

Étude

RLDA 5918

Formalisation des relations contractuelles pour les contrats de sous-traitance : la « blind » est fixée à 500 000 euros !

Coincé entre l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats après deux cents ans d'histoire du Code napoléon et un effort d'ampleur équivalent de la jurisprudence visant à rétablir l'« *équilibre* » des relations interentreprises, le décret portant sur la formalisation des relations contractuelles pour les contrats de sous-traitance est passé largement inaperçu. Afin d'y remédier, nous vous proposons de revenir brièvement sur la genèse de ce texte qui apporte des changements importants au domaine de la sous-traitance depuis la dernière loi du 31 décembre 1975.

D. n° 2016-237, 1^{er} mars 2016, JO 3 mars

Le « *contrat écrit de sous-traitance* » n'est désormais plus une arlésienne. Après deux ans d'attente, le décret portant sur la formalisation des relations contractuelles pour les contrats de sous-traitance est paru au *Journal officiel* du 3 mars 2016. Désormais, tout achat dont le montant est supérieur à 500 000 euros doit être réalisé en application d'une convention écrite, conforme aux dispositions de l'article L. 441-9 du code de commerce⁽¹⁾. Pour mémoire, la loi *Hamon*⁽²⁾ prévoyait une convention écrite rendue obligatoire par l'article L. 441-9 du code de commerce (sous peine d'amende administrative) en précisant les cas dans lesquels la

convention devait être obligatoire : « *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* ». Le contenu de cette convention était déjà défini de manière précise : (1°) objet de la convention et les obligations respectives des parties ; (2°) prix ou les modalités de sa détermination ; (3°) 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



Par Thierry CHARLES

Docteur en droit

Directeur des Affaires Juridiques d'Allizé-Plasturgie

Expert auprès du Comité des Relations Interindustrielles de Sous-Traitance [CORIST] au sein de la Fédération de la Plasturgie et du Centre National de la Sous-Traitance [CENAST]⁽³⁾

(1) Voir Th. Charles, *Plaidoyer pour la sous-traitance industrielle*, L'Harmattan, 2011.

(2) C. com., art. D. 441-8, créé par D. n° 2016-237, 1^{er} mars 2016.

(3) L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation.

les parties décident d'y recourir, les modalités de mise en place d'une « médiation ». (4) Toutefois, cette obligation ne devait s'appliquer que pour les marchés supérieurs à un certain montant, précisé par un décret qui tardait à venir. Pour les entreprises concernées, il était difficile de ne pas s'impac-tier, car la publication avait du mal à souffrir plus d'ater-moiement à moins bien sûr que l'agenda ne présente plus un sentiment d'urgence et d'irrésistible nécessité. Aussi, il paraît utile de dégager les particularités de cette nouvelle obligation formelle, en nous interrogeant tout d'abord sur ses origines (I) avant d'en démontrer tous les écueils (II).

I. – Quand nécessité fait loi

Le 18 mars 2014 paraît au *Journal officiel* la loi relative à la consommation, dite « loi Hamon ». Elle s'articule autour de neuf mesures phares qui viennent bousculer quelques ordres établis dans les relations commerciales, tout en renforçant la protection des consommateurs. Elle comporte également un certain nombre de dispositions portant sur les pratiques commerciales entre professionnels, auxquelles les entreprises vont devoir s'adapter. Bien que la primauté des Conditions générales de vente (CGV) ne soit pas clairement formulée, on la déduit en « creux », les CGV constituant désormais le « socle unique » de la négociation commerciale. Toutefois, l'objectif de la loi est la mise en place de « nouveaux outils de régulation économique pour rééquilibrer les pouvoirs entre consommateurs et professionnels », dont le nouvel article L. 441-9 du code de commerce constitue une étrange et improbable excroissance. La loi prévoit désormais l'obligation de formaliser par « écrit », les contrats « d'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. Auparavant, les États généraux de l'industrie avaient mis en lumière les évolutions nécessaires au renforcement de la politique industrielle de la France. Dans la foulée, le ministère de l'Industrie annonçait son intention de réformer la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en particulier au regard des trop nombreuses pratiques abusives régulièrement dénoncées par la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) dans ses avis. En marge, de nombreux rapports soulignaient l'intérêt d'introduire dans notre droit une législation spécifique à la sous-traitance sur le modèle italien (loi du 18 juin 1998)⁽⁵⁾, c'est-à-dire de créer une « loi-cadre »

