




MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE
DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI

RAPPORT

SUR LE DISPOSITIF JURIDIQUE CONCERNANT LES RELATIONS INTERENTREPRISES ET LA SOUS-TRAITANCE

DU MÉDIATEUR

DES RELATIONS INTER-INDUSTRIELLES ET DE LA SOUS-TRAITANCE

À

MONSIEUR LE MINISTRE CHARGÉ DE L'INDUSTRIE

ET À

**MONSIEUR LE SECRÉTAIRE D'ÉTAT
CHARGÉ DU COMMERCE, DE L'ARTISANAT, DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES,
DU TOURISME, DES SERVICES ET DE LA CONSOMMATION**



30 JUILLET 2010

Table des matières

I- SYNTHÈSE	6
II- INTRODUCTION	7
III- ETAT DES LIEUX	8
3-1. QU'EST-CE QUE LA SOUS-TRAITANCE ?	8
3-2. LES MAUVAISES PRATIQUES	11
IV- LE CADRE JURIDIQUE	16
4-1. APERÇU GÉNÉRAL	16
4-2. LA LOI DE 1975	16
4-3. LE CODE DE COMMERCE	19
4-3-1. Article L. 420-2	19
4-3-2. Article L. 441-6	20
4-3-3. Article L. 441-6-1	20
4-3-4. Article L. 442-6	21
4-3-5. Articles L. 442-10 et L. 443-2	22
4-3-6. Article L. 511-15	23
4-4. LE CODE CIVIL	23
4-5. LA LOI GAYSSOT	24
4-6. LE CODE GÉNÉRAL DES IMPÔTS	25
4-7. LE CODE DU TRAVAIL	25
4-8. LES MAUVAISES PRATIQUES AU CRIBLE DE LA LOI	26
4-9. LA LOI ITALIENNE DE 1998 : UN MODÈLE ?	29
V- RECOMMANDATIONS ET CONCLUSIONS	30
5-1. CRÉER UN NOUVEL ÉTAT D'ESPRIT	30
5-2. FAVORISER LES BONNES PRATIQUES	32
5-2-1. Une profession autorégulée : le BTP	32
5-2-2. Développer les bonnes pratiques	32
5-2-3. Résoudre les conflits par la médiation	33
5-3. RAPPELER LA LOI	34
5-4. RENOVER LE CADRE JURIDIQUE	36
5-4-1. La problématique	36
5-4-2. Faire une réforme a minima	36
5-4-2-1. Faciliter l'acceptation du sous-traitant	36
5-4-2-2. Favoriser les contrats écrits	37
5-4-2-3. Mieux encadrer la rupture du contrat	38
5-4-2-4. Renforcer la clause de réserve de propriété	38
5-4-2-5. Faciliter la révision des prix	38
5-4-2-6. Faciliter le paiement des fournisseurs d'entreprises en difficulté	39
5-4-2-7. Limiter la garantie exigée du sous-traitant	39
5-4-2-8. Protéger la propriété intellectuelle	39
5-4-2-9. Les traites	40
5-4-3. Une loi sur les relations interentreprises industrielles	40
5-4-4. Prendre l'Europe en compte	41
ANNEXE I- LETTRE DE MISSION	42

ANNEXE II- ORGANISMES AUDITIONNES	45
ANNEXE III- GLOSSAIRE.....	47
ANNEXE IV- CONDITIONS GENERALES D'ACHAT D'UNE GRANDE ENTREPRISE INDUSTRIELLE FRANÇAISE	48
ANNEXE V- LOI ITALIENNE DE 1998 SUR LA SOUS-TRAITANCE.....	50

I- Synthèse

Le dispositif juridique français applicable aux relations client-fournisseur apparaît comme un empilement de textes à caractère très général, comme le code civil, dans des articles dont la rédaction remonte souvent à 1804, d'une part, et de textes plus récents qui visaient à répondre à des préoccupations sectorielles et immédiates (bâtiment et travaux publics (BTP), grande distribution, transport routier, industrie, producteurs de fruits et légumes, ...), d'autre part. La cohérence de l'ensemble, appliqué au monde actuel de l'industrie et des services, laisse donc à désirer.

Pour autant ce dispositif (code civil, loi de 1975, articles L. 441-6 et L. 442-6 du code de commerce pour l'essentiel) interdit bien la plupart des mauvaises pratiques dont le médiateur des relations interindustrielles et de la sous-traitance a eu connaissance. Le problème est donc avant tout de le faire appliquer. Aussi faut-il envisager une démarche en quatre étapes.

La première chose à faire avant de légiférer consiste à créer un nouvel état d'esprit favorable à l'industrie et dans lequel tous les acteurs, grands et petits, publics et privés, aient partie liée. Il faut aussi rénover les relations entre donneurs d'ordres et sous-traitants et réhumaniser la relation acheteur-vendeur. Cela passe par une action coordonnée du gouvernement, du médiateur des relations interentreprises et de la sous-traitance, des syndicats professionnels et des entreprises, grandes et petites.

La deuxième étape consiste à développer les bonnes pratiques au sein des branches professionnelles, comme ont su le faire les entreprises du BTP. Cela passe par des actions de formation et de sensibilisation à tous les niveaux. Les chartes de bonnes pratiques et tous les documents-types (contrats, ...) vont également dans le bon sens. La situation que traverse actuellement l'industrie française tient aussi largement à l'absence de dialogue entre partenaires industriels. Il faut leur permettre de renouer le dialogue, notamment en faisant monter en puissance la médiation. Le médiateur pourrait disposer de pouvoirs spécifiques, tels que d'alerter le ministre chargé de l'économie dans le cadre des pouvoirs que lui confère l'article L. 442-6 du code de commerce ou de saisir la direction générale de la consommation de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCCRF), voire le parquet.

La troisième étape consiste à veiller à l'application effective de la loi existante. Dans ce domaine, la responsabilité incombe essentiellement à l'Etat qui dispose d'un certain nombre de moyens d'action qu'il n'a pas su ou pas voulu utiliser jusqu'à présent. A cet égard, il faut notamment rappeler la valeur légale des conditions générales de vente (CGV) dans la négociation entre le fournisseur et son client et établir une présomption de déséquilibre significatif en cas d'absence de négociation ou d'imposition de ses conditions générales d'achat (CGA) par le client.

La dernière étape, enfin, est législative. Il paraît préférable de ne pas toucher à la loi de 1975 qui est le fruit d'équilibres subtils, qui répond parfaitement aux besoins du BTP pour lequel elle a été conçue et qui ne concerne les autres secteurs d'activité qu'à la marge. Pour le reste, deux pistes sont envisageables.

La première, indispensable, consiste à toiletter un certain nombre de textes existants pour mieux préciser leur application aux relations interentreprises industrielles (médiation, acceptation du sous-traitant, contrat écrit, rupture du contrat, clause de réserve de propriété (CRP), prix des matières premières, procédures collectives, garantie du sous-traitant, propriété industrielle, ...). Il faut également établir une présomption d'acceptation du sous-traitant chaque fois que le maître de l'ouvrage ne peut pas ne pas le connaître (ancienneté des relations commerciales, participation à un système

technique stable, par ex.) pour lui permettre une action directe en paiement. Il faudrait éventuellement compléter le dispositif actuel par des sanctions appropriées.

La seconde voie, qui peut se combiner à la première, consisterait à rendre le droit applicable aux relations interentreprises industrielles plus visible et plus lisible. A cet effet, on pourrait imaginer, sur le modèle italien, une loi cadre, brève, simple qui définisse les relations interentreprises industrielles et qui fixe les grandes orientations pour lutter contre les mauvaises pratiques dans ce domaine. En favorisant l'émergence de CGV type, de contrats type et de dispositifs de médiation branche par branche, une telle loi apporterait une contribution décisive à la mise en place des filières stratégiques. Elle pourrait même conduire à la mise en place de conseils des relations interentreprises dans chaque branche.

Enfin, il ne faut pas pour autant oublier que nous sommes dans une dynamique européenne. Il conviendrait donc de regarder, ce qui n'a pas été possible dans le délai fixé pour la remise de ce rapport, ce qu'ont fait ou ce que préparent nos principaux voisins (Allemagne, Italie, Royaume-Uni, ...), la Commission européenne et le Parlement européen en matière de sous-traitance. La défense des intérêts de notre industrie exige en effet qu'elle bénéficie d'un cadre juridique compétitif dans un environnement européen.

II- Introduction

La crise que nous traversons depuis deux ans maintenant a été un révélateur des difficultés rencontrées par l'industrie française dans son ensemble. Pour autant, celles-ci ne sont pas nouvelles. On peut les faire remonter à une trentaine d'années : fin de la période de forte croissance consécutive à la fin de la deuxième guerre mondiale (les *Trente Glorieuses*), premier et deuxième chocs pétroliers, recherche de gains de productivité, notamment avec le développement de l'informatique, de la robotique, de la productique, etc., émergence de nouvelles puissances économiques, dont la Chine au premier chef, enfin développement des transports et des moyens de communications électroniques qui ont largement contribué à la mondialisation et à sa conséquence directe, les délocalisations.

C'est également à une trentaine d'années que remonte le recours massif à la sous-traitance dans l'industrie. Le contexte de concurrence accrue, conjugué à la mondialisation des échanges, a incité les grandes entreprises à se recentrer sur leur cœur de métier et à confier à d'autres tout ce qu'elles ne savaient pas, ne voulaient pas faire ou ne pouvaient pas faire elles-mêmes à des conditions économiques raisonnables. On a même vu à une époque surgir la mode du *fabless*, ces entreprises qui abandonnaient toutes leurs usines pour se concentrer sur la recherche et le développement (R&D) et sur la relation client, en sous-traitant toutes les activités de production.

En France comme ailleurs, les grandes entreprises industrielles, confrontées à la compétition mondiale, ont cherché par tous les moyens à réduire leurs coûts. Leurs sous-traitants devenaient alors des victimes naturelles dans la chasse aux coûts externes. La chose était d'autant plus facile que la mondialisation offrait aux grandes entreprises un accès facilité aux pays à bas coût de main d'œuvre, qui tendaient à devenir la référence.

Cette situation a contribué, notamment en France, à exacerber les relations entre grands entreprises et sous-traitants et à mettre nombre de ces derniers en difficulté. Elle a eu pour effet immédiat de mettre à mal le tissu industriel national. En 10 ans, la France a perdu 500 000 emplois

industriels (13 %) et la part de l'industrie dans l'emploi, qui ne cesse de décroître, ne représentait plus que 13 % de la population active en 2008. Le secteur manufacturier ne représentait plus en 2008 que 16 % de notre PIB contre 22,4 % en moyenne pour les pays de la zone euro et de l'ordre de 30 % pour l'Allemagne¹. Le gouvernement s'est donc légitimement préoccupé des difficultés que traverse l'industrie nationale et les Etats généraux de l'industrie (EGI) ont dégagé de nombreux axes de progrès.

L'un de ceux-ci concerne l'amélioration des relations entre donneurs d'ordres et sous-traitants. La nomination d'un médiateur des relations interentreprises industrielles et de la sous-traitance est une première mesure pour les apaiser. Il reste que les trop nombreuses mauvaises pratiques dénoncées par les sous-traitants amènent à s'interroger tant sur la pertinence du dispositif législatif et réglementaire applicable à la sous-traitance que sur l'application qui en est faite et à examiner les améliorations qui pourraient lui être apportées. Plus généralement se posent la question de l'intérêt d'y intégrer la jurisprudence et celle d'envisager une évolution plus globale de la législation pour aboutir à un type de relations plus équilibrées entre client et fournisseur, l'objectif ultime restant bien entendu de renforcer la compétitivité de l'économie française, en même temps que le tissu industriel national.

III- Etat des lieux

3-1. Qu'est-ce que la sous-traitance ?

Au sens large et économique du terme, la sous-traitance correspond à la définition qu'en a donnée le Conseil économique et social en 1973 : *opération par laquelle une entreprise confie à une autre le soin d'exécuter pour elle et selon un cahier des charges préétabli une partie des actes de production ou de services dont elle conserve la responsabilité économique finale*². On est donc dans une relation bilatérale.

Pour sa part, l'article 1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance la définit comme *l'opération par laquelle une entreprise confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage*. Il envisage donc une relation de sous-traitance tripartite *maître de l'ouvrage, entrepreneur principal, sous-traitant*, typique du BTP.

La Commission européenne, quant à elle, a défini la sous-traitance dans une communication du 18 décembre 1978³ comme *une opération dans laquelle une entreprise, le donneur d'ordres, charge, suivant ses directives, une autre entreprise, le sous-traitant, de la fabrication des produits, de la prestation de services ou de l'exécution des travaux qui sont destinés à être fournis au*

¹ L'interprétation de ces chiffres doit rester prudente. L'externalisation par des entreprises industrielles d'activités d'ingénierie, notamment, a par exemple fait basculer les effectifs correspondants du secteur secondaire au secteur tertiaire. Il faudrait donc regarder en fait l'ensemble industrie + services liés à l'industrie.

² *Journal officiel, avis et rapports*, 26 avril 1973, p. 305.

³ Communication de la Commission européenne du 18 décembre 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne (JOCE n° C 001, 3 janvier 1979, pp. 2 et 3).

donneur d'ordres ou exécutés pour son compte. La relation entre le donneur d'ordres et le sous-traitant est alors bipartite.

Enfin, la norme AFNOR X 50-300 (*Sous-traitance industrielle, vocabulaire, 1987*) définit comme activités de sous-traitance *toutes les opérations concourant pour un cycle de production déterminé à l'une ou plusieurs des opérations de conception, d'élaboration, de fabrication, de mise en œuvre ou de maintenance du produit en cause, dont une entreprise, dite donneur d'ordres, confie la réalisation à une entreprise dite sous-traitante ou preneur d'ordres, tenue de se conformer exactement aux directives ou spécifications techniques arrêtées en dernier ressort par le donneur d'ordres*. Là encore, la relation est bilatérale.

Hormis la loi de 1975, sur laquelle nous reviendrons, toutes ces définitions considèrent la sous-traitance comme une relation bilatérale entre un *donneur d'ordres* et un *sous-traitant*.

Au plan juridique, la sous-traitance rentre en fait dans le concept de *contrat d'entreprise*, appellation moderne du contrat de *louage d'ouvrage* visé à l'article 1710 du code civil : *le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles*. Le locateur d'ouvrage s'oblige, moyennant rémunération, à accomplir de manière indépendante un travail d'ordre matériel ou intellectuel à la demande et au profit d'une autre personne qu'on dénomme *client* ou *donneur d'ordres*. Lorsque ce locateur d'ouvrage confie à son tour à un tiers tout ou partie de l'exécution de cette prestation matérielle ou intellectuelle et que ce tiers l'exécute en toute indépendance et sans lien de subordination, le contrat qui se noue alors entre les parties est également un contrat d'entreprise.

En droit, le contrat d'entreprise se distingue clairement du contrat de vente (art. 1582 et suivants du code civil) et du contrat de louage de choses (art. 1713 et suivants du code civil). Le contrat d'entreprise a pour objet d'accomplir une prestation de service et le contrat de vente celui de transférer la propriété d'une chose. Concrètement, par le contrat de vente, une entreprise vend des produits qu'elle conçoit et réalise elle-même, qui figurent à son catalogue et qui ne sont pas destinés spécifiquement à tel ou tel client.

Pour autant, certaines organisations professionnelles auditionnées soulignent qu'il n'y a guère de différence entre *sous-traitance* et *vente* dans le quotidien des relations de leurs adhérents avec leurs clients (baisses de prix imposées, rupture brutale de contrat, retards de paiement, etc.), même s'ils perçoivent parfaitement la différence sémantique et juridique entre les deux notions. Le débat tourne donc plus autour des relations interentreprises industrielles en général qu'autour de la sous-traitance *stricto sensu*.

