



**COMMISSION D'EXAMEN
DES PRATIQUES COMMERCIALES**

Recommandation n°20-1 concernant les contrats prévus aux articles L.441-3 et L.441-4 du code de commerce et les effets de la crise sanitaire de la Covid-19 dans la grande distribution à dominante alimentaire

La Commission d'examen des pratiques commerciales,

Vu le courrier du vice-président, en date du 16 avril 2020, qui a mis en place, au sein de la Commission, un groupe de travail consacré aux problématiques soulevées par l'application des contrats conclus entre les fournisseurs et les distributeurs à dominante alimentaire, dans le contexte de la crise sanitaire de la Covid-19.

Vu l'article L. 440-1 du code de commerce permettant à la Commission d'examen des pratiques commerciales d'adopter des recommandations sur les questions dont elle est saisie et sur toutes celles entrant dans ses compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques ;

Vu les articles L. 440-1 et D. 440-1 à D. 440-13 du code de commerce ;

Les rapporteurs du groupe de travail entendus lors de sa séance plénière du 6 juillet 2020 ;

INTRODUCTION

La Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) veille à l'équilibre des relations entre producteurs, fournisseurs et revendeurs au regard de la législation en vigueur, elle émet des recommandations d'ordre général, concernant notamment le développement de bonnes pratiques, dans une vision constructive de la vie commerciale. Elle est dotée de la faculté de s'autosaisir.

À ce titre, il est apparu utile à la CEPC, dans le contexte de la crise sanitaire liée à la Covid-19 et à ses suites, de rappeler les principes juridiques et de promouvoir les bonnes pratiques qui doivent inspirer la relation commerciale et faciliter l'application des conventions annuelles ou pluri annuelles conclues au plus tard le 1er mars 2020 entre les partenaires commerciaux et relevant des articles L. 441-3 et L. 441-4 du Code de commerce.

L'article 4 de la loi 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, publiée au Journal officiel du 24 mars 2020, a prévu que « *l'état d'urgence sanitaire est déclaré pour une durée de deux mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi. L'état d'urgence sanitaire entre en vigueur sur l'ensemble du territoire national* ». L'état d'urgence sanitaire a été prorogé jusqu'au 10 juillet inclus par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020.

Cette crise a considérablement affecté le fonctionnement de chacun des maillons de la chaîne d'approvisionnement des produits de consommation. L'ensemble des acteurs a subi des désorganisations et a dû s'adapter afin d'assurer l'approvisionnement de la population sur l'ensemble du territoire national et de maintenir l'activité économique des entreprises en lien avec la distribution de ces produits.

L'épidémie devenue pandémie ainsi que les mesures gouvernementales mises en place pour lutter contre sa propagation ont pu affecter les relations commerciales et les conventions qui en sont le support dans des proportions très diverses, liées principalement aux modifications de la consommation auxquelles les professionnels ont dû faire face dans l'environnement très contraint des mesures d'ordre public de lutte contre l'épidémie, et en particulier les mesures de confinement de l'ensemble de la population sur le territoire national dans des délais très brefs, mises en œuvre le 16 mars 2020.

Celles-ci ont eu pour effet de déclencher un mouvement panique d'achats de la part des consommateurs qui s'est traduit par une adaptation nécessaire et immédiate des commandes et, le cas échéant, par la modification des gammes pour se concentrer sur la commercialisation des produits les plus demandés par les clients des magasins.

Les magasins sont toujours restés ouverts au public malgré un absentéisme supérieur à la normale. Ceux-ci ont fait face à une demande parfois irrationnelle des consommateurs et ont pu être contraints de modifier le plan de commandes. Ils ont mis en place l'ensemble des gestes barrière, et ont déployé tous les moyens de protection des clients et des salariés. Ils ont maintenu l'approvisionnement des consommateurs par de nouvelles organisations, poursuivi le courant d'affaires avec les fournisseurs, assurant ainsi la continuité de l'activité économique. Par ailleurs, durant cette période, les distributeurs ont mis à disposition des transporteurs les moyens d'accueil leur permettant de poursuivre leurs activités dans des conditions optimales. Ils ont également mis en place tous les moyens pour maintenir les flux logistiques jusqu'aux magasins tout en n'appliquant pas à l'égard des industriels les pénalités contractuelles (pour produits manquants et retards de livraison).