(4) Ainsi, la plupart des mentions et notamment celles figurant au 1^o, 2^o, 3^o, 4^o sur les responsabilités respectives des parties et 6^o doivent, en toute hypothèse, figurer dans la convention. Pour certaines clauses, la loi ne les exige que lorsque la volonté des parties (pour le 4^o sur les garanties telles que la réserve de propriété, et le 7^o sur la mise en place d'une médiation) ou la nature du contrat (pour le 5^o sur la propriété intellectuelle) le justifient.

(5) Voir le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance - Rapport du Médiateur des relations inter-entreprises industrielles et de la sous-traitance / <http://

fixant les grandes orientations dans ce domaine tels que d'une part l'obligation d'établir un « contrat écrit », d'autre part la présomption d'acceptation des sous-traitants connus du donneur d'ordre, et enfin le respect des droits de propriété intellectuelle ou encore l'interdiction de clauses répertoriées comme abusives⁽⁶⁾.

A. – La proposition de loi Proriot avortée

En effet, si la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) avait permis des améliorations quant aux délais de paiement, il apparaissait nécessaire de se doter de nouveaux mécanismes juridiques contre les autres abus que subissaient les sous-traitants. À cet égard, le rapport de décembre 2010 du médiateur des relations interindustrielles et de la sous-traitance, Jean-Claude Volot, dénombreait pas moins de 36 « mauvaises pratiques » dont certaines très préjudiciables aux sous-traitants industriels⁽⁷⁾. Il s'agissait, par exemple, des appels d'offres avec des prix et des conditions irréalisables, des contrats commerciaux léonins, du raptierement 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, etc. Aussi, la proposition de loi du député de Haute-Loire Jean Proriot de « modernisation de la sous-traitance »⁽⁸⁾, n° 3683, déposée le 13 juillet 2011 visait à remédier au déséquilibre qui caractérise les rapports entre donneurs d'ordre et sous-traitants, en modifiant notamment le Code civil ainsi que le Code de commerce.⁽⁹⁾ S'agissant tout d'abord du rapport de force entre donneurs d'ordre et sous-traitants, il était proposé de compléter l'article L. 442-6 du code de commerce en considérant que « (...) l'existence d'un déséquilibre significatif est notamment caractérisée de manière irréfragable dès lors que les conditions générales de l'auteur excluent l'application des conditions générales de l'autre partie pour s'y substituer (...) ». Le Code de commerce devait également être complété afin de remédier

www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000462/0000.pdf.

- (6) Le 22 juin 2010, Christian Estrosi et Hervé Novelli demandaient au tout nouveau médiateur de la sous-traitance, Jean-Claude Volot, de réfléchir à la façon de mieux encadrer les relations entre donneurs d'ordre et sous-traitances dans le but de réduire les pratiques abusives telles que la baisse des prix sans contrepartie ou la spoliation des droits de propriété intellectuelle. En ligne de mire, la loi du 31 décembre 1975 encadrant cette sous-traitance et objet de critiques. Deux mois plus tard, plus de réforme en vue. Dès les premières pages de son rapport, Jean-Claude Volot déclarait : « Il paraît préférable de ne pas toucher à la loi de 1975 qui est le fruit d'équilibres subtils. Elle répond parfaitement aux besoins du BTP pour lequel elle a été conçue ».
- (7) Voir « 36 mauvaises pratiques régulièrement rencontrées passées au crible de la loi » et notamment suite à un entretien entre l'auteur et le médiateur / <http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/mediation-interentreprises/Documents/36_mauvaises_pratiques.pdf>.
- (8) Et dont l'auteur est notamment à l'origine pour le compte de la Fédération de la Plasturgie et des Composites.
- (9) Voir <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3683.asp>>.

