



REGARD SUR QUELQUES ASPECTS DU RÉGIME FRANÇAIS DE PROTECTION AU BÉNÉFICE DU SOUS-TRAITANT INDUSTRIEL

- TRANSPARENCE DES RELATIONS ET SANCTION DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE
- EXTENSION DU DOMAINE DE PROTECTION DE LA LOI N° 75-1334 DU 31 DÉCEMBRE 1975

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE
CASABLANCA, 14 OCTOBRE 2015

PAR MARC RINGLÉ*

PRÉAMBULE

La sous-traitance : une pratique universellement répandue

La sous-traitance représente dans le monde de l'industrie ce que la prose est à la vie quotidienne du célèbre « Monsieur Jourdain » du « Bourgeois gentilhomme » de Molière : une situation quotidienne, universelle, notion méconnue, mal maîtrisée et parfois même ignorée, non sans danger, de ses propres acteurs.

Depuis l'origine des temps, les industriels fabricants, d'une part, les constructeurs, d'autre part, quel que soit leur domaine d'activité, font appel à des sous-traitants, pour des raisons tenant à leurs besoins ponctuels ou répétitifs de

capacité (manque de personnel) ou de *spécialité* (manque de personnel spécialisé).

Le phénomène s'est généralisé avec l'accélération et l'internationalisation des échanges, caractéristiques du monde industriel moderne impliquant « un accroissement quantitatif des accords de coopération entre des entreprises juridiquement indépendantes¹ ».

Les effets de la crise économique sur l'externalisation des productions et services ont amplifié le mouvement des accords de coopération verticaux à un niveau tel qu'on a pu le qualifier de « désintégration verticale² », en accroissant de manière significative le recours des fabricants (donneurs d'ordres) aux approvisionnements externes.

Cette situation synonyme de courants économiques importants (300 milliards d'euros en

* Marc Ringlé, ancien bâtonnier du barreau de Marseille, est co-gérant associé de la SELARL Ringlé Roy & Associés.

1 - In *L'économie des relations interentreprises*.

2 - www.numilog.fr.

France en 2012 pour 39 milliards d'euros de chiffre d'affaires propre à la sous-traitance industrielle³) est également synonyme de dépendance, de déséquilibre, de risques économiques et financiers, de dangers.

Le sous-traitant – qui s'est fréquemment endetté et a investi dans un matériel propre à lui permettre de réaliser les biens ou tâches qui lui sont commandées – est en effet dépendant du maintien des relations entretenues avec son donneur d'ordres, de la santé économique de celui-ci et plus prosaïquement de son honnêteté.

On consultera à ce sujet le tableau significatif tiré du rapport précité de la DGCIS (direction générale de la compétitivité et des services) concernant la sous-traitance automobile :

La sous-traitance industrielle - Forces – Faiblesses – Opportunités - Menaces

<p>Forces : Des professions au savoir-faire reconnu - « boîte à outils de l'industrie » De meilleures pratiques apportées aux clients à partir des expériences réussies dans d'autres secteurs Un maillage de l'Hexagone sur l'ensemble des activités Une proximité géographique des clients - réactivité Des centres techniques industriels (mécanique, décolletage, fonderie - forge, plasturgie, etc.) Un salon leader mondial à Paris : le Midest Un médiateur des relations interentreprises</p>	<p>Faiblesses : Forte dépendance aval de l'industrie automobile Des difficultés relationnelles avec les donneurs d'ordres Des performances financières en retrait par rapport à la moyenne de l'industrie Une part trop restreinte des emplois qualifiés Déficit d'image du secteur Des contraintes environnementales</p>
<p>Opportunités : Produits recyclables (filère métal) Des pôles de compétitivité Les industries des biens d'investissement, vivier des donneurs d'ordres, représentent près de 50 % de l'industrie Relocalisation liée à la qualité ou au coût de transport Alliances entre entreprises de sous-traitance pour atteindre des tailles critiques et proposer un ensemble de solutions (produits + services) Alliances entre sous-traitants et donneurs d'ordres pour prospecter collectivement</p> <p><small>ogcis direction générale de la compétitivité et des services</small></p>	<p>Menaces : Concurrence des nouveaux entrants issus des pays émergents et de l'Est de l'UE Difficultés d'approvisionnement et hausse prévisible des prix des matières premières et des énergies Difficultés de recrutement de personnel qualifié</p>

Les entreprises marocaines sont particulièrement impliquées dans les relations de sous-traitance sur le sol marocain ou à l'étranger. À tel point qu'un article pouvait titrer à ce sujet, il y a quelques années : « *Sous-traitance : Le Maroc dans la cour des grands* » et précisait que selon les statistiques le ministère du Commerce et de l'Industrie « le chiffre d'affaires de la sous-traitance au Maroc – 1850 entreprises employant

plus de 167.000 salariés – a franchi la barre des 23 milliards de dirhams en 2002 »⁴.

L'évolution, promue par le *Pacte national pour l'émergence industrielle*, se poursuit, puisque le travail des métaux, de la plasturgie, de l'électronique et de l'électrotechnique, du textile, de l'habillement et du cuir, des services industriels, est passé en 2009 à 50 MM DH (4,5 MM€) de chiffre d'affaires. « *Le secteur compte environ 2 000 entreprises et emploie plus de 300 000 personnes. Le Maroc bénéficie d'un capital de confiance et de crédibilité auprès des grands industriels internationaux* »⁵.

On signalera à ce titre la création en 1992 de la *Bourse Nationale de Sous-traitance et de Partenariat*, BNSTP, association à but non lucratif, ayant pour vocation de « *Positionner le Maroc*

sur le marché international en tant que référence de la sous-traitance à haute valeur ajoutée, promouvoir et développer les activités de sous-traitance et de partenariat entre les professionnels du métier et le tissu industriel national et international ».

Les échanges franco-marocains, au rang desquels la sous-traitance, sont naturellement très développés et il peut donc être intéressant, à titre comparatif, de se pencher sur quelques aspects des dispositions protectrices ouvertes par le droit français aux entreprises sous-traitantes.

Pour cela on distinguera entre la situation de la sous-traitance industrielle et celle de la sous-traitance de marché.

Dans chacun des domaines concernés, on se rendra compte que, le droit commun étant insuffisant pour aboutir à une protection concrète, on a dû avoir recours sous la pression des événements à des dispositions législatives spéci-

3 - In les marchés de la sous-traitance le secteur industriel http://www.economie.gouv.fr/files/statistique_inse_sous-traitance_2012.pdf.

4 - Fatima Rafouk : http://www.aujourd'hui.ma/maroc/economie/sous-traitance-le-maroc-dans-la-cour-des-grands-19464#.VhD_Ezjot2F.

5 - <http://www.francemondexpress.fr/secteurs-marches/article/n/56533/sous-traitance-industrielle/>.

fiques, pour une bonne part d'ordre public, pour certaines récentes, et pour d'autres, désormais anciennes, mais qui demeurent encore parfois ignorées et inappliquées.

On procédera en préambule à une phase de définition puis d'analyse des risques encourus pour entreprendre en premier lieu l'étude de quelques dispositions utiles à la protection de la sous-traitance industrielle (1), puis à celle de la sous-traitance industrielle de marché (2).

Des notions disparates

Tentative de définition

Les rapports fonctionnels et juridiques mettent en présence au minimum **deux acteurs** et **un contrat** de louage d'ouvrage dans les hypothèses de création directe en sous-traitance, **trois acteurs** ou plus et une **succession de contrats** de louage d'ouvrage dans les hypothèses de sous-traitance de marché.

La sous-traitance industrielle

Dans le premier cas (voir tableau ci-après), un industriel B fait appel pour sa production à un sous-traitant C qu'il charge de la réalisation spécifique d'une partie du bien qu'il va mettre en vente (les relations juridiques s'analysent en un contrat d'entreprise – contrat de louage d'ouvrage). Cette situation exclut les cas d'achat sur catalogue qui s'assimilent à une vente.

La sous-traitance concerne l'ensemble du monde industriel, bâtiment, travaux publics, automobile, habillement, électronique, aéronautique, agro-alimentaire, pharmaceutique, etc., dans l'ensemble des pays de la planète.

Diverses définitions ont pu être données de la sous-traitance industrielle. Selon le Conseil économique et social⁶ en 1973 il s'agit de « l'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 ».

Celle qui consiste, « pour une entreprise dite « donneur d'ordres » ou donneur d'ouvrages, à confier la réalisation à une entreprise, dite « sous-traitant » (ou « preneur d'ordres »), d'une ou de plusieurs opérations de conception, d'élaboration, de fabrication, de mise en œuvre ou de maintenance du produit. Ces opérations concernent un cycle de production déterminé ».

6 - Journal officiel, avis et rapports, 26 avril 1973, p. 305.

La commission européenne avait dans une communication en date du 18 décembre 1978⁷ défini la sous-traitance industrielle comme suit :

« Une entreprise, le « donneur d'ordre », charge, suivant ses directives, une autre entreprise, le « sous-traitant », de la fabrication de produits, de la prestation de services ou de l'exécution de travaux qui sont destinés à être fournis au donneur d'ordre ou exécutés pour son compte. »

Elle vise « 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 »⁸.

Elle est caractérisée au plan économique par des relations bipartites, assises au plan juridique sur l'existence d'un contrat d'entreprise liant les deux parties. Rappelons que le contrat d'entreprise n'est autre que le contrat d'ouvrage et d'industrie de l'article 1710 du code civil « un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

Les relations sont donc entre le « loueur d'ouvrage » et « le locateur d'ouvrage » qui « 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 ».