Les industriels ont dû consécutivement adapter la production industrielle, tout en subissant un niveau d'absentéisme supérieur à la moyenne affectant la productivité et le respect nécessaire des règles de sécurité sanitaires (rotations par petits groupes, distanciation, procédures de désinfection entre prises de postes des différentes équipes qui se succèdent).

Dans la mesure où les partenaires commerciaux souhaiteraient mettre en œuvre des aménagements à leurs relations commerciales qui ont subi les impacts de la crise quelques jours seulement après la date de fin des négociations commerciales annuelles entre acteurs de la grande consommation, la Commission encourage les discussions bilatérales des différents acteurs de la chaîne d'approvisionnement, dans le cadre de la gestion de la crise et de ses conséquences pendant et au moment de la sortie de crise.

L'objet de la présente recommandation est de guider les professionnels concernés dans les difficultés éventuelles d'application des contrats en cours du fait de la crise sanitaire et de ses suites :

- d'une part, au regard des dispositions générales applicables au titre du droit des obligations,
- d'autre part, au regard des dispositions spécifiques applicables aux conventions récapitulatives prévues par le code de commerce (issues de la réforme de l'Ordonnance du 24 avril 2019 relative à la réécriture du titre IV du livre IV du code de commerce).
- et enfin, de proposer ou d'encourager de bonnes pratiques à destination des cocontractants fondées sur la loyauté et la bonne foi afin de permettre, après une période d'évènements exceptionnels et temporaires, de revenir à une activité commerciale normalisée dans le respect de l'équilibre des relations commerciales.

Après avoir souligné, dans une première partie, la spécificité des conventions prévues aux articles L. 441-3 et L. 441-4 du code de commerce, la CEPC rappelle, dans une deuxième partie, l'application des mécanismes juridiques classiques en temps de crise sanitaire ou lors de ses suites, puis elle formule, dans une troisième partie, ses recommandations concernant la gestion des difficultés éventuelles d'application des contrats en cours et le déroulement des relations commerciales.

PREMIERE PARTIE – RAPPEL DE LA SPECIFICITE DES CONVENTIONS PREVUES AUX ARTICLES L. 441-3 et L. 441-4 DU CODE DE COMMERCE

L'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées a instauré deux régimes de convention unique :

- le régime dit « socle », selon la terminologie de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, visé à l'article L. 441-3 du code de commerce, correspond à la convention de base, dont les obligations s'appliquent de façon transversale aux différents circuits de distribution et aux grossistes ;
- le régime « PGC » pour « produits de grande consommation », qui concerne plus particulièrement la distribution de certains produits de grande consommation, non durables et à forte fréquence et récurrence de consommation dont la liste a été fixée par le décret n° 2019-1413 du 19 décembre 2019, qui comprend des obligations complémentaires et spécifiques à celles du régime « socle », et qui s'appliquent aux conventions conclues par les professionnels portant sur ce type de biens (article L. 441-4 du code de commerce).

Ces conventions doivent être conclues au plus tard le 1er mars de l'année pendant laquelle elles prennent effet, ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier, ou encore dans les deux mois du début d'une nouvelle relation commerciale.

Le prix convenu s'applique au plus tard le 1er mars et tout avenant à la convention doit être discuté et faire l'objet d'un écrit qui mentionne l'élément nouveau le justifiant.

1.1 Le contenu de la convention « socle » (article L. 441-3)

Aux fins de concourir à la détermination du prix convenu, la convention doit, entre autres obligations, préciser :

- les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, y compris les réductions de prix et, le cas échéant, les types de situation dans lesquelles et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées ;
- les services de coopération commerciale, propres à favoriser la commercialisation des produits ou services du fournisseur, que le distributeur ou le prestataire de service lui rend, ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;
- les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de service.

Lorsqu'elle est conclue pour une durée de deux ou trois ans, la convention doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé. Ces modalités peuvent prévoir la prise en compte d'un ou de plusieurs indices publics reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.

