

GUIDE PRATIQUE



LES BONNES PRATIQUES DANS LES RELATIONS COMMERCIALES

INTRODUCTION

Ce document propose un état des lieux des relations commerciales dans les Industries Electriques, Electroniques et de Communication en France en 2014.

Il a pour objectif de sensibiliser les différents acteurs économiques aux dérives constatées sur le marché et vise à la fois les vendeurs, acheteurs, petites et grandes entreprises, mais aussi les autorités de contrôle dont le rôle est d'assurer le maintien d'une concurrence saine et loyale entre ces mêmes acteurs.

Plusieurs constats ont été mis en exergue par les entreprises du secteur :

- les relations commerciales peuvent reposer sur un rapport de force entre les acteurs, notamment lorsque l'un d'eux dispose d'une position de dominante, voire d'un monopole sur le marché ;
- ce rapport de force est difficile à rééquilibrer dans le contrat : la partie la plus puissante impose souvent son outil contractuel (CGV ou conditions d'achat) sans qu'une négociation ne soit possible ;
- l'entreprise dominée est contrainte de faire face à une insécurité juridique et donc économique grandissante en acceptant des conditions contractuelles exorbitantes.

Dans le prolongement de la Loi sur la Modernisation de l'Economie du mois d'août 2008, la loi relative à la consommation du 17 mars 2014 est venue renforcer l'encadrement et le contrôle des relations commerciales inter-entreprises (notamment les relations entre fournisseurs et distributeurs) avec pour objectif de garantir un certain équilibre dans les rapports de force.

Si le contrat constitue la loi des parties, il doit néanmoins rester équilibré. A défaut, la partie qui se considère lésée dans le rapport de force pourra saisir la juridiction compétente pour trancher le différend qui l'oppose à son cocontractant.

Chacun des thèmes présentés dans ce guide est approfondi dans des fiches pratiques de la FIEEC, disponibles sur demande au service juridique auprès de Julie MACAIRE (jmacaire@fieec.fr).

1 - Opposition CGV / CGA	7
2 - Responsabilité	11
3 - Pénalités de retard de livraison ou d'exécution (clause pénale)	14
4 - Délais et retard de paiement	17
5 - Propriété intellectuelle / Confidentialité	20
6 - Les garanties contractuelles	23
7 - Clause de révision de prix et Clause de renégociation (hardship)	27
8 - Résiliation	30
9 - Incoterms	33
10 - Transfert de risques et de propriété	36
Conseils complémentaires	37

SOMMAIRE

DÉRIVES CONSTATÉES ET ENJEUX

- Il arrive que certaines clauses dans les conditions générales d'achat (CGA) excluent d'office les conditions générales de vente (CGV). Si les conditions d'achat sont acceptées, le vendeur renonce alors à ses propres CGV.
- Des appels d'offres peuvent également parfois exclure d'office de la consultation les candidats qui n'acceptent pas, de manière préalable, leurs conditions d'achat.
- Lorsque la commande est exécutée sans que l'outil contractuel ne soit défini la question de savoir quel cadre contractuel retenir se pose (les CGV du vendeur ou les conditions d'achat de l'acheteur ?). Cette situation crée une insécurité juridique pour l'ensemble des cocontractants.

LES RÈGLES ET BONNES PRATIQUES

Sur les clauses des conditions d'achat qui excluent les CGV du vendeur

L'article L 441-6 I. alinéa 3 du Code de commerce, tel qu'il a été modifié par la Loi du 17 mars 2014, confirme le rôle des conditions générales de vente comme étant le « socle unique » de la négociation commerciale.

Le non-respect de ces règles peut entraîner des sanctions à l'encontre des opérateurs, notamment de l'acheteur, pour pratiques restrictives de concurrence.

L'article L 442-6-III du code de commerce prévoit notamment :

- une amende civile pouvant aller jusqu'à 2 millions d'euros, qui peut toutefois être portée au triple du montant des sommes indûment versées ;
- des dommages et intérêts, au titre de la réparation du préjudice subi.

Les conditions d'achat du client ne doivent donc plus contenir des clauses excluant d'office les CGV, ni s'imposer au co-contractant.

Contenu et communication des CGV

- La loi (Article L 441-6 du Code de commerce) précise que les CGV doivent contenir :
 - ⇒ les **conditions de vente** : c'est-à-dire l'ensemble des modalités de vente offerte par le vendeur à ses clients : délai de livraison, transfert de risques, droit applicable... ;

- ⇒ le **barème de prix unitaire**, lorsqu'il en existe un ;
- ⇒ les **réductions de prix** : montant des remises, rabais, ristournes et conditions dans lesquelles elles sont accordées ;
- ⇒ les **conditions de règlement** : il s'agit notamment des délais de paiement et des modalités d'application des pénalités.
- Sur l'obligation de communication à la charge du vendeur :
 - ⇒ le vendeur doit communiquer à tout acheteur qui en fait la demande ses conditions générales de vente (CGV) ;
 - ⇒ les conditions particulières de vente (CPV) conclues entre deux parties sont confidentielles et n'ont pas à être communiquées à un tiers ;
 - ⇒ lorsque des conditions catégorielles de vente sont rédigées par type de client, l'obligation de communication ne s'applique qu'envers les acheteurs qui appartiennent à ladite catégorie.

A noter : La communication de CGV peut se faire par tous moyens conformes « aux usages de la profession ». La loi n'impose pas une forme spécifique. Pour autant, il est important de conserver la preuve de cette communication. Celle-ci peut par exemple se faire de manière automatique à chaque ouverture d'un nouveau compte.

Dans l'optique des négociations, les CGV doivent être communiquées au distributeur **au plus tard trois mois avant la date butoir du 1^{er} mars de chaque année** (avant le 1^{er} décembre de l'année précédente) ou pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, deux mois avant le point de départ de la période de commercialisation.

Cette date du 1^{er} mars est la date à laquelle la convention unique annuelle de l'article L. 441-7 du code de commerce doit avoir été finalisée (pour les produits soumis à un cycle de commercialisation particulier, la convention doit être établie dans les deux mois suivant le point de départ de leur période de commercialisation).

Le barème de prix du fournisseur doit également être communiqué au distributeur au même moment.

Sur le manque de précision et l'insécurité juridique liée à l'absence de CGV ou au cumul des CGV/CGA

En l'absence de conditions contractuelles clairement définies, l'insécurité juridique est importante.

En relation d'affaires, le formalisme contractuel est parfois réduit au minimum et des commandes sont souvent passées (oralement ou par envoi de fax ou courriel) sans que soient clairement identifiées les conditions contractuelles retenues.

