

LE CHOIX DE LA NORME « INCOTERM »

Les parties à un contrat de distribution internationale se réfèrent fréquemment, pour gérer entre-elles les modalités de transport des marchandises, à une des normes dite « Incoterm » (International Commercial Terms) créées par les praticiens et codifiées par la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Les Parties n'ont cependant pas toujours pleinement conscience du fait que l'adoption d'une telle norme génère **toute une série d'obligations** pour elles, obligations qui ne se limitent pas au seul point de savoir qui de l'acheteur ou du vendeur prend à sa charge le transport des marchandises.

1. En se référant contractuellement une norme Incoterm, les parties adoptent un corpus de règles qui déterminent principalement :

- le lieu de livraison des marchandises, le lieu de transfert de la propriété et des risques, le mode de transport ;
- qui de l'acheteur ou du vendeur prend à sa charge les frais de transport et de douanes ;
- qui de l'acheteur ou du vendeur est responsable des autorisations d'exportation, d'importation, du conditionnement et de la vérification des marchandises.

Faire référence à une norme Incoterm peut donc alléger les dispositions contractuelles et clarifier les obligations respectives des parties à une vente internationale, **pour autant que cette norme soit bien choisie.**

2. Les Incoterms en vigueur depuis le 1er janvier 2000 sont au nombre de 13 (elles feront l'objet d'une révision en 2010) : 7 Incoterms sont applicables quel que soit le **mode de transport** (maritime, fluvial, terrestre, aérien) alors que les 6 autres concernent exclusivement les ventes maritimes ou fluviales.

Le choix d'une norme Incoterm est déterminé principalement par le degré de contrainte que chaque partie est prête à accepter. On distingue les **ventes au départ**, qui font peser un minimum d'obligations sur le vendeur, des **ventes à l'arrivée** qui, à l'inverse, font peser l'ensemble des obligations sur le vendeur.

La norme Incoterm la plus contraignante pour le vendeur est la **vente DDP** ou « rendu droits acquittés » applicable à tous les modes de transport à l'exclusion du transport maritime. Le vendeur s'engage alors à livrer la marchandise dans le pays d'importation, au lieu choisi par l'acheteur, qui est le plus souvent l'entrepôt de ce dernier. Le vendeur est alors responsable de tout jusqu'au point de livraison : licence d'importation, formalités douanières, paiement des droits et taxes, etc. L'adoption d'une telle norme suppose de connaître précisément la réglementation fiscale et douanière de l'Etat d'importation. Le vendeur qui choisit cette norme doit (lui ou son transporteur) s'assurer qu'aucune règle ne fait obstacle à l'introduction des marchandises dans ce pays : mesures de contingentement, normes techniques de sécurité ou sanitaires, etc. Il devra supporter toutes les conséquences financières des aléas et périls de l'exportation : attentes dans les ports, blocage ou perte des marchandises, etc.

Si le vendeur qui ne veut pas faire face à de telles obligations pourra, à l'extrême inverse, s'orienter vers une norme Incoterm de « vente au départ ». La **vente EXW** ou « à l'usine » est celle qui fait peser le moins d'obligations sur le vendeur : il exécute son obligation de livraison en mettant les marchandises emballées à la disposition de l'acheteur, qui devra les retirer, au lieu et à la date convenus, le plus souvent dans les entrepôts du vendeur. Le transfert de propriété et des risques s'effectue au point de livraison. Le vendeur n'a même pas à procéder au chargement des marchandises dans le véhicule de transport, sauf stipulation contraire expresse des parties.

Il existe bien entendu de nombreuses normes entre ces deux extrêmes (« FOB », « CIP », « DAF », etc.).

3. Le choix d'un Incoterm n'est jamais un exercice aisé ; il suppose que les parties aient clairement identifié les obligations qui en découlent pour chacune d'elles, non seulement en termes **financiers**, mais également en terme de **logistique** et surtout d'**assurance**. Le vendeur qui, par exemple, serait assuré pour une vente EXW et qui procéderait néanmoins au chargement des camions du transporteur de l'acheteur (ce qui est très fréquent dans la pratique) pourrait ainsi rencontrer de sérieuses difficultés pour faire jouer son assurance si l'un de ses salariés venait à être blessé lors du chargement.

D'une manière générale, toute entreprise qui vend ou achète des marchandises doit vérifier avec son assureur qu'elle est bien couverte pour les normes qu'elle négocie ou qu'elle se borne à accepter en adhérant aux conditions générales de vente ou d'achat de son cocontractant.

Tromperie : renforcement de la répression

Le délit de tromperie est défini par l'article L. 213-1 du Code de la Consommation comme le fait d'avoir, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, trompé son cocontractant sur la nature, l'origine, la qualité substantielle, la composition des marchandises, leur quantité leur aptitude à l'emploi ou les risques inhérents à leur utilisation.