aux clauses abusives dans les Conditions générales d'achat (CGA) : « Sont nulles et de plein droit réputées non écrites les conditions générales d'un partenaire qui disposent qu'elles imposent l'exclusion des conditions générales de vente de l'autre partie ». Dans le même temps, il était prévu de rendre illégal le fait « de refuser toute renégociation des conditions de la relation commerciale établie en cas de modification de l'équilibre de cette relation du fait notamment de l'évolution des circonstances économiques ». S'agissant de la lutte contre le pillage de la propriété intellectuelle des sous-traitants, il était prévu d'insérer un article qui interdirait : « (...) d'utiliser le savoir-faire ou les méthodes du fournisseur hors du cadre conclu avec lui sans que les conditions de cette utilisation quant à son étendue et sa destination ainsi qu'une rémunération proportionnelle aux gains et/ou économies réalisés du fait de cette utilisation soient préalablement convenues par écrit ». Une autre avancée concernait notamment la « clause de réserve de propriété » afin de la rendre effective en cas de « contradiction » entre les CGA et les CGV : « Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. Néanmoins, nonobstant toute clause contraire des conditions générales de l'acheteur, la clause de réserve de propriété engage l'acheteur et est opposable aux autres créanciers dès lors qu'elle est stipulée dans les conditions générales du fournisseur et que l'acheteur et le fournisseur n'ont pas convenu par écrit de l'écarter ou de la modifier ». Par ailleurs, lorsque le vendeur d'un bien meuble s'en est réservé la propriété jusqu'au paiement du prix, le transfert de propriété aurait pu être « subordonné à la condition suspensive du paiement intégral du prix de vente ». D'une manière générale, et afin de sécuriser les relations avec les donneurs d'ordre, l'acheteur de produits ou le demandeur de prestations aurait été « tenu de conclure par écrit les contrats de sous-traitance avant tout commencement d'exécution des travaux de production ou des prestations de services à la charge du sous-traitant ». C'est bien ce texte qui a été à l'origine de discussions animées pendant de nombreuses années autour de la formalisation ou non des relations contractuelles pour les contrats de sous-traitance, mais de guerre lasse, la proposition de loi a été renvoyée aux calendes grecques.

B. – Les propositions du rapport Bourquin

Acte deux : le sénateur du Doubs Martial Bourquin rendait, le 24 mai 2013, son rapport sur « Les relations entre donneurs d'ordre et sous-traitants dans le domaine de l'industrie » au Premier ministre⁽¹⁰⁾. Une heure rend souvent ce que beau-

coup d'années ont ravi. Martial Bourquin déplorait que « trop souvent de simples bordereaux de commandes servent de support aux relations commerciales. De nombreux différends et difficultés découlent de cette imprécision. Comment faire respecter les droits et devoirs de chacun s'ils ne sont explicités nulle part ? ». C'est pourquoi le sénateur socialiste entendait rendre systématique par la loi la conclusion de contrats écrits entre les entreprises : « La clarification du cadre contractuel est indispensable pour établir une relation confiance et créer une culture de la coopération ». Par lettre en date du 18 janvier 2013, le Premier ministre avait en effet confié au sénateur franc-comtois une mission portant sur les relations entre donneurs d'ordre et sous-traitants dans le domaine de l'industrie. En effet, malgré la mise en place d'un certain nombre d'outils, tels que la Médiation Interentreprises ou des plafonds maximaux en matière de délais de paiement, les PME / PMI dénonçaient la persistance de relations dégradées entre entreprises caractérisées par des délais de paiement anormalement élevés et de nombreuses mauvaises pratiques. Aussi, conscient qu'un meilleur équilibre dans ces relations serait source d'une plus grande compétitivité de l'industrie française, le Premier ministre avait souhaité une évaluation de la pertinence des outils actuels et des recommandations d'évolutions législatives et réglementaires de nature à moderniser ces relations interentreprises. En matière d'encadrement des relations de sous-traitance dans le domaine de l'industrie, il était encore constaté que le mécanisme de régulation qui repose sur la nécessaire action judiciaire du sous-traitant lésé ne fonctionne pas en pratique dans la mesure où celui-ci craint (en cas de plainte contre son donneur d'ordre) de perdre à la fois son contrat avec lui et sa réputation auprès du reste de la clientèle du marché. Et, compte tenu de cette « loi du silence », la mission parlementaire préconisait une action en amont, au stade de la négociation des contrats, afin de prévenir l'émergence de mauvaises pratiques qui pourrait prendre une double forme : d'une part, le principe de la contractualisation devait être généralisé ; pour tout contrat de sous-traitance industrielle, dont le montant de la commande dépasse un certain seuil fixé par décret, la signature d'un contrat écrit doit être rendu obligatoire, contrat qui devra comporter un certain nombre de clauses relatives à l'objet, au prix, aux obligations respectives des parties, à la propriété intellectuelle, aux conditions de sa rupture, etc. ; d'autre part, dans cette logique de contractualisation, la mise en place de contrats types par filière ou secteur industriel devait être encouragé ; précisément ces contrats-types, négociés par les différentes organisations professionnelles, avec le soutien notamment de la Médiation Interentreprises, seraient généralisés par décret à l'ensemble du secteur ; en l'absence de signature d'un tel contrat-type dans un délai déterminé (un an par exemple), le ministre de l'Économie ou de l'Industrie pourrait même se substituer à l'inaction en

