

Dossier coordonné
par Frédéric Philippe,
Manager achats industriels

Réglementation : contraintes ou opportunités ?

Nous utilisons tous quasi quotidiennement des outils juridiques : accords de confidentialité, conditions générales d'achat, contrats cadres ... Ainsi que des outils rédigés par des non-juristes mais à caractère juridique : spécifications techniques ou scopes of work, matrices de conformité ... Et qui n'a pas perçu, au moins une fois, l'utilisation de ces outils comme une contrainte pour respecter le processus achat ?

Dans ce dossier, nous analysons six nouveautés juridiques pour comprendre ce qu'elles peuvent nous apporter ou pas. « To be or not to be ? » demandait Shakespeare. Et notre réglementation : « Contraintes ou opportunités ? »

Plutôt que de longs discours, voici un comparatif :
A vous de voir de quel côté pense la balance de la Justice !! Si vous doutez encore, réfléchissez avant de poursuivre la lecture. Sinon ...

Je tiens à remercier chaleureusement le cabinet CMS Francis Lefèbre Avocats, en particulier les membres du bureau de Lyon, pour leur aide précieuse dans la rédaction de ce dossier. Rappelons que CMS Francis Lefèbre compte plus de 4500 avocats répartis dans 42 pays à travers le monde ... Tous plus experts les uns que les autres. Merci enfin à eux d'avoir regardé la Loi sous le prisme des achats !

Bonne lecture.

	CONTRAINTES	OPPORTUNITÉS
Contrats "collaboratifs"	Changer les habitudes	Créer des leviers de négociation Développer une relation équilibrée Partager mieux la valeur
RGPD	Cartographier les usages	Structurer mieux l'information Gérer les données de façon éthique
Achats publics responsables		Pratiquer des achats socialement responsables Evaluer mieux les offres Mettre en œuvre des clauses sociales
Obligation de vigilance	Vérifier périodiquement la régularité des déclarations sociales	Sécuriser les achats de sous-traitance
Devoir de vigilance	Cartographier les risques	Sécuriser sa supply-chain
Achats de prestation et travail temporaire		Optimiser ses achats de prestations Acheter mieux et au juste besoin Fidéliser, simplifier la relation

Contrats «Collaboratif» :

Comment les acheteurs doivent s'emparer de la réforme du droit des contrats ?



Par **Olivier Leroy, Avocat associé** et **Elvire Mazet, Avocat Counsel**, **CMS Francis Lefebvre Lyon avocats**, interviewés par **Frédéric Philippe**

Le droit des contrats vient d'être profondément corrigé. Quels changements, notamment pour les contrats d'achat ?

Plus qu'un changement de texte, il s'agit d'une modification de paradigme et donc, pour les acheteurs, de la manière de concevoir le contrat d'achat.

Rappelons que le droit des contrats a été institué par Napoléon en 1804. Il prônait à l'époque une philosophie dite « volontariste » : seule la loi du contrat faisait foi entre les parties. Il en résultait une conception très libérale, abandonnant aux parties le soin de déterminer les modalités de leurs relations commerciales.

Sous l'empire de ce texte, l'acheteur n'avait aucun risque à imposer ses conditions générales d'achat (CGA) préparées par son service juridique. Ces CGA sont encore couramment annexées aux appels d'offres comme

préalable indispensable et insurmontable.

Avec l'ordonnance (1) réformant le droit des contrats, changement de paradigme : si le principe de la volonté des parties est conservé, la « justice contractuelle » est renforcée et apporte des outils pour protéger la partie faible.

Nous avons compris que la thématique de la collaboration est omniprésente dans les achats : voilà que le domaine juridique s'empare de cette évolution. Le contrat est désormais conçu comme le lieu d'un équilibre négocié entre les parties, avec pour toile de fond, un meilleur partage de la valeur créée.

Vous évoquez les CGA, que deviennent-elles ?

Ce document reste bien entendu utile, puisqu'il comporte les modalités d'achat adaptées à l'entreprise acheteuse. Il convient toutefois de l'utiliser différemment.

Le code civil verra ainsi avec suspicion ce document à chaque fois qu'il constituera un « ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance » par l'acheteur.

L'article 1171 prévoit en effet que « toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

L'acheteur a donc tout intérêt à se ménager la preuve qu'il a permis à son interlocuteur de négocier ses CGA, comme tout contrat, par exemple en sollicitant du fournisseur ses observations sur ce document, en s'abstenant de refuser de façon systématique toute tentative de négociation par le fournisseur, en conservant les échanges de mails sur

des discussions ayant eu lieu entre les parties.

Inversement, le fournisseur ne peut plus imposer ses conditions de vente sans négociation. Si les CGV constituent bien le socle de la négociation au regard du code de commerce (art. L. 441-6), elles ne peuvent plus constituer sans risque l'alpha et l'oméga du contrat, notamment si les clauses sont rédigées de façon excessive.

Cela étant, le contrat est présumé être de gré à gré tant que la partie adverse n'a pas apporté la preuve de la non-négociabilité d'un ensemble de clauses, définissant ainsi le contrat d'adhésion.

Cette réforme n'est donc pas une contrainte pour l'acheteur, bien au contraire : elle recèle de nombreux outils dont il doit se saisir avec urgence pour améliorer ses négociations et ses contrats.

Mais est-ce vraiment le rôle de l'acheteur ?

Bien entendu, le service juridique de l'entreprise reste l'interlocuteur indispensable pour accompagner l'acheteur dans la formalisation de l'accord.