La sous-traitance peut se décomposer selon différents axes. Si on s'intéresse à la nature de l'activité sous-traitée, on distinguera :

- la sous-traitance industrielle ;
- la sous-traitance de services (ingénierie, logiciels, centres d'appels, publicité, ...).

La sous-traitance peut aussi se décomposer selon la fonction ou la spécialisation des entreprises sous-traitantes. On distingue alors une *sous-traitance de spécialité* et une *sous-traitance de capacité* :

- la sous-traitance est dite de *spécialité* lorsque le donneur d'ordres fait appel à un spécialiste disposant d'un savoir-faire ou d'équipements nécessaires au lancement ou au développement d'une fabrication, dont lui-même ne peut pas ou ne veut pas, pour des raisons relevant de sa stratégie propre, se doter, notamment s'il estime ses installations insuffisantes ou insuffisamment compétitives pour cette fabrication ;
- la sous-traitance est dite de *capacité* lorsque le donneur d'ordres, équipé lui-même pour exécuter un produit, recourt à une autre entreprise, soit occasionnellement, soit en raison

d'une surcharge ponctuelle, soit en raison d'un incident technique, soit de façon plus ou moins habituelle, parce qu'il entend utiliser des capacités disponibles à l'extérieur, de façon à conserver une capacité propre dans une fabrication déterminée.

En pratique, la sous-traitance peut revêtir des aspects et des degrés très différents, notamment selon que le sous-traitant est appelé ou non à participer à la conception initiale du produit ou des travaux et selon les conditions de réalisation qui lui sont prescrites. Suivant les cas, le sous-traitant pourra avoir un rôle de simple exécutant, sur la base de spécifications techniques imposées par le donneur d'ordres (cas très fréquent de la sous-traitance de capacité) ou au contraire collaborera à l'étude et proposera les solutions techniques adaptées aux besoins exprimés par le donneur d'ordres (cas général de la sous-traitance de spécialité).

Aujourd'hui, plus aucun secteur d'activité n'échappe à la pratique de la sous-traitance, qu'il s'agisse d'ingénierie, d'informatique, de relation client, de communication, etc. C'est notamment le cas dans les domaines de l'automobile, de l'aéronautique, du transport ferroviaire ou de la construction navale. A eux seuls, ces quatre secteurs représentent 55 % de la sous-traitance industrielle confiée. Ils se sont restructurés en intégrant une dimension internationale et en renonçant à maîtriser l'ensemble de leur système productif. Ces différents secteurs recourent largement à la sous-traitance de capacité.

A contrario, l'industrie pharmaceutique procède à davantage de sous-traitance de spécialité.

La sous-traitance industrielle en France est largement affaire de petites et de moyennes entreprises (PME), voire d'entreprises de taille intermédiaire (ETI). Selon le Centre national de la sous-traitance (CENAST), elle concerne 32 000 entreprises. Elle emploie 565 000 salariés. Elle réalise 77 milliards d'euros de chiffre d'affaires⁴.

La sous-traitance reste très dépendante de la conjoncture. En 2003, alors que le chiffre d'affaires de l'industrie manufacturière baissait de 0,6 %, celui de la sous-traitance baissait de 2,79 %. La situation n'est revenue à la normale qu'en 2007, non sans heurts. Entretemps, le cours des matières premières avait fortement augmenté et la concurrence internationale s'était exacerbée. Pour ne pas perdre leurs marchés, les sous-traitants avaient accepté de réduire leurs marges. Il est vrai qu'ils avaient simultanément amélioré leur productivité. Toujours est-il qu'en 2007, le taux de marge brute des entreprises sous-traitantes s'établissait à 17 % contre 27 % pour l'ensemble de l'industrie manufacturière.

La sous-traitance est pourtant un facteur essentiel de développement économique, par la souplesse et les compétences qu'elle procure aux donneurs d'ordres. D'un point de vue macroéconomique, elle permet également une rationalisation des investissements, notamment par une répartition plus judicieuse des moyens de production.

⁴ Selon Daniel Coué, universitaire spécialiste de la sous-traitance et consultant pour le MIDESE, la production de la sous-traitance française aurait chuté de 19 % en 2009 et se situerait autour de 64 milliards d'euros, soit son niveau de 1998 (*La Lettre des achats* du 1^{er} juin 2010, disponible sur le site http://www.lettredesachats.fr/print/e-docs/00/00/45/4A/document_article_web.phtml).

Pour sa part, dans son dernier rapport *La sous-traitance industrielle en chiffres*, édition 2009, l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) indique qu'en 2007 la sous-traitance industrielle concernait 4 000 entreprises de 20 personnes ou plus, qu'elle employait 354 000 salariés et qu'elle réalisait 49 milliards d'euros de chiffre d'affaires et 16 milliards d'euros de valeur ajoutée. L'INSEE entend toutefois sous-traitance industrielle dans un sens très étroit (entreprises correspondant aux codes NAF 28.4A, B et C, 28.5A, 28.5C et D, 28.3C, 27.5A, C, E et G, 28.7G et H, 25.9N, 25.2H, 25.1E et 32.1D) et ne retient que les entreprises de 20 personnes et plus.

3-2. Les mauvaises pratiques

On a recensé ici les principales mauvaises pratiques en matière de sous-traitance, dont le médiateur a eu connaissance. Pour autant, il ne s'agit pas d'accréditer une vision caricaturale de la réalité en chargeant les donneurs d'ordres de tous les maux et en exonérant leurs sous-traitants de leurs obligations. Il s'agit seulement de donner une liste de pratiques abusives, auxquelles se sont réellement trouvés confrontés des sous-traitants et qui sont dénoncées de façon suffisamment récurrente pour qu'on y porte attention.

- 1- Consultation ne respectant pas les règles de la concurrence.
- 2- Appel d'offres avec des prix et des conditions irréalisables.
- 3- Exigence d'amortir les coûts non récurrents d'outillage dans le prix des pièces pour obtenir la commande.
- 4- Non-respect des cadences de commandes et de quantités convenues dans le cadre de contrats à commande ouverte ; ajustement des clauses d'amortissement des coûts de développement.
- 5- Désengagement brutal du donneur d'ordres.

La vie des affaires ne peut évidemment pas se concevoir sans la liberté de rompre des relations existantes au profit de nouvelles. Toutefois, une rupture brutale du contrat par le donneur d'ordres peut mettre à mal son sous-traitant, surtout s'il s'agit d'une petite structure, plus encore si elle se trouve en situation de dépendance économique vis-à-vis de lui. Pour obtenir un marché, le sous-traitant peut s'être engagé financièrement en investissant dans des outils ou des machines afin de répondre à la demande de son donneur d'ordres. Or un tel achat est un investissement lourd pour les entreprises sous-traitantes, notamment pour les PME. En effet leur trésorerie ne leur permet généralement pas d'acheter des outils ou des machines comptant. Elles doivent donc recourir au crédit, ce qui constitue un coût supplémentaire pour elles. Ainsi, en cas de rupture avant l'échéance, le sous-traitant peut se retrouver en difficulté et voir sa pérennité menacée si rien n'a été prévu pour ce qui concerne les investissements réalisés et non encore rentabilisés. La rupture prématurée du contrat aura en effet des conséquences sur sa trésorerie et sur ses comptes puisqu'il devra en tout état de cause continuer à assumer les échéances auprès de ses créanciers.

- 6- Rapatriement brutal d'activité sous-traitée.
- 7- Contrats commerciaux léonins.

Parmi les pratiques léonines, mentionnons l'introduction par les donneurs d'ordres industriels dans les bons de commande de *conditions générales d'achat* (CGA) dont il est précisé qu'elles se substituent aux *conditions générales de vente* (CGV) qui leur sont contraires. A titre d'illustration, on trouvera en annexe IV les conditions générales d'achat publiques d'une grande entreprise industrielle française, telles qu'elles sont disponibles sur Internet et qui sont un exemple typique des clauses que certains grands donneurs d'ordres imposent à leurs sous-traitants.

Mentionnons aussi la pratique de l'autofacturation. La facture est en principe établie par le fournisseur. En application de la directive européenne 2001/115/CE du 20 décembre 2001⁵, le client peut toutefois émettre ces factures au nom et pour le compte du fournisseur, lorsque celui-ci lui en a donné le mandat. La pratique de l'autofacturation présente toutefois des risques et amène à des dérives, surtout si le sous-traitant se trouve en situation de dépendance économique vis-à-vis de son donneur d'ordres : mandat forcé, déductions irrégulières sur la facture (notes de débit) ou actions injustifiées sur le montant du prix lui-même.

Par ailleurs, dans certains cas, le sous-traitant est un fournisseur concepteur de son produit et fournit directement le constructeur, auquel il accorde parfois une garantie liée au retour des pièces défectueuses, lorsque le défaut est de son fait. Or les constructeurs tendent à accorder aux consommateurs des durées de garantie de plus en plus longues, sans tenir compte du fait que cela a un impact direct sur la conception des pièces en jeu et donc que cela induit un coût pour le sous-traitant.

Enfin, l'usage impose au sous-traitant de souscrire une assurance pour garantir les dommages découlant d'une mauvaise exécution du contrat ou d'un défaut de sécurité du produit qu'il livre. Toutefois le montant des dommages causés peut être sans rapport à la valeur du produit. Qu'on pense au cas d'un sous-traitant de l'aéronautique ou de l'automobile dont la pièce serait à l'origine d'un accident d'avion ou du rappel massif d'un modèle de voiture. Certains donneurs d'ordres ne se privent pourtant pas dans leurs CGA de lui en faire porter non seulement l'entière responsabilité, mais aussi l'ensemble des conséquences directes et indirectes.

- 8- Contrats français en devises étrangères ou absence de clause d'actualisation au regard de la fluctuation des devises.
- 9- Non-respect des contrats tacites.
- 10- Gestion de fait.

La jurisprudence française est malheureusement sévère avec les sous-traitants qui se placent en situation de dépendance vis-à-vis d'un client unique en réalisant avec lui plus de 30 % de leur chiffre d'affaires et parle de *faute de gestion*. Il est vrai qu'il lui arrive aussi de condamner des donneurs d'ordres à assumer la défaillance de sous-traitants dont ils étaient devenus *gérant de fait* (immixtion dans la gestion de l'entreprise, chiffre d'affaires trop important, etc.).
- 11- Modification du contrat (cahier des charges ou commande, sans réajustement de prix).
- 12- Défaut d'information du fournisseur en cas de litige.
- 13- Retard volontaire dans le traitement d'un litige.
- 14- Litige partiel ou non-paiement de fournitures réceptionnées sans réserve.
- 15- Exploitation de brevet ou de savoir-faire sans l'accord du sous-traitant.

La propriété intellectuelle des sous-traitants qui porte sur les créations nouvelles (résultats d'études et de développement, procédés de fabrication, brevets, marques,

⁵ Directive 2001/115/CE du Conseil du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée (JOCE, L 15, 17 janvier 2002, pp. 24 à 28) et article 289 du code général des impôts.

dessins, modèles, ...) suscite un intérêt important, notamment pour celui qui en est dépourvu. La sous-traitance suppose pourtant que l'une ou l'autre des parties au contrat ou les deux mutualisent certaines informations relatives à leur propriété intellectuelle.

En pratique beaucoup de sous-traitants ne valorisent pas leur propriété intellectuelle de manière optimale, résignés qu'ils sont à ce qu'elle soit captée par leurs donneurs d'ordres. Il n'est en effet pas exceptionnel que ceux-ci leur imposent le rachat de leur technologie ou son transfert à une société tierce qu'ils leur désignent. En cas de rupture du contrat de sous-traitance avant l'échéance, le sous-traitant peut donc se retrouver dépouillé de sa propriété industrielle s'il n'a pas pensé à la protéger.

Le sujet est particulièrement sensible dans le secteur de la mode, du textile et de l'habillement, où la création joue un rôle essentiel. Le fournisseur est généralement tenu de remettre des échantillons à son client qui n'hésite parfois pas à les faire produire en série ailleurs. La difficulté tient à la petite taille des entreprises du secteur qui, faute de temps et de moyens, ne protègent pas ou protègent mal leur propriété intellectuelle, qui sont mal armés pour négocier avec de grands clients et qui, en toute hypothèse, hésiteront toujours à les traîner en justice.

- 16- Contrat de longue durée sans clause de révision des prix (matières premières, contraintes réglementaires, ...).

Il est pourtant difficile pour une PME de prévoir et de maîtriser les variations des multiples paramètres économiques.

- 17- Activités non rémunérées (logiciels, études, savoir-faire).

Dans de nombreux cas, le sous-traitant fait profiter le donneur d'ordres de ses compétences, de son savoir-faire et de son expérience. De plus, on a pu lui demander des efforts supplémentaires en termes de créativité technique, de management et de qualité (certification, normalisation, ...). Le sous-traitant doit bien sûr tout mettre en œuvre pour satisfaire le donneur d'ordres et emporter ou conserver le marché. Toutefois ces démarches réclamées par le donneur d'ordres ont un coût. Il est donc nécessaire d'établir un lien entre la durée du contrat de sous-traitance et ce coût. Or le donneur d'ordres n'accorde pas souvent d'intérêt aux investissements du sous-traitant dans le cadre de leur relation contractuelle, alors que la situation économique de ce dernier peut être fragilisée par des investissements trop lourds pour lui.

- 18- Baisse de prix imposée unilatéralement sur des programmes pluriannuels.

Certains clients imposent à leurs fournisseurs un calendrier de baisses de prix annuelles, sans aucun lien avec leur capacité réelle à dégager des gains de productivité et sans prendre en retour aucun engagement de volume ou de durée.

Par ailleurs, certains donneurs d'ordres, sous prétexte de gains de compétitivité, demandent à leurs sous-traitants une décomposition détaillée de leur structure de coûts (main d'œuvre, matières premières, frais généraux, etc.), ce qui ne peut conduire qu'à amenuiser encore un peu plus leurs marges.

- 19- Non-respect de la revue d'offre en demandant des gains de productivité annuels sous couvert de directives de la direction des achats.

- 20- Demande des états financiers de l'entreprise par le donneur d'ordres sous prétexte de vérifier sa solidité et sa pérennité, mais surtout pour définir des objectifs de productivité non contractuels.

21- Clause de compétitivité qui annihile les effets du contrat.

22- Modification du cahier des charges sans réajustement des prix.

23- Incitation du sous-traitant à transférer tout ou partie de son activité à l'étranger.

L'incitation à la délocalisation conduit à la perte de la relation de proximité entre entreprises et la baisse de la qualité des produits constitue à long terme un risque pour les deux parties. Certains sous-traitants l'acceptent toutefois, pour ne pas perdre la relation client-fournisseur avec leur donneur d'ordres, en attendant des jours meilleurs.

24- Délais de paiement.

Bien que non conforme à l'esprit de la loi, la pratique du paiement à 60 jours fin de mois, voire à 90 jours, est une spécificité bien française qui perdure. En Allemagne ou en Autriche, les paiements se font à 30 jours.

Les décalages de facturation et les bons de commandes postérieurs à la livraison sont monnaie courante dans le monde de la sous-traitance. Il existe de nombreux artifices pour contourner la loi française. L'un d'eux consiste à faire passer la commande par une filiale étrangère du donneur d'ordres, ce qui n'empêchera d'ailleurs pas de fixer le lieu de livraison en France (voir également point 34 ci-dessous).

25- Taux d'escompte excessifs en contrepartie du respect des délais de paiement.

26- Déduction d'office de coûts de réparation des produits.

Certains donneurs d'ordres n'hésitent pas à faire porter le coût d'un défaut de conception de leur fait à leur fournisseur, alors même que ce dernier a scrupuleusement respecté le cahier des charges. De même, ils n'hésitent pas à appliquer unilatéralement des sanctions pour de prétendus défauts de qualité.