Les principes suivants sont à retenir :

- c'est sur la base des CGV que la négociation commerciale doit débiter ;
- cependant, si le vendeur, qui a reçu les conditions d'achat de son client, exécute la commande sans réagir, le juge peut considérer que les CGA ont été acceptées (théorie du *last shot*) ;
- s'il est impossible de déterminer sur quelles bases la relation commerciale a été conclue, alors les CGA et les CGV s'appliquent de manière cumulative et les clauses contradictoires se neutralisent en laissant place au droit commun.

CONSEILS PRATIQUES

Pour une meilleure sécurité juridique, il est recommandé au vendeur :

- de communiquer dès le début de la relation commerciale ses CGV et de conserver la preuve de cette communication ;
- d'exécuter une commande uniquement lorsque les conditions contractuelles ont été clairement identifiées entre les parties.

EXEMPLES DE CLAUSES NON CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« Les conditions générales et chaque contrat prévalent sur toutes conditions générales du contractant... »

Si X envoie une commande au contractant, le contractant est tenu de retourner son accusé de réception dans les 10 jours qui suivent la date de réception de ladite commande. A défaut, cette commande sera considérée comme acceptée dans toutes ses dispositions par le contractant. »

Exemple 2

« La commande et ses avenants transmis à l'Entreprise sont rendus exécutoires par le seul fait de leur notification. »

Toute modification ou rectification unilatérale pouvant figurer sur les accusés de réception de commande ou tout autre document antérieur ou postérieur à la commande est réputée non valable...

En acceptant la commande, l'Entreprise s'engage à renoncer à se prévaloir de ses propres CGV. »

EXEMPLES DE CLAUSES CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« Conformément à la loi en vigueur, les présentes conditions générales de l'Entreprise s'appliquent à toute commande passée à cette dernière. Elles peuvent être adaptées, dans le cadre de conditions particulières de vente, lorsque les spécificités de la transaction le justifient.

Toute commande passée à l'Entreprise emporte acceptation par le Client des présentes conditions générales de vente et renonciation de sa part à ses propres conditions d'achat. »

Exemple 2

« Les présentes Conditions Générales de Vente constituent le régime auquel sont subordonnées les ventes de produits de notre Entreprise. En conséquence, en l'absence de convention particulière, le fait pour le Client de passer commande implique l'adhésion entière et sans réserve aux présentes Conditions Générales de Vente. »

DÉRIVES CONSTATÉES ET ENJEUX

- **Sur le montant et le contenu de la responsabilité :**

- ⇒ une absence de plafonds ou des plafonds sans rapport avec le montant de la commande, du marché ;
- ⇒ un alignement des plafonds de responsabilité sur le plafond de la police d'assurance ;
- ⇒ une imputation de l'ensemble des dommages, y compris les dommages indirects ou immatériels à la charge du vendeur / fournisseur ;
- ⇒ une répercution de l'ensemble des risques liés au marché sur le sous-traitant final (même si ce dernier n'a qu'une partie du marché) ;
- ⇒ une disparition des plafonds de responsabilité en cas de résiliation du marché (même lorsque la résiliation n'est pas liée à une faute).

- **Sur les conséquences :**

Les dérives constatées ci-dessus créent de nombreuses difficultés pour les entreprises qui les acceptent.

Elles impactent les entreprises et particulièrement les PME en raison de leur moins grande surface et garanties financières :

- ⇒ en fragilisant leur sécurité juridique, financière et donc en mettant en danger leurs emplois ;
- ⇒ en les excluant du marché des assurances : de moins en moins d'assureurs acceptent de proposer des polices aux PME pour des marchés sans plafond de responsabilité ou lorsque celui-ci est trop élevé.

Cette situation a deux conséquences :

- ⇒ soit l'entreprise s'engage sans assurance,
- ⇒ soit elle est exclue du marché, ce qui crée une concurrence déloyale par rapport aux « grandes » entreprises qui sont capables de fournir suffisamment de garanties.

Par ailleurs, il est encore courant de voir des montants de responsabilité sans proportion avec le montant du marché, notamment lorsque les dommages dits immatériels (les pertes d'exploitation, de profit, le préjudice commercial...) ne sont pas ou peu limités. Il est pourtant d'usage à « l'international », d'exclure de

la clause de responsabilité les dommages immatériels et / ou non consécutifs. Cette pratique, admise au plan mondial, a conduit de nombreux groupes internationaux à appliquer comme directive interne de ne pas postuler ou de refuser les marchés dans lesquels ils sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée sur le fondement de dommages immatériels.

LES RÈGLES ET BONNES PRATIQUES

Rappel des règles

Le principe en droit français :

- Lorsque l'exécution d'un contrat cause un dommage à l'une des parties, celle-ci peut demander réparation de l'ensemble de son préjudice direct et immédiat (Article 1151 du Code Civil).

L'adaptation contractuelle :

- Il est possible de limiter sa responsabilité contractuelle lorsque le contrat est conclu entre deux professionnels de même spécialité.

Attention : le montant de l'indemnisation ne doit pas être dérisoire au point d'anéantir l'obligation essentielle du contrat.

- En tout état de cause, les clauses limitatives de responsabilité sont neutralisées en cas de :
 - ⇒ dommage corporel,
 - ⇒ faute lourde ou dol.

Les bonnes pratiques

Afin d'assurer un bon équilibre de la relation commerciale, toute clause de responsabilité convenue entre deux parties devrait contenir les éléments suivants :

- un ou plusieurs plafonds pour les dommages matériels : par année, par commande (voire par ligne de commande), par montant du marché ;
- des plafonds proportionnels au montant du marché ou de la commande ;
- une exclusion totale ou partielle des dommages immatériels et des dommages non consécutifs : les dommages dits immatériels se composent d'éléments sur lesquels seul le client a une totale maîtrise (Voir fiche FIEEC sur les dommages immatériels) ;
- clause de renonciation à recours de l'assureur : il est préférable de prévoir une telle disposition afin de s'assurer que les assureurs ne rechercheront pas la responsabilité de l'entreprise et de son client pour des montants supérieurs aux sommes convenues entre les parties.

EXEMPLE DE CLAUSES NON CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« L'Entreprise demeure responsable, conformément au droit commun, à l'égard de l'acheteur, de son client, ainsi qu'à l'égard des tiers, de tous les dommages directs ou indirects causés de son fait, de celui de ses préposés, de celui de ses sous-traitants ou du fait de sa fourniture. »

Exemple 2

« Le Fournisseur sera seul responsable et dégage de tout recours l'acheteur, ses directeurs, agents, employés et assureurs pour toute responsabilité ou pour tous dommages causés aux biens et aux personnes du fournisseur, de l'acheteur ou des tiers, résultant par le Fournisseur de ses obligations au titre de la présente commande, sauf en cas de faute intentionnelle ou inexcusable de l'Acheteur. »

EXEMPLE DE CLAUSE CONFORME AUX BONNES PRATIQUES

« La responsabilité de l'entreprise est limitée, toutes causes confondues, à une somme plafonnée au montant HT du contrat ou de la commande en cas de contrat-cadre. Cette limitation n'est pas applicable en cas de faute lourde de l'entreprise et/ou de dommages corporels.