Le contrat d'entreprise (contrat de louage et d'industrie) est traditionnellement défini par opposition à ses contrats voisins : *contrat de vente* (art. 1582 et suivants du code civil), *contrat de louage de choses* (art. 1713 et suivants du code civil), *contrat de travail* (art. 1779-1° du code civil). Il a pour objet de réaliser ou d'accomplir une prestation de service, un bien,

7 - Communication de la Commission 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 : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:31979Y0103\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:31979Y0103(01)).

8 - Norme AFNOR X 50-300, citée par J.-C. Volot, Rapport sur le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance, juill. 2010, p. 9.

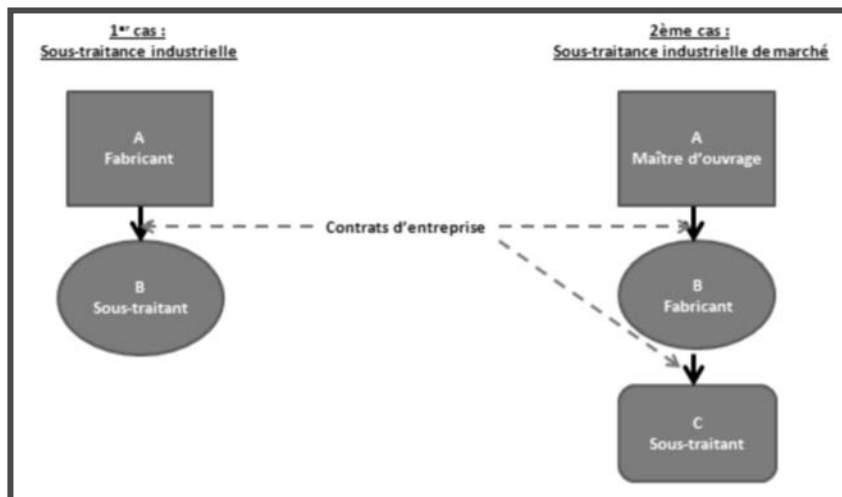
pour le compte d'autrui, et le contrat de vente celui de transférer la propriété d'un bien. Par le contrat de vente, une entreprise vend, « sur catalogue », des produits qu'elle conçoit et réalise, fait réaliser, ou achète. Par le contrat d'entreprise une entreprise réalise pour le compte d'un client spécifique (le maître d'ouvrage), de façon indépendante, un bien qui lui a été commandé.

La loi 75-1334 dans son article 1 précise :

« ... au sens de la présente loi la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».

La sous-traitance industrielle de marché

Dans le second cas, un industriel (B), chargé par un maître d'ouvrage (A) de la réalisation d'un contrat principal, matériel ou intellectuel, (un marché au sens de l'article 1779-3 du code civil) fait appel, sous sa responsabilité, par un sous-marché (sous-traité), à un sous-traitant (C), pour la réalisation spécifique, de façon indépendante, d'une partie de l'objet du marché principal (les relations juridiques s'analysent en une superposition de contrats d'entreprises).



Il s'agit ici d'une sous-traitance de marché définie, selon l'Association française de Normalisation (Afnor) « ... comme l'opération par laquelle un entrepreneur 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 ».

Elle est caractérisée au plan économique par la présence de trois parties et au plan juridique par une superposition d'au moins deux contrats d'entreprises⁹ tendant à la réalisation du même objet final. Elle ne fait pas naître de relations contractuelles entre le maître d'ouvrage (A) et le sous-traitant (C).

« 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 ».

Cette sous-traitance peut se décliner en une chaîne de contrats successifs indépendants les uns des autres (sous-traitance en chaîne ou en cascade).

Une position risquée nécessitant l'intervention du législateur

Dans les deux cas ci-dessus, sous-traitance industrielle et sous-traitance industrielle de marché, la situation du sous-traitant, de façon générale, est dépendante de la santé économique de son donneur d'ordres, de son sérieux, de son honnêteté, de sa bonne foi et..., de sa volonté hégémonique.

Au premier plan des questions posées, celle du parfait paiement, dans des délais raisonnables, des sous-traitants par leurs donneurs d'ordres.

L'indicateur trimestriel Altarès¹⁰ qui analyse les retards de paiement des 120 entreprises françaises plus grands donneurs d'ordres en France révèle à la fin avril 2015 (sur une base de 211 millions de factures étudiées) que deux sur trois des entreprises payent leurs fournisseurs en retard, pour un retard moyen de 13

9 - Sablier, Carot, Abatucci, *La sous-traitance dans la construction*.

10 - <http://www.altares.com>.

jours, représentant une masse de 3.972 milliards d'euros.

Il révèle également qu'en France, « le crédit inter-entreprises pèse plus de 635 milliards d'euros, soit cinq fois le montant total des crédits court terme accordés par les institutions financières (120 milliards d'euros) et près du tiers du PIB de la France » !

Autre question posée, celle de la **dépendance économique** des sous-traitants vis-à-vis de leurs donneurs d'ordres. Celle-ci peut se traduire par un déséquilibre des relations économiques conduisant – entre autres – à des disparités flagrantes et néfastes dans les clauses contractuelles, mais également à d'éventuelles cessations brutales des relations.

Toutes sortes de **mauvaises pratiques** ont pu être listées par les pouvoirs publics, fustigeant dans une sorte de « catalogue à la Prévert » les abus de position dont peuvent être victimes les entreprises sous-traitantes¹¹ :

« ...consultation ne respectant pas les règles de la concurrence, - appel d'offres avec des prix et des conditions irréalisables, - exigence d'amortir les coûts récurrents d'outillage dans le prix des pièces pour obtenir la commande, - 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, - désengagement brutal du donneur d'ordres, - rapatriement brutal d'activité sous-traitée, - contrats commerciaux léonins, - contrats français en devises étrangères ou absence de clause d'actualisation au regard de la fluctuation des devises, - non-respect des contrats tacites, - gestion de fait, - modification du contrat (cahier des charges ou commande, sans réajustement de prix), - défaut d'information du fournisseur en cas de litige, - retard volontaire dans le traitement d'un litige, - litige partiel ou non-paiement de fournitures réceptionnées sans réserve, - exploitation de brevet ou de savoir-faire sans l'accord du sous-traitant, - contrat de longue durée sans clause de révision des prix (matières premières, contraintes réglementaires, ...), - activités non rémunérées (logiciels, études, savoir-faire), - baisse de prix imposée unilatéralement sur des programmes pluriannuels, - clause de compétitivité qui annihile les effets du contrat, - modification du cahier des charges sans réajustement des prix, - incitation

du sous-traitant à transférer tout ou partie de son activité à l'étranger, - délais de paiement, - taux d'escompte excessifs en contrepartie du respect des délais de paiement, - déduction d'office de coûts de réparation des produits, - escomptes forcés ou rétroactifs, - avoir d'office non contradictoire, - pénalités de retard abusives, - annulation d'une commande sans indemnité, - fin du contrôle réception prise comme délai de paiement par rapport à la date de livraison, - retour des marchandises dans un délai non acceptable après livraison, - contournement de la loi française par des commandes passées de l'étranger, même si la livraison est en France, - stocks consignation, modalités de prélèvement, facturation... ».

Des textes rénovés s'agissant des pratiques restrictives de concurrence

La situation est depuis longtemps au rang des préoccupations gouvernementales¹² de telle sorte que diverses mesures économiques, législatives et réglementaires ont été instaurées, d'efficacité variable, visant à couvrir ces situations.

- Loi Sapin 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.
- Loi Galland, n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.
- Loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques.
- Loi MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier.
- Loi LME, n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
- Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et amélioration de la qualité du droit.
- Loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.
- Loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

11 - Rapport Volot médiateur des relations interindustrielles et de la sous-traitance, 2010 p. 11, 12.

12 - Cf rapport Volot précité du 30 juillet 2010 : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/mediation-interentreprises/Rapport_Volot_dispositif_juridique-relations-interentreprises-sous-traitance.pdf.

Certaines d'entre elles (réunies sous les articles L. 441-1 à L. 441-9 du code de commerce) ont pour objectif général de tenter d'améliorer la « transparence » des relations commerciales, d'autres (réunies sous les articles L. 442-1 à L. 442-10 du code de commerce), complétant les dispositions visant à prohiber les actes anti-concurrentiels fustigés aux articles L. 420-1 et s. du code de commerce, tendent à éradiquer les « pratiques restrictives de concurrence » (retards de paiement, ruptures brutales de contrats, déséquilibres contractuels). Elles méritent intérêt car elles correspondent assez précisément aux besoins de protection de la sous-traitance.

Des juridictions spécialisées

En outre afin d'améliorer le traitement judiciaire de ces « délits civils » et harmoniser les décisions des tribunaux, des compétences spécifiques ont été données par l'article D. 442-3 du code de commerce à neuf juridictions commerciales au plan régional dont les décisions sont soumises pour appel à la compétence de la seule cour d'appel de Paris.¹³

Marseille	ressort des cours d'appel d'Aix-en-Provence, Bastia, Montpellier et Nîmes.
Bordeaux	ressort des cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Limoges, Pau et Toulouse.
Tourcoing	ressort des cours d'appel d'Amiens, Douai, Reims et Rouen.
Fort-de-France	ressort des cours d'appel de Basse-Terre, Cayenne et Fort-de-France.
Lyon	ressort des cours d'appel de Chambéry, Grenoble, Lyon et Riom.
Nancy	ressort des cours d'appel de Besançon, Colmar, Dijon, Metz et Nancy.
Paris	ressort des cours d'appel de Bourges, Paris, Orléans, Saint-Denis de La Réunion et Versailles.
Rennes	ressort des cours d'appel d'Angers, Caen, Poitiers et Rennes.