27- Escomptes forcés.

Certains donneurs d'ordres demandent des escomptes pour paiement comptant, faute de quoi ils payent à 120 jours.

28- Escomptes rétroactifs.

29- Avoir d'office non contradictoire.

30- Pénalités de retard abusives.

31- Annulation d'une commande sans indemnité.

32- Fin du contrôle réception prise comme délai de paiement par rapport à la date de livraison.

33- Retour des marchandises dans un délai non acceptable après livraison.

34- Contournement de la loi française par des commandes passées de l'étranger, même si la livraison est en France.

35- Stocks consignation, modalités de prélèvement, facturation.

Certains donneurs d'ordres contournent les dispositions de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (loi *LME*) en matière de délai de paiement par le biais de la pratique des stocks de consignation. Sous le prétexte de prendre sa part des coûts de logistique, le fournisseur est parfois obligé de conserver chez lui des pièces qui auraient dû être livrées au donneur d'ordres ou de les livrer dans un entrepôt extérieur, parfois même à l'étranger, dans lequel le donneur d'ordres se sert au fur et à mesure de ses besoins. Ces stocks sont appelés *stocks de consignation*. Dans tous les cas, l'idée est de laisser le plus longtemps possible la responsabilité financière du stock au fournisseur. Ces pratiques soulèvent nombre de questions juridiques et engendrent leur lot de clauses abusives : pénalités si le stock tombe en dessous d'un minimum ou passe au dessus d'un maximum, gestion des stocks et assurance à la charge du fournisseur, alors que l'entrepôt n'est pas sous son contrôle, exclusion dans le contrat des cas de force majeure ou des circonstances indépendantes de sa volonté, etc. Tout ceci permet surtout au donneur d'ordres de contourner les dispositions de la loi *LME* sur les délais de paiement, puisque le point de départ n'est pas la date de livraison de la pièce par le sous-traitant dans le stock, mais celle à laquelle le donneur d'ordres vient l'y prendre.

Au plan jurisprudentiel, force est de constater la quasi-absence de décisions exemplaires sanctionnant ces pratiques abusives, en dehors du cas de rupture des relations commerciales établies ou de la pratique des avoirs d'office.

La plupart des pratiques décrites ci-dessus conduisent à un écrasement de la marge de l'ensemble des acteurs de la chaîne de valeur. Conjuguées à l'effet cyclique de la crise, elles ont entraîné la défaillance de nombreuses PME, mais aussi d'entreprises plus grandes comme certains équipementiers de l'automobile.

Dans ce contexte, les sous-traitants de rang 1 des filières automobile, aéronautique ou ferroviaire sont relativement à l'abri d'une liquidation pour peu qu'ils détiennent un monopole technique ou un savoir-faire devenu incontournable pour les constructeurs qui avaient choisi de les externaliser. De fait, leur disparition mettrait alors à risque les approvisionnements de leurs donneurs d'ordres. C'est d'ailleurs pourquoi ces derniers mettent souvent en place une double source d'approvisionnement pour certaines pièces critiques.

En revanche, les sous-traitants de rang 2 et plus, sont souvent victimes des dépôts de bilan de leurs donneurs d'ordre. Ils ne sont pas armés juridiquement pour y faire face car ils se sont construits sur un modèle de dépendance. Il faut ajouter que malheureusement certains n'hésitent pas, par facilité ou par manque de moyens, à se placer dans une telle situation vis-à-vis de leur donneur d'ordres, qui peut représenter 60 %, voire plus, de leur chiffre d'affaires.

IV- Le cadre juridique

4-1. Aperçu général

La persistance des pratiques dénoncées au chapitre précédent amène à s'interroger sur la pertinence du dispositif législatif en vigueur en matière de sous-traitance, ainsi que sur son application. L'une et l'autre n'apparaissent à l'évidence pas satisfaisantes, puisqu'elles les laissent perdurer. Ce dispositif comprend bien sûr la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, mais aussi d'autres textes issus des grandes lois économiques (loi Sapin, 1993⁶, loi Galland, 1996⁷, loi, NRE, 2001⁸, loi MURCEF, 2001⁹, loi LME, 2008¹⁰) et dont bon nombre de dispositions sont reprises dans le code de commerce, un certain nombre d'articles du code civil, du code général des impôts ou du code du travail, voire des textes de circonstance (loi Gayssot, 1998¹¹, et loi Perben, 2006¹²).

4-2. La loi de 1975

La loi de 1975 reste un texte fondamental pour la sous-traitance, même si elle souffre de certains défauts que le législateur a tenté de corriger à de nombreuses reprises¹³ : caractère lacunaire, difficultés de mise en œuvre en raison de son obscurité, jurisprudence contradictoire et application très limitée en dehors du BTP¹⁴.

En 1975, la France vivait la fin de la période de reconstruction de l'après-guerre et de nombreuses entreprises du BTP venaient de déposer leur bilan. De leur côté, les grandes entreprises

⁶ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

⁷ Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

⁸ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques.

⁹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier.

¹⁰ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹¹ Loi n° 98-69 du 6 février 1998 tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier.

¹² Loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports.

¹³ Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, loi n° 86-13 du 6 janvier 1986 relative à diverses simplifications administratives en matière d'urbanisme et diverses dispositions concernant le bâtiment, loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer, loi n° 98-69 du 6 février 1998 tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier, loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier [loi MURCEF] et loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

¹⁴ Il ne semble pas exister de statistiques récentes sur l'application de la loi de 1975. Bernard Sablier, Joseph-Emmanuel Caro et Séverin Abbatucci, dans leur ouvrage *La sous-traitance dans la construction* (Editions Le Moniteur, 2007), p. 23, indiquent que selon une enquête de juin 1989, 76 % des sous-traitants ne demandent pas le bénéfice de sa protection et 13 % n'avaient pas de contrat écrit, ce chiffre atteignant 50 % dans le secteur de la maison individuelle.

industrielles, alors totalement intégrées, commençaient seulement à découvrir l'intérêt économique de la sous-traitance. Le problème n'était donc pas de réguler une sous-traitance industrielle naissante mais de protéger les entreprises du bâtiment vis-à-vis des dépôts de bilan des entreprises générales. C'est le sens initial de la loi de 1975, dont l'objectif était double et limité :

- assurer la protection du sous-traitant et garantir son paiement, en cas de défaillance de son débiteur ;
- lutter contre la pratique de la sous-traitance occulte.

Il faut souligner que, sur un chantier de BTP, seuls les intervenants qui ont la qualité de sous-traitants au sens de la loi de 1975 en bénéficient. D'autres intervenants comme les vendeurs (fournisseurs de produits ou d'éléments standards comme le ciment, les parpaings, les tuiles, des éléments standard de charpente ou d' huisserie, ...) ou les loueurs de matériel (échafaudages, grues, engins de chantier, ...) en sont exclus.

Au vrai, les relations interentreprises dans le BTP présentent un caractère très particulier, lié à l'exécution d'un même marché sur un même chantier. Les différents corps de métier sont solidaires autour d'un projet commun. Cela les oblige à se parler et à partager des dépenses d'intérêt commun (construction de voies d'accès, eau, électricité, installation du chantier, gardiennage, ...). Cela contribue à créer entre eux des liens qu'on ne trouve pas dans la sous-traitance industrielle.

Applicable dans un premier temps au seul secteur du BTP et couvrant à la fois les marchés privés et les marchés publics, le dispositif de la loi de 1975 a été étendu au transport par la loi Gayssot en 1998¹⁵ puis à la sous-traitance industrielle par l'article 186 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

L'article 1 de la loi de 1975 définit la sous-traitance¹⁶ comme une relation tripartite entre un maître de l'ouvrage, un entrepreneur et un sous-traitant, chargé *de tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise*.

L'article 2 précise que le bénéfice de la loi s'étend à tous les sous-traitants de la chaîne. Chaque sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

L'article 3 impose l'obligation pour l'entrepreneur principal de faire accepter son ou ses sous-traitants et de faire agréer leurs conditions de paiement par le maître de l'ouvrage. L'entrepreneur principal est tenu de communiquer ses sous-traités au maître de l'ouvrage sur demande de ce dernier.

Nous passerons sur le titre II qui concerne les marchés passés par l'Etat, les collectivités locales, les établissements et les entreprises publics, importants pour les entreprises du bâtiment et surtout pour celles des travaux publics, mais beaucoup moins pour les entreprises industrielles.

La nouveauté introduite par la loi de 1975 réside dans son titre III qui organise l'*action directe*. Aux termes de l'article 12, le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne le paie pas. Cette action directe subsiste même si ce dernier fait l'objet d'une procédure collective. Elle fait en principe bénéficier le sous-traitant d'un avantage déterminant pour le recouvrement de sa créance à l'égard du maître de l'ouvrage.

L'article 13 limite toutefois l'assiette de recouvrement :

¹⁵ Voir le paragraphe 4-5. ci-dessous.

¹⁶ Voir au paragraphe 3-1. La définition exacte que la loi de 1975 donne de la sous-traitance.

- au montant des prestations prévues par le contrat de sous-traitance, dans la limite du solde encore dû par le maître d'ouvrage, afin d'éviter que celui-ci ne paie plus que ce qu'il doit encore ;
- au montant des prestations dont le maître d'ouvrage est effectivement bénéficiaire.

Par ailleurs, l'article 14 oblige l'entrepreneur principal à apporter une garantie de paiement à son sous-traitant sous la forme :

- soit d'une délégation de paiement qui se concrétise par un écrit tripartite aux termes duquel l'entrepreneur principal demande au maître d'ouvrage de payer le sous-traitant. Ce dernier remet sa demande de paiement à l'entrepreneur principal qui la vérifie et la transmet pour paiement au maître d'ouvrage ;
- soit d'une caution bancaire qui permet à l'entrepreneur principal de régler directement le sous-traitant¹⁷.

Enfin, l'article 14-1, issu de la loi n° 86-13 du 6 janvier 1986 relative à diverses simplifications administratives en matière d'urbanisme et diverses dispositions concernant le bâtiment, vise à combattre la sous-traitance occulte. Le maître de l'ouvrage qui a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant non déclaré, doit mettre en demeure l'entrepreneur principal de le déclarer et vérifier la mise en place des garanties qui lui sont dues. Le maître de l'ouvrage qui, par négligence, omet l'une de ses obligations engage sa responsabilité vis-à-vis du sous-traitant, ce qui peut l'amener à payer deux fois la même somme : à l'entrepreneur principal d'une part et au sous-traitant d'autre part. La loi de 2005 de sauvegarde des entreprises a étendu ces dispositions aux contrats de sous-traitance industrielle, sans toutefois définir cette dernière.

En théorie très protectrice des intérêts des sous-traitants, la loi de 1975 se révèle, dans les faits, complexe, mal appliquée, voire méconnue, en dehors du BTP. Le fait qu'elle n'ait pas été codifiée y est peut-être pour quelque chose. De plus, les conditions de fond et de forme qu'elle impose compliquent sa mise en œuvre :

- de nombreux sous-traitants interviennent, au mieux, sur simple bon de commande, au pire, sur simple accord oral. Il est vrai que la loi de 1975 n'exige pas d'écrit ;
- si le lot de travaux et, par voie de conséquence, le marché sont des notions assez faciles à appréhender dans le BTP, il n'en va pas de même dans l'industrie manufacturière qui fonctionne en flux tendus et où les commandes se succèdent les unes aux autres sans jamais revêtir la forme d'un marché ;
- le sous-traitant peut difficilement contraindre l'entrepreneur principal à le déclarer au maître de l'ouvrage ;
- l'entrepreneur principal répugnera toujours à communiquer ses sous-traités au maître de l'ouvrage, pour ne pas révéler sa marge ;
- l'entrepreneur principal répugne généralement à souscrire une caution bancaire, qui représente des frais pour lui. Quant à la délégation de paiement, elle est lourde à mettre en œuvre. Les sûretés prévues à l'article 14 (délégation de paiement ou caution) ne sont donc quasiment jamais mises en place. Elles le sont d'autant moins que la mise en place des cautions coûte rapidement très cher si le nombre de sous-traitants est important¹⁸ et

¹⁷ L'article 1799-1 du code civil, pour sa part, oblige le maître de l'ouvrage qui conclut un marché de travaux privé visé au 3° de l'article 1779 dudit code à garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues lorsque celles-ci dépassent un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat. Ce seuil est fixé à 12 000 euros depuis le 1^{er} janvier 2002 (décret n° 99-658 du 30 juillet 1999 pris pour l'application de l'article 1799-1 du code civil et fixant un seuil de garantie de paiement aux entrepreneurs de travaux).

¹⁸ Un constructeur automobile, maître de l'ouvrage au sens de la loi de 1975, peut avoir, au travers de quelques grands équipementiers, entrepreneurs principaux au sens de la même loi, jusqu'à 250 sous-traitants, toujours au sens de la loi de 1975, à travers le monde.

qu'elle est difficilement envisageable pour des contrats cadre avec appel de commandes ;

- l'action directe est subordonnée à une mise en demeure de l'entrepreneur principal restée sans effet pendant un mois ;
- en cas de procédure collective, les administrateurs judiciaires de l'entrepreneur principal ont tendance à s'opposer à l'acceptation a posteriori du sous-traitant et à bloquer les actions en paiement direct, tant ils préfèrent que l'argent revienne à l'entreprise dont ils ont la charge ;
- l'assiette du paiement du sous-traitant est si strictement encadrée par l'article 13 que le sous-traitant a en général du mal à se faire payer intégralement ;
- les sous-traitants cherchent en général à éviter les contentieux à la fois pour des raisons commerciales (ne pas se fâcher avec leurs donneurs d'ordres), mais aussi de coût (frais d'avocats) et parce que le temps joue contre eux ;
- elle est inadaptée au monde industriel où il est souvent difficile de suivre, tant en quantité qu'en types, des flux d'objets qui arrivent de façon continue et présentent un caractère marqué de fongibilité ;
- enfin, elle est mal adaptée à des domaines dans lesquels le secret des affaires revêt une grande importance, soit par les montants en jeu, soit par les technologies utilisées, soit en raison même de l'identité du client final.

La loi de 1975 n'est donc pas la grande loi sur la sous-traitance que certains voudraient y voir. Elle n'organise pas de vrai statut de la sous-traitance. Elle ne s'applique qu'à la sous-traitance *stricto sensu*, dans le cadre d'une relation tripartite, ce qui est rarement le cas de la sous-traitance industrielle. Elle ne traite fondamentalement que d'un sujet, le paiement du sous-traitant par l'action directe. Enfin, elle n'est vraiment bien appliquée que dans le BTP et, si elle l'est aussi dans le secteur de l'automobile où les chaînes de sous-traitance sont longues, en revanche, elle ne l'est pas dans des secteurs aussi divers que l'électronique, l'habillement ou l'imprimerie.

4-3. Le code de commerce

Le code de commerce ne vise pas spécifiquement la sous-traitance. Toutefois, un certain nombre de ses articles intéressent plus largement les relations interentreprises. Nous n'examinerons ici que les principaux d'entre eux.

4-3-1. Article L. 420-2

Une entreprise de sous-traitance peut réaliser une grande partie de son activité avec un seul donneur d'ordre ce qui la place dans une situation de dépendance économique. L'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce sanctionne une telle pratique *dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L.442-6 ou en accords de gamme.*

Jusqu'à présent, la jurisprudence semble s'être surtout focalisée sur la relation de dépendance d'un revendeur ou d'un distributeur vis-à-vis de son fournisseur, alors que le problème dans le domaine des relations interentreprises industrielles est plutôt inverse. C'est celle d'un fournisseur qui ne peut plus survivre sans les commandes d'un client qui représente une part trop importante de son chiffre d'affaires.