La jurisprudence considérait, jusqu'à récemment, que s'agissant d'une infraction instantanée, le délai de prescription du délit de tromperie commençait à courir au moment de la livraison de la marchandise et non pas à partir de la découverte de la tromperie (Crim. 10 juin 1990 – Crim 17 juin 1991).

Dans son arrêt du 7 juillet 2005, rendu dans une espèce exceptionnelle, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a, par un attendu de principe, opéré un revirement de jurisprudence en considérant que : « si la tromperie est une infraction instantanée, elle n'en constitue pas moins un délit clandestin par nature, en ce qu'il a pour but de laisser le cocontractant dans l'ignorance des caractéristiques réelles d'un produit et que dès lors, le délai de prescription commence à courir **du jour où le délit apparaît et peut être constaté** dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ».

Ainsi, sous réserve de l'interprétation qu'adoptera la jurisprudence pour définir « les conditions permettant l'exercice de l'action publique », l'ensemble des acteurs de la chaîne de distribution pourront être poursuivis plus de trois ans après la mise sur le marché des produits litigieux ; le délit de tromperie devient donc **quasiment imprescriptible**.

Cet arrêt, qui s'inscrit dans le cadre d'un renforcement de la répression en matière d'infraction au préjudice des consommateurs, devrait inciter les professionnels à une plus grande vigilance en matière d'information sur les produits et au renforcement des contrôles de qualité.

Coopération commerciale fictive

Au moment de l'entrée en vigueur de la réforme de la loi Galland et alors que s'engagent, dans le flou le plus total, les négociations pour 2006, deux décisions viennent rappeler, s'il en était besoin, que les juges n'ont pas eu besoin de cette réforme pour sanctionner les pratiques de coopération commerciale fictive.

Dans la première espèce (T. com. Nanterre, 15 nov. 2005), les juges ont condamné la centrale de référencement de Leclerc (le GALEC) à payer une amende civile de 500.000 € et à **rembourser à ses fournisseurs** la somme de 23,3 millions d'euros. Cette somme avait été versée en vertu de protocoles d'accords transactionnels qui visaient à réparer un préjudice invoqué par le GALEC ; ce dernier s'estimait, en effet, victime de pratiques discriminatoires car il avait bénéficié, au titre de la coopération commerciale, de montants inférieurs à ceux de Carrefour. Les juges ont considéré que ces protocoles étaient nuls car ils masquaient des contrats de coopération commerciale à effet rétroactif, **ne correspondant à aucun service rendu**.

Dans la deuxième espèce, c'est Lidl qui a été condamnée à payer une amende de 500.000 € et à **rembourser** près de 480.000 € à ses fournisseurs pour des marges arrières indues (TGI Strasbourg, 25 novembre 2005).

Force est donc de constater que l'arme absolue contre la coopération commerciale fictive reste la **sanction de nullité** (qui reste inscrite dans notre droit) puisqu'au delà des sanctions d'amende (dont on a souvent dit qu'elles étaient peu dissuasives puisqu'elles représentaient peu de chose au regard des profits frauduleusement faits), elle contraint le contrevenant au remboursement des sommes indûment perçues.

Ceux qui tablent aujourd'hui sur la complexité et le flou de la nouvelle loi pour échapper aux sanctions risquent donc de cruelles déceptions.

Attention : tout ce que vous dites au téléphone pourra être retenu contre vous ...

... devant le **Conseil de la Concurrence**. Dans une décision rendue le 5 décembre 2005, le Conseil de la Concurrence vient de décider que des **enregistrements téléphoniques** effectués par une partie **à l'insu de l'interlocuteur** était un **moyen de preuve recevable** pour établir une pratique anti-concurrentielle. Ce faisant, le Conseil affirme l'autonomie des règles de procédure applicables devant lui, autonomie qui, en l'absence de texte normatif le concernant, lui permet de s'inspirer ou de s'affranchir, selon ce qui lui semble avisé, des règles de procédure, civile comme pénale.

Après tout, et puisque nul n'est censé mettre en œuvre des pratiques anti-concurrentielles, faut-il vraiment s'en offusquer ? La réponse est définitivement positive à cause du risque de manipulation – sans parler du risque de falsification – qui pèse sur tout enregistrement téléphonique. Une dose d'ambiguïté – ou de feinte plaisanterie – dans les questions/affirmations de celui qui enregistre et une dose d'interprétation des réponses de celui qui est enregistré peuvent suffire à construire des pièges inextricables. Le risque de manipulation est d'autant plus réel que l'on augure d'une multiplication des **demandes de clémence**, procédure dans laquelle l'entreprise qui prend l'initiative de dénoncer une pratique anti-concurrentielle à laquelle elle a participé peut bénéficier d'une immunité de sanctions **à la condition** qu'elle apporte aux autorités de la concurrence suffisamment de preuves de la pratique dénoncée.

Il ne reste qu'à espérer la censure de la Cour d'Appel, censure qui semble néanmoins peu probable...