1.2 Le contenu spécifique de la convention dite « PGC » (article L. 441-4)

Lorsqu'elle est relative à des produits de grande consommation entrant dans le champ d'application du décret précité, la convention doit, en complément des éléments évoqués ci-dessus, également mentionner :

- le barème des prix unitaires tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation ;
- le chiffre d'affaires prévisionnel, qui constitue, avec l'ensemble des obligations visées à l'article L. 441.3 III du code de commerce et fixées par la convention unique ou dans un contrat-cadre et des contrats d'application, le plan d'affaires de la relation commerciale ;
- les modalités de révision de ce chiffre d'affaires prévisionnel lorsque la durée de la convention est de deux ou trois ans.

Les conditions dérogatoires de l'opération de vente visées au 1.1 ne sont pas applicables aux contrats visés à l'article L.441-4.

DEUXIEME PARTIE - LES MECANISMES JURIDIQUES CLASSIQUES ET LEUR APPLICATION EN TEMPS DE CRISE SANITAIRE LIEE A LA COVID-19

La crise sanitaire peut confronter les cocontractants à l'impossibilité ou à la difficulté d'exécution des conventions en cours mentionnées ci-dessus qui les lient. Il convient de rappeler les mécanismes et fondements juridiques qui s'appliquent en cas de difficulté dans l'exécution par une partie de ses obligations contractuelles : ces mécanismes sont la base des bonnes pratiques qui pourront être mises en

œuvre par les parties à l'occasion de la crise sanitaire actuelle et de ses conséquences pour les conventions en cours.

2.1 La bonne foi et la loyauté

Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi (*article 1104 du code civil*). En vertu du principe de la force obligatoire des contrats, une partie ne peut pas modifier unilatéralement la convention, même si elle est de bonne foi et même si elle est face à un comportement contraire à la bonne foi.

La bonne foi joue un rôle clef dans la relation contractuelle en temps de crise comme en sortie de crise.

La loyauté dans les relations commerciales doit toujours conduire chaque partie à se comporter de bonne foi en toute circonstance, et en particulier à informer son cocontractant des circonstances qui peuvent modifier ou suspendre de manière plus ou moins durable l'exécution de ses obligations, sauf à engager sa responsabilité.

Or, les aléas de la vie des affaires et de l'exécution des contrats commerciaux sont encadrés par un certain nombre de mécanismes du droit des obligations qui sont rappelés ci-dessous.

2.2 La force majeure

2.2.1 Définition

L'article 1218 du code civil dispose qu'« *il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ».

La qualification d'un cas de force majeure suppose la démonstration de trois conditions cumulatives :

- la survenance d'un événement échappant au contrôle du débiteur (extériorité),
- l'imprévisibilité de l'évènement lors de la conclusion du contrat : il ne pouvait être raisonnablement prévu,
- son irrésistibilité : il s'agit de l'impossibilité d'éviter les effets de l'évènement par le recours à des mesures appropriées.

2.2.2 Les conséquences de la force majeure

Elles sont également définies par l'article 1218 du code civil précité : « *Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1* ».

La force majeure peut suspendre ou remettre en cause l'exécution d'une obligation contractuelle mais pas forcément l'exécution totale du contrat qui comprend une globalité d'obligations. Chacune des

obligations doit alors être analysée au regard des trois critères cités ci-dessus (extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité).

L'article 1218 du code civil n'est pas d'ordre public et les parties sont donc libres d'aménager les conditions et les effets de la force majeure. Comme cela est souvent le cas, les parties apprécient les conditions de la force majeure et en délimitent les effets dans l'exécution de la convention conclue entre le Fournisseur et le Distributeur. C'est une façon de répartir les risques liés à l'exécution du contrat. A défaut d'accord entre les parties, la réalité et les effets de la force majeure seront appréciés par les tribunaux en application des règles du code civil.

La force majeure démontrée peut justifier ou excuser la défaillance du débiteur dans le respect de son obligation de donner ou de faire ; en l'occurrence, par exemple, l'inexécution de l'obligation du vendeur de délivrer en temps et en heure la marchandise commandée par l'acheteur ou encore le non-respect de l'obligation de rendre les prestations de service convenues n'engagent plus la responsabilité de la partie défaillante.