L'entreprise est tenue de réparer les dommages matériels causés au client qui résulteraient de fautes imputables à l'entreprise.

L'entreprise et le Client renoncent mutuellement à se prévaloir des dommages immatériels et /ou indirects tels que notamment les pertes d'exploitation.

Toutes les pénalités et indemnités prévues au contrat ont la nature de dommages et intérêts forfaitaires, libératoires et exclusifs de toute autre sanction ou indemnisation.

En cas d'évènement dommageable, les parties s'engagent à limiter autant que possible les conséquences dudit évènement. »

3 PÉNALITÉS DE RETARD DE LIVRAISON OU D'EXÉCUTION (CLAUSE PÉNALE)

DÉRIVES CONSTATÉES ET ENJEUX

- **Sur le montant des pénalités** : les montants sont souvent très élevés et disproportionnés par rapport au manquement sanctionné, et aux conséquences de celui-ci sur la bonne exécution d'un marché. Le constat est double puisqu'il concerne à la fois les montants des pénalités journalières et les plafonds globaux d'un marché ;
- **Sur l'assiette des pénalités** : celle-ci repose trop souvent sur le montant total de la commande/du marché et non sur le montant de la fourniture ou prestation en retard ;
- **Sur les jours de franchise (ou délai de grâce)** : les pénalités sont décomptées dès le premier jour de retard sans qu'un ou plusieurs jours de franchise ne soient tolérés ;
- **Sur les pénalités non-libératoires** : elles permettent pour un même manquement de réclamer les pénalités forfaitaires convenues entre les parties puis des dommages et intérêts ;
- **Sur le débit d'office des pénalités sans mise en demeure du débiteur** : certains contrats prévoient un débit d'office des pénalités généralement sur les sommes dues au titre du marché. Cette disposition empêche le débiteur des pénalités, s'il les conteste, de pouvoir s'y opposer ;
- Des pénalités de retard sur **des délais intermédiaires**, même lorsque le délai final est respecté ;
- **Des sanctions cumulées pour un même manquement** : d'abord les pénalités forfaitaires, puis des dommages et intérêts et enfin la résiliation du marché ;
- **Des inégalités dans les conditions de paiement** : les pénalités de retard, de livraison ou d'exécution sont souvent exigées en paiement immédiat alors que des délais de paiement de la fourniture ou de la prestation sont accordés au client.

LES RÈGLES ET BONNES PRATIQUES

Rappel des règles

- Une indemnisation forfaitaire :
La clause pénale permet d'indemniser forfaitairement un cocontractant lorsqu'une partie n'a pas exécuté une obligation à laquelle elle s'était engagée. Elle peut viser un retard dans l'exécution d'une prestation, de paiement, de livraison etc.
- Une indemnisation proportionnelle :
Le montant prévu doit être proportionnel au préjudice subi du fait du manquement. Dans le cas contraire, si la clause est manifestement excessive ou dérisoire, le juge pourra requalifier la peine en la modérant ou en l'augmentant (Article 1152 du code civil).
- Le débit d'office :
La relation commerciale ne doit pas être génératrice d'abus. Parmi les situations plus particulièrement visées par la loi (Article L.442-6 du Code de commerce), il est notamment cité : « la déduction d'office du montant de la facture des pénalités pour non-respect d'une date de livraison ou non-conformité des marchandises ».

Les conditions dans lesquelles le débit d'office est possible sont très strictes. Il faut que la dette soit certaine, liquide et exigible et que le débiteur ait été en mesure de contrôler la réalité du grief.

Ainsi, les conditions ci-dessus énoncées, ne sont pas remplies dans les situations suivantes :

- ⇒ le fournisseur a seulement été informé de la déduction d'office,
- ⇒ le fournisseur a contesté le grief allégué, rendant ainsi la dette incertaine.

Si la déduction d'office est mise en œuvre au mépris de la contestation soulevée par le fournisseur, l'acheteur pourra voir sa responsabilité engagée. Une amende civile d'un maximum de 2 millions d'euros pourra être prononcée ainsi que la réparation du préjudice subi par le fournisseur (allocation de dommages et intérêts).

Les bonnes pratiques

Pour qu'une clause pénale soit équitable, les conditions suivantes devraient être remplies :

- des montants de pénalités adaptés : les conditions générales devraient prévoir des montants plafonds qu'il est possible de moduler dans les conditions particulières en fonction des spécificités du marché. D'une façon générale, les pénalités doivent être en adéquation avec le contrat et ne pas bouleverser son équilibre,
- une assiette qui repose sur les fournitures ou prestations en retard,

- des pénalités libératoires,
- pas de débit d'office,
- un délai de franchise.

A titre d'exemple : les montants les plus couramment constatés sont :

- des pénalités de 1% par semaine du montant HT de la prestation / fourniture en retard,
- un plafond global de 5% du montant HT de la prestation / fourniture en retard.

EXEMPLES DE CLAUSES NON CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« Le montant des pénalités est retenu par l'Acheteur au moment du règlement des dernières factures correspondant à la commande.

Le versement des pénalités de retard par l'Entreprise ne la libère pas de ses obligations contractuelles ni des dommages et intérêts qui pourraient lui être réclamés en réparation du préjudice subi. »

Exemple 2

« ...les pénalités de retard ci-après définies s'appliqueront sans qu'il soit besoin de mise en demeure préalable et seront déduites des sommes dues par X au Vendeur.

Les pénalités seront de 1% du montant total des sommes dues au titre du Contrat par semaine de retard jusqu'à 10% de ce montant.

Le paiement des pénalités n'est pas libératoire...»

EXEMPLE DE CLAUSE CONFORME AUX BONNES PRATIQUES

« En cas de retard dans la livraison par rapport aux délais contractuels : si des accords spéciaux stipulent des pénalités, celles-ci ne sauraient, en aucun cas, dépasser 5 % de la valeur en atelier ou en magasin du matériel dont la livraison est en retard.

A défaut d'accords spéciaux, il pourra être appliqué, pour chaque semaine entière de retard à partir de la fin de la troisième semaine une pénalité de 0,5 % avec un cumul maximum de 5 % de la valeur en atelier ou en magasin du matériel dont la livraison est en retard.

Une pénalité ne pourra être appliquée que si le retard provient du fait du vendeur.

Ces pénalités ont un caractère de dommages et intérêts forfaitaires et libératoires, exclusifs de toute autre forme de réparation.

Le vendeur est libéré, de plein droit, de tout engagement relatif aux délais de livraison si les conditions de paiement n'ont pas été observées par l'acheteur. »

DÉRIVES CONSTATÉES ET ENJEUX

Les délais de paiement trop longs dans certains secteurs industriels ou le non-respect des délais de paiement convenu viennent fragiliser la pérennité et l'équilibre financier des entreprises.