(10) Voir <http://www.economie.gouv.fr/files/2013_rapport_senateur_bourquin.pdf>. Au nom de la Fédération de la Plasturgie et du Co-

rist, l'auteur était également auditionné par la commission Bourquin, ainsi que le Président du Cenast : Luc-Éric Krief.

rendant obligatoire un contrat-type. S'agissant enfin de la place des fournisseurs et sous-traitants vis-à-vis des entreprises en difficulté, la mission envisageait d'améliorer le sort des sous-traitants et fournisseurs lorsqu'ils sont confrontés à des entreprises en faillite. Il s'agissait d'étendre le domaine de la procédure de sauvegarde financière accélérée ; d'améliorer l'efficacité de la « *clause de réserve de propriété* », notamment en la généralisant dans les contrats types et en lui consacrant un rang prioritaire par rapport aux autres créanciers, notamment ceux bénéficiant d'un droit de rétention. Au final, 17 propositions étaient ainsi préconisées par la mission, dont l'efficacité reposait sur « *la cohérence globale du dispositif* », tout en cherchant à amorcer une nouvelle culture économique – la « *logique de la coopération productive* » –, qui se substituerait au rapport de force particulièrement destructeur dans les relations interentreprises. Elles constituaient les prémices d'une partie de la future loi *Hamon*.

II. – Un contrat écrit au milieu des écueils

De sorte que le cœur de la réforme de la loi *Hamon* est indéniablement fondé sur une volonté de rééquilibrage de la relation commerciale qui passe par le renforcement des CGV qui vont désormais constituer non seulement le « *socle* » de la négociation commerciale, mais désormais le socle « *unique* » de la négociation commerciale⁽¹¹⁾. Il s'agit ainsi de renforcer le statut juridique des CGV des fournisseurs, sans pour autant y donner une primauté par rapport aux conditions générales d'achat. En définitive, la loi *Hamon* vise à donner une sorte de prééminence aux CGV, sans toutefois en exclure la négociation. Cette précision est destinée à renforcer le principe selon lequel l'acheteur ne peut faire prévaloir ses CGA. Selon Maître Emmanuel Dieny, « *celles-ci ne sont toutefois pas destinées à disparaître, puisqu'elles peuvent être supplétives des omissions des conditions générales de vente, ou constituer des contre-propositions de négociation sur la base des conditions du vendeur* »⁽¹²⁾. Légalement, les CGV constituent le point de