Cette compétence exclusive doit conduire à une grande prudence dans le maniement de ces actions et le fondement employé, dans la mesure où les cours d'appel « de droit commun », saisies d'un appel basé sur les dispositions des articles L. 442-6 et s. considèrent celui-ci irrecevable, comme relevant de la seule cour de Paris.

Cette position est d'autant plus délicate que les actions engagées le sont souvent sur le fondement cumulé du droit commun (article 1134 et s. du code civil) et du droit spécial (art. L. 442-6 et s.) et que les juges, même lorsque l'action ne vise pas cet article, peuvent requalifier le fondement utilisé par les parties.

Le résultat n'est cependant pas totalement probant. Selon le rapport Volot « *La persistance des pratiques dénoncées ... 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....* ».

Une loi spécifique au cas de la sous-traitance de marché

La sous-traitance de marché elle-même, en dehors des dérives précitées, fait également encourir un certain nombre d'inconvénients et de dangers, manque de transparence de l'opération vis-à-vis des maîtres d'ouvrage et défaut de garantie de paiement des sous-traitants, qui ont appelé en 1975 la réflexion des pouvoirs publics.

La sous-traitance de marché est en effet une atteinte au principe de l'exécution personnelle du marché par l'entrepreneur caractérisé par un *intuitu personae* fort : du fait du recours à la sous-traitance, une partie de l'ouvrage que le maître d'ouvrage a confié à l'entrepreneur avec qui il a contracté, peut se trouver, sans même qu'il n'en soit informé, réalisé par un tiers.

Se pose alors notamment la question du recours éventuel du maître de l'ouvrage contre le tiers réalisateur en cas de mauvaise réalisation par celui-ci.

Parallèlement, le sous-traitant, ignoré du maître de l'ouvrage, peut se trouver dans des situations extrêmes, impayé de tout ou partie de l'ouvrage qu'il a réalisé, par un entrepreneur indélicat, et sans recours contre le maître de l'ouvrage avec lequel il n'a pas de rapport contractuel et à l'égard duquel il ne peut même pas songer à agir au titre de l'enrichissement sans cause.

Ce sont ces dérives, génératrices de faillites en cascade, qui ont poussé le législateur, en 1975, à adopter les termes d'une loi d'ordre public sur la sous-traitance, à l'origine conçue pour s'appliquer à la situation des marchés de

13 - Loi LME de 2008, loi Hamon de 2014.

bâtiments et de travaux publics¹⁴, mais dont la jurisprudence a fait des dispositions essentielles une application extensive à toutes sortes de situations, dont la sous-traitance industrielle.

En outre, une modification du texte est venue en 2005 étendre à la sous-traitance industrielle le devoir de surveillance mis depuis 1986 à la charge des maîtres d'ouvrages des opérations de bâtiments ou de travaux publics.

Devant la faiblesse des résultats législatifs, des institutions ont également été mises en place pour, d'une part, promouvoir l'application des dispositions existantes et d'autre part, éviter que les problèmes rencontrés ne dérivent en situation contentieuse.

Une « Commission d'examen des pratiques commerciales » a été instaurée en 2001 par la loi 2001-420 du 15 mai 2001 insérant un nouvel article L. 440-1 dans le code de commerce (modifiée en 2012 et 2014).

Un « Médiateur national des relations entreprises et de la sous-traitance » a ainsi été installé en 2010 avec un réseau de médiateurs nationaux et départementaux et une montée en charge du nombre des médiations (1000 en 2014).

* * *

Il nous a donc paru intéressant dans le cadre de cette journée d'échanges avec les juristes marocains, d'examiner de façon comparative, la situation actuelle de protection des entreprises sous-traitantes et de voir en quoi elle peut également concerner les entreprises marocaines sous-traitantes.

On exposera donc ci-après, en se gardant d'entrer dans un panorama totalement exhaustif, quelques-uns des aspects des dispositifs de protection :

- du sous-traitant industriel,
- du sous-traitant industriel de marché.

On se posera au passage pour chaque dispositif protecteur la question de son application au cas du sous-traitant étranger.

* * *

I - MESURES DE RÉGULATION DES RELATIONS COMMERCIALES BÉNÉFICIAINT AU SOUS-TRAITANT INDUSTRIEL

Les menaces pesant sur le sous-traitant

De taille généralement inférieure à son donneur d'ordres, le sous-traitant est soumis à la santé financière de celui-ci, aux caprices de sa gestion, quand ce n'est pas, tout simplement à son bon vouloir !

Le sous-traitant pourra tenter d'organiser contractuellement sa protection par l'emploi de mesures dont certaines sont traditionnellement mieux adaptées au cas des fournisseurs et plus difficilement applicables à son propre cas.

Il pourra notamment prévoir un *transfert différé de propriété* de la chose qu'il fabrique par l'inscription d'une *clause de réserve de propriété* jusqu'au parfait paiement. La chose est toutefois délicate lorsque l'on considère que le fondement contractuel repose sur le contrat de louage d'ouvrage et non sur la vente.

Il pourra bien entendu prévoir une *résiliation contractuelle* en cas de défaut de paiement.

Il pourra également exercer, en cas d'impayé, son *droit de rétention* sur la chose qui lui a été confiée ou qu'il a fabriquée.

On n'entrera pas ici dans l'examen détaillé de ces dispositions qui ne valent que si elles sont contractuellement admises par le donneur d'ordres ou si leur effet n'est pas annihilé par l'effet des propres conditions générales de celui-ci.

On évoquera plus précisément quelques-unes des mesures protectrices prévues par le code de commerce en matière de pratiques commerciales, pouvant s'appliquer à la situation du sous-traitant industriel.

On examinera en premier lieu, quelques-unes des mesures du titre IV du livre IV code de commerce ayant trait à la transparence des relations, pour s'arrêter sur la question des pratiques restrictives de concurrence.

14 - Loi 1975-1334 du 31 décembre 1975.

A - Des mesures visant à assurer la transparence des relations commerciales (article L. 441-1 et s. du code de commerce)

Facturation, délais de paiement, CGV.

1 - Les règles de facturation

Selon l'article L. 441-3 du code de commerce (modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 – art. 121 (V) et la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 - art. 137),

« ...Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation ... ».

La facture doit être délivrée dès la réalisation de la vente ou la prestation du service, rédigée en double exemplaire et conservé chacun par le vendeur et l'acheteur (durant un délai de trois ans prévu par l'article R. 441-3).

Elle doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de service et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de service, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture.

La facture mentionne également :

- la date à laquelle le règlement doit intervenir,
- les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente,
- le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture,
- ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier en cas de retard de paiement. (Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé).

Les infractions à ces dispositions sont **pénalement sanctionnées** (Article L. 441-4 modifié par l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2002) d'une amende de

75 000 euros qui peut être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée.

Au surplus, (Article L. 441-5 modifié par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 - art. 9), les personnes morales déclarées pénalement responsables de l'infraction prévue à l'article L. 441-4 encourent une peine d'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus, en application du 5° de l'article 131-39 du code pénal.

On gardera en mémoire la question de la mention obligatoire des *taux de pénalités exigibles* et de *l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement*. On notera en effet que les sanctions ci-dessus énoncées visent l'absence de ces dispositions dans les documents émis par la personne créancière.

Le comble est donc que celui qui encourt le risque d'un défaut de paiement encourt également le risque d'une sanction pénale en cas d'oubli de la mention des pénalités applicables sur ses documents !

Il prend également le risque, d'un redressement de l'administration fiscale en cas de non-recouvrement de ces sommes.

2 - La communication des conditions générales de vente

Aux termes de l'article L. 441-6 du code de commerce, modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 - art. 121 (V) et la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 - art. 46,

« I.- Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Elles comprennent :

- les conditions de vente ;
- le barème des prix unitaires ;
- les réductions de prix ;
- les conditions de règlement.

Selon ce texte, les conditions générales de vente constituent « *le socle unique de la négociation commerciale* ». Dans le cadre de cette négociation, tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestation de services de *conditions particulières* de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au premier alinéa.

Cette obligation (exécutée par tout moyen conforme aux usages de la profession) incombe à tout producteur, prestataire de services, grossiste et importateur, et notamment à l'exportateur français vis-à-vis de ses clients étrangers qui pourra en cas de refus faire l'objet de poursuites en France, lieu de la commission de l'infraction¹⁵.

La communication peut être exigée par tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle.

Elle ne peut cependant être utilisée de façon détournée par un concurrent qui se prétendrait acheteur éventuel pour prendre connaissance des conditions et tarif pratiqués¹⁶.

3 - Le respect des délais de paiement

a - Fixation d'un délai de paiement maximum

La loi (art. L. 441-6 4^oalinéa) impose le respect d'un délai de paiement maximum.

En effet, *sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.*

Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. Par dérogation, un délai maximal de quarante-cinq jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture peut être convenu entre les parties, sous réserve que ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier.

15 - Cf. Lamy droit économique n°2311 et jurisprudence citée (Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-20.182, Bull. civ. IV, n° 192, JCP E 1998, p. 1067, RLDA 1998/8, n° 482, obs. Storrer P. ; *adde* Gaffuri D., « Coopération commerciale, conditions générales de vente et tarification dans un contexte international », JCP E 1996, suppl. n° 5, p. 24 ; sur les assouplissements admis par la DGCCRF, note d'information n° 1005, 13 déc. 1993, JCP E 1994, III, n° 66802).