LES RÈGLES ET BONNES PRATIQUES

Rappel des règles

La loi relative à la consommation (Loi du 17 mars 2014) vient renforcer le dispositif de lutte contre les retards de paiement entre professionnels en instaurant une amende administrative.

Depuis la loi LME, les délais de paiement peuvent être fixés librement entre les parties mais ne peuvent pas dépasser le délai de 45 jours fin de mois ou 60 jours (net), date d'émission de la facture. Si rien n'est convenu contractuellement, le délai supplétif de 30 jours, à compter de la livraison de la marchandise ou de l'exécution de la prestation s'applique.

La loi du 17 mars 2014 apporte les précisions suivantes :

- pour le cas des factures périodiques (récapitulatives) le plafond du délai de paiement est de 45 jours date d'émission de la facture ;
- les clauses ou pratiques consistant à retarder le point de départ des délais de paiement (notamment procédures prévues contractuellement de vérification ou d'acceptation des produits et prestations commandées) sont interdites si elles retardent abusivement le point de départ des délais de paiement, et peuvent dans ce cas être sanctionnées par une amende administrative qui relève du nouveau pouvoir de sanction de la DGCCRF ;
- il est obligatoire pour les parties de convenir des modalités de computation des délais de paiement dans la limite du plafond conventionnel. Ces modalités doivent être précisées dans la convention. Ce point est particulièrement nécessaire pour les paiements à 45 jours fin de mois, susceptibles d'être concernés par plusieurs modes de computation.

Les bonnes pratiques

Dans un souci d'équilibre des relations commerciales, les règles suivantes s'appliquent :

- Un délai de paiement raisonnable doit être convenu entre les parties pour assurer une égalité de traitement entre les acteurs d'une chaîne de commercialisation et ne peut pas être fixé au-dessus des 45 jours fin de mois ou 60 jours (net), date d'émission de la facture ;
- Des pénalités de retard de paiement dissuasives : depuis 2008 les taux des pénalités de retard ont augmenté :
 - ⇒ le taux plancher, c'est-à-dire le taux en-dessous duquel on ne peut aller, est fixé au taux d'intérêt légal multiplié par 3 ;
 - ⇒ le taux de référence que l'on applique lorsque les parties n'ont rien prévu est fixé au taux de refinancement de la BCE (Banque Centrale Européenne) majoré de 10 points de pourcentage.
- Des amendes administratives : désormais, tout professionnel soumis au code de commerce encourt, en cas de non-respect des délais ou des modalités de calcul convenues entre les parties, une amende administrative dont le montant peut atteindre :
 - ⇒ 75 000 € pour une personne physique ;
 - ⇒ 375 000 € pour une personne morale.

Ce montant peut être doublé en cas de nouveau manquement dans un délai de 2 ans.

EXEMPLES DE CLAUSES NON CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« Les factures seront payées ...quatre vingt dix jours fin de mois à compter de la date de réception du ou des événement(s) contractuel(s) correspondant(s). »

Exemple 2

« X réglera chacune des factures par virement bancaire, à 90 jours fin de mois, le 10 du mois suivant, à compter de la date de réception de la facture. »

EXEMPLES DE CLAUSES CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« Le contrat détermine les conditions de paiement.

En l'absence de disposition spécifique, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date d'émission de la facture. »

Exemple 2

« Le paiement de la marchandise se fera au plus tard le 45ème jour suivant la date d'émission de la facture. En cas de retard de paiement, des pénalités égales à 12% de la commande s'appliqueront à compter du jour suivant la date de paiement prévue par le contrat. »

5

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE / CONFIDENTIALITÉ

DÉRIVES CONSTATÉES ET ENJEUX

- **Sur la captation des droits de propriété intellectuelle, dont notamment les droits antérieurs (*background*)** : il n'est pas rare de voir, au titre d'un marché sans développement, des droits de propriété intellectuelle ou le savoir faire antérieurs à ce même marché captés par l'une des parties. Cette manœuvre se déroule généralement lors de la remise des livrables.
- **Sur les licences non rémunérées à leur juste valeur** : ce sont les licences cédées à titre gratuit ou sans la contrepartie d'une juste rémunération. Il peut s'agir de simples licences d'utilisation ou de licences plus complexes (avec un droit de cession, par exemple).
- **Sur la répartition des droits sur les résultats du marché entre les parties** : certaines clauses confèrent un transfert total de propriété des droits sur les résultats du marché même lorsque les développements obtenus ne proviennent pas d'une demande spécifique du client. Ces dispositions interdisent au fournisseur d'utiliser ces développements ultérieurement alors qu'ils n'ont pas été développés sur commande du client mais uniquement dans le cadre des recherches liées à l'exécution du marché.
- **Sur la non réciprocité de la clause de confidentialité** : celle-ci lie souvent une seule des parties au contrat alors que des informations confidentielles peuvent être transmises par les deux parties.

LES RÈGLES ET BONNES PRATIQUES

Dans un souci de bon équilibre de la relation commerciale, les clauses de propriété intellectuelle et de confidentialité devraient respecter les règles suivantes :

- Des droits et savoir-faire antérieurs qui restent la propriété exclusive de la partie propriétaire avant la conclusion du marché. Il s'agit du patrimoine de l'entreprise. Cependant s'il est indispensable à l'autre partie de les utiliser, soit pour la réalisation du marché, soit dans le cadre de maintenance ou réparation de la fourniture, alors une licence d'utilisation doit être prévue.
- Des licences conférées contre une contrepartie financière juste et adaptée en fonction des droits cédés : licence exclusive ou non, droit de sous licencier ou non, durée de la licence...

- Une limitation des droits cédés ayant un rapport direct avec l'objet du contrat.
- Une limitation des transferts de propriété exclusive aux cas où les développements ont été faits sur demande spécifique du client et en contrepartie d'une juste rémunération.
- Une clause de confidentialité réciproque.