départ des relations contractuelles, mais également le « *référentiel* » à partir duquel pourront être identifiés les abus résultant de la puissance d'achat. Par ailleurs, dans un souci de transparence dans le domaine de la sous-traitance, avec pour objectif de garantir plus de loyauté dans les rapports entre donneurs d'ordre et sous-traitants et de faciliter le cas échéant le contrôle des autorités,⁽¹³⁾ la loi *Hamon* prévoit désormais l'obligation de formaliser par « *écrit* », les contrats « *d'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. Ce faisant la loi impose la conclusion d'un contrat écrit (contrat de sous-traitance), exigence qui ne pourra s'imposer qu'au détriment de la partie en position d'infériorité dans la négociation contractuelle. Selon une note de la DGCCRF, le texte vise, d'une part, à renforcer la transparence, dans des relations où celle-ci apparaissait jusqu'à présent comme insuffisante, soit que les relations ne fassent l'objet d'aucune formalisation, soit qu'il y soit fait référence dans des documents épars et peu lisibles ; d'autre part, à donner un contenu minimal aux conventions, les mentions obligatoires correspondant aux points donnant habituellement lieu à des pratiques potentiellement abusives des donneurs d'ordre à l'égard de leurs sous-traitants.⁽¹⁴⁾ Dont acte. Mais c'est sans compter l'esprit chagrin de bon nombre de commentateurs considérant que le texte, une fois votée, risque en pratique de poser plus de questions qu'il ne donne de réponses. De mémoire de juriste, on n'avait pas encore vu rétropédalage aussi rapide.

A. – CGA vs CGV : et au milieu coule une rivière

Et pourtant, un temps le législateur avait même pensé aller plus loin en imaginant de mettre en place des « *contrats-types au sein de chaque filière industrielle* » afin d'encadrer les relations de sous-traitance et de lutter contre le déséquilibre des rapports de force économiques entre acteurs. Et si par impossible, les branches professionnelles n'étaient pas capables d'établir de tels contrats-types, un décret interviendrait pour définir le contrat-type : « *Art. L. 441-... - I.- Pour toute commande de produits manufacturés, non destinés à la revente en l'état, entre entreprises relevant de la même branche d'activité, dont le montant est supérieur à un seuil, défini par décret, un contrat écrit stipule précisément : 1° L'objet du contrat, tant en termes quantitatif que qualitatif et les obligations respectives des parties ; 2° Le prix ou les moyens de le déterminer ; 3° Les conditions de facturation et de règlement dans les limites fixées par la loi ; 4° Les garanties et les responsabilités respectives des parties ; 5° La propriété intellectuelle respective des parties ; 6° La réserve de propriété jusqu'à complet paiement du prix ; 7° La durée du contrat ainsi que les modalités et in-*

(11) L'amendement (CE487) précise que les CGV constituent non seulement le socle de la négociation commerciale, mais surtout son socle unique : « *il arrive en effet que les conditions générales d'achat soient présentées au mieux comme le socle de la négociation et, au pire, comme un document devant être signé par le fournisseur et qui tiendra lieu de convention unique. En tout état de cause, c'est là un travestissement de la loi. C'est pourquoi nous souhaitons réaffirmer plus clairement la règle : les négociations ont comme base les CGV, et rien qu'elles – ce qui n'empêche pas les distributeurs d'en discuter ensuite* » (voir <http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/projet_de_loi_consommation.asp>). Dans la même veine, un nième amendement (CE248) prévoyait de préciser que les CGV constituent le socle de la négociation commerciale, dont découlent les conditions particulières de vente (CPV). Toutefois cette proposition a été rejetée sur le principe que le texte irait trop loin en faisant des CGV des conditions opposables aux clients : elles doivent au contraire être « *négociables* ».

(12) E. Dieny, Loi *Hamon* : aperçu des principales conséquences sur les pratiques commerciales des entreprises, revue Plastiques & caoutchoucs n° 911, avril 2014.

(13) Voir Rapport du Bureau C3 de la DGCCRF, Application des dispositions de la loi relative à la consommation modifiant le livre IV du code de commerce sur les pratiques commerciales restrictives de concurrence, août 2014, p. 5.