4-3-2. Article L. 441-6

L'article L. 441-6 du code de commerce, issu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (loi NRE) et modifié par l'article 92 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (loi LME) :

- impose au producteur ou au prestataire de service de communiquer ses CGV, qui constituent ainsi *le socle de la négociation* entre les parties. Dans la pratique, de grands donneurs d'ordres font table rase des CGV de leurs sous-traitants, au motif que ceux-ci se comptent par centaines et qu'ils ne peuvent pas gérer autant de contrats différents. Ils imposent donc leurs CGA¹⁹ ;
- traite également des délais de paiement. Sauf accord de branche et dans le silence du contrat, ceux-ci sont fixés en règle générale à 45 jours fin de mois ou à 60 jours à compter de la réception de la marchandise ou de l'exécution de la prestation. Quant au taux d'intérêt des pénalités de retard, qui sont de droit, il doit être compris entre 1,5 fois le taux de refinancement de la Banque centrale européenne (BCE) et ce même taux majoré de 10 points de pourcentage²⁰. Il punit enfin d'une amende de 15 000 € le non-respect de ces dispositions.

4-3-3. Article L. 441-6-1

Les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes doivent publier des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs et de leurs clients suivant des modalités définies par décret. Ces informations font l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes dans des conditions fixées par ce même décret. Le commissaire aux comptes adresse ledit rapport au ministre chargé de l'économie s'il démontre, de façon répétée, des manquements significatifs aux prescriptions des neuvième et dixième alinéas de l'article L. 441-6. C'est alors au ministre d'engager des poursuites.

Il ne semble pas que ce dispositif, pourtant intéressant, ait vu de commencement de mise en œuvre, d'autant que les commissaires aux comptes, qui se réfugient derrière l'absence d'instructions

¹⁹ Voir un exemple de CGA en annexe IV.

²⁰ Cette disposition fonde le fisc, qui semble en user effectivement, à procéder à un redressement fiscal des fournisseurs sur la base de ces agios, même s'ils ne les ont pas effectivement perçus.

de leur conseil de l'ordre, n'y mettent apparemment guère de zèle. Il est vrai que la concision même du décret d'application²¹ a de quoi laisser perplexe.

4-3-4. Article L. 442-6

Bien que conçues à l'origine pour encadrer les pratiques de la grande distribution, les dispositions de l'article L. 442-6 trouvent leur application dans les relations interentreprises industrielles et interdisent la plupart des pratiques abusives rencontrées dans le monde de la sous-traitance²². Son I interdit :

- l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (I, 1°) ;
- la soumission ou la tentative de soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (I, 2°) ;
- l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage préalablement à toute commande et sans engagement écrit sur un volume d'achat proportionné (I, 3°) ;
- l'obtention ou la tentative d'obtention, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, de conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente (I, 4°) ;
- la rupture brutale d'une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimum de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels (I, 5°) ;
- la soumission d'un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé par l'article L. 441-6 ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et des usages commerciaux ; est notamment abusif le fait pour le débiteur de demander à son créancier de différer la date d'émission de la facture (I, 7°) ;
- le refus ou le retour de marchandises ou la déduction d'office du montant de la facture établie par le fournisseur des pénalités correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, sans que le fournisseur ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant (I, 8°).

On notera au passage que le I, 5° de l'article L. 442-6 donne au ministre chargé de l'économie le pouvoir de fixer les règles à appliquer en matière de rupture de contrat, en l'absence d'accord de branche.

Le II de l'article L. 442-6 déclare nulles un certain nombre de clauses, dont celles prévoyant la possibilité :

- de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale (II, a) ;
- d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement, préalablement à la passation de toute commande (II, b) ;

²¹ Décret n° 2008-1492 du 30 décembre 2008 pris pour l'application de l'article L. 441-6-1 du code de commerce.

²² Voir paragraphe 3-2.

- d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui (II, c) ;
- de bénéficier automatiquement des conditions les plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant (II, d).

Le III du même article dispose que *l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. [...] La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise.*

Quant au IV, il stipule que *le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte la cessation des pratiques discriminatoires ou abusives ou toute autre mesure provisoire.*

Une PME hésitera pourtant toujours à intenter une action en justice contre un client abusif, de peur de perdre sa chalandise et de s'attirer une mauvaise réputation, surtout quand la concurrence fait rage comme actuellement. Seul le I, 5° de l'article L. 442-6 a donné lieu à une abondante jurisprudence. De fait, c'est une de ses rares dispositions que les sous-traitants n'hésitent pas à faire jouer. En effet, s'ils le font, c'est qu'ils se trouvent dans une situation désespérée et qu'ils n'ont plus rien à perdre. En revanche, la jurisprudence est mince sur les autres points.

4-3-5. Articles L. 442-10 et L. 443-2

Les enchères inversées se sont initialement développées pour acheter au meilleur prix des matières premières. Elles sont aujourd'hui très répandues dans de nombreux secteurs, notamment l'aéronautique, l'automobile et les télécommunications. Cette politique d'achat a des conséquences désastreuses pour les fournisseurs. La situation est même catastrophique dans le domaine de l'ingénierie dans lequel de grands groupes imposent à leurs sous-traitants des prix de vente à peine supérieurs à leur prix de revient, essentiellement constitué de coûts salariaux. La méthode des enchères inversées contribue fortement à déshumaniser la relation client-fournisseur et les prive du dialogue nécessaire à une relation durable et efficace. En outre, elle ne peut que conduire les prestataires à rogner sur la qualité de ses prestations.

L'article L. 442-10 encadre la pratique des enchères électroniques pour la rendre plus transparente. L'article L. 443-2 sanctionne les manipulations au cours de telles enchères. Il reste toutefois souvent difficile d'en apporter la preuve. Surtout, le rapport de force entre donneur d'ordres et fournisseur fait que ce dernier a généralement du mal à se prévaloir de l'ensemble de ces dispositions du code de commerce.

4-3-6. Article L. 511-15

Le paiement par lettre de change, si elle est acceptée par le client, permet au fournisseur d'obtenir de la banque une avance de trésorerie du montant correspondant (escompte). Ce moyen de financement court terme est moins coûteux que l'affacturage ou que la cession de créance de type *Dailly*. Pourtant le paiement par traite (qui est informatisé dans le cas des lettres de change relevé) se raréfie. Les donneurs d'ordres, notamment dans l'automobile, refusent le paiement par traite et lui préfèrent le virement dont ils gardent la maîtrise et qui n'influe pas sur la cotation auprès de la Banque de France ni sur les frais au cas où le règlement n'est pas honoré à la date convenue. D'autres en acceptent le principe, mais tardent à retourner la traite signée pour acceptation. Dans les deux cas, le fournisseur est privé de ce moyen privilégié de financement de trésorerie qui, dans le contexte de crise du secteur automobile, risque de causer des difficultés supplémentaires aux PME sous-traitantes. L'article L. 511-15 du code de commerce prévoit pourtant que le client acheteur de marchandises doit accepter la traite dans un délai correspondant au délai d'usage de reconnaissance des marchandises.

4-4. Le code civil

Le code civil reste la base du droit des contrats. Nombreux sont ses articles applicables aux relations interentreprises industrielles, même si leur rédaction reste souvent celle de 1804 et si elle est donc parfois quelque peu décalée par rapport à la réalité d'aujourd'hui. Il serait fastidieux de les énumérer tous. Nous nous en tiendrons donc aux grandes lignes.

Le livre III, *des différentes manières dont on acquiert la propriété*, serait à citer largement. Son titre III, qui traite *des contrats et des obligations en général*, pose les principes généraux qui leur sont applicables. On y trouve notamment les articles 1134 et 1147 qui affirment le principe que seule la volonté des parties permet d'adapter le contrat et qu'en cas de déséquilibre apparu lors de l'exécution, notamment en raison de l'altération de *l'économie du contrat*, il existe une obligation implicite de le renégocier de bonne foi.

Le titre IV bis du livre III, qui traite *de la responsabilité du fait des produits défectueux*, le titre VI, qui traite *de la vente*, et le titre VIII, qui traite *du contrat de louage*, trouvent une application directe aux relations interentreprises industrielles. C'est dans ce dernier titre qu'on trouve l'article 1710 sur le contrat de louage d'ouvrage, qui couvre exactement le champ de la sous-traitance.

Enfin, le livre IV, qui traite *des sûretés*, contient les articles 2367 à 2372 qui posent le principe de la CRP. Cette clause permet au fournisseur impayé de revendiquer la propriété de l'objet livré et d'en demander la restitution, même si le client fait l'objet d'une procédure collective. Elle constitue donc à côté de la loi de 1975 un moyen de remédier à un défaut de paiement. Sa mise en œuvre se heurte toutefois à de nombreux problèmes pratiques :

- l'absence générale de contrat détaillé qui rend difficile l'exercice de la CRP. En cas de règlement judiciaire du client, le fournisseur doit pourtant présenter un contrat spécifique pour se faire entendre du tribunal de commerce ;
- la récupération des pièces livrées au client mais non encore payées et *a fortiori* celles en cours de transformation qui est difficile ;

- les inventaires établis à la demande du tribunal de commerce qui sont souvent imprécis et ne permettent pas d'identifier les pièces en question ;
- les conditions d'achat du client qui écartent généralement la clause de réserve de propriété.

L'article 48 de l'ordonnance du 23 mars 2006²³ a modifié l'article L. 624-16 du code de commerce qui détermine les conditions dans lesquels le bénéficiaire d'une CRP peut faire valoir ses droits lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective. Il s'agissait alors d'harmoniser le code de commerce avec les nouvelles dispositions du code civil concernant les sûretés. La définition de la CRP qui figurait à l'article L. 624-16 disparaissait au profit de celle de l'article 2367 du code civil. Ce dernier a bien gardé le principe que la CRP doit être convenue entre les parties dans un écrit établi au plus tard au moment de la livraison ou dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties. En revanche la disposition selon laquelle *nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écartier ou de la modifier* a été purement et simplement supprimée.

4-5. La loi Gayssot

Bien que ne concernant pas directement la sous-traitance industrielle, la loi n° 98-69 du 6 février 1998 tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier, dite *loi Gayssot*, est un exemple intéressant de texte de circonstance, pris sous la pression des grèves de chauffeurs routiers de novembre 1997, et qui offre une protection exorbitante du droit commun à une profession particulière.

Elle a tout d'abord explicitement étendu l'application de la loi de 1975 au secteur des transports en assimilant le donneur d'ordres initial au maître de l'ouvrage et le cocontractant du transporteur à l'entrepreneur principal. Le transporteur a donc une action directe sur ce fondement.

En outre, la loi Gayssot a introduit dans le code de commerce un article L. 132-8 qui dispose que *la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre le destinataire, le commissionnaire et le voiturier. Le voiturier a ainsi une action directe en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport. Toute clause contraire est réputée non écrite.*

Le destinataire des marchandises devient ainsi partie au contrat de transport, alors même qu'il peut ne pas connaître l'identité du transporteur et encore moins les modalités de transport. Pourtant, en cas de défaillance de l'intermédiaire, l'expéditeur ou le destinataire pourront avoir à payer le transporteur en totalité, même si l'intermédiaire l'a déjà été.

Les entreprises de transport semblent jouer efficacement de la loi Gayssot, qui coûte cher à ceux qui doivent en supporter les conséquences financières²⁴.

²³ Des juristes entendus lors des auditions soutiennent au demeurant que cet article est illégal, dans la mesure où il viole le champ de l'habilitation donnée au gouvernement de légiférer par voie d'ordonnance résultant de l'article 24 de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005.

²⁴ Il ne s'agit pas là d'une vision théorique des choses. Un chef d'entreprise entendu dans le cadre de ce rapport a déclaré avoir eu effectivement à payer deux fois un transport et a affirmé que la loi Gayssot lui avait coûté plus cher que la défaillance de ses clients.

La loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports (loi *Perben*) a encore renforcé les avantages dont bénéficie le secteur des transports. Elle a complété la loi Gayssot en modifiant l'article L. 441-6 du code de commerce pour imposer le paiement à 30 jours dans le secteur du transport. C'est le seul secteur d'activité où les délais légaux de paiement soient aussi courts et, surtout, soient respectés. Cet état de choses crée naturellement des jalousies.

4-6. le code général des impôts

En matière d'imposition à la taxe à la valeur ajoutée (TVA), la loi distingue le fait générateur de l'exigibilité (art. 269 du code général des impôts). Pour les livraisons de biens meubles corporels, le fait générateur et l'exigibilité coïncident, c'est-à-dire que la TVA est exigible, même si le prix n'est pas encore payé. A l'inverse, pour les prestations de services, la situation est plus favorable puisque le paiement de la TVA est dû au jour de l'encaissement du prix ou de la rémunération du service rendu.

Au plan fiscal, la sous-traitance est traitée comme une cession de bien, ce qui entraîne l'obligation par le sous-traitant de s'acquitter du paiement de la TVA auprès de l'administration fiscale alors même qu'il n'a pas encore encaissé les sommes que lui doit le donneur d'ordres. Cette absence de régime particulier de la TVA pour le sous-traitant le fragilise encore un peu plus.

Un rééquilibrage fiscal au profit du sous-traitant pourrait s'inspirer du régime juridique créé par la loi italienne du 18 juin 1998²⁵. Le paiement de la TVA pourrait être différé au moment de l'encaissement effectif des sommes dues au sous-traitant et la liquidation pourrait être trimestrielle.

4-7. Le code du travail

Les sociétés d'ingénierie et de conseil en technologie (ICT) ont pour mission d'aider leurs clients à développer leurs produits en leur apportant un savoir-faire. Elles ne vendent pas de la main d'œuvre (des heures d'ingénieur), mais une prestation technique en lien direct avec leur savoir faire. Cette prestation est généralement réalisée par une équipe d'ingénieurs du fournisseur qui réalise la prestation chez le client, afin de lui permettre de gérer au mieux l'avancement du projet avec le personnel de ce dernier. Or la jurisprudence établit qu'il y a délit de marchandage notamment dans les cas suivants :

- lorsque le personnel sous-traité travaille pour un seul et même client depuis plusieurs années ;
- lorsque le personnel sous-traité reçoit ses instructions de l'encadrement du client, ou lorsque le client définit les tâches et le lieu d'exécution ;
- lorsque le personnel exécute la totalité de sa mission dans les locaux du client et est soumis à des horaires identiques à ceux du personnel du client.

²⁵ Voir paragraphe 4-9 et annexe V.

Ces dernières années, le marché du conseil en technologie a considérablement évolué du fait de l'externalisation toujours plus importante de la R&D et de la pression des donneurs d'ordres qui cherchent à faire porter à leurs sous-traitants la charge des gains de productivité qu'ils n'arrivent pas à dégager en interne. Du fait même de cette évolution, les sociétés d'ICT ont du mal à établir la nature précise du lien entre leurs employés et elles-mêmes, en particulier dans la cascade de sous-traitance due au référencement des donneurs d'ordres.

Une application stricte de la loi conduirait de nombreuses sociétés d'ICT à tomber sous le coup d'une qualification de délit de marchandage ou de prêt illicite de main d'œuvre (art. L. 8231-1 à L. 8234-2 et L. 8241-1 à L. 8243-2 du code du travail) lorsqu'elles mettent à disposition du personnel auprès d'une entreprise. Il en résulterait un coup d'arrêt à cette activité d'assistance à la R&D, condamnant ainsi plusieurs centaines de milliers d'emplois. Compte tenu de ces risques, plusieurs professions ont demandé à être explicitement exclues du champ d'application de ces dispositions du code du travail. Il en est ainsi pour le travail temporaire, alors même que ses pratiques sont très semblables. Cette situation est d'autant plus préjudiciable aux sociétés d'ICT que depuis plusieurs années les sociétés d'intérim viennent sur leurs marchés, aidées par la cascade de sous-traitance. Or cette concurrence se fait au détriment des sociétés d'ICT, les sociétés d'intérim ayant des coûts plus faibles, ne formant pas leurs employés et ne les rémunérant que le temps de leur mission. A l'inverse, les sociétés d'ICT apportent :

- une stabilité de l'emploi à leur personnel qui bénéficie de contrats de travail stables et de conventions collectives qui le protègent ;
- une vraie valeur ajoutée à leurs collaborateurs à qui ils peuvent proposer des évolutions de carrière comme dans n'importe quel groupe ;
- une vraie valeur ajoutée à leurs clients par la capitalisation du savoir-faire accumulé par leur personnel au cours de ses différentes missions.