16 - Voir Lamy Droit économique n° 2312 et jurisprudence citée CA Versailles, 13^e ch., 3 avr. 1997, BRDA 1997, n° 10, p. 16, Rev. fid. FH 1997, n° 732, p. 8, D. aff. 1997, p. 694 confirmé par Cass. com., 1^{er} juin 1999, n° 97-15.421, Bull. civ. IV, n° 114, Rev. Lamy dr. aff. 1999, n° 19, n° 1195, RJDA 1999, n° 1019, BRDA 1999, n° 12, p. 10, LPA 23 nov. 1999, p. 5, Contrats conc. consom. 2000, comm. n° 10).

Les professionnels d'un secteur, clients et fournisseurs, peuvent décider conjointement de **réduire le délai maximum** de paiement fixé à l'alinéa précédent. Ils peuvent également proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de services demandée comme point de départ de ce délai. Des accords peuvent être conclus à cet effet par leurs organisations professionnelles. Un décret peut étendre le nouveau délai maximum de paiement à tous les opérateurs du secteur ou, le cas échéant, valider le nouveau mode de computation et l'étendre à ces mêmes opérateurs.

b - Obligation de mention du taux des intérêts applicables en cas de retard de paiement

Les conditions de règlement à ce titre (article L. 441-6 alinéa 8) doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date.

Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage.

Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire. Tout professionnel en situation de retard de paiement est de plein droit débiteur, à l'égard du créancier, d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est fixé par décret (nota **40 euros !**)¹⁷.

Le défaut de respect de ces dispositions rend l'auteur de l'infraction passible d'une amende administrative (article L. 441-6 III) dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale, et ce, pour :

- *le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux huitième, neuvième, onzième et dernier alinéas du I du présent article,*

17 - Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de cette indemnité forfaitaire, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification.

- le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant à la première phrase du douzième alinéa du même I, (ce qui suscite la même remarque que ci-dessus, n°2.1.1 !)
- le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité des pénalités de retard selon des modalités non conformes à ce même alinéa ainsi que,
- le fait de ne pas respecter les modalités de computation des délais de paiement convenues entre les parties conformément au neuvième alinéa dudit I.

Le montant de l'amende encourue est **doublé en cas de réitération** du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Sous les mêmes sanctions, sont interdites toutes clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement mentionnés au présent article.

c - Publication des délais de paiement dans les comptes annuels

Il faut aussi noter (article L. 441-6-1 modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 - art. 205) que les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes **communiquent des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs et de leurs clients.**

Ces informations font l'objet d'une attestation du commissaire aux comptes, dans des conditions fixées par ce même décret. Lorsque la société concernée est une grande entreprise ou une entreprise de taille intermédiaire, au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, le commissaire aux comptes adresse son attestation au ministre chargé de l'économie, si elle démontre, de façon répétée, des manquements significatifs de la société aux prescriptions des neuvième et dixième alinéas du I de l'article L. 441-6 du présent code.

À cet effet (article D. 441-4 du code de commerce), pour l'application de l'article L. 441-6-1, les sociétés publient dans le rapport de gestion destiné à l'assemblée annuelle d'approbation des comptes, la décomposition à la clôture des deux derniers exercices du solde des dettes à l'égard des fournisseurs par date d'échéance.

- d - Nécessité d'une convention écrite pour tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production

L'article L. 441-9 créé par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 - art. 126 prévoit que :

« I. — Une convention écrite est établie, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, pour tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production, dont le montant est supérieur à un seuil fixé par décret. Elle indique les conditions convenues entre les parties, notamment :

1° L'objet de la convention et les obligations respectives des parties ;

2° Le prix ou les modalités de sa détermination ;

3° Les conditions de facturation et de règlement dans le respect des dispositions législatives applicables ;

4° Les responsabilités respectives des parties et les garanties, telles que, le cas échéant, les modalités d'application d'une réserve de propriété ;

5° Les règles régissant la propriété intellectuelle entre les parties, dans le respect des dispositions législatives applicables, lorsque la nature de la convention le justifie ;

6° La durée de la convention ainsi que les modalités de sa résiliation ;

7° Les modalités de règlement des différends quant à l'exécution de la convention et, si les parties décident d'y recourir, les modalités de mise en place d'une médiation.

II. - À défaut de convention écrite conforme au I, les sanctions prévues au II de l'article L. 441-7 sont applicables.

B - La sanction des pratiques restrictives de concurrence

Le code de commerce par ses articles L. 420-1 et 420-2 prohibe, sous peine d'éventuelles sanctions pénales, les pratiques anticoncurrentielles, ententes ou abus de domination.

Il est bien entendu que le sous-traitant qui réalise une grande partie de son activité avec un seul donneur d'ordre peut se trouver confronté à ce type de situations et notamment placé dans un état de dépendance économique le soumettant à d'éventuelles pratiques abusives.

Dans ce cadre qui relève de l'appréciation de l'Autorité de la concurrence et des juridictions pénales, **l'article L. 420-1 du code de commerce**

(modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 - art. 52 JORF 16 mai 2001) interdit **les ententes** :

«... même lorsqu'elle sont réalisées par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

De même, se trouvent prohibés par l'article L. 420-2 (Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 - art. 40 JORF 3 août 2005) les **abus de position dominante**,

« ... dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, 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 ».

Ces pratiques, sauf justification ou exemption satisfaisant aux termes de l'article L. 420-4 du code de commerce (progrès économique, satisfaction du profit du consommateur, etc.), relèvent de **sanctions notamment pécuniaires** prononcées par l'**Autorité de la concurrence** (p. ex. Conseil de la concurrence). Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle

réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

L'auteur de l'infraction relève également d'éventuelles **sanctions pénales** fixées par l'article L. 420-6 du code de commerce (emprisonnement de quatre ans et amende de 75 000 euros pour toute personne physique prenant frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 avec publication par voie de presse de la décision de condamnation).

Toutefois, il faut bien reconnaître que le recours à des fins indemnitaires à ces mesures dont le maniement s'avère fort lourd n'est pas à la portée du premier sous-traitant venu¹⁸ !

D'où l'intérêt des mesures exposées ci-après plus abordables pour le commun des sous-traitants recherchant la protection de la loi !

En effet, en droite ligne avec notre sujet du jour, le code de commerce réprime par les dispositions de son article L. 442-6 les pratiques commerciales abusives relevant soit d'un déséquilibre ou d'une disproportion soit d'une rupture brutale des relations commerciales.

« 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-traitance »¹⁹.

18 - On renverra à la lecture de l'étude publiée sur ces questions par Rafael Amaro et Hélène Vey-Morit « *l'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles* », RLDA, septembre 2015.

19 - Rapport Volot, 2010, page 21.

Tout manquement à l'article L. 442-6 est constitutif d'une faute (article L. 426-I), qui engage la responsabilité de son auteur (producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers) et l'oblige, par décision de la juridiction commerciale, à réparer le préjudice qu'il a causé.

Au rang des manquements sanctionnés on signalera le fait :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;

3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;

8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ;

9° De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ;

10° De refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en a fait la demande conformément à l'article L. 112-6 du code de la consommation ;

12° De passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8.

1. La sanction du déséquilibre affectant les relations

On s'arrêtera sur la sanction attachée au déséquilibre significatif, à savoir le fait (art. L. 442-6 2°) : « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »

Cette formulation se substitue à celle, précédente, de « l'abus de la relation de dépendance » ou de « la puissance d'achat ou de vente » donnant lieu à des « conditions commerciales ou obligations injustifiées », notion de relation de dépendance économique proche de celle de l'état de dépendance économique de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Cette définition est cependant devenue très générale et l'on peut craindre qu'elle ne conduise à une éventuelle remise en cause de la liberté contractuelle par le juge. Certains commentateurs²⁰ évoquent à ce sujet un « travail de sape de la sécurité juridique dans les contrats d'affaires ».

Le Conseil constitutionnel, saisi le 15 octobre 2010²¹, a estimé les dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce conformes à la Constitution, en ce que le déséquilibre significatif était défini en des termes suffisamment clairs pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits et des peines. Il a par la suite considéré que cette disposition ne portait pas une atteinte disproportionnée

20 - Stoffel-Munck Ph., JCP E 2011, 1876.

21 - Cass. com., 15 oct. 2010, n° 10-40.039, D. 2010, p. 2508.

tionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi.²²

La Cour de cassation a validé cette position, considérant qu'elle « ...ne contredisait aucune des autres stipulations de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme... »²³.

La Commission d'examen des pratiques commerciales et la DGCCRF considèrent que cette formule « ...a vocation à appréhender toute situation, qu'elle comporte ou non des pratiques décrites par un autre alinéa de l'article L. 442-6 »²⁴.

Elle donne lieu en tout cas à d'innombrables débats doctrinaux²⁵ et à une très abondante jurisprudence portant aussi bien sur des clauses de révision de prix, de résiliation unilatérale en cas de sous-performance du produit, de pénalités, etc., laissant craindre une remise en cause trop aisée du contrat postérieurement à sa passation. C'est ainsi que la cour de Paris a pu annuler comme abusive une clause prévoyant « ...qu'une partie pourrait résilier unilatéralement la convention, sans préavis et sans indemnisation, en cas d'inexécution par l'autre partie d'une obligation ... »²⁶ (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, n° 12/04791, BRDA 2013, n° 24).

22 - Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC.

23 - Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-21.551.

