

## Faire fabriquer ses produits en Chine: quelques recommandations pour bien protéger ses droits

Par **Nicolas Maubert**, Avocat à la Cour, Gide Loyrette Nouel

La sous traitance industrielle ainsi que le travail à façon (opérations qui consistent à faire fabriquer par un tiers des produits selon des spécifications techniques avec (pour le travail à façon) ou sans (pour la sous traitance industrielle) fourniture par le donneur d'ordre de matières premières), constituent une pratique fréquente dans le secteur manufacturier (industries de l'habillement, de l'automobile, des textiles, de l'acier...), notamment avec les pays dans lesquels le coût de la main d'œuvre reste faible, comme en Chine. Ce pays offre en outre un cadre fiscal et douanier propice au travail à façon, principalement lorsque la production est destinée à l'export. Les fabricants chinois peuvent en effet importer les matières premières et matériaux ou composants utilisés dans la fabrication des produits destinés à l'exportation en franchise de droits de douane et de TVA à l'import.

Une fois le fabricant identifié, il est essentiel de conclure un contrat écrit, de manière à baliser les droits et obligations des parties et éviter ainsi certains écueils (détournement des droits de propriété intellectuelle, non respect de la confidentialité du projet, non respect des délais, non conformité des produits, etc.). Le contrat permet en effet de préciser toutes les modalités de coopération, délimiter les obligations et responsabilités respectives des parties et renforcer la sécurité juridique de l'accord entre les parties.

Voici quelques conseils généraux de rédaction des principales clauses devant apparaître dans un contrat de sous traitance industrielle et/ou de travail à façon.

### 1. **Objet du contrat**

La définition de l'objet du contrat doit être explicite quant à la nature des produits, pièces ou prestations sur lesquels porte l'accord des parties. Il convient de préciser clairement les différentes obligations, conditions et procédures que le co-contractant chinois s'engage à suivre.

## **2. Spécifications techniques et conditions générales d'exécution**

Les spécifications et conditions de réalisation des prestations du fabricant doivent ici être listées de manière exhaustive. Eu égard à l'importance et la technicité de ces informations, il est souvent utile de les faire apparaître en annexes au contrat. Ces annexes pourront notamment contenir les éléments suivants:

- cahier des charges,
- contenu et déroulement des opérations à effectuer,
- moyens, procédés et équipements à mettre en œuvre (main d'œuvre, usines, équipements en bon état de marche..),
- qualité, réglementations (sécurité, hygiène, environnement...)

Si le donneur d'ordre a adopté un code de conduite ou d'éthique, ce dernier pourra également être annexé au contrat. En tout état de cause, il peut être utile d'inclure un engagement à la charge du fabricant de respecter l'ensemble de la réglementation applicable en matière du droit de travail.

Il est indispensable de prévoir une clause autorisant le donneur d'ordre à venir inspecter les locaux dans lesquels les marchandises sont fabriquées, les équipements, les marchandises elles mêmes ainsi que tout autre élément. Cette inspection doit pouvoir avoir lieu à tout moment pendant les horaires de travail, et en dehors de ceux-ci, moyennant une notification écrite préalable. Il est également possible de prévoir que le fabricant s'engage à faire parvenir au donneur d'ordre des échantillons tout au long de la production afin de pouvoir juger de la conformité de la marchandise aux spécifications techniques.

Il peut être utile de prévoir un spécimen de chaque article devant être fabriqué par le co-contractant chinois, de manière à réduire par la suite le risque de contestation sur la conformité des produits fabriqués.

## **3. Conditions de livraison**

Cette clause a pour objet de préciser les modalités d'emballage, de conditionnement et de transport des produits par le fabricant. Il convient de bien choisir, parmi les INCOTERMS 2000, l'INCONTERM retenu pour le contrat (avec les aménagements éventuellement nécessaires). De manière générale, le transfert des risques doit intervenir le plus tard possible, c'est-à-dire à la réception effective des produits. Il convient également de bien déterminer les modalités de transfert de propriété. A cet égard, il est en général dans l'intérêt du donneur d'ordre de prévoir, si possible, que le transfert de propriété interviendra à l'issue de la production.

## **4. Prix et conditions de paiement**

Les conditions de paiement doivent être clairement stipulées (facturation, échéancier, modes de paiement, incidents de paiement et pénalisation).

Il est impératif de prévoir dans cette clause le paiement de pénalités de retard à la charge du fabricant en cas de livraison tardive des marchandises. Les pénalités de retard sont normalement calculées en pourcentage du prix de la livraison tardive.

Il convient d'éviter les clauses de réserve de propriété jusqu'au complet paiement du prix.

## **5. Retour**

Le contrat doit prévoir les modalités de retour des produits non conformes aux spécifications techniques, les frais de retour devant être à la charge du fabricant, de même que les frais de réexpédition.