Il faudrait envisager soit une dépénalisation de ces délits, la qualification de délit pénal étant extrêmement traumatisante pour les chefs d'entreprise, soit sortir les sociétés d'ICT du champ d'application du délit de marchandage.

4-8. Les mauvaises pratiques au crible de la loi

Un exercice rapide pour tenter de mettre en regard des mauvaises pratiques recensées par le médiateur les articles de loi qui les prohibent aboutit au tableau suivant qui ne vise pas à l'exhaustivité, mais seulement à ouvrir des pistes²⁶ :

mauvaise pratique	texte législatif²⁷ ou jurisprudence
1- Consultation ne respectant pas les règles de la concurrence.	Concurrence déloyale (art. 1382 CC).
2- Appel d'offres avec des prix et des conditions	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°).

²⁶ Nous remercions CMS Bureau Francis Lefebvre pour sa contribution à la mise au point de ce tableau.

²⁷ Articles du code de commerce, sauf indication contraire. CC : code civil, CMF : code monétaire et financier, CPI : code de la propriété intellectuelle, CT : code du travail.

- irréalisables.
- 3- Exigence d'amortir le coût de l'outillage non-récurrent dans le prix des pièces pour obtenir la commande
Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°).
- 4- Non-respect des cadences de commandes et de quantités convenues dans le cadre de contrats à commande ouverte ; ajustement des clauses d'amortissement des coûts de développement.
Loi du contrat (art. 1134 CC).
Obligation de résultat (art. 1147 CC).
Obligation de moyen (art. 1137 CC).
Responsabilité prévue au contrat (art. 1150 CC).
- 5- Désengagement brutal du donneur d'ordres.
Rupture brutale (art. L. 442-6, I, 5°).
- 6- Rapatriement brutal d'activité sous-traitée.
Rupture brutale (art. L. 442-6, I, 5°).
- 7- Contrats commerciaux léonins.
Exploitation abusive d'un état de dépendance économique (art. L. 420-2).
Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°).
- 8- Contrats français en devises étrangères ou absence de clause d'actualisation au regard de la fluctuation des devises.
Art. L. 111-1 CMF.
- 9- Non-respect des contrats tacites.
Qualification du contrat par un juge puis régime juridique applicable.
Rupture brutale (art. L. 442-6, I, 5°).
- 10- Gestion de fait.
Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2).
Direction de fait créant un risque de responsabilité en cas de procédure collective (art. L. 651-2)
- 11- Modification du contrat (cahier des charges ou commande, sans réajustement de prix).
Loi du contrat (art. 1134 CC).
Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°).
Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2).
- 12- Défaut d'information du fournisseur en cas de litige.
Responsabilité contractuelle ?
- 13- Retard volontaire dans le traitement d'un litige.
Responsabilité contractuelle ?
Bonne foi (art. 1134 CC).
- 14- Litige partiel ou non-paiement de fournitures réceptionnées sans réserve.
Loi du contrat (art. 1134 CC).
Obligation de payer selon les dispositions contractuelles.
Le cocontractant de celui qui se prévaut de l'exception d'inexécution peut saisir le juge pour faire constater que celle-ci a été opposée à tort (Civ. 1^{ère}, 18 décembre 1990).
- 15- Exploitation de brevet ou de savoir-faire sans l'accord du sous-traitant.
Contrefaçon de dessin ou de modèle (art. L. 513-1 et suivants du CPI).
Contrefaçon de brevet (art. L. 613-3 CPI).
Violation d'un secret de fabrication (art. L. 1227-1 CT).
- 16- Contrat de longue durée sans clause de

révision des prix (matières premières, contraintes réglementaires, devises, ...).	Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2). Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°).
17- Activités non rémunérées (logiciels, études, savoir-faire).	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°). Obligation de facturation (art. L. 441-3).
18- Baisse de prix imposée unilatéralement sur des programmes pluriannuels.	Loi du contrat (art. 1134 CC). Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2).
19- Non-respect de la revue d'offre en demandant des gains de productivité annuels sous couvert de directives de la direction des achats.	Loi du contrat (art. 1134 CC). Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2). Déséquilibre significatif (L. 442-6, I, 2°).
20- Demande des états financiers de l'entreprise par le donneur d'ordres sous prétexte de vérifier sa solidité et sa pérennité, mais surtout pour définir des objectifs de productivité non contractuels.	Exploitation abusive d'un état de dépendance économique (art. L. 420-2).
21- Clause de compétitivité qui annihile les effets du contrat.	Déséquilibre significatif (L. 442-6, I, 2°).
22- Modification du cahier des charges sans réajustement des prix.	Loi du contrat (art. 1134 CC). Exploitation abusive d'une position dominante (art. L. 420-2). Déséquilibre significatif (L. 442-6, I, 2°).
23- Incitation du sous-traitant à transférer tout ou partie de son activité à l'étranger.	Art. L. 442-6, I, 4° si menace de rupture.
24- Délais de paiement (loi LME).	Art. L. 441-6.
25- Taux d'escompte excessifs en contrepartie du respect des délais de paiement.	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°).
26- Déduction d'office de coûts de réparation des produits.	Compensation d'office (art. 1289 et suivants CC).
27- Escomptes forcés.	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°). Art. L. 442-6, I, 8°.
28- Escomptes rétroactifs.	Déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2°). Art. L. 442-6, I, 8°.
29- Avoir d'office non contradictoire.	Art. L. 441-3 et L. 442-6, I, 8°. Problème de la TVA.
30- Pénalités de retard abusives.	Réduction de la clause pénale excessive (art. 1134 CC). Art. L. 441-6.
31- Annulation d'une commande sans indemnité.	Loi du contrat (art. 1134 CC). Résiliation unilatérale. Rupture brutale (art. L. 442-6, I, 5°).
32- Fin du contrôle réception prise comme délai de	Art. L. 442-6, I, 7°.

paiement par rapport à la date de livraison.

- 33- Retour des marchandises dans un délai non acceptable après livraison. Art. L. 442-6, I, 8°.
- 34- Contournement de la loi française par des commandes passées de l'étranger, alors que la livraison est en France.
- 35- Stocks consignation, modalités de prélèvement, facturation. Art. L. 442-6, I, 7°.

On voit donc que le dispositif juridique existant couvre en théorie la quasi-totalité des mauvaises pratiques signalées au médiateur. Le problème est donc bien plus un problème d'application de la loi que d'absence de loi.

4-9. La loi italienne de 1998 : un modèle ?

La loi italienne n° 192 du 18 juin 1998 sur la sous-traitance, dont une traduction française figure en annexe, ne fait évidemment pas partie du corpus juridique français. Toutefois, comme plusieurs organisations professionnelles s'y sont référées lors de leur audition, il a paru intéressant de l'analyser, au moins sommairement, pour voir si elle pouvait constituer un modèle dont la France pourrait s'inspirer.

Cette loi est brève puisqu'elle ne comporte que 11 articles, dont un article d'exécution.

L'article 1 définit la sous-traitance comme l'opération par laquelle *un entrepreneur s'engage à effectuer pour le compte d'une entreprise commettant des travaux sur des produits semi-travaillés ou sur des matières premières fournies par le commettant lui-même, ou bien il s'engage à fournir au commettant des produits ou des services destinés à être incorporés ou à être utilisés dans le cadre de ce dernier, ou dans la production d'un bien complexe, en conformité avec les projets d'exécution, les connaissances techniques et technologiques, les modèles ou prototypes fournis par l'entreprise commettante.* Cet article écarte explicitement du champ de la loi certaines activités telles que fourniture de matières premières, de services publics ou de biens d'équipement ne pouvant être assimilés à de l'outillage.

L'article 2 impose, à peine de nullité, un contrat écrit entre les parties, qui fixe les spécifications précises de l'objet à fournir, son prix ou les modalités précises de son calcul, ainsi que les délais de livraison.

L'article 3 traite des délais de paiement, des garanties données au sous-traitant et de l'obligation de renégocier les prix en cas de modifications significatives des conditions initiales.

L'article 4 encadre fortement la possibilité pour le sous-traitant de sous-traiter à son tour et interdit de le faire à des conditions de paiements plus défavorables que les siennes.

L'article 5 traite de la responsabilité du fournisseur et de la possibilité pour le donneur d'ordres de contester la qualité de son travail.

L'article 6 limite le droit du donneur d'ordres à modifier unilatéralement le contrat, sauf en ce qui concerne les quantités et les délais, sous réserve d'un préavis suffisant. Il interdit la rupture unilatérale du contrat par l'une des parties et déclare nulle de plein droit la cession par le sous-traitant au donneur d'ordres de ses droits de propriété industrielle ou intellectuelle.

En revanche l'article 7 confirme la propriété industrielle du donneur d'ordres sur son projet.

L'article 8 autorise le sous-traitant à payer la TVA trimestriellement.

L'article 9 définit la dépendance économique comme *la situation où une entreprise est en mesure de décider dans ses rapports commerciaux avec une autre entreprise un déséquilibre excessif de droits et d'obligations. La dépendance économique est évaluée en tenant compte également de la possibilité réelle pour la partie qui a subi l'abus de trouver sur le marché des alternatives satisfaisantes*. L'abus peut consister en refus de vente ou refus d'achat, en l'imposition de conditions contractuelles injustifiables, discriminatoires ou graves ou en l'interruption arbitraire des relations commerciales. Le contrat qui a pour effet de créer une telle situation est nul de plein droit.

Enfin l'article 10 impose une procédure de conciliation et d'arbitrage entre les parties, avant toute action en justice.

Au global, cette loi, simple, claire et concise, couvre bien le champ de la sous-traitance industrielle. Elle protège les sous-traitants. Elle condamne les pratiques les plus décriées en France : abus de position de dépendance économique, rupture unilatérale du contrat, manipulation des prix, délais de paiement excessifs, pillage de la propriété intellectuelle du sous-traitant. Pour autant, elle laisse aux donneurs d'ordres une grande liberté d'actions. Elle impose enfin une procédure d'arbitrage avant toute action en justice.

V- Recommandations et conclusions

5-1. Créer un nouvel état d'esprit

Les relations entre donneurs d'ordre et sous-traitants n'ont cessé de se dégrader en France ces dernières années, même s'il existe des secteurs comme l'aéronautique où les choses se passent plutôt bien. On a trop longtemps laissé perdurer des comportements opportunistes, des comportements prédateurs, des comportements égoïstes, dont on connaît les conséquences à long terme. Aucune entreprise ne peut se satisfaire d'un modèle économique dans lequel la création de valeur se ferait au prix d'une perte progressive de substance industrielle. Or c'est bien ce qui se produit lorsqu'une entreprise sous-traitante se trouve fragilisée par le comportement de ses principaux donneurs d'ordres.

L'absence d'ETI en France et le nombre important de PME, beaucoup moins bien à même de négocier face à de grands donneurs d'ordres, ne sont certainement pas étrangères à ce phénomène. Le tissu industriel national des PME sous-traitantes représente pourtant une richesse et un gisement d'emplois pour le pays. Il est le premier gisement d'emplois et de productivité dans notre pays.

La première chose à faire avant de légiférer consiste donc à créer un nouvel état d'esprit favorable à l'industrie et dans lequel tous les acteurs, grands et petits, publics et privés, ont partie liée. Cela passe par une action coordonnée du gouvernement, du médiateur des relations interentreprises et de la sous-traitance, des syndicats professionnels et des entreprises, grandes et petites.

L'idée d'une économie bâtie sur l'amont (R&D) et sur l'aval (vente et services) de la production apparaît désormais clairement comme un non-sens. Une stratégie industrielle ne peut pas se réduire à une stratégie d'achat, elle-même réduite à la compression des prix. Ce cycle infernal n'est tenable ni pour les sous-traitants à court terme, ni pour les donneurs d'ordres à moyen terme. Il mène à la destruction du tissu industriel français et aux délocalisations. La clé de la compétitivité ne réside pas dans la réduction des coûts, pour laquelle les pays émergents seront toujours mieux placés que nous. Elle repose sur l'innovation, mais aussi sur notre capacité à unir nos forces pour peser d'avantage dans la mondialisation.

Au demeurant, les obligations sont des deux côtés. Les sous-traitants doivent respecter leurs donneurs d'ordres et leurs engagements. Ils doivent bien sûr améliorer leur compétitivité et leur réactivité, faire progresser la qualité de leurs produits et de leurs services, mais aussi élargir le nombre de leurs donneurs d'ordres et s'ouvrir à l'international.

Il faut aussi rénover les relations entre donneurs d'ordres et sous-traitants et réhumaniser la relation acheteur-vendeur, d'autant qu'on constate souvent un décalage entre la réalité du terrain et la volonté des dirigeants. Il est plus intéressant, et en tout cas plus intelligent, que le donneur d'ordres et le sous-traitant se rapprochent pour étudier ensemble les gains possibles de productivité et se les partagent équitablement plutôt que le donneur d'ordres pressure le sous-traitant pour dégager à son seul profit une marge moins importante. Cela est d'autant plus vrai que la demande des grands groupes vers les ETI et les PME dépasse désormais le simple travail à façon. Elle va vers le transfert d'activités innovantes, avec une demande de plus en plus complexe. L'importance de la chaîne devient alors critique : elle ne vaut que ce que vaut son maillon le plus faible.

Une économie moderne doit donc reposer sur un triptyque innovation-production-services organisé autour de filières multipartenaires qui se mettent au service de projets communs. Il faut bâtir dans notre pays des filières, des écosystèmes à l'allemande, de façon à créer des gains de productivité. L'objectif de ces filières est bien d'organiser de façon durable et concertée des relations gagnant-gagnant entre donneurs d'ordres et sous-traitants, de façon que ces deux concepts évoluent vers celui de cotraitants. Il faut donc faire comprendre aux grands donneurs d'ordre français leur responsabilité en matière de filières. Le modèle à suivre est celui développé par Toyota ou par Volkswagen. Il faut aussi que les sous-traitants développent une vision stratégique. Tout cela prendra dix ans ou plus, mais c'est vital pour l'avenir de notre industrie.

Ces relations d'un nouveau type doivent permettre, à la fois en R&D et dans le processus industriel, de baisser les coûts, d'augmenter les performances et de valoriser les compétences locales et régionales dans une recherche commune de compétitivité industrielle. Ceci passe par :

- une simplification et un renforcement des relations entre grands groupes, ETI et PME de façon à ce que tous agissent mieux ensemble, de manière coordonnée, offensive et prospective, dans le respect de la concurrence ;
- la préservation et le développement d'une production à valeur ajoutée en France ;
- un renforcement de la chaîne de valeur, de façon à rester compétitifs, offensifs et prospectifs sur les marchés internationaux ;
- le contrôle de certaines technologies et le maintien de certaines sources d'achats en France ;
- une démarche d'achats *responsable*.