EXEMPLES DE CLAUSES NON CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« Le paiement du prix contractuel fixé dans chaque contrat comprendra :

- *La cession à X du droit d'utiliser les droits de PI existants ou utilisés en relation avec les travaux et/ou équipements, pour la durée de protection desdits droits de PI éventuels, afin d'utiliser, modifier, exploiter, contrôler, réparer ou entretenir les travaux et/ou équipements, incluant le droit de sous-traiter ces tâches à tous tiers pour les besoins de X, du site et/ou les besoins définis dans le contrat concerné, sous réserve que ces tiers aient eux-mêmes souscrit un engagement de confidentialité et de restriction d'utilisation vis-à-vis de X.*
- *La cession à X du droit d'utiliser la documentation qui ne représente pas des développements au fin de :*
 - ⇒ *exploitation, utilisation, reproduction quels qu'en soient l'usage et le procédé, sur tout support existant ou futur,*
 - ⇒ *représentation par tous moyens et sur tous supports, ce qui inclut la transmission par réseaux Internet, édition, diffusion.*
 - ⇒ *adaptation, modification, correction, développement, intégration, transcription, traduction, exploitation.*

La présente cession de droits à X sera :

- 1. applicable et valable dans tous les pays pertinents dans le monde,*
- 2. concédée au moins pour toute la durée de protection des droits de propriété intellectuelle concernés. »*

Exemple 2

« *Toute étude ainsi que ses résultats comme les différents éléments qui la composent tels que plan, schéma, maquette, réalisés par et pour le Vendeur dans le cadre de l'exécution du Contrat sont la propriété exclusive de X. En conséquence, le vendeur s'interdit d'utiliser, d'exploiter, directement ou indirectement, lesdits résultats, éléments d'étude à d'autres fin que l'exécution du contrat. »*

EXEMPLES DE CLAUSES CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« Le vendeur conserve intégralement l'ensemble des droits de propriété intellectuelle de ses projets, études et documents de toute nature, qui ne peuvent être communiqués ni exécutés sans son autorisation écrite. En cas de communication écrite, ils doivent lui être restitués à première demande. »

Exemple 2

« La technologie et le savoir-faire, breveté ou non, incorporé dans les produits et prestations, ainsi que tous les droits de propriété industrielle et intellectuelle relatifs aux produits et prestations, restent la propriété exclusive du vendeur. Seul est concédé à l'acheteur un droit d'usage des produits à titre non exclusif. »

Exemple 3

« Le vendeur conserve la propriété des études, plans, modèles et de tous les documents émis par lui et communiqués à l'acheteur dont l'acheteur a pu prendre connaissance dans le cadre du contrat. Ceux-ci ne peuvent être utilisés que par l'acheteur et uniquement pour les besoins de l'exécution du contrat. Ces documents sont confidentiels et ne peuvent être diffusés, publiés ou généralement communiqués à des tiers sans l'autorisation préalable, expresse et écrite du Vendeur à qui ils devront être retournés à première demande de sa part en cas de cessation des relations contractuelles.

Le vendeur conserve la propriété exclusive des études faites par lui ou par ses agents à l'occasion de l'exécution du contrat. »

DÉRIVES CONSTATÉES ET ENJEUX

- **Les garanties accordées sont parfois trop longues et mal adaptées** à la durée de vie des produits.
- **Il arrive que le point de départ de la garantie ne soit pas maîtrisable** : celui-ci peut courir à partir de plusieurs dates qui sont totalement indépendantes de la volonté du vendeur / fournisseur telle que notamment :
 - ⇒ la réception de la marchandise par le client ;
 - ⇒ la mise en route du matériel : celle-ci peut être faite après un délai relativement long par rapport à la livraison du matériel ;
 - ⇒ l'incorporation à un autre équipement qui oblige à attendre la réception de l'ensemble de l'équipement.
- **Un champ d'application trop large, notamment parce que** :
 - ⇒ des tiers interviennent sur l'équipement garanti lors de l'installation, la maintenance... ;
 - ⇒ le fabricant n'a pas été libre dans la conception du produit : il n'est pas rare que la conception du produit et son *design* soient imposés au fabricant qui n'est alors qu'un exécutant ;
 - ⇒ le renouvellement des pièces de rechange entraîne un nouveau délai de garantie.
- **L'exigence de garanties bancaires à première demande** : parfois, le client exige du fournisseur que ce dernier présente une garantie du montant de l'acompte versé pour le cas où il devrait être restitué. Dans d'autres cas, le client demande qu'une banque signe un engagement irrévocable et incontestable à payer à première demande une certaine somme, en lieu et place du client, pendant une durée définie.

LES RÈGLES ET BONNES PRATIQUES

Rappel des règles

Les clauses de garantie que l'on trouve dans les contrats visent la garantie commerciale, c'est-à-dire une offre commerciale faite par le fabricant à son client et dont les dispositions (produits concernés, durée, modalités de mise en œuvre...) doivent être convenues entre les parties.

En parallèle, la loi prévoit un certain nombre de garanties légales : garantie légale de conformité, de vices cachés, garantie décennale etc. Elles s'imposent aux parties sans qu'aucune mention particulière ne soit nécessaire dans le contrat.

La loi relative à la consommation de 2014 vient préciser la définition de la garantie commerciale qui s'entend de « tout engagement contractuel d'un professionnel à l'égard du consommateur en vue du remboursement du prix d'achat, du remplacement ou de la réparation du bien, en sus de ses obligations légales visant à garantir la conformité du bien. »

La garantie commerciale fait l'objet d'un contrat écrit, dont un exemplaire est remis à l'acheteur. Les informations communiquées à l'acheteur dans ce contrat sont :

- le contenu de la garantie,
- les modalités de sa mise en œuvre,
- son prix, sa durée,
- son étendue territoriale ainsi que le nom et l'adresse du garant,
- une reproduction de l'article L. 211-16 (Article L211-16 du Code de la consommation),
- une mention indiquant de façon claire et précise que, indépendamment de la garantie commerciale, le vendeur reste tenu de la garantie légale de conformité mentionnée.

Les bonnes pratiques

Dans un souci d'équilibre, la clause de garantie devrait comporter les éléments suivants :

- Une durée adaptée aux spécificités du produit : il n'y a pas de durée minimum ou maximum imposée par la loi ;
- Des limitations du champ d'application de la garantie lorsque :
 - ⇒ le fabricant n'est pas totalement autonome dans la conception ou design du produit ;
 - ⇒ lorsque des tiers interviennent et sont susceptibles d'endommager le produit ;
 - ⇒ lorsque l'installation du produit n'a pas été réalisée dans les règles de l'art.

- Des points de départ encadrés : il est important d'avoir la maîtrise réelle du point de départ (délai fixe ou date limite). Si le matériel doit être incorporé ou s'il nécessite une réception spécifique de la part du client, ceux-ci doivent être faits dans un délai convenu contractuellement entre les parties. Dans le cas contraire, le point de départ de la garantie doit démarrer à une date certaine à partir de la livraison.
- Sur les pièces de rechange : une information claire doit être donnée au client sur la durée pendant laquelle, ou la date jusqu'à laquelle, les pièces détachées seront disponibles. La Loi Consommation du 17 mars 2014 prévoit une information du client par le vendeur de manière visible et lisible avant la conclusion du contrat et une confirmation de la durée de disponibilité des pièces détachées par écrit lors de l'achat du bien. (A noter : lorsqu'une pièce est réparée ou remplacée la garantie offerte doit être limitée à la durée restante pour l'ensemble du matériel ou équipement).