24 - CEPC avis et DGCCRF réponses, 22 déc. 2008

25 - Voir, Lamy Droit économique n° et doctrine citée : *Le déséquilibre significatif, étude in concurrence & consommation*, n° 170, p. 15 à 17 ; Berg-Moussa A., *Le « déséquilibre significatif » dans les relations commerciales : précisions et questionnements*, JCP E 2012, 1 et *Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements*, JCP E 2012, 1139 ; Mathey N., *Du déséquilibre significatif*, Contrats, conc. consom. 2011, repère 10 ; Titone T. et Coulon F., *Première définition jurisprudentielle de la notion de déséquilibre significatif dans les relations entre professionnels*, RLDA 2012/70, n° 3971 ; Jeannin M.-V., *Le déséquilibre significatif ou une atteinte significative à la liberté contractuelle ?*, LPA 2011, n° 199, p. 15 ; Rocher E., *Le déséquilibre significatif et la commande ouverte dans l'industrie*, JCP E 2012, 1741 ; Fourgoux J.-L. et Djavadi L., *Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence*, Contrats, conc., consom. 2013, étude 14 et JCP E 2013, 1691 ; Ponsard M., *Le déséquilibre significatif visé à l'article L. 442-6, I, 2° du code du commerce, Bilan et perspectives*, Contrats, conc. consom. 2013, dossier 4 ; Mattrey N., *Le déséquilibre significatif : approches civilistes et consoméristes*, Contrats, conc. consom. 2013, dossier 3 ; Lajuef N., *Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après*, RLC 2014/39, n° 2553.

26 - CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, n° 12/04791, BRDA 2013, n° 24.

La jurisprudence considère que le déséquilibre devient « significatif » par la présence, dans le contrat unique, « ...d'obligations injustifiées à la charge du fournisseur, néfastes pour l'économie et le consommateur... ».

La Cour de cassation, pour sa part, a récemment statué sur cette question (Cass. com., 3 mars 2015)²⁷ en précisant que « ...le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties doit s'apprécier in concreto et au regard du contexte dans lequel le contrat est conclu et de son économie... ».

2 - La rupture brutale de relations commerciales

Au titre de la rupture des relations est interdit, le fait :

4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des 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 ;

Et surtout :

5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels.

...

De toutes ces dispositions, c'est principalement cet article L. 442-6 I, 5° qui a donné lieu à une abondante jurisprudence qui intervient d'ailleurs dans des conditions où les sous-traitants « se trouvent dans une situation désespérée et n'ont plus rien à perdre »²⁸.

27 - Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.

28 - Rapport Volot, page 22 : Une PME hésitera pourtant toujours à tenter 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.

Le juge, pour condamner, exige que soient démontrées diverses conditions rappelées ci-après.

a - ... Une durée suffisante de relations commerciales établies

Les tribunaux saisis exigent la démonstration de l'existence de **relations établies**²⁹, et pour cela se basent, sur leur durée, leur continuité, le volume de chiffre d'affaires atteint.

b - ... Une rupture brutale

La rupture de ces relations – totale ou partielle – doit être brutale, sans préavis écrit suffisant. La durée minimale de préavis est déterminée, en référence aux usages du commerce, ou par des accords interprofessionnels.

La rupture brutale est donc celle qui est donnée sans préavis aucun, ou, sans préavis suffisant au regard de l'ancienneté des relations.

Le juge peut même estimer que le préavis contractuel respecté est trop court (un an) alors qu'il aurait dû être de dix-huit mois au regard de l'ancienneté des relations³⁰.

L'appréciation de la durée du préavis ressort du pouvoir souverain du juge du fond³¹.

c - ... Un préjudice causé par le non-respect du préavis ou sa brièveté

Il convient en effet de se montrer particulièrement prudent sur la nature du préjudice évoqué.

La faute causée est de nature délictuelle et repose sur le délit civil que constitue le non-

respect de l'article L. 442-6.5° à savoir le non-respect d'un préavis.

Dès lors, seule est indemnisable en substance, par référence à ce texte (et à l'article 1382 du code civil), la perte de marge brute résultant de l'absence de préavis suffisant et les charges fixes non couvertes³² (et non la perte du chiffre d'affaires avec l'entreprise contractante).

La Cour de cassation précise à ce titre dans un arrêt récent (Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-26.414³³) que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce permet l'indemnisation des seuls préjudices découlant de la brutalité de la rupture, et non de la rupture elle-même.

Il est entendu que les conséquences de la rupture elle-même peuvent faire l'objet d'une demande d'indemnisation sur la base du droit commun (notamment art. 1134 du code civil).

d - Modalités de l'action

i - Les juridictions compétentes

Selon l'article 442-6 III « ...l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale

29 - Voir Lamy économique n°2461 et Cf. pour une étude sur la notion de relations établies, Kouchnir-Cargill N., « Rupture brutale des relations commerciales : la notion de relation établie sujette à interprétation », RLDA 2012/73, n° 4136 ; Chantepie G., « La précarité des relations commerciales », JCP E 2012, 1605, et Contrats, conc. consom. 2012, étude 11 ; Mouly-Guillemaud C., « Rupture brutale d'une relation contractuellement établie, quelle place pour l'anticipation des parties ? », RLC 2013/37, n° 2435.

30 - Le demandeur étant « dans une situation de dépendance économique affirmée » (CA Lyon, 3^e ch., 10 avr. 2003, JCP E 2004, n° 222).

31 - Cass. com., 3 déc. 2002, n° 00-16.818 ; Cass. com., 28 mai 2013, n° 12-19.147 ; Cass. com., 12 mai 2004, n° 01-12.865, Bull. civ. IV, n° 86, Rev. Lamy dr. aff. 2004, n° 73, n° 4556, D. 2004, p. 1666, JCP G 2004, II, n° 10184, note Sonet A., JCP E 2004, n° 41, note Lachière Ch., Contrats, conc. consom. 2004, comm. 104, obs. Leveueur L., BRDA 2004, n° 12, p. 11, JCP E 2004, Cah. dr. entr., Fasc. 6, p. 11, obs. Mainguy D.

32 - Voir Lamy droit économique n° 2481 et jurisprudence citée : La rupture brutale des relations commerciales, Cah. dr. entr. 2014, n° 1, p. 34 à 38. (Cass. com., 28 avr. 2009, n° 08-12.788, Contrats, conc., consom. 2009, comm. 190, obs. Mathey N. ; Cass. com., 22 oct. 2013, n° 12-28.704, RJDA2014, n° 2, n° 177, Contrats, conc. consom. 2014, comm. 8, obs. Mathey N.), (CA Aix-en-Provence, 8^e ch. B, 17 avr. 2009, n° 06/20859, SA Balicco c/ SAS Creno Impex, Contrats, conc., consom. 2010, comm. 4, note Mathey N. ; CA Chambéry, 23 juin 2009, n° 08/01598, SAS Café Français c/ SA Cafés Folliet, Contrats, conc. consom. 2010, comm. 4, note Mathey N. ; CA Paris, pôle 5, ch. 10, 19 janv. 2011, n° 09/14691, AB Décoration e. a. c/ Europalaces Champs Élysées e.a. et CA Aix-en-Provence, 2 mars 2011, SA Transports Ascensio c/ SAS Fabemi Provence, Contrats, conc. consom. 2011, comm. 116, obs. Mathey N., JCP E 2011, n° 18, p. 32, n° 1345, note Mathey N. Cf. Juaristi A. et de Brosses A., Le préjudice lié à la rupture fautive de relations commerciales établies, Dr. & patr. 2003, n° 110, p. 60 ; Deshayes O., Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie, RLDA 2010/51, n° 2981 ; Rapport CEPC 2010-2011, p. 146 et 147 présentant les préjudices pris en compte pour la rupture brutale des relations commerciales établies ; Ferré D. et Pihéry R., Pratiques restrictives de concurrence : étude du bilan de la CEPC, Contrats, conc. consom. 2011, étude 1 ; Ruiz M., Indemnisation de la rupture brutale des relations commerciales, Cour d'appel année 2011, Contrats, conc. consom. 2011, Fiche pratique 1 ; Schulte E. et Le Morhedec E., 3 questions : L'indemnisation de la rupture brutale des relations commerciales établies, JCP E 2011, n° 37, p. 5, n° 466 ; Copet K., Indemnisation de la rupture brutale des relations commerciales (cour d'appel année 2012), Contrats, conc. consom. 2012, fiche pratique n° 1.

33 - Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-26.414.

compétente ... » à savoir l'une des huit juridictions spécialisées dont la liste est donnée plus haut : tribunaux de commerce de Marseille, Bordeaux, Tourcoing, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris, Rennes.

L'appel des décisions prononcées est porté de façon exclusive devant la seule cour d'appel de Paris (art. D. 442-3, al. 2, Cass. com., 31 mars 2015, pourvoi n° 14-10.016 ; Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-16.755).

Toute autre cour d'appel saisie de l'appel d'une de ces décisions devrait « relever la fin de non-recevoir tirée de l'inobservation de la règle d'ordre public investissant la cour d'appel de Paris du pouvoir juridictionnel exclusif de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce ».

Précisons que l'article L. 442-6 IV, donne compétence au juge des référés (de ces juridictions) pour ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques discriminatoires ou abusives ou toute autre mesure provisoire.

ii - Titulaires du droit d'action

L'originalité de cette action réside dans le fait qu'elle est ouverte (non seulement à la victime), mais également à :

- toute personne justifiant d'un intérêt,
- au ministère public,
- au ministre chargé de l'économie ou,
- au 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.

