en « pratiques restrictives », AJCA 2015. 407.

(15) C. com., art. L. 441-6, I, al. 7 – M. Comert et E. Flaicher-Maneval, La négociation des contrats d'affaires après la loi Hamon, AJCA 2014. 16.

(16) Lire à ce sujet Le désarroi des sous-traitants maltraités, L'Expansion, mai 2015, p. 34 s.

(17) Une nouvelle tendance émerge du côté des donneurs d'ordre : faire signer un contrat d'achat (qui est un copier-coller des CGA) en précisant que « ce contrat est le résultat d'une négociation entre les parties. En conséquence, les deux parties conviennent que l'application des CGA de l'acheteur et les CGV du fournisseur sont expressément exclues, et les termes et conditions du présent contrat constitueront l'unique et intégral accord entre les parties en ce qui concerne à son sujet... ».

(18) CEPC, avis n° 15-08 du 26 mars 2015.

(19) Com. 3 mars 2015, n° 13-27.525 et n° 14-10.907 AJCA 2015. 218, note G. Chantepie.

(20) W. Boyault, Une condamnation attendue et bienvenue : CGA imposées par le client, contrat d'adhésion et absence de négociation... ou lorsque la Cour de cassation fait le printemps de la négociation contractuelle, La forge n° 61, juill. 2015. « Il s'agit d'arrêts essentiels puisqu'à cette conclusion, qui était déjà celle à laquelle parvenaient Paris, 18 déc. 2013 n° 12/00150 et les avis répétés de la Commission d'examen des pratiques commerciales [avis n° 04-04 du 7 juill. 2004 et, plus récemment, n° 14-06 du 19 juin 2014], s'attache désormais l'autorité des arrêts de la Cour de cassation [l'arrêt n° 13-27525 est P+B] », selon Wilfrid Boyault, secrétaire général et directeur juridique de la Fédération Forge Fonderie. V. égal. Com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, AJCA 2015. 375, note S. Bros.

(21) F. Chatzistavrou, L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit, Le Portique (en ligne), 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, consulté le 3 septembre 2015 : <http://leportique.revues.org/591>.

(22) V. [http://www.pon.harvard.edu/category/research\\_projects/harvard-negotiation-project/](http://www.pon.harvard.edu/category/research_projects/harvard-negotiation-project/).

(23) N. Genty et Ph. Duvocelle, Relations fournisseur-distributeur, Sécuriser et valoriser les négociations commerciales, Lamy, 2014.

concevoir et mettre en œuvre des stratégies de négociation fondées sur la collaboration. Les auteurs ajoutent que la négociation « intégrative » est non seulement le moyen le plus simple d'éviter de soumettre coûte que coûte (à n'importe quel prix !) son partenaire, mais ce mode de négociation est également le seul qui permette aux parties « de respecter le cadre réglementaire, compte tenu de sa complexité ». Ils constatent, par ailleurs, que le tissu des PME françaises est très largement sous-estimé dans sa capacité à participer activement au développement du chiffre d'affaires et de la rentabilité des donneurs d'ordre « autrement que comme un simple contributeur financier à qui l'on tente d'extorquer 1 ou 2 % de marge supplémentaire [voire plus] chaque année ». Mais le courant « soft law » entend également conférer quelque force obligatoire aux usages et aux chartes de « bonnes pratiques », tout en donnant de l'épaisseur au fait de la médiation. En présence de pratique abusive d'un donneur d'ordre, les entreprises sous-traitantes font régulièrement appel à leur syndicat professionnel (en charge de la défense des « usages »)<sup>24</sup> et pour certaines d'entre elles saisissent désormais le Médiateur des relations inter-entreprises industrielles et de la sous-traitance pour répondre à ces exigences parfois illégales. Ce dernier a vocation à favoriser une relation partenariale authentique et durable entre donneurs d'ordre

(24) Les mots « conditions générales » recouvrent deux situations très différentes : ou bien des conditions sont générales pour tous les contrats d'une entreprise ou bien elles sont générales pour toutes les entreprises d'une profession. Cette deuxième situation est évidemment préférable et doit être recherchée. En effet, cette universalité en augmente la force car elles peuvent alors constituer le recueil des « Usages », au sens juridique du terme, d'une profession dans un ou plusieurs pays. Elles sont alors déposées en tant que telles, pour la France au tribunal de commerce de Paris et auprès d'organismes où cela est jugé nécessaire. Afin d'apprécier toute l'importance des conditions générales, il est utile de rappeler la valeur juridique des « Usages » en droit commercial. En effet, dans le silence de la loi ou du contrat, on se réfère aux « Usages » d'une profession et un des rôles des organisations professionnelles, qu'elles détiennent de la loi du 21 mars 1884, est justement de dire quels sont les « Usages » de la profession qu'elles représentent. Cela sert tout particulièrement aux tribunaux et aux experts judiciaires.