Certains contrats peuvent écarter expressément la force majeure, sous la réserve que cette disposition ne constitue pas une soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Il est donc nécessaire d'identifier, de vérifier et d'analyser les contrats conclus entre les fournisseurs et les distributeurs sur les points suivants :

- les obligations contractuelles dont l'exécution s'avère réellement impossible (la preuve de cette impossibilité incombant en principe au débiteur) ;
- les clauses contractuelles définissant et organisant les conditions d'application de la force majeure ;
- la date de signature du contrat au regard de la connaissance de la crise sanitaire et de ses effets réels ou prévisibles.

Il s'agira d'une évaluation contrat par contrat et commande par commande selon les circonstances. En particulier, les dates de signature du contrat initial, des contrats d'application et de passation de commandes sont un facteur clé d'appréciation de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité.

2-3 L'imprévision

L'article 1195 du code civil dispose que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ».

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Par définition, l'imprévision suppose un changement de circonstances, imprévisible au moment de la conclusion du contrat. Elle ne rend pas l'exécution de l'obligation impossible mais excessivement onéreuse (en raison de surcoûts imprévisibles et excessifs). Elle a pour conséquence possible la révision judiciaire du contrat.

Comme la force majeure, l'imprévision est un mécanisme supplétif auquel les parties au contrat ont pu se référer, soit pour en revendiquer l'application, soit pour en modifier les conditions ou les effets, soit encore pour les écarter expressément.

Il est important que le cocontractant confronté aux effets de la crise sanitaire puisse évaluer ses obligations contractuelles telles qu'elles ont pu être proposées, puis négociées, précisées, adaptées ou écartées par acceptation du risque associé à son exécution.

Les conventions régies par les articles L. 441-3 ou L. 441-4 du code de commerce peuvent contenir des clauses par lesquelles les deux parties renoncent réciproquement à l'imprévision, ou bien y substituent des règles différentes, en général plus souples et plus rapides dans leurs effets (clauses d'adaptation, de hardship par exemple). Ces clauses, lorsqu'elles sont équilibrées, évitent les griefs de l'article L. 442-1, I, 1^o et 2^o du code de commerce. Il existe également des clauses par lesquelles une seule partie renonce à l'imprévision. Il conviendra alors de vérifier si l'asymétrie ainsi créée ne tombe pas sous le coup des dispositions précitées, en plus de la possibilité de priver de sa substance l'obligation essentielle en question (art. 1170 du code civil).

2-4 L'exception d'inexécution (article 1219 du code civil) et l'exception pour risque d'inexécution (article 1220 du code civil)

- **L'exception d'inexécution** : elle peut affecter tous les contrats, y compris les conventions examinées au titre des présentes recommandations. Dans cette hypothèse, une partie peut refuser d'exécuter son obligation, à ses risques et périls et sous le contrôle ultérieur du juge, quand bien même celle-ci est exigible dès lors que l'autre partie n'a pas exécuté sa propre obligation et que cette inexécution est suffisamment grave.
Si l'inexécution d'une obligation essentielle génère de graves conséquences, l'exception d'inexécution trouvera à s'appliquer. Il en sera de même lorsque l'inexécution de plusieurs obligations qui prises individuellement ne présenterait pas de critère de gravité pourrait au cumul de celles-ci et dans son ensemble avoir de graves conséquences comme celle de ruiner l'économie du contrat en cours.
- **L'exception pour risque d'inexécution** : elle est prévue depuis 2016 par l'article 1220 du code civil qui dispose qu'« *une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle* ». Il s'agit néanmoins d'une suspension et non d'une rupture brutale des relations commerciales établies telle qu'elle ressort de l'article L. 442-1 de code de commerce.

2-5 Mise en œuvre des mécanismes juridiques invocables en temps de crise

La mise en œuvre de la force majeure, de l'imprévision, de l'exception d'inexécution ou pour risque d'inexécution doit respecter, outre l'élection de domicile, les conditions de mise en demeure et la notification stipulée au contrat ou à défaut les procédures de droit commun telle la lettre recommandée avec AR, voire la notification par voie d'huissier ainsi que leurs adaptations liées aux nouvelles technologiques applicables en période de crise sanitaire.