5-2. Favoriser les bonnes pratiques

5-2-1. Une profession autorégulée : le BTP

Dès 1977, la Fédération française du bâtiment (FFB) et la Fédération nationale des travaux publics (FNTP) ont diffusé des contrats type de sous-traitance qui avaient reçu l'agrément du Conseil national de la sous-traitance du bâtiment et du Syndicat national du béton armé et des techniques industrialisées. Ces documents ont été actualisés en 1995 et en 2005. La FFB et la FNTP ont également rédigé des chartes de comportement, régionales et sectorielles, et des modèles d'actes et mis en place un comité de suivi des chartes. Tous ces documents ont un rôle essentiel pour le respect des droits des entreprises sous-traitantes. La FFB a également rédigé à partir de 1982 un *Mémento du sous-traitant* tiré à plus d'un million d'exemplaires à ce jour.

Par ailleurs, la FFB a organisé en son sein une fonction statutaire de médiation, le Conseil national de la sous-traitance de la FFB. Cet organe fonctionne d'autant mieux que la FFB regroupe 57 000 adhérents de toute taille : on y trouve 42 000 entreprises artisanales à côté des grands de la profession (Vinci, Bouygues, Eiffage, ...). De même, la FNTP dispose d'un Comité de médiation et d'arbitrage des travaux publics. Dans 98 % des cas, ces dispositifs de médiation sont saisis par des sous-traitants et 95 % des saisines aboutissent à une médiation effective. Certains voient même dans la baisse régulière du nombre de saisines, l'indice d'une baisse du nombre de litiges et donc d'un assainissement de la situation.

Enfin, il faut souligner que les fédérations professionnelles organisent pour les jeunes conducteurs de travaux des journées de formation divisées en une demi-journée juridique et une demi-journée comportementale pour leur apprendre à faire face à toutes les problèmes qui peuvent surgir sur un chantier aux multiples intervenants. Ils disposent ainsi des bases nécessaires pour établir des relations à tout le moins correctes entre l'entrepreneur principal qu'ils représentent sur le chantier et les sous-traitants qui y interviennent.

Ces deux professions qui recourent depuis toujours à la sous-traitance ont donc su s'organiser pour établir en leur sein des relations apaisées et à régler en interne et par la voie de la conciliation la plupart des conflits qui peuvent naître entre leurs adhérents. Il y a là un exemple dont pourraient s'inspirer nombre d'autres branches d'activité.

5-2-2. Développer les bonnes pratiques

La deuxième étape, après la création d'un nouvel état d'esprit, est, à l'instar du BTP, de développer les bonnes pratiques. L'amélioration des relations entre donneurs d'ordre et sous-traitants passe donc prioritairement par des actions telles que :

- une sensibilisation au plus haut niveau (conseil d'administration et direction générale) des entreprises, surtout celles qui sont de grands donneurs d'ordres, à l'intérêt général qu'il y a à développer de bonnes relations entre elles et leurs sous-traitants ;
- une formation (initiation économique, juridique, sociale et technique) adaptée aux acheteurs trop enclins à ne retenir que le critère du prix ;
- une incitation à établir des contrats écrits, structurés où les droits et les devoirs des deux parties soient équilibrés et clairement définis ;
- une sensibilisation de tous aux questions de propriété intellectuelle et à la nécessité de prévoir des clauses à cet effet dans les contrats. L'Institut national de la propriété industrielle (INPI) pourrait utilement apporter sa contribution à cette campagne.

Depuis la transposition de la directive européenne 2006/43/CE, toutes les sociétés cotées, établissements de crédit et sociétés d'assurance ont l'obligation de mettre en place un comité d'audit. La charte des comités d'audit pourrait donc utilement prévoir un contrôle de la qualité des relations entre leur société et ses sous-traitants.

La multiplication des chartes de bonnes pratiques va également dans le bon sens, même si elles n'ont pas de valeur contraignante. Le simple fait de les négocier et de les signer amène déjà les parties à mieux se connaître et à parler d'égal à égal. A cet égard, il faut bien sûr citer la Charte de la médiation du crédit et de la Compagnie des dirigeants et acheteurs de France (CDAF) du 11 février 2010, qui a recueilli d'autres signatures le 28 juin 2010. Elle régit les relations entre grands donneurs d'ordres et PME. Aujourd'hui elle regroupe 40 signataires représentant 200 milliards d'euros d'achat annuels.

Il existe aussi de nombreuses chartes et documents généralistes ou sectoriels. Nous avons déjà évoqué ceux du BTP. Ajoutons, sans que cette liste ait d'autre valeur qu'illustrative, la *Charte de bonnes pratiques* et la *Charte de l'externalisation* du Mouvement des entreprises de France (MEDEF), le *Guide contractuel des relations de sous-traitance* du CENAST (1975), la *Charte des adhérents*, le *Code de performance et de bonnes pratiques relatif à la relation client-fournisseur au sein de la filière et de la construction automobile* signé par le Comité français des constructeurs d'automobiles (CCFA) et le Comité de liaison des industries fournisseurs de l'automobile (CLIFA) le 9 février 2009, les *Conditions générales de ventes, de sous-traitance et de prestations de services industriels en électronique* et le *Guide pour l'élaboration d'un contrat de sous-traitance électronique* élaborés par le Syndicat national des entreprises de sous-traitance électronique (SNESE), la *Charte de bonnes pratiques de la filière mode et luxe* signée par le président de Fédération française de la couture, du prêt-à-porter, des couturiers et de la mode et le président de l'Union française des industries d'habillement le 14 avril 2010 ou les différents guides éditée par la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (CAPEB) à l'usage de ses membres.

En revanche, il est regrettable qu'une norme comme la norme ISO 9000 sur la gestion de la qualité ait été modifiée pour prendre en compte la relation client, mais qu'elle ait oublié la relation fournisseur. L'Association française de normalisation (AFNOR), qui représente la France à l'International Organization for Standardization (ISO), devrait pousser à compléter la norme sur ce point.

5-2-3. Résoudre les conflits par la médiation

Il apparaît clairement que la situation que traverse actuellement l'industrie française tient largement à l'absence de dialogue entre partenaires industriels. Il faut leur permettre de renouer le

dialogue et ne pas leur laisser le seul choix entre les deux positions extrêmes : subir un rapport de force ou passer au stade contentieux. La médiation offre justement cette alternative, tout en permettant de préserver la relation contractuelle. Il faut donc utiliser plus largement le processus de médiation et le faire monter en puissance :

- en encourageant les entreprises à prévoir des clauses de médiation dans leurs contrats ;
- en incitant les branches professionnelles et les filières à mettre en place des médiations internes pour tenter de résoudre les conflits entre leurs membres, comme cela existe déjà pour le BTP ;
- en recourant aux médiateurs internes mis en place par les signataires de la Charte de la médiation du crédit et de la CDAF ;
- en élargissant le rôle et la composition de la Commission d'étude des pratiques commerciales (CEPC) pour qu'elle soit mieux à même d'appréhender les questions de nature industrielle ;
- en assurant le déploiement de la médiation des relations interentreprises industrielles et de la sous-traitance. A cet égard, le médiateur pourrait disposer de pouvoirs spécifiques, tels que d'alerter le ministre chargé de l'économie et lui proposer des actions à entreprendre dans le cadre des pouvoirs que lui confère l'article L. 442-6 du code de commerce. Il pourrait également saisir la DGCCRF, comme le suggère le rapport Retailleau²⁸, voire le parquet.

5-3. Rappeler la loi

Après avoir créé un nouvel état d'esprit et développé les bonnes pratiques et avant de légiférer, il faut commencer par faire appliquer la loi telle qu'elle est aujourd'hui. Le chapitre IV a montré que, pour imparfait qu'il soit, le dispositif actuel couvre bien l'ensemble des mauvaises pratiques²⁹. Dans ce domaine, la responsabilité incombe essentiellement à l'Etat.

Il faut d'abord rappeler l'existence de ces textes à ceux qui ont mission de les faire appliquer et ceux qui peuvent profiter de leurs dispositions : syndicats professionnels, entreprises, magistrats, commissaires aux comptes, administrateurs judiciaires, organismes de contrôle de l'Etat, etc.

A cet égard, il faudrait :

- établir un recueil de l'ensemble des textes applicables à la sous-traitance et rédiger une circulaire rassemblant la doctrine de l'Etat et la jurisprudence en matière de déséquilibres significatifs ;
- faire de la publicité autour de quelques condamnations exemplaires et des indemnités auxquelles elles ont donné lieu, notamment en matière de rupture unilatérale de contrat ;
- rappeler la valeur légale des CGV dans la négociation entre le fournisseur et son client, nonobstant les principes généraux en matière de liberté contractuelle figurant dans la loi LME qui pose le principe de la libre négociabilité. Les CGV auront d'ailleurs d'autant plus de poids qu'elles auront été déposées au bureau des usages (greffe du tribunal de commerce). A cet égard, la rédaction actuelle de l'article L. 441-6 du code de

²⁸ Bruno Retailleau, sénateur de la Vendée, *Les entreprises de taille intermédiaire au cœur d'une nouvelle dynamique de croissance*, février 2010, p. 45.

²⁹ Voir le tableau du paragraphe 4-8.

commerce, qui fait des CGV le socle de la négociation, n'est pas suffisante. Il faut arriver à créer un vrai dialogue entre les parties, quel que soit le rapport de forces entre elles. Il faudrait établir une présomption de déséquilibre significatif en cas d'absence de négociation ou d'imposition de ses CGA par le client. La CEPC a d'ailleurs déjà rappelé dans son avis 08-06 du 19 décembre 2008 que :

- le fait de dénoncer les CGV avant la négociation n'est pas conforme à l'esprit de la loi ;
- les CGV constituent un document de référence pour apprécier un éventuel déséquilibre significatif ;
- le refus de partir des CGV pourrait constituer une pratique abusive si cela donnait lieu à une rupture brutale des relations commerciales ;
- renforcer l'information des maîtres de l'ouvrage et des entrepreneurs principaux sur les obligations qui leur incombent, notamment au titre de la loi de 1975 ;
- contrôler le respect de la loi de 1975 par les administrateurs judiciaires et les maîtres de l'ouvrage pour mieux protéger les sous-traitants ;
- rappeler aux commissaires aux comptes et à leur conseil de l'ordre leurs obligations au titre de l'article L. 441-6-1 du code de commerce sur le respect des délais de paiement ;
- rappeler aux services de contrôle (pôle C des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation et de l'emploi (DIRECCTE)) le caractère illégal de la pratique unilatérale des pénalités, des refus de traite ou de l'absence d'acceptation de la traite dans le délai d'usage.

L'assainissement de la situation actuelle passe par une action coordonnée du gouvernement, du médiateur des relations interentreprises et de la sous-traitance et des syndicats professionnels pour faire appliquer la loi. L'intervention des syndicats est essentielle dans la mesure où eux seuls, par l'intermédiaire de leurs adhérents, ont connaissance des cas concrets et peuvent informer le ministre chargé de l'économie des plus flagrants d'entre eux.

L'Etat a de nombreux moyens d'actions qu'il n'a jamais vraiment utilisés jusqu'à présent. Il est actionnaire majoritaire ou significatif d'un certain nombre de grands groupes, ce qui lui donne un pouvoir au travers des conseils d'administrations. Il a également un pouvoir réel en tant qu'acheteur puisqu'il investit près de 15 milliards d'euros par an. Enfin, en 2008, il a prêté de l'argent à un certain nombre d'entreprises pour les aider à passer la crise. Tout cela lui donne des droits dont il ne doit pas hésiter à user.

Le ministre chargé de l'économie tient également du I, 5° de l'article L. 442-6 du code de commerce le pouvoir d'encadrer les conditions de rupture d'un contrat et d'en fixer le délai, conformément aux usages. En application du III du même, il peut saisir les juridictions civiles ou commerciales s'il a connaissance de pratiques abusives. Il ne semble pas qu'il ait jamais usé de l'une ou l'autre de ces prérogatives. Une action sur le premier point dans un ou deux secteurs bien choisis serait bien accueillie par les intéressés. Quant à saisir les tribunaux, un ou deux exemples bien choisis pourraient avoir une forte valeur pédagogique.

5-4. Rénover le cadre juridique

5-4-1. La problématique

Au global, le dispositif juridique français applicable aux relations interentreprises industrielles apparaît comme un empilement de textes datés (code civil) ou qui visaient à répondre dans l'urgence à des préoccupations sectorielles (BTP, grande distribution, transport routier, producteurs de fruits et légumes, ...). Il n'est donc pas étonnant que la cohérence de l'ensemble et son adéquation aux relations interentreprises industrielles d'aujourd'hui laissent à désirer. La loi de 1975 en est un bon exemple. Elle avait été conçue à l'origine pour le BTP, dont elle reprenait le vocabulaire (maître de l'ouvrage, entrepreneur principal, ...), même si elle ne citait pas nommément ce secteur. La loi Gayssot y a introduit explicitement les transporteurs en 1998. La loi de 2005 de sauvegarde des entreprises y a introduit la sous-traitance industrielle, sans d'ailleurs la définir. Du coup il a fallu mentionner clairement le BTP à l'article 14-1 pour préciser ce qui était applicable à l'un ou l'autre secteur.

Il paraît donc de beaucoup préférable de ne pas toucher à la loi de 1975 qui est le fruit d'équilibres subtils, qui répond parfaitement aux besoins du BTP, pour lequel elle a été conçue, et qui ne concerne les activités industrielles qu'à la marge.

Pour le reste, il faut au minimum procéder à un toilettage des textes existants, mais il pourrait être plus intéressant d'envisager en parallèle une loi spécifique aux relations interentreprises industrielles. Les paragraphes qui suivent présentent ces deux options.

5-4-2. Faire une réforme a minima

5-4-2-1. Faciliter l'acceptation du sous-traitant

Aux termes de la loi de 1975, c'est l'entrepreneur principal qui est tenu de faire accepter le sous-traitant au maître de l'ouvrage (art. 3). Depuis 2005, ce dernier est tenu de mettre l'entrepreneur principal en demeure de s'acquitter de ses obligations, s'il a connaissance de l'existence sur un chantier de sous-traitant non accepté (art. 14-1). Ce dispositif, qui peut se concevoir dans le BTP où toutes les entreprises travaillent physiquement sur le même chantier, est difficilement applicable au monde de l'industrie où les entreprises travaillent généralement chez elles.

Pour autant, même s'ils ne sont pas formellement acceptés au sens de la loi de 1975, les sous-traitants ne sont pas toujours inconnus du maître de l'ouvrage. Il arrive fréquemment qu'un maître de l'ouvrage discute directement technique avec certains sous-traitants de spécialité, hors la présence de l'entrepreneur principal. Dans l'automobile, les sous-traitants, même s'ils n'ont pas de relation contractuelle directe avec le constructeur, sont partie prenante de son système global d'assurance

qualité, soit directement, soit par le biais d'une délégation de contrôle donnée à l'équipementier de rang intermédiaire³⁰. Dans l'aéronautique, les sous-traitants font partie des systèmes standards d'échanges de données des constructeurs³¹. Dans tous ces cas, le constructeur ne peut pas prétendre ne pas connaître le sous-traitant.

Tout sous-traitant d'une filière connu du constructeur ou de l'ensemblier, partie prenante d'un système technique stable ou dont la relation commerciale avec son donneur d'ordres est régulière et ancienne devrait bénéficier d'une présomption d'acceptation et du droit à l'action directe en paiement en cas de défaillance de son donneur d'ordres.

5-4-2-2. Favoriser les contrats écrits

L'une des plaies du système actuel est l'absence fréquente de contrat écrit. Il est vrai que la loi de 1975 n'exige pas d'écrit pour le sous-traité. Celui-ci est pourtant fondamental dans la mesure où il a force de loi entre les parties et où il détermine les droits et les devoirs de chacun des cocontractants. Dans l'intérêt des deux parties, il est nécessaire de sécuriser juridiquement les relations entre elles par le biais d'un écrit. On pourrait s'inspirer de l'article L. 231-13 du code de la construction et de l'habitat qui prévoit une protection supplémentaire en imposant la conclusion d'un écrit pour les contrats de sous-traitance en matière de construction de maisons individuelles³². L'absence de contrat écrit pourrait être sanctionnée. Sans aller jusqu'à la sanction, on pourrait aussi envisager qu'en l'absence de contrat écrit ce soit un contrat type, établi par les branches ou, à défaut, par le législateur, qui s'applique.