(14) Note d'information n° 2014-149 de la DGCCRF (voir <http://www.fiev.fr/mediatek_store/pdf/ni2014_149_loi_conso.pdf>).

démunis de rupture ; 8° Les modalités de mise en place d'une médiation quant à l'exécution du contrat, en cas de différends, afin de les résoudre. II. - À défaut de contrat écrit déterminant les rapports entre les parties comprenant les stipulations mentionnées ci-dessus, les clauses de contrats types établies par un accord collectif conclu dans le cadre de la branche d'activité concernée après avis du comité stratégique de filière, ou faute d'accord collectif par décret, s'appliquent de plein droit ». Un amendement voué à une *damnatio memoriae*, dans la mesure où la plupart des branches professionnelles refusaient non seulement des contrats type par filière mais également tout contrat type, serait-il unique, dès lors qu'il entraînerait dans son sillage l'institution d'un « écrit » comme condition de validité du contrat, au mépris du principe du consensualisme. Ce faisant la loi imposerait la conclusion d'un contrat écrit, exigence qui ne pourra s'imposer qu'au détriment de la partie en position d'infériorité dans la négociation contractuelle. À cet égard, Wilfrid Boyault, directeur juridique des Fondateurs de France soulignait à juste titre « la faible probabilité de voir de tels contrats types être conclus tant l'expérience montre le peu d'empressement des donneurs d'ordre à prendre part à de telles négociations, réticences que n'a absolument pas vaincues la mise en place des comités de filières » (rappelons que depuis les États généraux de l'industrie, les travaux du Conseil national de l'industrie s'effectuent au sein des comités stratégiques de filière¹⁵, correspondant à une filière industrielle stratégique). Il rappelait à cet égard outre les réticences des constructeurs automobiles à revoir leurs CGA, l'extrême difficulté qu'il y avait eu à négocier en 2009 un simple « Code de performance et de bonnes pratiques », resté pratiquement lettre morte depuis. Aussi c'est sans surprise qu'un nouvel amendement (CE479) demandait purement et simplement la suppression de l'article 62 bis AA sur le motif suivant : « L'article 62 bis AA, introduit dans le projet de loi par le Sénat, a prévu deux choses : d'une part, tout contrat portant sur des commandes de produits manufacturés non destinés à la revente en l'état et passé entre entreprises relevant d'une même branche d'activité devra comporter un certain nombre de mentions ; d'autre part, à défaut de contrat écrit comportant ces stipulations, un contrat-type établi par voie d'accord collectif devra s'appliquer de plein droit. Or, cette disposition est difficilement applicable en pratique. Même si l'on ne peut qu'adhérer au but poursuivi par un tel article (protéger les fournisseurs contre les grands donneurs d'ordre), sa mise en oeuvre sera problématique tant au regard des difficultés de définition posées (qu'est-ce qu'une "même branche d'activité" lorsque travaillent dans un même secteur une grosse entreprise et un seul artisan ? L'instauration d'un seuil ne risque-t-elle pas entraîner des distorsions de situations et, de fait, des distorsions de

(15) Le 13 mars 2014, le Conseil national de l'industrie présentait les fruits de son action au Premier ministre. Si la mise en route des 14 comités de filière est encore lente, elle est en passe de déboucher sur des exemples concrets et notamment dans l'aéronautique où il est prévu un allongement de la durée de commandes fermes entre clients et fournisseurs.

concurrence ?) que des rigidités qui risquent de survenir. Votre rapporteur souhaite que l'on recourt davantage soit aux codes de bonne conduite, qui se multiplient et qui, élaborés par l'ensemble des professionnels concernés, traitent de façon plus efficace des difficultés existantes, soit aux services du Médiateur des relations inter-entreprises et de la sous-traitance qui est là pour régler le type de différends auxquels semblait vouloir répondre cet article »¹⁶.

B. – Un écrit ou l'art du compromis

Dès lors, l'article L. 441-9 du code de commerce est l'archétype du compromis bancal. Il prévoit en définitive qu'une convention écrite doit être établie, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6 du code de commerce, 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. La convention écrite doit désormais indiquer les conditions convenues entre les parties, notamment : l'objet de la convention et les obligations respectives des parties ; le prix ou les modalités de sa détermination ; les conditions de facturation et de règlement dans le respect des dispositions législatives applicables ; les responsabilités respectives des parties et les garanties, telles que, le cas échéant, les modalités d'application d'une réserve de propriété ; les règles régissant la propriété intellectuelle entre les parties, dans le respect des dispositions législatives applicables, lorsque la nature de la convention le justifie ; la durée de la convention ainsi que les modalités de sa résiliation ; 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. Enfin, il est précisé qu'à défaut de convention écrite, les sanctions prévues au II de l'article L. 441-7 seront applicables : la loi Hamon marquant une augmentation sensible du montant des amendes, et une généralisation de son doublement en cas de réitération dans