TROISIEME PARTIE LES RECOMMANDATIONS DE LA COMMISSION QUANT AUX EFFETS DE LA CRISE SANITAIRE SUR LA RELATION COMMERCIALE ET LES CONTRATS EN COURS.

Les bonnes pratiques sont des règles de droit souple voulues et énoncées par les partenaires économiques en vue de faciliter la vie commerciale. Recommander des règles de bonnes pratiques dans une vision constructive de la vie commerciale est dans le rôle de la CEPC.

Dans le cas où les partenaires commerciaux souhaitent d'un commun accord mettre en œuvre des aménagements à leurs relations commerciales, la Commission encourage les discussions bilatérales des différents acteurs de la chaîne d'approvisionnement, dans le cadre de la gestion de la crise et de ses conséquences pendant et au moment de la sortie de crise.

La Commission formule trois types de recommandations :

Les unes concernent le domaine logistique, les autres, le domaine commercial, les dernières, le recours à la médiation.

3-1 Les recommandations en matière de logistique

Dans sa recommandation 19-1 portant sur les bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques, la Commission a estimé qu'au titre des circonstances pouvant être exonératoires de l'applicabilité des pénalités, figuraient les crises sanitaires : « *Certaines circonstances externes au fournisseur et au distributeur ne remplissant pas les conditions de la force majeure et perturbant les livraisons (par exemple, blocages de sites industriels ou d'entrepôts de stockage ou des axes de transport, pénurie avérée de matière première avec délai de prévenance, crise sanitaire, aléa climatique d'une ampleur exceptionnelle, etc.)* ; » (point 1. 3).

De multiples facteurs opérationnels et humains ont contraint l'ensemble des entreprises à fonctionner en mode dégradé pendant plusieurs semaines.

Dans ce contexte et en fonction des situations rencontrées lors de la crise sanitaire, la Commission recommande l'analyse proportionnée et la recherche avec discernement d'une solution amiable des dysfonctionnements liés à la crise sanitaire et des pénalités qui en découleraient conformément au point 1.3 de sa recommandation 19-1 précitée.

D'ailleurs, dans certains cas, les distributeurs ont suspendu de leur propre initiative l'application des pénalités dès le début du confinement, conscients du caractère particulier du mode de fonctionnement dégradé de la chaîne d'approvisionnement.

Le retour progressif à une situation normale d'approvisionnement passe par une reconstitution effective des stocks et par la remise en état de l'outil de production afin que les industriels retrouvent des taux de service normalisés.

Des solutions pouvant aller jusqu'à l'exonération des pénalités (pour produits manquants et retards de livraison) en fonction des situations sont recherchées amiablement, soit par des échanges directs, soit à défaut d'accord par le recours à une procédure de médiation (voir infra 3.3).

Ces solutions passent par le recensement et l'analyse des situations particulièrement impactées par la crise Covid, notamment du fait des difficultés persistantes d'approvisionnement, de conditionnement, d'utilisation des outils de production consécutives aux mesures gouvernementales d'état d'urgence sanitaire. Cette analyse s'appuie objectivement sur les données de marché. En fonction des évaluations individuelles, la Commission recommande de mettre en place un traitement pragmatique différencié dans le respect de la recommandation 19-1 relative aux pénalités logistiques.

La Commission encourage les partenaires commerciaux :

- à ne pas revenir sur la suspension des pénalités admise expressément depuis le début de la crise sanitaire et à constater leur annulation.
- à mettre en place le plus rapidement possible des démarches de progrès spécifiques à la sortie de crise, en prenant en considération les éléments conjoncturels et la situation des fournisseurs et des distributeurs au cas par cas.
- à s'accorder sur un suivi individualisé des taux de service, en accompagnant le retour à une situation normale d'aménagements prenant en compte d'éventuelles variations de volumes dans les commandes.
- à assurer une transparence de l'information sur les éventuelles difficultés à honorer les commandes en mettant en place un mécanisme d'alerte dans un délai préalablement déterminé entre les partenaires commerciaux. Si les fournisseurs ne sont pas en mesure de livrer les produits commandés, cette information permet aux distributeurs de trouver des solutions alternatives pour leurs approvisionnements et de limiter ainsi l'impact à l'égard des consommateurs.