³⁰ C'est ainsi que la norme ISO/TS 16949 décrit les processus pour le développement et la fabrication de composants pour l'automobile. Les fournisseurs doivent suivre certaines procédures propres à la construction d'automobiles, par exemple en ce qui concerne les échantillons. La norme recommande aussi l'usage d'outils de gestion de qualité comme l'AMDEC pour assurer le contrôle permanent des produits. Publiée en 1999, la première version de l'ISO/TS 16949 a réalisé la synthèse de différentes normes nationales, américaine (QS9000), française (EAQF 94), allemande (VDA 6.1) et italienne (AVSQ 94).

³¹ Comme les standards BoostAero développés conjointement par l'Aerospace Industries Association (AIA) américaine, le Groupement des industries françaises aéronautiques et spatiales (GIFAS) et l'AeroSpace and Defence Industries Association of Europe (ASD) européenne et déposés en 2006 auprès de l'United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business (UN/CEFACT).

³² *Le constructeur est tenu de conclure par écrit les contrats de sous-traitance avant tout commencement d'exécution des travaux à la charge du sous-traitant. Ces contrats comportent les énonciations suivantes :*

- a) la désignation de la construction ainsi que les nom et adresse du maître de l'ouvrage et de l'établissement qui apporte la garantie prévue à l'article L. 231-6 ;*
- b) la description des travaux qui en font l'objet, conforme aux énonciations du contrat de construction ;*
- c) le prix convenu et, s'il y a lieu, les modalités de sa révision ;*
- d) le délai d'exécution des travaux et le montant des pénalités de retard ;*
- e) les modalités de règlement du prix, qui ne peut dépasser un délai de trente jours à compter de la date du versement effectué au constructeur par le maître de l'ouvrage ou le prêteur, en règlement de travaux comprenant ceux effectués par le sous-traitant et acceptés par le constructeur ;*
- f) le montant des pénalités dues par le constructeur en cas de retard de paiement ;*
- g) la justification de l'une ou l'autre des garanties de paiement prévues à l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ou de toute autre garantie, délivrée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance, de nature à garantir le paiement des sommes dues au titre du sous-traité.*

Copie des contrats de sous-traitance est adressée par le constructeur à l'établissement qui apporte la garantie prévue à l'article L. 231-6.

La généralisation de contrats type par branche professionnelle pourrait être un moyen de pallier la lourdeur inhérente à la négociation d'un contrat écrit.

5-4-2-3. Mieux encadrer la rupture du contrat

L'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce engage la responsabilité de l'auteur d'une rupture de contrat et l'oblige à réparer le préjudice ainsi causé. Au-delà du principe, on pourrait mieux encadrer les modalités de la rupture, en en fixant, par exemple, le préavis en fonction de l'ancienneté des relations commerciales, du montant de la commande annulée, de sa part dans le chiffre d'affaires du sous-traitant ainsi que des investissements spécifiques, matériels et immatériels, consentis par lui pour honorer la commande, et en mettant à la charge du donneur d'ordres la part non encore amortie de ceux-ci.

La jurisprudence, abondante dans cette matière, pourrait fournir des indications utiles à cet égard.

5-4-2-4. Renforcer la clause de réserve de propriété

La CRP offre une garantie intéressante pour le sous-traitant, en lui permettant de récupérer les marchandises qu'il a livrées mais qui ne lui ont pas été payées. Une première étape pourrait consister à rétablir la disposition supprimée sans débat par l'ordonnance du 23 mars 2006³³. On pourrait aussi rendre la CRP d'ordre public. On pourrait également penser à modifier le code de commerce pour étendre la réserve de propriété aux biens transformés et la monétariser, comme en droit allemand³⁴. On pourrait enfin envisager d'obliger l'administrateur judiciaire à effectuer dans la semaine suivant le dépôt de bilan un inventaire détaillé identifiant clairement les fournisseurs pour leur permettre de faire valoir leurs droits s'ils ont fait jouer la clause de réserve de propriété.

5-4-2-5. Faciliter la révision des prix

Les sous-traitants sont soumis à des fluctuations parfois brutales des cours des matières premières, des composants électroniques, voire des devises, qu'ils ne maîtrisent pas. Sauf cas particulier, ce type de circonstances venant troubler l'équilibre du contrat ne constitue pas, selon la jurisprudence française, un cas de *force majeure*. Par conséquent, l'accord mutuel des parties est en

³³ Pour mémoire, cette disposition se lisait *nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écartier ou de la modifier* (voir paragraphe 4-4.).

³⁴ Paragraphe 950 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (équivalent du code civil français).

principe requis avant de pouvoir appliquer une augmentation de tarif, d'autant que la Cour de cassation rejette la *théorie de l'imprévision*.

Il conviendrait à tout le moins, au-delà d'une certaine période dans l'exécution du marché, d'obliger, en pareille circonstance, les parties à renégocier le contrat. En cas de refus de l'autre partie de renégocier ou en cas d'échec de la négociation, il faudrait que le juge puisse adapter le contrat ou prononcer sa résolution. Au demeurant, c'est le sens dans lequel semble s'orienter la Chancellerie dans le cadre de la refonte de la partie du code civil relatif au droit des obligations.

5-4-2-6. Faciliter le paiement des fournisseurs d'entreprises en difficulté

La médiation du crédit a mis en évidence en 2009 les difficultés que rencontrent les entreprises privées d'assurance-crédit. Parallèlement, les entreprises qui font l'objet d'une procédure collective ou d'une procédure de sauvegarde éprouvent de grandes difficultés à se faire livrer par des fournisseurs qui craignent de ne pas être payés. L'intérêt de l'économie exige pourtant que les uns soient livrés et les autres payés. Les dispositions du code de commerce sur les entreprises en difficulté visent d'abord à y protéger l'emploi et à en maintenir l'activité économique. Elles conduisent cependant au blocage du paiement des factures des fournisseurs. Les créanciers peuvent donc se trouver piégés par une suspension provisoire des poursuites qui peut les mettre à leur tour en difficulté et provoquer des faillites en chaîne. Il faudrait donc envisager d'exclure les dettes fournisseurs du gel des créances.

5-4-2-7. Limiter la garantie exigée du sous-traitant

Il n'est pas acceptable que les sous-traitants se voient transférer des responsabilités croissantes sans que leur savoir-faire soit en retour reconnu, valorisé et protégé. Les relations doivent pouvoir s'inscrire dans un objectif de long terme et non dans un perpétuel rapport de force. Il faut limiter les garanties d'assurance que les sous-traitants sont tenus de fournir à hauteur de leur faculté.

5-4-2-8. Protéger la propriété intellectuelle

En matière de propriété intellectuelle des sous-traitants, les pistes suivantes demanderaient à être explorées :

- interdire les clauses de captation anormale de propriété intellectuelle du sous-traitant par son donneur d'ordres, pour autant qu'elles ne rentrent pas dans le champ des déséquilibres significatifs ;

- faire reconnaître cette propriété intellectuelle lorsque le sous traitant réalise lui-même le plan d'une pièce ou d'un outillage, même lorsque l'objet physique devient propriété du client.

La dévolution de la propriété intellectuelle devrait être explicitement stipulée dans le contrat liant les parties, sous la forme d'une clause appropriée et en contrepartie d'un juste prix, à l'instar de ce que prévoit l'article L. 611-7 du code de la propriété intellectuelle dans le cadre des *missions inventives* quand l'inventeur est un salarié.

5-4-2-9. Les traites

Les pratiques d'interdiction par avance ou de refus de traite, ainsi que le fait de n'avoir pas accepté la traite dans le délai d'usage pourraient être déclarées illégales.

5-4-3. Une loi sur les relations interentreprises industrielles

On a déjà souligné que le droit applicable aux relations interentreprises industrielles en France est le résultat d'une sédimentation par strates. Sur le socle du code civil de 1804 sont venus se déposer progressivement d'autres textes dictés par les préoccupations du moment (BTP, transporteurs, grande distribution, producteurs de fruits et légumes, ...), appliqués avec plus ou moins de bonheur à l'industrie au sens large (industrie manufacturière et services), qui n'a jamais été vraiment prise en compte en tant que telle.

Les grands groupes, qui peuvent se permettre d'avoir des directions juridiques, connaissent ces textes et savent les utiliser le cas échéant. En revanche, les dirigeants de PME, déjà débordés par les tâches courantes de gestion, n'en ont pas les moyens. Il pourrait donc y avoir avantage à entreprendre un travail de simplification pour rendre le droit des relations interentreprises industrielles plus visible et plus lisible.

En droit français, réserve faite de la loi de 1975, aucun texte impératif ou supplétif ne régit spécifiquement les contrats auxquels la pratique de la sous-traitance peut donner naissance, qu'il s'agisse de leur forme, de leur objet, de leur durée ou du régime de responsabilité qui leur est applicable (il s'agit de ce qu'on appelle un *contrat innommé* ou d'une *convention sui generis*). Aussi convient-il de donner une qualification juridique de la sous-traitance industrielle dans la loi.

Il s'agit aussi de penser l'environnement global des relations interentreprises industrielles en fonction de l'ensemble des acteurs de la filière et non en fonction des seules attentes des grands donneurs d'ordres et de leurs directions des achats. C'est ainsi qu'à la différence de la France la *technique* est au cœur de la négociation en Allemagne.

On pourrait donc imaginer, sur le modèle italien, une loi cadre, brève, simple :

- qui fixe les grandes orientations ;

- qui définisse la sous-traitance industrielle ;
- qui établisse une présomption d'acceptation du sous-traitant en cas de participation à un système technique stable ou compte-tenu de l'ancienneté de sa relation commerciale avec son donneur d'ordres ;
- qui impose le contrat écrit ;
- qui établisse une présomption de déséquilibre significatif si les CGV du sous-traitant sont écartées d'office ;
- qui impose l'accord mutuel pour toute modification du contrat ;
- qui traite de délais de paiement, en accord avec la loi LME ;
- qui précise la responsabilité du sous-traitant et les limites de la garantie qu'il doit à son donneur d'ordres ;
- qui fixe dans les grandes lignes les droits et obligations des parties en matière de propriété intellectuelle ;
- qui encadre les modalités de rupture du contrat (objet, quantités, prix, délais) ;
- qui condamne la dépendance économique ;
- qui impose une procédure de médiation avant toute saisine du juge ;
- qui établisse une liste des clauses abusives. L'idée serait de transposer dans le domaine des affaires (*Business to business* ou *B to B*) les protections dont bénéficie le consommateur dans le *business to consumer* ou *B to C*.

En favorisant l'émergence de CGV type, de contrats type et de dispositifs de médiation branche par branche, une telle loi apporterait une contribution décisive à la mise en place des filières stratégiques. Elle pourrait même conduire à la mise en place de conseils des relations interentreprises dans chaque branche.

5-4-4. Prendre l'Europe en compte

Nous n'avons raisonné jusqu'à présent que dans un cadre franco-français. Il ne faut pas pour autant oublier que la France est en Europe, que l'Europe est le champ d'action naturel de nos entreprises et que nous sommes dans une dynamique européenne. Il conviendrait donc de regarder, ce qui n'a pas été possible dans le délai fixé pour la remise de ce rapport, ce que font nos principaux voisins (Allemagne, Italie, Royaume-Uni, ...), la Commission européenne et le Parlement européen en matière de sous-traitance et les projets qu'ils peuvent avoir. La défense des intérêts de notre industrie exige en effet qu'elle bénéficie d'un cadre juridique *compétitif* dans un environnement européen.

Annexe I- Lettre de mission



Le Ministre chargé de l'Industrie

*Le Secrétaire d'Etat chargé du
Commerce, de l'artisanat, des PME, du
tourisme, des services et de la
consommation*

Paris, le 22 JUIN 2010

Monsieur le Médiateur,

Au cours des Etats Généraux de l'Industrie (EGI), de nombreuses fédérations professionnelles ont souligné le déséquilibre de la relation commerciale entre donneurs d'ordre et fournisseurs qui grève la compétitivité de l'économie française.

Le Président de la République, sur proposition du Ministre chargé de l'Industrie, a décidé de vous confier une médiation des relations interentreprises industrielles et de la sous-traitance.

Plusieurs acteurs socioprofessionnels ont formulé des propositions sur le contexte légal, réglementaire et jurisprudentiel (issu notamment de la loi de 1975 relative à la sous-traitance), dans lequel s'exercent les relations client/fournisseur.

Nous souhaitons que vous engagiez une réflexion sur l'état des lieux du cadre légal, réglementaire et jurisprudentiel qui régit les relations de sous-traitance.

A ce titre, vous examinerez notamment :

- Les pratiques de sous-traitance au regard des règles du droit et la nécessité de mesures ou d'actions ciblées pour corriger d'éventuels écarts,
- l'opportunité d'engager une modification de la législation visant à rétablir des relations plus équilibrées et partenariales entre client et fournisseur et renforcer le maillage du tissu industriel.

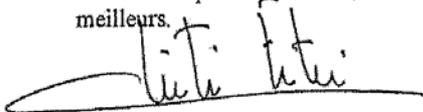
Monsieur Jean-Claude VOLOT
Médiateur des relations interentreprises industrielles
et de la sous-traitance
Tour Gamma A
193/197 rue de Bercy
75572 PARIS Cédex 12

Nous souhaitons que vous conduisiez cet exercice en intégrant l'analyse des praticiens et l'expérience des acteurs professionnels.

Vous nous remettrez un rapport présentant votre analyse et vos propositions de méthode pour le 30 juillet 2010.

Vous pourrez à cette fin vous appuyer sur les services de la DGCCRF, de la DGCIS et de la DAJ du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Médiateur, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.



Christian ESTROSI



Hervé NOVELLI

Annexe II- Organismes auditionnés

- AFRC** (Association française de la relation client) (Eric Dadian, président)
- CAPEB** (Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment) (Ingrid Bigot-Falcon, service des affaires économiques, Patrick Liébus, président)
- CCFA** (Comité des constructeurs français d'automobiles) (Bernard Brazey, direction des achats de PSA, Marion Broussard, direction juridique de PSA, Pierre Dolsan, direction des achats France de Renault, Xavier Fels, président, Eric Nantet, direction juridique de Renault, Hubert Perreau, directeur de la législation et de la fiscalité)
- CENAST** (Centre national de la sous-traitance) (Wilfrid Boyault, responsable juridique)
- CGPME** (Confédération générale des petites et moyennes entreprises (Jennifer Bastard, juriste, Frédéric Grivot, président de l'Union nationale de la petite et moyenne industrie)
- CICF-Informatique** (Chambre de l'ingénierie et du conseil de France informatique) (Didier Collas, secrétaire général, Frédéric Libaud, vice-président)
- CLIMO** (Comité de liaison des entreprises de main-d'œuvre) (Emmanuelle Butaud-Stubbs, directrice déléguée, Fanny Scherer, juriste de la Fédération de la maille et de la lingerie)
- CMS Francis Lefebvre** (Daniel Carton, avocat, Antoine Gendreau, avocat associé, Denis Redon, avocat associé, François Tenailleau, avocat associé, Francine Van Doorne, avocat)
- EGF-BTP** (Entreprises générales de France-BTP) (Christian Cucchiarini, conseiller juridique)
- FFB** (Fédération française du bâtiment) (Séverin Abbattucci, directeur des affaires juridiques et fiscales, Didier Ridoret, président, Bernard Sablier, délégué général)
- FIEEC** (Fédération des industries électriques, électroniques et de communication) (Sabah Doudou, responsable juridique)
- FIM** (Fédération des industries mécaniques) (Yves Blouin, chef du service droits des affaires et contrats, Claude Charrier, directeur général, Jérôme Frantz, président)
- FNTF** (Fédération nationale des travaux publics) (Mme Dominique Devilder, directrice juridique³⁵)
- Les Fondateurs de France** (Wilfrid Boyault, responsable juridique)
- GIFAS** (Groupement des industries françaises de l'aéronautique et de l'espace) (Guy Rupied, délégué général, Laurence Thuret-Desmoulins, directeur des affaires administratives, juridiques et commerciales)
- GIXEL** (Groupement professionnel des industries de composants et de systèmes électroniques) (Jean-Pierre Lucas, président de la section circuit imprimés)
- GMI** (Groupement des métiers de l'imprimerie (Stéphanie Brusia, directrice juridique³⁶)
- GPS** (Groupement des professions de service) (Bérangère de Beauhoudrey, déléguée générale, Georges Drouin, président)
- MEDEF** (Mouvement des entreprises de France) (Michel Guilbaud, directeur général, Joëlle Simon, directrice des affaires juridiques)
- MG Grall & Associés** (Eléonore Camilleri, avocat, Nathalia Kouchnir-Cargill, avocat)
- MUNCI** (Mouvement pour une union nationale et collégiale des informaticiens) (Régis Granarolo, président)
- La Plasturgie Fédération** (Thierry Charles, docteur en droit, Sylvie Domenech, responsable économie, Patricia Lexcelent, déléguée générale)

³⁵ Entretien téléphonique.