La victime ayant un intérêt direct pourra engager l'action. Est-ce à dire également que par exemple, en dehors de la victime elle-même, un créancier de la victime, une association de défense ayant intérêt, pourraient engager ladite action en lieu et place de la victime ?

Autre originalité, à l'occasion de cette action, le ministre chargé de l'économie, le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie :

- d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6,
- de faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites,
- d'ordonner la répétition de l'indu,
- de prononcer une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros, mais qui peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées,

- d'allouer la réparation des préjudices subis,
- d'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.

Cette faculté de mettre en œuvre l'action civile est justifiée par les promoteurs du texte, les commentateurs et la jurisprudence par la position de faiblesse présumée de la victime qui pourrait lui interdire d'agir et expliquer qu'on doive agir à sa place. Elle a été très vivement critiquée par la doctrine³⁴.

Elle est utilisée en pratique aussi bien par le ministre que le président de l'Autorité de la concurrence.

L'action est engagée soit par voie d'assignation, soit par voie d'intervention à la procédure par signification de conclusions.

Elle n'est pas sans poser problème s'agissant notamment de l'évaluation (par un tiers) du préjudice subi par la victime.

À noter que le caractère d'ordre public de la loi n'interdit pas aux parties de transiger ou de se concilier en convenant des modalités de rupture de leur convention ni de la régler sous l'angle d'une médiation conventionnelle ou externe.

34 - Voir Lamy économique n°2486 : Considérée comme aberrante au regard des principes généraux de la responsabilité civile (Decocq A. et Pédamon M., « L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », J.-Cl. Conc. consom., n° spéc. 1987, n° 81 ; cf. également Mousseron J.-M. et Sélinsky V., *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, 1987, p. 124, n° 142 ; Gavalda Ch. et Lucas de Leyssac Cl., « Commentaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », ALD 1988, comm. lég., p. 47, n°75 et 95, qui dénoncent « l'incongruité du régime de la sanction nouvelle organisé par l'article 36 », révélant « la volonté de l'administration de continuer à veiller sur la mise en œuvre du droit de la concurrence » ; Serna J.-Ch., « Le refus de vente dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », Mélanges Breton et Derrida, Dalloz, 1991, p. 366, « aberration » et « bizarrerie » ; Nourissat C., « Bref retour sur les actions des autorités publiques devant les juridictions civiles ou commerciales », RLC 2005/3 n° 221, qui exprime sa « perplexité » ; Behar-Touchais M., « Mutations du droit des pratiques restrictives », RLDA 2010/46, n° 2730, « monstre procédural » ; contra, cependant, Brill J.-P., Gaz. Pal. 1987, 2, doct., p. 775, qui considère que « cette disposition s'inscrit dans le droit fil de l'évolution du rôle du Parquet en droit des affaires », et Blanchot, « L'impact du droit de la concurrence dans les rapports contractuels avec les concédants », Rev. conc. consom. 1989, n° 48, p. 3).

iii - *L'application aux entreprises étrangères*

Ces textes protecteurs sont-ils applicables au sous-traitant ou donneur d'ordres étrangers dans leurs rapports avec des sociétés françaises ?

La question posée relève des principes du droit international privé.

La jurisprudence et la doctrine considèrent que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce constituent une « loi de police » par référence à l'article 3 du code civil qui énonce que « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

La loi de police, « s'impose aux rapports contractuels internationaux, quelle que soit la loi applicable au contrat, dès lors qu'un rattachement suffisant existe avec la France et indépendamment du lieu d'établissement de la partie victime de la pratique restrictive ». C'est ce qu'a jugé la Cour d'appel de Paris, saisie par une société française à l'égard d'une société canadienne pour rupture brutale par celle-ci de leurs relations commerciales³⁵.

Ainsi encore la Cour de cassation, statuant sur un litige opposant une société française à une société chilienne pour une rupture brutale, a validé un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 4 octobre 2012 en estimant « que la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit et que ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que de celui du lieu de réalisation de ce dernier ; qu'après avoir rappelé à juste titre qu'en cas de délit complexe, il y a lieu de rechercher le pays présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable, l'arrêt retient que ces liens résultent en l'espèce de la relation contractuelle préexistant depuis plus de douze ans entre les parties, que celles-ci ont formalisé par un contrat conclu à Paris, en désignant le droit français comme loi applicable et le tribunal de commerce de Paris comme juridiction compétente ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, et abstraction faite du motif surabondant visé par les deux dernières branches, la cour d'appel, en retenant que la loi applicable à la demande de dommages-intérêts formée par la société FGM était la loi française, a fait l'exacte application des articles 3 du code civil et L. 442-6, I, 5° du code de commerce.

Dans le même sens encore, la cour de Versailles³⁶ a reconnu le droit d'une société panaméenne d'agir devant les juridictions françaises en se prévalant de la loi française, en l'occurrence L. 442-6, I, 5° du code de commerce pour rupture brutale des relations à l'égard d'une société française. « Cette loi française s'impose à une société française que son partenaire soit lui-même français ou étranger et que son application est recherchée devant une juridiction française à propos d'un litige ayant pour objet la rupture de relations commerciales établies résultant pour l'essentiel de l'exécution d'un contrat de distribution que les parties ont entendu soumettre au droit français et se trouvant par là aussi rattaché à l'ordre juridique français ».

On précisera toutefois que la Cour de cassation³⁷ a admis en pareille matière la validité d'une clause contractuelle donnant compétence à une juridiction allemande pour connaître de tout litige afférent à la rupture des relations contractuelles dans le cas d'un litige opposant un sous-traitant français, sur la base de l'article L. 442-6 I 5° du code du commerce à un donneur d'ordres allemand pour la rupture brutale par celui-ci des relations contractuelles.

Le sous-traitant critiquait la décision de la cour d'appel en indiquant que celle-ci avait entre autres, retenu que l'action était de nature contractuelle alors que le fondement des actions engagées sur la base de l'article L. 442-6 5 du code de commerce est de nature délictuelle au sens de l'article 5 3° du règlement communautaire du 22 décembre 2000, que l'application de la clause attributive de compétence à la juridiction allemande violait les articles L. 442-6 I 5° du code de commerce et 23 du règlement (CE) du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000, qu'en affirmant que les dispositions de police de la concurrence invoquée par la société française n'étaient pas applicables à des fournisseurs situés à l'étranger, la cour d'appel avait violé l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce.

La Cour de cassation estime que la clause attributive de juridiction, s'appliquant « à tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties », la cour d'appel a exactement décidé que cette clause jugée valable au regard de l'article 23 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I),

35 - CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 déc. 2013, n° 11/20287, Sté Toys International INC c/ SARL Gigamic : JurisData n° 2013-029173.

36 - Cour d'appel de Versailles, du 14 octobre 2004, 2003-04512 Légifrance.

37 - Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2007, n° 06-10.946, Bull. civ. I, n° 93.

donnait compétence exclusive à la juridiction de l'État contractant désigné.

Dans le même sens, la Cour de cassation a, dans un arrêt concernant une société française victime d'une rupture brutale de la part d'une société allemande,³⁸ jugé que la clause, « *qui attribue compétence aux juridictions allemandes pour tous les litiges découlant des relations contractuelles, est suffisamment large et compréhensive pour s'appliquer à ceux découlant de faits de rupture brutale partielle des relations commerciales établies entre les parties, peu important à cet égard la nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité encourue* ».

II - EXTENSION DU DISPOSITIF DE PROTECTION DE LA LOI N° 1334 DU 31 DÉCEMBRE 1975 À LA SOUS-TRAITANCE INDUSTRIELLE DE MARCHÉ

A - Exposé du dispositif général issu de la loi du 31 décembre 1975

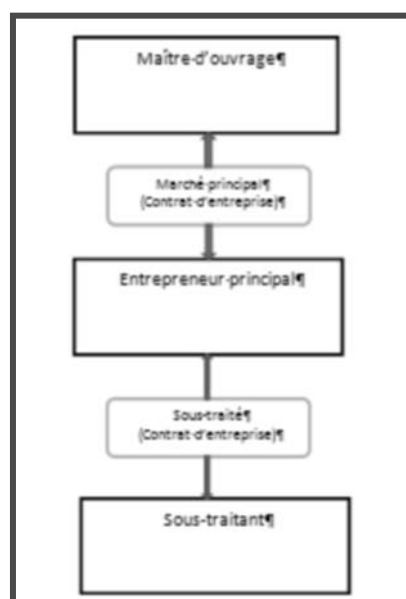
À la suite de faillites retentissantes affectant le milieu des BTP, le législateur français a adopté le 31 décembre 1975 un texte protecteur du sous-traitant destiné à moraliser la situation existante en instaurant par un dispositif obligatoire, une transparence des opérations de sous-traitance et la garantie des paiements du sous-traitant.

Ce texte comporte quatre titres.

Le premier (TITRE I) contient des dispositions générales notamment de définition (art. 1 & 2).

« *Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

La sous-traitance soumise à cette loi est donc une opération qui réunit au moins trois acteurs au moyen de deux contrats de sous-traitance superposés.



38 - Chambre commerciale, 20 mars 2012, n° de pourvoi : 11-11.570.

La loi assure, sous peine de sanction, par son article 2, la transparence des opérations en instaurant une obligation, applicable à toute opération de sous-traitance relevant du secteur des marchés privés comme des marchés publics, **d'acceptation du sous-traitant** et par ailleurs **d'agrément de ses conditions de paiement**.

« L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande ».

Le texte comporte une sanction originale, assimilée par certains commentateurs à une nullité relative.

« Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant ».