3.2 Les recommandations en matière commerciale

Quelles que soient les circonstances, les conditions contractuelles de vente, et en particulier le prix convenu, ne doivent pas faire l'objet de modifications unilatérales et automatiques. La Commission encourage le dialogue d'une part et l'information préalable du partenaire commercial d'autre part sur les difficultés rencontrées en période de crise sanitaire.

Les parties, si elles le souhaitent, peuvent, au regard des effets de la crise sanitaire sur leur relation commerciale, procéder le cas échéant à une adaptation de certaines obligations pour l'avenir, dans le respect du principe de l'équilibre contractuel et de l'application éventuelle des mécanismes juridiques rappelés plus haut.

Chacun des acteurs de la chaîne d'approvisionnement a dû supporter un certain nombre de coûts supplémentaires, pour poursuivre ses activités depuis le début de la crise, comme par exemple le confinement ou la distanciation physique, l'équipement des salariés en moyens de protection, l'adaptation des lieux de production et de commercialisation... Néanmoins, ces éléments, qui n'ont pas été pris en compte lors de la négociation du prix convenu, ne peuvent être le seul motif qui puisse justifier

une renégociation du contrat en cours, sauf dans le cas où l'exécution du contrat deviendrait excessivement onéreuse pour l'une seule des parties. Dans ces hypothèses de coûts supplémentaires, les parties devraient pouvoir discuter de gré à gré, de bonne foi, pour permettre d'assurer la continuité de la relation contractuelle. A défaut, et sous réserve qu'ils soient applicables, les parties pourront faire usage des mécanismes juridiques rappelés plus haut.

La Commission constate que certaines initiatives ont déjà été mises en place d'un commun accord depuis la mi-mars 2020. En particulier, sans que cette liste soit exhaustive, ont pu être pratiqués au gré des relations commerciales l'anticipation des délais de paiement, la modification ou la modulation des assortiments et des gammes de produits, le report du lancement de nouveaux produits ou de certaines actions commerciales (NIP), l'adaptation des moyens de communication et supports des promotions, ou une réévaluation du chiffre d'affaires prévisionnel pour tenir compte des nouveaux comportements d'achat des consommateurs (à la baisse ou à la hausse).

La Commission encourage les initiatives et pratiques bilatérales d'adaptation juridique des conditions opérationnelles provisoires et exceptionnelles dans la mesure où elles permettent la reprise rapide du courant d'affaires. Elle préconise également que les parties évaluent le cas échéant la relation commerciale et contractuelle au regard des impacts de la crise, et envisagent des modalités d'adaptation si cela reflète l'intérêt commun des parties.

3.2.1 Le respect de l'intérêt général, de l'équité et du droit de la concurrence en matière d'approvisionnement

Le contexte de la crise sanitaire a contraint les entreprises du secteur à mettre en place des plans de continuité d'activité et à adopter, dès le début leur plan de production, des mesures visant à satisfaire l'ensemble des commandes des distributeurs. Les difficultés ont été d'autant plus importantes que tous les professionnels ont été confrontés, particulièrement au début de la période de confinement, à des comportements d'achat exceptionnels de la part des consommateurs.

Il est de bonne pratique que les fournisseurs usent le plus rapidement possible de cadences équitables de leurs livraisons à l'égard de tous leurs clients afin de satisfaire l'intérêt général du secteur d'activité et les attentes des consommateurs, dans le respect du droit de la concurrence.

3.2.2 Le retour à l'assortiment négocié pour l'exercice 2020

Le retour à la mise en place de l'intégralité de l'assortiment initial doit être la priorité des opérateurs. Les parties doivent définir les objectifs de présence en point de vente et les délais de mise en place. Par exception, des adaptations sont envisageables si certaines références ne peuvent être fabriquées pour des contraintes de production.

3.2.3 Le sort des innovations dont le lancement était prévu pour 2020

Le plan de lancement des innovations est appliqué. Quand cela n'est pas possible, en particulier au regard de la saisonnalité des produits et des opérations commerciales, il convient d'envisager les possibilités et les opportunités de lancements sur le second semestre.