³⁶ Entretien téléphonique et envoi d'une contribution.

SERCE (Syndicat des entreprises de génie électrique et climatique) (Laurence Ballone-Burini, directeur juridique de SPIE, Véronique Dulermez, directeur juridique de Cegelec, Anne Valachs, directrice générale)

SNESE (Syndicat national des entreprises de sous-traitance électronique) (Richard Crétier, responsable de la communication, Michel de Nonancourt, vice-président)

UDECAM (Union des entreprises de conseil et achat media) (Sébastien Danet, secrétaire général, Dominique Delpont, président)

UNIC (Union nationale de l'imprimerie et de la communication) (Pascal Bovero, délégué général)

Annexe III- Glossaire

AFNOR :	Association française de normalisation
AIA :	Aerospace Industries Association (Etats-Unis)
ASD :	AeroSpace and Defence Industries Association of Europe
BCE :	Banque centrale européenne
BTP :	bâtiment et travaux publics
CAPEB	Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment
CCFA :	Comité français des constructeurs d'automobiles
CENAST :	Centre national de la sous-traitance
CEPC :	Commission d'études des clauses commerciales
CDAF :	Compagnie des dirigeants et acheteurs de France
CGA :	conditions générales d'achat
CGV :	conditions générales de vente
CLIFA :	Comité de liaison des industries fournisseurs de l'automobile
CRP :	clause de réserve de propriété
DGCCRF :	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DIRECCTE :	Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation et de l'emploi
EGI :	Etats généraux de l'industrie
ETI :	entreprise de taille intermédiaire
FFB :	Fédération française du bâtiment
FNTF :	Fédération nationale des travaux publics
GIFAS :	Groupement des industries françaises aéronautiques et spatiales
ICT :	ingénierie et conseil en technologie
INPI :	Institut national de la propriété industrielle
INSEE :	Institut national de la statistique et des études économiques
ISO :	International Organization for Standardization
LME :	loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie
MEDEF :	Mouvement des entreprises de France
MURCEF :	loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier
NRE :	loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques
PME :	petites et moyennes entreprises
R&D :	recherche et développement
TVA :	taxe à la valeur ajoutée
UN/CEFACT :	United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business

Annexe IV- Conditions générales d'achat d'une grande entreprise industrielle française

Ce document, public puisqu'il est en libre accès sur Internet est représentatif des clauses générales d'achat qu'un certain nombre de grands donneurs d'ordres imposent à leurs sous-traitants. On y relève un certain nombre de clauses léonines, de clauses qui peuvent rapidement excéder les capacités financières du sous-traitant, voire de clauses contraires aux dispositions du code de commerce, notamment à ses articles L. 441-6 et L. 442-6 :

- les CGA du donneur d'ordres s'imposent par rapport à celles du sous-traitant, sans négociation possible puisque l'accusé de réception des CGA vaut acceptation et que le début d'exécution en l'absence d'envoi d'un accusé de réception des CGA vaut également acceptation. Si un doute subsistait encore, les CGA prévalent sur les CGV du fournisseur qui devraient pourtant constituer le socle de la négociation contractuelle (art. L. 441-6). L'existence d'un contrat, partant de relations contractuelles, paraît difficile à reconnaître en ce cas, puisqu'aucune négociation n'est possible. L'économie du contrat contrevient aux articles L. 420-2 et L. 442-6 du code de commerce ;
- le sous-traitant est contraint de procéder à toutes modifications de la fourniture à première demande du donneur d'ordres, sans même que les éventuelles conséquences industrielles et financières en soient évoquées. Il constitue une négation de toute notion de contrat (voir art. 1384 du code civil et la jurisprudence) ;
- les CGA imposent le principe d'un niveau minimum de productivité de la part du sous-traitant, en principe déterminé d'un commun accord ;
- le sous-traitant est contraint d'indemniser le donneur d'ordres des conséquences de tout arrêt de chaîne, chez lui ou chez ses clients, imputable à un retard de livraison, ainsi que du surcoût engendré par une commande de fourniture à des tiers ; cet engagement peut rapidement excéder la capacité financière du sous-traitant. Cet article est contraire au principe de responsabilité ;
- une disposition prévoit qu'en cas de résiliation du contrat, pour quelque cause que ce soit, le donneur d'ordres peut reprendre la production à son compte avec le matériel du sous-traitant qui renonce à se prévaloir de ses droits de propriété intellectuelle. Le transfert ainsi opéré est totalement illégal, voire frauduleux ;
- les prix sont fermes et non révisables, ils ne peuvent être modifiés *sans accord exprès des deux parties* ;
- les CGA imposent le paiement à 90 jours fin de mois, le 10 du mois suivant, ce qui est contraire aux dispositions de l'article L. 441-6 et de l'article L. 442-6, I, 7° ; le donneur d'ordres pourra compenser sur les sommes dues au sous-traitants celles dont celui-ci lui resterait redevable, *sur quelque fondement que ce soit* ;
- un article 6.2 prévoit que le client se réserve le droit de refuser les fournitures, par simple lettre, en cas de non-respect des délais, de livraison incomplète ou excédentaire ou de non-conformité, alors que l'article L. 442-6, 8° interdit de procéder au refus ou au retour de marchandise sans que le fournisseur ait été en mesure de contrôler la réalité du grief ;
- une disposition prévoit que le sous-traitant indemniserà le donneur d'ordres de tous surcoûts liés à l'inexécution de son obligation de livraison conforme. Suit une liste impressionnante de surcoûts possibles : rebuts, stockage, tri, coûts d'intérim, retouches,

bris d'outils, pannes, arrêts de production chez le donneur d'ordres ou son client, campagnes de rattrapage, pénalités, commandes de fournitures à des tiers, etc. Au surplus, le donneur d'ordres se réserve le droit de résilier la commande. Les principes de l'indemnisation définissent normalement les cas précis où celle-ci intervient, mais certainement pas les cas d'arrêt de la production chez le donneur d'ordres ou chez son client, de coûts d'intérim, de pannes ou de campagne de rattrapage, dans lesquels interviennent des principes de responsabilité ;

- une clause prévoit qu'en cas de rappel d'une fourniture, y compris sur décision du client, le sous-traitant indemniserait le donneur d'ordres de tous ses préjudices. Or l'indemnisation ne peut être illimitée, surtout quand le client n'a pas de relation contractuelle avec le sous-traitant ;
- le sous-traitant garantit le donneur d'ordres contre tout risque de dommages corporels, matériels et immatériels, y compris à son image de marque ; *toute clause susceptible de diminuer cette garantie est réputée non écrite*. Les dommages sont pourtant de la responsabilité de ceux qui les causent, sauf dans les cas de responsabilité sans cause. Le sous-traitant ne peut garantir que les dommages dont il est responsable et qui peuvent lui être imputés ;
- un article prévoit que le sous-traitant souscrira une police d'assurance conformément aux conditions du donneur d'ordres, police qui ne limite en rien sa responsabilité, est contraire à tout principe de contrat et d'assurance ;
- une disposition écarte la CRP et va même jusqu'à écrire que dès leur affectation à la commande, les matières premières et produits semi-finis deviennent sa propriété. Il organise un transfert de propriété illégal, voire frauduleux ;
- un article, qui fait référence à l'article 1134 du code civil et à l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce pour mieux les ignorer, impose que le sous-traitant renonce à tout droit à réparation en cas de rupture du contrat par le donneur d'ordres, pour quelque motif que ce soit. Le principe du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6 du code de commerce est tout-à-fait constitué : le sous-traitant doit tout garantir au donneur d'ordres qui, de son côté, ne lui doit aucune réparation.

Annexe V- Loi italienne de 1998 sur la sous-traitance

Loi du 18 juin 1998, n 192
Réglementation de la sous-traitance dans les activités de production

Définition

1. Par le contrat de sous-traitance, un entrepreneur s'engage à effectuer pour le compte d'une entreprise commettant des travaux sur des produits semi-travaillés ou sur des matières premières fournies par le commettant lui-même, ou bien il s'engage à fournir au commettant des produits ou des services destinés à être incorporés ou à être utilisés dans le cadre de ce dernier, ou dans la production d'un bien complexe, en conformité avec les projets d'exécution, les connaissances techniques et technologiques, les modèles ou prototypes fournis par l'entreprise commettant.

2. Sont exclus de la définition de l'alinéa 1 les contrats ayant pour objet la fourniture de matières premières, de services d'utilité publique et de biens d'équipement ne pouvant être assimilés à de l'outillage.

Contrat de sous-traitance: forme et contenu.

1. Le rapport de sous-traitance s'établit par un contrat écrit sous peine de nullité. Constituent des formes écrites: la communication des actes de consentement à la conclusion ou à la modification de contrats par télécopie ou autres voies électroniques. En cas de nullité aux termes de l'alinéa présent, le sous-traitant a droit au paiement des prestations déjà effectuées et au remboursement des dépenses effectuées en bonne foi aux fins de l'exécution du contrat.
2. Dans le cas d'une proposition envoyée par le commettant selon les modalités indiquées dans l'alinéa 1, et qui n'est pas suivie d'un accord par écrit de la part du sous-traitant qui, cependant, commence les travaux ou les fournitures, sans avoir demandé la modification de l'un de ces éléments, le contrat est considéré conclu par écrit aux effets de la présente loi et selon les conditions indiquées dans la proposition, dans le respect de l'article 1341 du code civil.
3. Dans le cas de contrats à exécution échelonnée, les commandes relatives à la fourniture doivent être communiquées par le commettant au fournisseur sous l'une des formes prévues à l'alinéa 1 et dans les mêmes conditions.
4. Le prix des biens ou services objet du contrat doit être déterminé ou déterminable de façon claire et précise afin de ne pas générer d'ambiguïtés dans l'interprétation de la nature des prestations réciproques et dans l'exécution du contrat.
5. Dans le contrat de sous-traitance, doivent être spécifiés:
✍ les qualités spécifiques des biens ou du service demandé par le commettant, selon les indications précises qui permettent d'identifier les caractéristiques, la construction

et le fonctionnement; ou selon le renvoi à des normes techniques qui, lorsqu'elles ne sont d'un usage commun pour le sous-traitant, ou lorsqu'elles font l'objet de normes législatives ou réglementaires, peuvent être jointes sous forme de copie;

- ✓ le prix convenu;
- ✓ les délais et modalités de livraisons, d'essai et de paiement.

Délais de paiement

1. Le contrat doit fixer les délais de paiement de la sous-traitance qui courent à partir de la livraison du bien ou de la communication de la bonne exécution de la prestation, et doit préciser les éventuelles remises en cas de paiement anticipé.
2. Le prix convenu doit être versé dans un délai qui ne peut excéder les 60 jours à compter de la livraison du bien ou de la communication de la bonne exécution de la prestation. Toutefois, un autre délai peut être convenu sans pour autant excéder 90 jours dans le cadre de conventions nationales pour des domaines et secteurs spécifiques, inscrites auprès du Ministère de l'industrie, du commerce et de l'artisanat par toutes les intervenants compétents des secteurs présents au Conseil national de l'économie et du travail représentant les sous-traitants et les commettants. Un autre délai peut également être fixé, sans pouvoir excéder les 90 jours, dans des conventions qui se réfèrent aux champs de compétences de la Chambre de commerce de l'industrie de l'artisanat et de l'agriculture auprès de laquelle les dites conventions sont signées par les représentants locaux des intervenants mentionnés plus haut. Les conventions de cet alinéa doivent également contenir des clauses spéciales pour garantir et améliorer les processus d'innovation technologiques, de formation professionnelle et d'intégration.
3. Dans le cas de non-respect du délai de paiement, le commettant doit au soustraitant, sans qu'une mise en demeure soit nécessaire, les intérêts correspondant au taux officiel, majoré de 5%, sauf accord entre les parties pour une majoration supérieure et sauf preuve de dommages ultérieurs. En cas de retard du paiement excédant 30 jours par rapport au délai convenu, le commettant encourt en outre, une astreinte égale à 5% des sommes non payées dans le délais.
4. Dans tous les cas, le non-paiement du prix dans le délai convenu constituera un titre pour l'obtention d'une injonction de payer provisoire et exécutive aux termes des articles 633 et s. du Code de procédure civile.
5. Lorsque, au cours de l'exécution du contrat, sur demande du commettant, sont apportés des modifications significatives et tout changement entraînant une augmentation du prix, le sous-traitant a droit au rajustement du prix même si cela n'est pas explicitement prévu dans le contrat.

Interdiction d'interposition

1. La fourniture de biens et services objet du contrat de sous-traitance ne peut à son tour, être confiée en sous-traitance sans l'autorisation du commettant pour un montant supérieur à 50% de la valeur de la fourniture, sauf accord entre les parties sur un montant plus élevé.

tenant compte également de la possibilité réelle pour la partie qui a subi l'abus de trouver sur le marché des alternatives satisfaisantes.

2. L'abus peut également consister dans le refus de vente ou dans le refus d'acheter, dans l'imposition de conditions contractuelles discriminatoires de façon injustifiée, dans l'interruption arbitraire des relations commerciales en cours.

3. Le contrat par lequel se réalise l'abus de dépendance économique est nul.

Conciliation et arbitrage

1. Dans les 30 jours à compter de l'échéance des délais de l'article 5 al.4, les litiges relatifs au contrat de sous-traitance prévue par la présente loi sont soumis à la tentative obligatoire de conciliation auprès de la chambre de commerce, de l'artisanat et de l'agriculture dans le territoire où le sous-traitant a son siège, aux termes de l'article 2, al.4, a), de la loi du 29 décembre 1993 n. 580.

2. Si la conciliation entre les parties n'aboutit pas dans un délai de 30 jours, sur demande des deux contractants, le litige est remis à la commission d'arbitrage instituée auprès de la chambre de commerce cité à l'alinéa 1, ou bien en l'absence de ce dernier, à la commission d'arbitrage instituée auprès de la chambre de commerce choisie par les contractants.

3. La procédure d'arbitrage réglementée par les dispositions des articles 806 et s. du code de procédure civile, doit prendre fin dans un délai maximal de 60 jours à compter de la première tentative de conciliation sauf si les parties s'entendent sur un délai plus court.

Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le 120^e jour suivant celui de sa publication dans le journal officiel.