EXEMPLES DE CLAUSES NON CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« Les garanties, telles que précisées dans les conditions générales de prestations et de fournitures, sont des garanties totales, pièces, main d'œuvre et frais de déplacement sur site inclus, et sont dues pendant un an à compter de la mise en service industrielle. »

Exemple 2

« Le PRESTATAIRE remettra, dans le délai de l'accusé de réception de la commande précisé à l'article 2-4 ci-dessus, une garantie bancaire à première demande d'un montant défini dans les conditions particulières de la commande conforme au modèle remis ou accepté par l'ACHETEUR afin de couvrir sa responsabilité. Cette remise est une condition au paiement des prestations. L'ACHETEUR pourra à sa discrétion substituer à cette garantie bancaire une retenue de garantie. »

EXEMPLES DE CLAUSES CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Défectuosités ouvrant droit à la garantie

« Le vendeur s'engage à remédier à tout vice de fonctionnement provenant d'un défaut dans la conception, les matières ou l'exécution (y compris du montage si cette opération lui est confiée) dans la limite des dispositions ci-après. L'obligation du vendeur ne s'applique pas en cas de vice provenant soit de matières fournies par l'acheteur, soit d'une conception imposée par celui-ci. »

Toute garantie est également exclue pour des incidents tenant à des cas fortuits ou de force majeure ainsi que pour les remplacements ou les réparations qui résulteraient de l'usure normale du matériel, de détériorations ou d'accidents provenant de négligence, défaut d'installation, de surveillance ou d'entretien et d'utilisation anormale ou non conforme aux prescriptions du vendeur de ce matériel ou de condition inadéquate de stockage. »

Durée et point de départ de la garantie

« Cet engagement ne s'applique qu'aux vices qui se seront manifestés pendant une période de garantie d'une année.

La période de garantie court du jour de la livraison ou de la mise à disposition.

La mise à disposition est réputée réalisée lorsque le vendeur informe le client de la disponibilité de la fourniture ou lorsque le vendeur a offert au client de le livrer et que celui-ci a refusé.

La mise à disposition ne peut précéder la date de livraison prévue au contrat.

Les pièces de remplacement ou les pièces remplacées sont garanties pour la durée restant à courir au titre de la garantie. »

Obligations du client

« Pour pouvoir invoquer le bénéfice de ces dispositions, l'acheteur doit :

- aviser le vendeur, sans retard et par écrit, des vices qu'il impute au matériel et fournir toutes justifications quant à la réalité de ceux-ci,*
- donner au vendeur toute facilité pour procéder à la constatation de ces vices et pour y porter remède,*
- s'abstenir en outre, sauf accord exprès du vendeur, d'effectuer lui-même ou de faire effectuer par un tiers la réparation, de modifier ou de faire modifier par un tiers tout élément dudit matériel. »*

Modalités d'exercice de la garantie

« Il appartient au vendeur ainsi avisé de remédier au vice à ses frais et en toute diligence, le vendeur se réservant le droit de modifier, si besoin, les fournitures.

Les travaux résultant de l'obligation de garantie sont effectués en principe dans les ateliers du vendeur à ses frais. Toutes autres prestations précédant ou succédant la mise en œuvre de la garantie sont à la charge du client.

Les pièces remplacées gratuitement sont remises à la disposition du vendeur et redeviennent sa propriété. »

DÉRIVES CONSTATÉES ET ENJEUX

- **Sur les prix fermes** : il n'est pas rare de voir encore des marchés proposer des prix fermes qui ne prennent ainsi pas en compte la fluctuation des coûts, notamment celui du prix des matières premières qui a considérablement augmenté ces dernières années.
- **Sur la durée des contrats** : cette pratique des prix fermes est d'autant plus pénalisante lorsqu'elle est associée à une durée longue de marché pouvant aller jusqu'à 5 ans.
- **Sur le cumul des coefficients** : il est courant de voir des contrats qui prévoient un cumul des coefficients d'abattement et des coefficients de productivité qui induit nécessairement une baisse du prix convenu au moment de la signature.
- **Sur la pertinence de la clause de révision de prix** : celle-ci est parfois mal adaptée au marché en prévoyant notamment une part fixe trop importante indexée, par exemple, sur les salaires ou les frais et services divers.

LES RÈGLES ET BONNES PRATIQUES

Rappel des règles

La clause de renégociation, ou la clause de révision de prix servent à éviter qu'un événement extérieur défini ne vienne déséquilibrer le contrat.

La relation contractuelle ne doit pas être source d'abus et repose sur le principe d'équilibre du contrat entre les parties. Lorsqu'un événement extérieur (augmentation du prix des matières premières par exemple) crée un déséquilibre manifeste pour l'une des parties, le contrat doit pouvoir être :

- renégocié : introduction d'une clause de renégociation (ou *hardship*) ;
- et / ou réajusté par l'utilisation d'un mécanisme objectif : clause de révision de prix.

Par ailleurs, la Loi relative à la Consommation de 2014 est venue règlementer la révision « indirecte » du prix convenu (Article L. 442-6, I, 12°).

Il est en effet interdit de passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou services à un prix différent du prix convenu tel qu'il ressort de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les CGV ou de sa négociation. Il en résulte que, pour les produits non soumis à un cycle de commercialisation particulier, le prix convenu doit ainsi être appliqué au plus tard le 1^{er} mars.

Est aussi prohibé le fait 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 consister en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité.

Les bonnes pratiques

Dans les secteurs des Industries Electriques, Electroniques et de Communication, l'exécution des contrats par les parties est parfois soumise à des aléas indépendants de leur volonté, et qui peuvent faire varier le prix initialement convenu.

L'augmentation fulgurante du prix des matières premières est un exemple criant et a conduit les entreprises à prendre conscience de l'utilité d'intégrer cet aléa par le biais d'une clause de révision des prix pour garantir l'équilibre de leur relation commerciale. Cette clause est d'autant plus importante lorsque la durée du marché est longue et qu'il est prévu une baisse du prix initialement convenu par l'application de coefficients. Les clauses de révisions des prix ont pour objectif de prendre en compte les économies réalisées au titre de la répétition du marché mais peuvent être préjudiciables si les coûts supportés par les fournisseurs augmentent.

Par ailleurs, il est à noter que les clauses de révision faisant référence à un indice général (par exemple, sur le prix) sont contraires à la loi et frappées de nullité.

Il est important de bien choisir le (ou les) indice(s) sur lesquels on entend indexer le prix. Une fois ces indices choisis, il s'agit également de bien les pondérer dans la formule de calcul de révision afin que l'effet de leur variation soit maîtrisé.

Comme le préconise la Commission des clauses abusives, le tout doit être présenté de façon compréhensible et être accompagné d'un exemple chiffré.