3.2.4 L'adaptation du chiffre d'affaires prévisionnel

Selon les situations, il convient de procéder, sur des bases négociées et agréées par les parties, à une révision du chiffre d'affaires prévisionnel s'il a été affecté par la crise sanitaire afin notamment de répondre aux obligations posées en matière d'encadrement promotionnel en volumes (les opérations promotionnelles ne devant pas dépasser 25% des volumes exprimés en chiffre d'affaires annuel).

3.2.5 L'adaptation de l'exécution des services

Les conventions entre fournisseurs et distributeurs prévoient généralement la réalisation des services proposés par le distributeur et rémunérés par le fournisseur.

Lorsque ces services n'ont pas pu être réalisés en tout ou partie, une évaluation des modalités d'exécution ou d'adaptation des services est établie par les parties, afin par exemple de replanifier ou d'envisager des services alternatifs, d'un commun accord entre les parties, dans le respect de l'économie du contrat.

Le cas échéant, il est procédé au remboursement ou à des compensations.

3.2.6 L'adaptation du plan promotionnel

Le plan promotionnel, s'il est affecté par la crise sanitaire, est révisé et adapté au regard de la faisabilité des opérations sur le second semestre 2020. Les contrats de mandats sont également adaptés en conséquence.

3.3 Le recours à la médiation

De façon générale, la Commission recommande donc aux parties d'entrer en voie de négociation bilatérales pour adapter autant que de besoin les accords de 2020 aux conditions nées de la crise de la Covid 19 et de ses suites. La négociation constitue à ce titre une bonne pratique.

La Commission souligne que pour éviter le risque de contentieux ou, plus généralement, pour saisir les meilleures opportunités d'accord, il est opportun d'utiliser toutes les techniques de règlement amiable des litiges, notamment celle de la médiation.

La médiation est un procédé de négociation qui ne prive jamais les parties de leur pouvoir de décision sur l'issue de leur désaccord initial. Rien ne peut leur être imposé mais toutes les opportunités d'accord sont explorées dans la bonne foi pour ne pas enfermer la négociation dans des blocages irréductibles. Elle permet d'envisager toutes les options possibles pour construire un accord. S'agissant de relations

commerciales durables et répétées, la médiation permet aux parties de construire, d'un commun accord, les meilleures voies de coopération pour le futur tout en réglant leurs désaccords antérieurs.

Le contenu de la médiation est toujours secret et ne peut être révélé, même au juge. Tout au plus, le juge peut savoir s'il y a eu ou non une tentative de médiation mais nul ne peut révéler au juge les raisons de l'échec d'une médiation.

L'expérience démontre que les parties qui ont recours à la médiation comprennent très vite qu'elles ont tout intérêt à trouver ensemble les voies d'un accord en maîtrisant le domaine exact des droits auxquels elles renoncent dans la recherche d'un nouvel équilibre contractuel imposé par l'évolution des circonstances. En ce sens, l'accord de médiation construit de bonne foi de nouvelles pratiques contractuelles acceptées par les deux parties.

Pour être menée à bonne fin, la médiation suppose soit le report de toute action contentieuse durant son déroulement, soit la suspension de l'instance en cours. Une médiation engagée suspend les délais de prescription durant son déroulement et il appartient au médiateur de mettre fin à la médiation de sa propre autorité s'il perçoit que l'une des parties cherche à gagner du temps sans intention de trouver un accord. Chaque partie est toujours libre, de son côté, de mettre fin unilatéralement à une médiation en cours.

Le ou les médiateurs choisis d'un commun accord par les parties ou désignés par un juge peuvent être un particulier formé à cette activité, un médiateur officiel ou un médiateur présenté par des organisations professionnelles.

Délibéré et adopté par la Commission d'examen des pratiques commerciales en sa séance plénière du 6 juillet 2020, présidée par Monsieur Benoit POTTERIE assisté de Monsieur Daniel TRICOT

Fait à Paris, le 6 juillet 2020,

Le président de la Commission d'examen des pratiques commerciales

Benoit POTTERIE

Le vice-président de la Commission d'examen des pratiques commerciales

Daniel TRICOT