## **6. Assurance**

Le fabricant doit pouvoir justifier de la souscription d'une assurance couvrant adéquatement les risques auxquels les produits pourraient être confrontés jusqu'à leur livraison finale ou à tout le moins jusqu'au transfert effectif des risques sur les produits (vol, incendie...). Le fabricant doit pouvoir fournir sur simple demande du donneur d'ordre et à tout moment une attestation d'assurance.

## **7. Confidentialité**

Le fabricant doit avoir l'obligation de respecter la confidentialité du projet. Il doit rester discret sur l'existence du contrat. Il est utile de recenser dans le contrat les informations couvertes par l'obligation de confidentialité et de prévoir que les salariés du fabricant sont eux-mêmes tenus de ne pas divulguer les secrets de fabrication et toute autre information confidentielle.

## **8. Propriété intellectuelle**

Le donneur d'ordre doit passer en revue tous les éléments de propriété intellectuelle (secrets commerciaux, marques, dessins et modèles industriels, brevets, droits d'auteur et droits connexes..) susceptibles d'avoir un impact dans le cadre de la relation avec son fabricant.

En amont, il doit avoir à l'esprit tous les contrats de licence en vertu desquels des tiers auraient concédé au donneur d'ordre des éléments de propriété intellectuelle. Le but est de vérifier s'il existe des restrictions d'utilisation, des clauses limitant les possibilités de cession ou simplement d'utilisation, ou des clauses de confidentialité.

Ensuite, le donneur d'ordre doit songer aux droits qu'il entend concéder (et a contrario, à ceux qu'il n'entend pas concéder) au fabricant. Le donneur d'ordre doit également garder ici à l'esprit qu'il ne peut octroyer plus de droits qu'il n'en possède (et donc s'assurer que les droits qu'il accorde à son co-contractant sont adéquatement protégés en Chine).

Typiquement, dans le contrat de sous traitance industrielle ou de travail à façon, le donneur d'ordre interdit au fabricant de commercialiser / distribuer les produits fabriqués par lui dans le cadre du contrat. Cette obligation à la charge du fabricant sera d'autant plus renforcée si le donneur d'ordre a par ailleurs protégé ses droits de propriété intellectuelle sur les produits fabriqués. La commercialisation du produit par le fabricant constituerait alors non seulement une violation du contrat, mais également une violation d'un droit de propriété intellectuelle protégé.

## **9. Clauses d'exclusivité**

Il est possible d'interdire au fabricant de travailler pour une entreprise concurrente pendant une certaine période, d'utiliser les connaissances transférées pour l'exécution du contrat et d'exploiter les équipements spéciaux acquis à cette occasion, pour le compte de tiers. S'il est interdit d'empêcher l'exploitation par le fabricant des améliorations effectuées par lui à l'occasion d'un transfert de technologie, il est revanche possible de prévoir les modalités de partage et d'utilisation des perfectionnements techniques mis au point pendant le contrat.

## **10. Exécution personnelle de la commande**

Le donneur d'ordre choisit un partenaire chinois en raison de ses compétences (contrats dit intuitu personae). Le contrat devra donc prévoir que le fabricant ne peut pas lui-même sous-traiter le travail sans l'accord du donneur d'ordre. La personnalité du fabricant peut changer en cours d'exécution du contrat et passer par exemple sous le contrôle d'un concurrent du donneur d'ordre. Pour cette raison, il est prudent d'insérer une clause prévoyant l'hypothèse du changement de capital de l'une des parties et d'en faire une possibilité de rupture du contrat.

## **11. Loi applicable et Règlement des litiges**

Un contrat de sous-traitance industriel ou de travail à façon est un contrat international dès lors que le donneur d'ordre contracte avec un fabricant domicilié dans un autre pays. Les parties peuvent alors librement choisir le droit applicable au contrat.

Le droit chinois présente l'inconvénient pour le donneur d'ordre de prévoir des règles de prescription relativement courtes (ce qui peut limiter en pratique la possibilité de recours contre le fabricant en cas de vices cachés).

De manière générale un donneur d'ordre étranger recherchera à imposer le droit qui lui est le plus favorable sur le fond.

Le recours à l'arbitrage (plutôt qu'un recours aux tribunaux chinois) paraît le mode le plus indiqué pour résoudre les litiges. S'agissant d'un contrat international, il est généralement recommandé aux parties de convenir, dans le contrat, de recourir soit à un arbitrage en Chine, sous l'égide d'une commission d'arbitrage chinoise (par exemple la chambre internationale d'arbitrage chinoise (CIETAC)), soit à un arbitrage à l'étranger, organisé par une institution internationale (par exemple CCI). La rédaction de la clause d'arbitrage mérite une attention particulière (lieu de l'arbitrage, choix de la langue, nombre d'arbitres...).

## **12. Langue du contrat**

Il est recommandé de rédiger le contrat en deux versions, l'une en chinois et l'autre en anglais ou en français pour que chaque partie ait une bonne compréhension des obligations réciproques. Il est souvent difficile d'exiger qu'une langue prime sur l'autre. Une attention particulière doit donc être apportée à la cohérence des deux versions.