Le second titre (TITRE II) organise la certitude du paiement du sous-traitant dans les opérations de sous-traitance de marchés publics. Ce titre s'applique en effet (article 4) aux marchés passés par l'État, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics.

Dans ce cadre, on présume en effet que le maître d'ouvrage (État, collectivité, etc.) dispose d'une solvabilité à toute épreuve et on met en place un mécanisme de paiement direct du sous-traitant par le maître d'ouvrage, par prélèvements sur les sommes dues par celui-ci à l'entrepreneur principal au titre de l'exécution du marché principal.

« Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution ».

À noter que ce dispositif est réservé au sous-traitant « régulier », c'est-à-dire celui qui a été régulièrement accepté et dont les conditions de paiement ont été agréés conformément à l'article 3 de la loi.

Par ailleurs, son application est réservée au sous-traitant de 1^{er} rang. Les sous-traitants des

rangs suivants ne bénéficiant pas du paiement direct comme relevant du titre III de la loi.

Le titre III de la loi couvre toutes les opérations de sous-traitance qui ne sont pas couvertes par le titre II, autrement dit, les opérations de sous-traitance de marchés privés et la situation des sous-traitants des rangs 2 et plus des opérations de sous-traitance de marchés publics.

Ce texte organise deux mécanismes de garantie de paiement du sous-traitant. Il confère en premier lieu (article 12) une **action directe** en paiement à l'égard du maître d'ouvrage, au profit du sous-traitant impayé à condition qu'il soit régulier (c'est-à-dire ayant fait l'objet d'une acceptation et de l'agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage).

« Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage ».

En outre, la loi oblige l'entrepreneur principal, à fournir, au moment de la signature du contrat, **sous peine de nullité de celui-ci** une **garantie de paiement** consistant :

- soit en une caution bancaire,
- soit en une délégation de paiement du maître d'ouvrage.

« ... À peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1275 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant... »

La sanction prévue par la loi (nullité du sous-traité) est redoutable dans la mesure où ses conditions d'application sont relativement draconiennes vis-à-vis de l'entrepreneur principal, qu'elle peut s'appliquer même en cas de paiement du sous-traité et qu'elle peut s'appliquer dans le temps de la prescription de l'action en nullité relative (jusqu'à cinq ans après la réception des travaux !). Cette nullité permet au sous-traitant non seulement d'échapper à l'exécution proprement dite du marché, mais également, s'il est déjà exécuté, d'obtenir, après annulation du contrat, le re-

chiffage (et l'éventuelle réévaluation) de ses travaux « à dire d'expert », ce qui peut s'avérer très intéressant si le sous-traité a été conclu à un prix très bas.

Le dispositif issu de la loi, impliquant plus particulièrement l'entrepreneur principal a été complété en 1986 (Loi 86-13 1986-01-06 art. 13 du 7 janvier 1986) « Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics » par un article 14-1 instaurant un « devoir de surveillance » à la charge du maître d'ouvrage.

« - le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3, mettre l'entrepreneur principal en demeure de s'acquitter de ses obligations ;

- si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'État, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution. »

Ce texte ne prévoit pas la sanction applicable au maître d'ouvrage qui manquerait à cette obligation de surveillance, mais les tribunaux considèrent que ce manquement constitue une faute du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant et l'oblige à réparer le préjudice subi de ce fait par celui-ci. Autrement dit, ils condamnent le maître d'ouvrage à indemniser le sous-traitant à hauteur des factures qui ne lui ont pas été payées par l'entrepreneur principal et donc à payer deux fois les travaux.

La portée de ce texte était limitée au domaine des « bâtiment et travaux publics ».

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 186, on y reviendra ci-après, a étendu la portée du texte de l'article 14-1 au bénéfice du sous-traitant industriel :

« ...Les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître de l'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier. Les dispositions du troisième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle... ».

Le titre IV de la loi confère à celle-ci le caractère de loi d'ordre public déjà fixé par les dispositions des articles 7 et 12 de la loi réputant « toute clause contraire non écrite ».

Précisons enfin que la protection conférée au sous-traitant résiste (articles 6 & 12) à la procédure collective affectant l'entrepreneur principal conférant au sous-traitant une situation privilégiée à l'égard des autres créanciers de l'entrepreneur principal.

B - Application jurisprudentielle du texte à la sous-traitance industrielle

Le législateur avait à l'origine pour objectif de protéger la sous-traitance du bâtiment et des travaux publics.

Il convient toutefois de noter que le texte, mis à part le cas particulier de l'article 14-1, ne définit pas les limites de son application.

Dans ces conditions, la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à l'intention initiale du législateur et a donné au texte un très large domaine d'application.

Pour l'appliquer, le juge recherche l'existence de deux contrats d'entreprise superposés.

Ce qui exclut l'application de la loi lorsque le contrat principal est par exemple un contrat de vente ou bien encore lorsque le contrat secondaire est un contrat de location mobilière.

La loi s'applique sans considération de la nature matérielle ou intellectuelle des prestations³⁹.

Elle s'applique ainsi à toutes sortes d'activités, parfois totalement éloignées du monde du bâtiment et des travaux publics :

- activité ferroviaire,⁴⁰
- industrie pétrolière off-shore,⁴¹
- imprimerie⁴²,
- aéronautique,
- réparation navale,
- agroalimentaire⁴³,
- fabrication de cuisines⁴⁴,

39 - Ingénieur-conseil chargé de l'étude et des calculs d'une charpente. Cass. 3^e civ., 28 févr. 1984, d 82-15.550 ; Bull. civ. III, n° 51, géomètre, métreur, architecte, bureaux d'études.

40 - Fabrication de wagons, CA Paris 7^e ch. 11.07.1983.

41 - Fabrication de plate-forme pétrolière.

42 - Fabrication de catalogues, CE 27.09.1985 AJDA 20.1.1986 p. 42.

43 - Élevage de poulets, Fabrication de barres de céréales.

44 - Fabrication et montage d'éléments de cuisine.

- informatique⁴⁵,
- composants électroniques⁴⁶,
- industrie textile,
- industrie cinématographique,⁴⁷
- montage.⁴⁸

Au rang de ces activités, se trouve l'activité industrielle elle-même de sorte que les obligations pesant sur l'entrepreneur principal, relatives à l'acceptation du sous-traitant et à l'agrément de ses conditions de paiement, ou bien celles relatives à la fourniture d'une garantie de paiement s'applique au sous-traitant industriel qui bénéficie de la protection de l'intégralité de la loi : action directe à l'égard du maître de l'ouvrage, action en nullité du sous-traité, etc.

C - L'extension législative du devoir de surveillance pesant sur le maître d'ouvrage au sous-traitant industriel de marché

La loi n° 2005-845 dite *de sauvegarde des entreprises* du 26 juillet 2005 - art. 186 JORF 27 juillet 2005, en vigueur le 1^{er} janvier 2006, a décidé – par l'ajout d'un alinéa à l'article 14-1 de la loi, d'étendre le dispositif de surveillance (très efficace) mis à la charge des maîtres d'ouvrage et réservé jusqu'alors au monde du bâtiment et des travaux publics, au domaine de la sous-traitance industrielle.

« ...Les dispositions du deuxième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître de l'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier. Les dispositions du troisième alinéa s'appliquent également au contrat de sous-traitance industrielle... ».

Ainsi, c'est désormais l'ensemble de la loi 75-1334 qui s'applique à la sous-traitance industrielle de marchés.

De grands débats se sont faits jour en jurisprudence à ce propos. On signalera les plus récents.

45 - Réalisation de partie de programmes informatiques.

46 - Fabrication de circuits imprimés.

47 - Cass. civ., 4.07.1995, Dalloz IR, p. 72, réalisation de télé-films.

48 - Montage d'éléments de ponts roulants dans une usine.

Une décision de la cour de Versailles du 13 décembre 2010⁴⁹ applique le texte à une activité de démontage dans une carrière, d'une installation pour ferrailage et au montage d'un système de convoi et de concassage mécanique.

L'arrêt est intéressant pour son approche de la notion de sous-traitance industrielle. Il précise :

« ... est relative à l'industrie, toute sorte d'activité concernant la production et la circulation des richesses, ce qui comprend l'extraction et la première transformation des matières industrielles, l'élaboration de produits finis à partir de ce qui est issu de ces activités initiales, la confection de biens d'équipement et de consommation et aussi, par analogie, les autres secteurs d'activités producteurs de richesse par la vente de services ... »

Un arrêt de la Cour de cassation⁵⁰ l'applique à une activité de réalisation de charpente métallique effectuée en atelier. La Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel qui avait refusé d'appliquer le texte à la situation en précisant :

« les dispositions du deuxième alinéa de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 s'appliquent au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître de l'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier ».

Une décision de la Cour de cassation, chambre commerciale du 5 novembre 2013 (n° 12-14.645), fait application de l'article 14-1 au profit de sous-traitants impayés par la société Dos France, entrepreneur principal chargé par la société Chantiers de l'Atlantique (devenue STX Cruise France) de la réalisation de travaux sur des paquebots.

La Cour approuve par un attendu ne souffrant pas la discussion la condamnation du maître d'ouvrage STX France pour ne pas avoir exercé les obligations lui incombant au titre du devoir de surveillance :

« Mais attendu que les dispositions du troisième alinéa de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 1985, s'appliquent également aux contrats de sous-traitance industrielle ; qu'après avoir exactement énoncé que l'application de l'article 14-1, alinéa 2, par renvoi de

49 - RJDA 2011, n°533.