(16) Par ailleurs, il est à noter que deux amendements CE244 et CE249 qui visaient à inscrire le rôle de la Médiation interentreprises dans la loi et à accroître ses prérogatives ont été retirés lors du débat en Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale. Le texte prévoyait : « IV bis A. – En cas de manquement constaté aux obligations relatives aux délais de paiement, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation saisit la Médiation des relations inter-entreprises afin qu'elle invite les deux parties à ouvrir un processus de médiation pour tenter de régler le différend ». Selon ses auteurs, l'objet de cet amendement était de permettre dans le cas particulier des obligations en matière de délais de paiement de faire intervenir la Médiation interentreprises qui offre la possibilité aux deux parties de trouver une solution négociée au litige. « La médiation est un dispositif gratuit, rapide et totalement confidentiel présentant l'avantage de préserver les relations commerciales. Ce dispositif a été créé afin de rééquilibrer les relations entre les clients et les fournisseurs. Le non-respect des délais de paiement, dans le contexte de crise que nous connaissons, entretient une dégradation régulière de la qualité des relations entre les clients et les fournisseurs, au détriment de la performance des entreprises d'une part, et de la construction d'un écosystème intelligent d'autre part. Cet amendement permet d'offrir aux entreprises une alternative intelligente pour résoudre les difficultés, avant les sanctions ».

les deux ans.⁽¹⁷⁾ En effet, pour les contrats conclus à partir du 1^{er} juillet 2014 : il est prévu une amende administrative relative au non-respect du contenu et de la date de la convention unique précitée de 75 000 euros pour les personnes physiques et 375 000 pour les personnes morales (le double en cas de récidive), cumulable avec d'éventuelles sanctions civiles, notamment en cas d'obtention d'un avantage indu (outre la publication de la décision à titre de sanction accessoire et une injonction d'établir un contrat conforme, souvent couplé à des manquements sur la facturation)⁽¹⁸⁾. Sont sanctionnées l'absence de convention ou la conclusion d'une convention non-conforme aux prescriptions de l'article, i.e. ne comportant pas l'ensemble des clauses obligatoires en toute hypothèse, ou les règles de propriété intellectuelle si la nature du contrat le justifie. Reste que la plupart du temps les relations contractuelles des sous-traitants sont régies par les « usages » professionnels et CGV, établis par leur Fédération respective : il ne faudrait pas que la nécessité d'une « convention écrite » les réduisent comme une peau de chagrin, au risque de passer à côté de la cible ! La désillusion des fournisseurs qui s'attendaient à une protection juridique quasi définitive, en seraient quitte pour une page d'écriture (à condition de tenir la plume)⁽¹⁹⁾, s'ajoute un certain scepticisme par rapport à cet excès de formalisme qu'ils n'accepteront que sous bénéfice d'inventaire⁽²⁰⁾. D'ailleurs, pour la grande majorité des membres du Cenast (Centre national de la sous-traitance industrielle) outre qu'il est difficile de fixer un seuil, il ressort d'une consultation (à laquelle le Comité des relations interindustrielles de sous-traitance ou Corist de la Fédération de la Plasturgie et des Composites était associée) une forte réticence quant à une obligation de signer un contrat. Un contrat écrit est utile et même recommandé, toutefois les sous-traitants craignent que la solution retenue par la loi, consistant à imposer un contrat, sans en définir véritablement la teneur, se retourne contre eux, dans la mesure où leurs clients pourraient en dicter le contenu. En raison de