A minima, s'il n'est pas possible d'intégrer une clause de révision de prix, la clause de *hardship* doit permettre, en cas de déséquilibre significatif, de renégocier le contrat.

EXEMPLE DE CLAUSE NON CONFORME AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« Le prix est ferme, définitif et insusceptible de révision, même en cas de modification des données économiques ou financières de la conjoncture. »

EXEMPLES DE CLAUSES CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1: clause de *hardship*

« Le présent accord est conclu sur la base des données juridiques et économiques présentement en vigueur. Au cas où un événement extérieur viendrait perturber le présent accord, les parties négocieront dans les trois mois suivant sa notification l'adaptation du présent accord. En cas d'échec de la négociation au terme d'une nouvelle période de 3 mois, les parties pourront invoquer la résiliation du contrat pour le tout ou la partie non livrée, le tout sans indemnité. »

Exemple 2: clause d'indexation

« Les prestations fournies seront facturées au client sur la base d'un taux mensuel forfaitaire. Ce taux sera révisé par application de la formule de révision de prix suivante : ... »

8 RÉSILIATION

DÉRIVES CONSTATÉES ET ENJEUX

- **Sur les causes et la mise en œuvre de la résiliation** : certains contrats prévoient une possibilité de résiliation sans qu'il soit nécessaire d'avancer une cause ou justification spécifique et sans qu'un préavis suffisant ne soit accordé à la partie qui n'est pas demandeuse de cette résiliation. De plus, la clause est souvent rédigée de manière unilatérale par la partie rédactrice du contrat.
- **Sur les conséquences de la résiliation** : cette clause doit être analysée au regard de l'ensemble du contrat. On constate couramment, en cas de résiliation, les conséquences suivantes :
 - ⇒ un déplaçonnement de la responsabilité ;
 - ⇒ un transfert des droits de propriété intellectuelle automatique même en cas de résiliation sans faute ;
 - ⇒ une absence de dédommagement pour la partie qui n'est pas demandeuse de la résiliation.

Ces pratiques peuvent être sanctionnées au titre d'une rupture brutale de la relation commerciale établie.

LES RÈGLES ET BONNES PRATIQUES

Le code de commerce prévoit que tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers engage sa responsabilité lorsqu'il rompt 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.

Rappel des règles

Il est donc nécessaire de prévoir les conditions dans lesquelles les parties peuvent résilier un marché.

Les causes peuvent être diverses, il peut s'agir :

- d'éléments extérieurs qui rendent l'exécution du contrat par l'une des parties difficile voir irréalisable (résiliation sans faute) ;
- d'une faute par l'un des cocontractants.

Il est important de distinguer les causes de la résiliation, pour s'assurer que les conséquences convenues sont justes et équilibrées.

Ainsi en cas de résiliation sans faute, il est normal de prévoir :

- un préavis suffisant pour la partie qui la subit ;
- un maintien des plafonds de responsabilité ;
- une discussion entre les parties pour identifier et éventuellement rémunérer les transferts de droits de propriété intellectuelle nécessaires si l'une des parties souhaite continuer l'exécution du contrat.

En revanche, lorsque la résiliation est justifiée par l'inexécution par l'une des parties de ses obligations ou en cas de force majeure, il est possible de réduire le délai de préavis voire de ne pas en accorder et d'exclure toute indemnisation. Il convient de préciser dans le contrat la définition de la force majeure.

La résiliation met un terme au contrat qui cesse d'exister pour l'avenir seulement contrairement à la résolution, qui a un effet dans le passé : le contrat résolu est réputé n'avoir jamais existé ; chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues.

EXEMPLE DE CLAUSE NON CONFORME AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« La société a le droit de résilier le présent Contrat en ce qui concerne tout ou partie des Services, et ce, à tout moment et pour quelques raisons que ce soit, en le notifiant par écrit au Contractant. »

EXEMPLES DE CLAUSES CONFORMES AUX BONNES PRATIQUES

Résiliation en cas de non-inexécution d'une obligation par l'une des parties

« En cas d'inexécution partielle ou totale ou d'exécution non conforme aux règles professionnelles par l'une des parties d'une de ses obligations, la partie défaillante sera mise en demeure de respecter ses obligations dans un délai de quinze jours ; passé ce délai, si cette mise en demeure restait sans effet, la convention serait résiliée de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une autre mise en demeure et sans préjudice du droit de la partie lésée à des dommages et intérêts. »

Résiliation en cas de force majeure

« Le vendeur n'encourt aucune responsabilité lorsque l'inexécution de ses obligations sera causée par un événement de force majeure.

Par « événement de force majeure », on entendra tout fait empêchant l'exécution totale ou partielle du contrat qui ne pourrait être surmonté malgré une diligence raisonnable de la part du vendeur. Seront considérés comme cas de « force majeure », sans que la liste soit limitative, les événements suivants : catastrophes atmosphériques, conflits sociaux, pénurie de main d'œuvre spécialisée ou de matières premières, incendies, explosion, embargo. »

DÉRIVES CONSTATÉES ET ENJEUX

- Il arrive que les **stipulations contractuelles** soient incohérentes au regard des Incoterms spécifiés, telles que la clause de transfert de risque.
- Un incoterm est parfois choisi **sans prendre en compte l'impact financier** sur le contrat.

LES RÈGLES ET BONNES PRATIQUES

Rappel des règles

Les *Incoterms* (*International Commercial Term*) sont des clauses standardisées et reconnues qui permettent d'éviter des litiges en fixant à l'avance les frais et les risques afférents à la livraison d'un produit.

Ces clauses sont très courantes dans les contrats internationaux mais peuvent aussi être utilisées dans les contrats « internes ».

Les *Incoterms* n'ont aucun caractère obligatoire et les parties sont libres de les utiliser ou non.

Il existe 13 *Incoterms*, désignés par un sigle de trois lettres, (par exemple : EXW pour « *Ex Works* », DDP pour « *Delivered Duty Paid* ») qui permettent de :

- situer le point critique du transfert des risques du vendeur à l'acheteur dans le processus d'acheminement des marchandises (risques de perte, détérioration, vol des marchandises) permettant ainsi à celui qui supporte ces risques de prendre ses dispositions notamment en termes d'assurance ;
- indiquer qui du vendeur ou de l'acheteur doit souscrire le contrat de transport ;
- répartir entre les deux les frais logistiques et administratifs aux différentes étapes du processus ;
- préciser qui prend en charge l'emballage, le marquage, les opérations de manutention, de chargement et de déchargement des marchandises ou l'emportage et le dépotage des conteneurs ainsi que les opérations d'inspection ;
- fixer les obligations respectives pour l'accomplissement des formalités d'exportation et /ou d'importation, le règlement des droits et taxes d'importation ainsi que la fourniture des documents.