Toutefois, nous pensons que le juriste intervient fréquemment trop tard dans la négociation du contrat. Qualifié de « pompier », il tente le plus souvent de sauver une relation contractuelle en difficulté. Inversement, le juriste n'a pas toujours la compétence de comprendre comment doit se construire un accord.

A notre sens, c'est donc à l'acheteur d'être moteur dans l'utilisation des outils juridiques pour mieux construire son accord, et ce, dès le début de la négociation. Le droit propose à chacune des étapes de la relation contractuelle de vrais outils, dont l'acheteur devrait se saisir pour optimiser ses achats.

Avez-vous un exemple concret ?

Selon notre vieux code civil, le juge n'était pas censé intervenir dans l'hypothèse où le contrat présentait un déséquilibre en cours de vie. A l'inverse des pays anglo-saxon, le droit français ne reconnaissait donc pas que le contrat puisse être révisé, dans l'hypothèse où une cause extérieure (hausse de matières premières ...) rendait son exécution excessivement onéreuse pour une partie.

Désormais, une partie peut demander à l'autre de

renégocier le contrat (code civil, art. 1195). Et si le cocontractant refuse ? La partie souffrant d'une circonstance d'imprévision pourra demander au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe.

L'acheteur devrait donc à notre sens anticiper ce texte et ses conséquences, sauf à livrer son accord à l'appréciation du juge ...



Quelles recommandations pratiques ?

Il ne nous semble pas nécessaire que l'acheteur maîtrise le texte. Il doit toutefois l'utiliser comme outil méthodologique, pour structurer sa négociation et faire du droit un levier de négociation.

Ci-après quelques pistes de réflexion :

- sollicitez dans un premier temps votre fournisseur pour qu'il vous communique ses propres conditions générales de vente et critiquez-les ! Vous instaurerez ainsi les circonstances d'une vraie négociation ;
- utilisez ensuite vos conditions générales d'achat comme l'expression de votre besoin et non comme simple support à la formalisation de votre accord ;
- n'hésitez plus à critiquer toute tentative du fournisseur de vous imposer une clause déséquilibrée ;
- sollicitez une information complète du fournisseur, information dont il est redevable, à chaque fois qu'elle est déterminante de votre engagement (tel que l'exige désormais l'article 1112-1).

Merci beaucoup pour ces explications et vos précieux conseils.

(1) ordonnance du 10/2/2016 ratifiée par la loi n°2018-287 du 20/4/2018

RGPD :

Quatre lettres pour une grande évolution réglementaire ...

RGPD – OU GDPR EN ANGLAIS – SIGNIFIE RÈGLEMENT GÉNÉRAL SUR LA PROTECTION DES DONNÉES. QUELLES DONNÉES ET EN QUOI LES ACHETEURS SONT-ILS CONCERNÉS ?

Cette réglementation récente (n°2016/679) a été votée le 14 avril 2016 par le Parlement européen et est entrée en application dans tous les pays de l'Union européenne le 25 mai 2018. Elle protège toutes les données personnelles de tous les citoyens européens où que se trouvent ces données dans le monde. Ainsi, par exemple, une entreprise située hors de l'UE devra respecter les dispositions de la RGPD (art. 3) pour les données concernant des ressortissants européens. On parle de données à caractère personnel mais aussi de tout profilage ou ciblage structuré issu du traitement de données collectées, y compris via internet. Le champ d'application est donc vaste ...

Deux catégories de données sont à considérer : les données à caractère personnel comme l'identité et les données à caractère sensible comme les informations de santé, les opinions syndicales, politiques ou religieuses, l'orientation sexuelle ou les origines raciales ... tout cela concernant clients, fournisseurs et/ou salariés. Et deux catégories d'acteurs sont à prendre en compte : les personnes qui manipulent les données (utilisateurs) et celles qui les traitent. Bien sûr, toutes ces données doivent être nécessaires à l'activité. Une cartographie des données, un code de bonne gestion des données (art. 40) et un délégué à la gestion des données (art. 37) sont souvent nécessaires voire obligatoires selon les situations. Comme toujours des sanctions sont prévues. Le règlement prévoit (art. 83) : selon la nature des infractions de 2 à 4% du chiffre d'affaires mondial avec un minimum de 10 à 20 millions d'euros.

Nous, acheteurs, sommes concernés à deux titres :

en tant qu'utilisateurs de données et par notre devoir de sécuriser nos relations avec nos fournisseurs. Côté données, c'est assez clair. Nous sommes utilisateur de données personnelles de nos fournisseurs, en général non sensibles, et nous avons souvent des logiciels de SRM et autres bases de données fournisseurs. Une cartographie par types de données et une typologie d'utilisateurs sera nécessaire. Maintenant, les aspects achats proprement dits. On pense alors aux contrats avec les sociétés d'infogérance, d'achats de logiciels et de prestations informatiques qui devront être adaptés. Mais aussi les relations avec tous nos sous-traitants de tous secteurs d'activité. Car l'entreprise bénéficiaire comme ses sous-traitants sont co-responsables (art.26). Il faudra veiller à ce qu'ils maîtrisent eux-mêmes le traitement des données à caractère personnel. Les spécifications d'achat devront être amendées ; dans certains cas, des audits sont à prévoir.

Cette nouvelle gestion des données beaucoup plus éthique devrait permettre d'améliorer et structurer les flux d'informations. Tout comme le code de la route a permis en son temps de structurer le trafic routier ...