(25) La Charte « Relations fournisseur responsables » compte plus de 1 000 signataires engagés pour des Achats Responsables. On y retrouve de nombreuses grandes entreprises françaises, des organismes socioprofessionnels, des fédérations mais aussi des ETI, PME et TPE issues des secteurs privé et public. V. [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/mediation-interentreprises/Charte/Charte\\_vFOM-CH-JLM.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/mediation-interentreprises/Charte/Charte_vFOM-CH-JLM.pdf).

(26) La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 (JO 17 févr.) relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ayant autorisé le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les mesures nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du code civil. L'avant-projet de réforme prévoyait ainsi un nouvel article 1169 du code civil ainsi rédigé : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». – Sur cet article, V. G. Chantepie, Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats, AJCA 2015. 121.

et sous-traitants, au sein de filières structurées et décloisonnées. Il s'agit d'une stricte fonction de médiation, visant à examiner précisément la situation des entreprises concernées et à proposer des solutions adaptées. Ainsi, l'intervention du médiateur peut revêtir deux formes. Le médiateur assure une « médiation collective » dès lors que plusieurs demandes convergentes lui sont adressées. Il a pour première mission d'assurer le traitement et le suivi des demandes reçues et de les regrouper. Lorsque ces signalements convergent suffisamment il se tourne, sans citer ses sources, vers le donneur d'ordre ou le sous-traitant concerné pour lui demander d'améliorer ses pratiques. Le médiateur met en œuvre une « médiation individuelle » dès lors que l'entreprise qui le saisit en exprime la demande, pour rechercher dans la certification une solution rapide. La Médiation affiche trois objectifs principaux : « réhumaniser » la relation entre clients et fournisseurs/sous-traitants ; favoriser la conscience de responsabilité de filière pour les grandes entreprises ; insister sur la nécessité des PME d'assurer leur indépendance stratégique. La Médiation Inter-entreprises remplit donc à la fois une mission « curative » – à travers des médiations individuelles, collectives ou de branche – et une mission « préventive » destinée à faire évoluer les comportements sur le long terme, notamment grâce à la Charte et au Label « Relations fournisseurs responsables »<sup>25</sup>.

Conçue en 2010 par la Médiation Inter-entreprises et la Compagnie des dirigeants et acheteurs de France (CDAF), la Charte « Relations fournisseurs responsables » a pour but d'inciter les entreprises à adopter des pratiques d'achats responsables vis-à-vis de leurs fournisseurs et sous-traitants. Par le biais de ses dix engagements pour des achats responsables, la Charte participe ainsi de la construction d'une relation équilibrée et durable, dans la connaissance et le respect des droits et devoirs respectifs de chaque partie. Elle permet, d'une part, aux donneurs d'ordre signataires de faire savoir et officialiser leur volonté de s'inscrire dans une relation partenariale « gagnant-gagnant » avec leurs sous-traitants et plus généralement leurs fournisseurs et elle exige, d'autre part, la nomination d'un « correspondant PME » au sein de l'entreprise signataire, qui interviendra en tant que médiateur interne pour faciliter le règlement des éventuels litiges fournisseurs.

Pour espérer mieux, les entreprises de sous-traitance devront attendre la prochaine réforme du droit des contrats et des obligations (la loi du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ayant autorisé le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les mesures nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du code civil<sup>26</sup>). En pratique, ces modifications devraient permettre la modernisation et la simplification de diverses mesures dans les domaines suivants : le droit commun des contrats, le régime des obligations et du droit de la preuve, la garantie de la sécurité juridique et de l'efficacité de la norme, etc. À cette fin, la loi liste près d'une quinzaine de dispositions qui devront être adoptées et qui touchent autant de thèmes que la bonne foi et la liberté contractuelle, la date, la durée et le lieu de formation du contrat, les règles relatives à la nullité et à la caducité, la gestion d'affaires, l'imprévision, le paiement de l'indu, l'enrichissement sans cause etc. L'ampleur de la réforme témoigne ainsi de l'ambition du Gouvernement de revoir le droit des obligations sans pour autant oublier (cette fois) les revendications des sous-traitants.