Les bonnes pratiques

Il est nécessaire de bien libeller l'*Incoterm* afin d'éviter tout litige d'interprétation :

- Comme les versions précédentes des *Incoterms* restent valables, il est important de bien stipuler l'année de référence des *Incoterms* ou le numéro de la brochure.
- Le libellé doit suivre la forme suivante : *Incoterm* CCI « année » + les 3 lettres indiquant l'*Incoterm* choisi + lieu d'effet + mentions complémentaires ou restrictions éventuelles.

Exemple : *Incoterm* CCI 2000 - DDP New-York - à l'exclusion des droits et taxes - entrepôts « xxx » situés « adresse ».

Le choix d'un *Incoterm* n'est pas neutre et emporte des conséquences importantes. Dans un même contrat le choix d'un *Incoterm* plutôt qu'un autre peut avoir un écart dans la structure des prix qui peut aller jusqu'à 15 %.

Exemple : DDP : cet *Incoterm* représente l'obligation maximum pour le vendeur. A l'inverse, EXW représente l'obligation minimum pour le vendeur.

Quelques précautions à prendre dans l'utilisation des *Incoterms* :

- Bien connaître la signification des *Incoterms* et leur sigle. (cf. site de la CCI).
- L'*Incoterm* ne règle pas le problème du transfert de propriété de la marchandise, mais uniquement le transfert des risques et des frais entre acheteur et vendeur. Le transfert de propriété est régi par des règles juridiques différentes selon les pays.
- S'il y a contradiction entre l'*Incoterm* choisi et une clause du contrat, c'est le contenu de la clause contractuelle qui prévaut.

EXEMPLE DE CLAUSE NON CONFORME AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« La livraison se fera à EXW. »

- Il n'y a pas suffisamment d'indications pour déterminer les obligations à la charge de chacune des parties.

EXEMPLE DE CLAUSE CONFORME AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« La livraison se fera à CCI 2000-EXW-N.Y - à l'exclusion des droits et taxes - entrepôts « xxx ». L'acheteur supporte tous les frais et risques liés à l'acheminement des marchandises de l'établissement du vendeur à la destination souhaitée. »

- CCI 2000 : version de l'*Incoterm* retenue ;
- EXW : pour *Ex Works* : les risques et les frais sont à la charge de l'acheteur dès la sortie d'usine du vendeur. Ce terme représente l'obligation minimum pour le vendeur ;
- N.Y : lieu d'effet de l'*Incoterm* (ports, frontières...) ;
- « *A l'exclusion des droits et taxes* » : signifie que les droits et taxes restent à la charge du vendeur.

10

TRANSFERT DE RISQUES ET DE PROPRIÉTÉ

LES DÉRIVES CONSTATÉES

- Des transferts de propriété au profit de l'acheteur avant le paiement complet du prix.
- Des risques pesant sur le fournisseur alors qu'il n'a plus accès matériellement aux produits ou aux installations : stockage chez le client, équipement incorporé à une installation sur le site du client...

LES RÈGLES ET BONNES PRATIQUES

Dans un contrat de vente, en l'absence de dispositions spécifiques, le transfert de risques et de propriété se fait au moment de l'échange des consentements. Cette règle est aujourd'hui inadaptée à la réalité des affaires et c'est la raison pour laquelle des clauses spécifiques organisent le transfert de risque et de propriété.

Pour une bonne sécurité juridique, il est conseillé de :

- Réserver le transfert de propriété jusqu'au complet paiement du prix en insérant une clause de réserve de propriété ;
- Transférer le risque dès que vous n'avez plus l'équipement, le produit matériellement en main : livraison, intégration sur un site, stockage, ...

Attention :

- Si un *Incoterm* a été choisi dans le contrat, il convient que le moment de transfert de risques de l'*Incoterm* coïncide avec celui choisi dans la clause.
- Tant que le transfert de risques n'a pas eu lieu, il convient de vous doter des assurances adéquates. Exemple : assurance transport.

EXEMPLE DE CLAUSE NON CONFORME AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

« Le transfert de propriété se fera dès le premier versement du prix qui correspond à un tiers du prix de la commande. »

EXEMPLE DE CLAUSE CONFORME AUX BONNES PRATIQUES

Exemple 1

*« Le transfert de propriété se fait au complet paiement du prix. Le transfert de risque se fait au moment de la livraison sauf dispositions contraires dans l'*Incoterm* choisi. »*

LE RÈGLEMENT DES LITIGES

Il existe des modes alternatifs de règlement des litiges :

- **la clause d'arbitrage** : les parties choisissent un arbitre (auprès de la chambre de commerce, du tribunal de commerce ou tiers), qui tranchera le litige. La procédure peut être longue et coûteuse mais bénéficie de la confidentialité.
- **La clause de médiation** : les parties font appel à un médiateur, choisi au préalable, qui les aide à trouver une solution. La décision ne s'impose pas aux parties. Cette solution est souvent rapide, peu coûteuse et permet de ne pas trop fragiliser les relations commerciales malgré le litige. En cas d'échec de la médiation, les parties peuvent faire appel à l'arbitrage ou à la voie judiciaire classique.

LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT

Lorsque les parties à un contrat sont de nationalités différentes, elles sont libres de choisir le droit applicable à leur contrat, qui peut être le droit du pays de l'une ou l'autre des parties ou un droit neutre, dans la limite du respect des règles impératives notamment en droit du travail, fiscal ou encore d'ordre public.

Pour faire ce choix, il convient de se rapprocher d'un conseil local.

LE TRIBUNAL COMPÉTENT

Dans les contrats commerciaux, les parties sont libres de choisir le tribunal qui sera compétent pour résoudre un litige.

Par exemple, si le contrat est conclu entre un vendeur parisien et un acheteur marseillais, le tribunal retenu peut être celui de Lyon. En revanche, le tribunal doit, dans ce cas, être nécessairement français.

Le raisonnement est le même pour les contrats internationaux : deux parties de nationalité allemande et française peuvent choisir un tribunal suisse, dans la mesure où ce choix est en accord avec les règles d'ordre public.

Il est toutefois conseillé de s'assurer de l'indépendance du pouvoir judiciaire dans la région ou le pays du tribunal retenu.



La FIEEC est une grande Fédération de l'industrie qui rassemble 26 syndicats professionnels dans les secteurs de l'énergie, des automatismes, de l'électricité, de l'électronique, du numérique et des biens de consommation. Les secteurs qu'elle représente regroupent plus de 3 000 entreprises, emploient près de 400 000 salariés et réalisent plus de 98 milliards d'euros de chiffre d'affaires dont 46 % à l'export. La FIEEC est membre du GFI, du MEDEF, de l'UIMM, de la CGPME, et de l'ORGALIME.

Syndicats membres



Membres associés





11-17 RUE DE L'AMIRAL HAMELIN
75783 PARIS CEDEX 16

WWW.FIEEC.FR

 @ FIEEC