cette levée de boucliers, le « Médiateur des Entreprises »⁽²¹⁾ Pierre Pelouzet était même mandaté afin de définir le seuil du contrat de sous-traitance, tout en élargissant la réflexion à propos des CGV, des contrats-types professionnels face aux conditions d'achat⁽²²⁾. Mais à qui sait attendre, le temps ouvre ses portes ! Aux termes du décret n° 2016-237 du 1^{er} mars 2016, publié le 4 mars, le seuil de ce montant est enfin fixé à 500 000 euros⁽²³⁾. Désormais, tout achat dont le montant est supérieur à ce seuil doit donc, à compter du 4 mars 2016, être réalisé en application d'une convention conforme aux dispositions de l'article L. 441-9, étant précisé que plusieurs achats peuvent s'inscrire dans le cadre de la même convention sans qu'il soit nécessaire de conclure une nouvelle convention à chaque achat. Les achats ainsi visés s'inscrivent uniquement dans le cadre de relations de sous-traitance de production portant sur : des achats de produits, à l'exclusion des contrats de prestations de services ; des achats de produits manufacturés, ce qui exclut les contrats portant sur l'externalisation des tâches qui ne font pas partie du cœur de métier du donneur d'ordre (nettoyage, sécurité, informatique, etc.), mais aussi de la sous-traitance de travaux ; des achats de produits manufacturés fabriqués à la demande de l'acheteur, c'est-à-dire selon ses spécifications, ce qui exclut les achats de produits standardisés, vendus sur catalogue ; des achats de produits manufacturés fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production à l'exclusion des achats d'outils de production, ou d'autres produits n'entrant pas dans le processus de production de l'acheteur. Enfin, les contrats portant sur les produits vendus sous marque de distributeur sont exclus du champ d'application de l'article L. 441-9, dans la mesure où le distributeur n'a pas, en règle générale, de production propre dans laquelle il intégrerait les produits achetés. Toutefois, dans les hypothèses où le distributeur a également une activité de production, les contrats conclus avec ses sous-traitants sont susceptibles, s'ils remplissent les critères définis ci-dessus, d'entrer dans le champ de l'article L. 441-9 du code de commerce.

En conclusion, force est de constater que la convention écrite rendue obligatoire par l'article L. 441-9 du code de commerce de la loi *Hamon* était quelque peu une arlésienne : beaucoup de promesses et peu de résultats tangibles, mais le décret surprise du 1^{er} mars 2016 pourrait changer la donne à condition d'accompagner notre « optimisme » d'une très grande vigilance. ■

(17) L. n° 2014-344, 17 mars 2014, art. 126.

(18) La loi *Hamon* ouvre la possibilité pour l'Administration de sanctionner directement elle-même les pratiques commerciales illicites. En cas de refus de contracter, la DGCCRF conseille d'envoyer une proposition de contrat dans les délais avec une lettre d'accompagnement rappelant les obligations légales et à défaut, de faire un mail actant le refus de contracter dans les formes prévues par la réglementation et rappelant les termes de l'accord commercial.

(19) Un bel exemple est le nouveau contrat type de sous-traitance du BTP qui a donné l'occasion aux fédérations professionnelles du secteur de modifier, notamment, les clauses relatives à la responsabilité, désormais plus complètes et plus lisibles. Toutefois, ce contrat type (conditions générales et conditions particulières), recommandé par les différents ministères, constitue un référentiel ; mais il ne s'impose qu'aux parties qui s'y réfèrent. Voir éditions législatives, bulletin droit des affaires n° 795, mars 2014.

(20) Sans compter le droit commun rénové des contrats qui doit entrer en vigueur le 1^{er} octobre 2016 (Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

(21) Le décret du 14 janvier 2016 ayant institué le médiateur des entreprises, auquel sont confiées les missions autrefois dévolues à la médiation inter-entreprises et à la médiation des marchés publics. Le médiateur des entreprises s'adresse à tous les acteurs économiques, tant publics que privés. Il les aide à résoudre leurs différends lorsqu'ils rencontrent des difficultés contractuelles ou relationnelles. Il encourage l'adoption et la diffusion de bonnes pratiques dans les relations commerciales entre partenaires privés ou entre acteurs publics et privés.

(22) Lire Th. Charles, La protection légale du sous-traitant : une législation en creux, *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution* 2015, p. 452. Il s'agissait même de proposer un montant réducteur de 5 millions d'euros !

(23) C. com., art. D. 441-8.