50 - Cass. civ. 3^e, 7 novembre 2012, n° 11-18.138.

l'alinéa 3 au contrat de sous-traitance industrielle n'était nullement subordonnée à l'existence d'un marché de travaux de bâtiment ou de travaux publics, l'arrêt retient, d'un côté, que, par son comportement, la société STX France avait démontré qu'elle connaissait l'objet de l'intervention de la société PMC en qualité de sous-traitant et, de l'autre, que les sommes dues à la société PMC n'avaient pas été intégralement réglées ; »

Une fois affirmée l'application du texte au domaine industriel, à spectre fort large, demeure toujours la question de la qualification du contrat de sous-traitance lui-même (existence d'un contrat d'entreprise et non d'un contrat voisin de louage de chose ou de vente).

Se pose également la question du respect de la notion précise d'opération soumise à la loi du 31 décembre 1975. À ce titre, on signalera deux arrêts de la Cour de cassation (Cass. com., 3 déc. 2013⁵¹ et Cass. com., 7 janv. 2014⁵²) qui bien qu'admettant la spécificité du travail accompli refusent l'application de la loi au motif :

« ..qu'il n'est pas établi que les éléments fournis par les sous-traitants avaient été réalisés sous la « responsabilité » de l'entrepreneur principal, « critère qui ne serait pas rempli du seul fait que le sous-traitant serait un fournisseur choisi par le maître de l'ouvrage qui aurait arrêté les caractéristiques techniques des produits en cause ... ».

On n'insistera jamais assez sur l'importance, à quelque niveau que l'on se place de la chaîne des rapports de sous-traitance, de la bonne prise en considération des obligations issues de la loi du 31 décembre 1975 sur lesquelles on ne reviendra pas.

Les articles 14 et bien entendu 14-1 appliqués aux sous-traitants industriels, peuvent fournir à eux seuls, intelligemment utilisés, la solution de situations extrêmement compromises en permettant aux sous-traitants impayés de recouvrer de façon inespérée la contrepartie financière de l'ouvrage qu'ils ont exécuté.

D - L'application de la loi aux entreprises étrangères

Le caractère d'ordre public de la loi (issu de ses articles 8, 12, 15) interdit d'y déroger. Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme,

les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi (L. n° 75-1334, 31 déc. 1975, art. 15). De même, toutes renonciations au paiement direct ou à l'action directe sont réputées non écrites.

Ce caractère public, plaçant le texte au rang des lois de police interne, entraîne-t-il son application à une société étrangère, sous-traitante, entrepreneur principal, ou maître d'ouvrage ?

Se pose la question des opérations (de plus en plus fréquentes) réunissant des acteurs de nationalité étrangère dont au moins un français sur le sol français ou à l'étranger, faisant référence contractuellement soit à la loi française soit à la loi étrangère. Les règles du droit international privé que l'on a évoqué plus haut dessine la (ou les) réponse(s) à cette question qui diverge selon que le contrat principal ou le contrat de sous-traitance est soumis à la loi étrangère.

Selon le règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I), applicable aux contrats conclus après le 17 décembre 2009, les parties ont la liberté de choisir la loi applicable au contrat.

Mais, cette liberté de choix peut se trouver réduite si elle se heurte à l'application des lois de police du juge saisi (article 9 du règlement, Rome I), ou si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public du for (article 21 du règlement Rome I).

La jurisprudence de la Cour de cassation illustre les débats relatifs à ces questions.

Après avoir hésité dans le passé, (la chambre commerciale avait en 2006 jugé la loi de 1975 inapplicable à un sous-traité soumis à la loi italienne⁵³, et la première chambre civile avait retenu début 2007⁵⁴ que l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 n'était pas une loi de police), elle considère désormais par un arrêt de la chambre mixte du 30 novembre 2007⁵⁵ que la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police (dispositions impératives) au sens des dispositions combinées de l'article 3 du code civil et des articles 3 et 7 de la convention de Rome de 1980.

Elle maintient désormais sa position (Cf. Cass. civ. 3^e, 30 janvier 2008, n° 06-14.641,

51 - Cass. com., 3 décembre 2013, 12-15.445.

52 - Chambre commerciale 7 janvier 2014, n° 12-24.468.

53 - Cass. com., 19 déc. 2006 : Bull. civ. 2006, IV, n° 251.

54 - Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2007 : Bull. Civ. 2007, n° 33.

55 - Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006.

confirmé par Cass. civ. 3^e, 8 avril 2008, n° 07-10.763). Dans cet arrêt, la Cour rappelle que les règles protectrices du sous-traitant de la loi de 1975 sont applicables, même en présence d'un contrat de sous-traitance soumis à loi du pays de l'entrepreneur principal, pour la réalisation de travaux de construction en France.

Dans l'hypothèse d'une opération de construction immobilière située en France, le lien de rattachement sera caractérisé au profit du sous-traitant même si le contrat de sous-traitance en cause écarte son application au profit d'une loi étrangère (Cass. ch. mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14.006 - Cass. civ. 3^e, 30 janv. 2008, n° 06-14.641 - Cass. civ. 3^e, 8 avril 2008, n° 07-10.763).

La Cour de cassation considère que, s'agissant d'une opération de construction se déroulant en France, la loi de 1975, loi de protection, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du code civil et des articles 3 et 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Le sous-traitant peut donc l'invoquer **dès lors que l'objet du contrat présente un lien étroit avec la France**, même si une loi étrangère s'applique au contrat de sous-traitance (Cass. civ. 3^e, 25 février 2009, n° 07-20.096)⁵⁶.

Cependant, la Cour de cassation exige que le lien de rattachement soit parfaitement caractérisé. Elle a eu l'occasion de l'affirmer dans une espèce où une société italienne, maître de l'ouvrage, avait commandé à une société française, entrepreneur principal, un matériel de télécommunication dont la fabrication avait été sous-traitée à une société italienne, le contrat étant lui-même soumis au droit suisse.

Le banquier cessionnaire de la créance de l'entrepreneur principal français sur le maître d'ouvrage italien se trouvait en concurrence avec le sous-traitant italien qui avait invoqué l'inopposabilité de cette cession, en application de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 dont il estimait qu'elle primait en tant que loi de police, à la loi suisse visée au contrat de sous-traitance.

Cette thèse avait été admise par les juges d'appel, considérant que cette loi était une loi de protection du sous-traitant et de sauvegarde de l'organisation économique du pays. Elle a toute-

fois été censurée par la Cour de cassation, faute pour les juges d'appel d'avoir caractérisé l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France, l'opération litigieuse étant elle-même réalisée hors de France (Cass. com., 27 avr. 2011, n° 09-13.524, FS - P B).

La pertinence de cette opinion semble persister depuis l'entrée en vigueur, le 17 décembre 2009, du règlement communautaire n° 593/2008 dit « Rome I » du 17 juin 2008, remplaçant la convention de Rome, qui réaffirme le principe du libre choix des parties quant à la loi applicable au contrat et fournit une conception relativement étroite de la loi de police définie comme une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics⁵⁷.

Il ressort de ce qui précède que, si le contrat de sous-traitance est exécuté en France, ou bien s'il fait lui-même référence à la loi française, qu'il soit exécuté en France ou à l'étranger, la loi française sera vraisemblablement applicable au maître d'ouvrage ou à l'entrepreneur français, même si le sous-traitant qui en revendique l'application est étranger.

CONCLUSION

Ces quelques lignes nous ont permis de jeter un regard rapide (et bien incomplet) sur une situation économique particulièrement répandue aux contours juridiques délicats pour le traitement de laquelle la référence aux textes cités peut se révéler particulièrement utile, voire salutaire.

Elles nous permettent aussi de réaffirmer une vérité universelle. Le droit ni la justice (humaine) ne peuvent recevoir la qualification de sciences exactes.

L'adage célèbre selon lequel un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès est plus que jamais d'actualité.

Aussi, et pour en terminer, pouvons-nous réaffirmer l'utilité des modes alternatifs pour le règlement de conflits de la nature de ceux que nous avons ici évoqués, car ils permettent d'espérer non seulement de régler rapidement le litige, mais aussi de maintenir, après avoir obtenu une conciliation, les liens entre les parties en conflit.

56 - Voir à ce sujet Dictionnaire permanent Construction et Urbanisme, n°5257.

57 - *In ibid*, Dictionnaire permanent Construction et Urbanisme, n°5257.

Or, le monde industriel moderne a besoin de solutions rapides, simples et économiquement supportables.

À ce titre et grâce à la conclusion de nombreux accords de développement et de libre échange, le Maroc, traditionnellement tourné vers les économies européennes met en valeur sa situation géographique au Nord de l'Afrique et ses liens ancestraux avec le continent africain, afin de conquérir de nouveaux espaces économiques.

Le règlement des difficultés rencontrées, corollaire inéluctable des activités qu'il promeut, exige la mise en place de moyens sûrs, rapides, efficaces et adaptés, dans l'organisation et le fonctionnement desquels, les avocats marocains ont un rôle essentiel à jouer tant en qualité de conseil, pour prémunir les conflits, qu'auprès des institutions judiciaires du pays et auprès enfin, des institutions d'arbitrage et de médiation qui équipent le Maroc⁵⁸ au rang desquelles, bien évidemment le CIMAC, Centre international de médiation et d'arbitrage, développé grâce aux efforts de M. Saïd Ibrahimî⁵⁹.

58 - Voir Arbitrage commercial international au Maghreb : Droit et pratique - Nora Seddiki-El-Houdaigui éditions l'Harmattan.

59 - Président actuel de Casablanca Finance City.