

## Paroles d'experts

// par

**Karine  
Riera-Thiebault**

Avocat - Lyon

**Luc-Marie  
Augagneur**

Avocat Associé - Lyon

## Relations fournisseurs - distributeurs un mois de décembre 2020 riche en nouveautés pour les praticiens

La loi 2020-1525 d'accélération et de simplification de l'action publique dite loi « ASAP » a ouvert le bal le 7 décembre 2020 en prévoyant plusieurs dispositions relatives aux relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs.

La Commission d'examen des pratiques commerciales (« CEPC ») a, quant à elle, publié :

- > Un guide des bonnes pratiques en matière de contrats portant sur des produits à marque de distributeur (« MDD »)<sup>1</sup>, qu'il s'agisse ou non de produits alimentaires ;
- > Un nouvel avis<sup>2</sup> portant sur l'applicabilité des articles L. 441-3 et L. 441-4 du code de commerce aux centrales d'achat et de référencement.

**Ces différents textes apportent des précisions utiles aux praticiens des conventions uniques qui doivent être signées avant le 28 février prochain.**

### La loi 2020-1525 dite loi ASAP

Ces dispositions sont d'application immédiate et concernent par conséquent les négociations des contrats pour 2021.

#### 1 - Prolongation de l'encadrement des promotions pour les denrées alimentaires jusqu'au 15 avril 2023

La loi reprend les dispositions de l'ordonnance abrogée n°2018-1128 du 18 décembre 2018, prise en application de loi Egalim de 2018 en les prolongeant jusqu'au 15 avril 2023.

Dès lors, le seuil de revente à perte reste relevé de 10% et les promotions restent encadrées en valeur (maximum de 34% du prix de vente) et en volume (25% du chiffre d'affaires prévisionnel fixé par la convention) pour les denrées alimentaires et les produits « pet food ».

#### 2 - Précisions complémentaires sur le formalisme applicable à la convention annuelle

La loi complète<sup>3</sup> les dispositions relatives à la convention annuelle en faisant obligation d'intégrer dans ladite convention, les rémunérations accordés en contrepartie de services rendus par une centrale étrangère (située hors France).

Seuls sont concernés les services « rattachables à des produits mis sur le marché dans une surface de vente du distributeur située en France ».

---

<sup>1</sup> Recommandation n° 20-2 du 17 décembre 2020 ;

<sup>2</sup> Avis n° 20-6 du 23 décembre 2020 ;

<sup>3</sup> Cf Article 138 (L.441-3 III du code de commerce).

// par

**Karine  
Riera-Thiebault**

Avocat - Lyon

**Luc-Marie  
Augagneur**

Avocat Associé - Lyon

---

<sup>4</sup> Nouvel article L442-1, I, 3° du code de commerce ;

<sup>5</sup> Cette interdiction est réintroduite après avoir été supprimée lors de la réforme de 2019 ;

<sup>6</sup> Recommandation n° 19-1 relative à un guide des bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques ;

<sup>7</sup> La CEPC rappelle que les produits MDD ont fait l'objet d'un précédent avis 18-9 relatif à la validité de la pratique consistant, pour le distributeur, à demander au fournisseur de lui communiquer des informations relatives aux coûts de revient des produits par postes et sous-postes, c'est-à-dire des informations susceptibles d'être protégées au titre du secret des affaires ;

<sup>8</sup> Cass com  
3 janvier 1995, 92.20.735 ;

<sup>9</sup> Exprimée dans sa note d'information n° 2014-149 du 22/10/2014 ;

<sup>10</sup> Selon la DGCCRF : « L'application ou non des dispositions de l'article L. 441-8 aux contrats MDD dépendra donc de la qualification juridique du contrat : contrat de vente ou contrat d'entreprise » en excluant du champ d'application de cet article les contrats d'entreprise.

### 3 - Réintroduction de l'interdiction d'imposer des pénalités disproportionnées, de déduire d'office ces pénalités du montant des factures du fournisseur, de refuser ou de retourner d'office des produits

La loi (ré) introduit deux nouvelles pratiques restrictives de concurrence<sup>4</sup> :

> Le fait d'imposer des pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels ;

> Le fait de procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur, les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant<sup>5</sup>.

Ces dispositions rendent d'autant plus prégnantes les recommandations de la CEPC en matière de pénalités logistiques<sup>6</sup>, insistant sur la nécessité de convenir d'un taux de service adapté aux échanges et de respecter une proportionnalité dans la relation.

La CEPC a, en effet, sur saisine du ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation et de la secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Economie et des Finances établi un guide des bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques, ces dernières étant trop souvent sources d'abus et de litiges.

---

### Recommandation 20-2 : guide des bonnes pratiques en matière de contrats portant sur des produits MDD

La CEPC propose aux opérateurs économiques un guide des bonnes pratiques afin d'encadrer les relations commerciales portant sur les produits MDD<sup>7</sup>. Ce guide se veut didactique et non exhaustif, laissant une large part à la liberté et l'initiative des parties.

#### 1 - Rappel de la définition du produit MDD et des exigences spécifiques relatives aux contrats portant sur des produits alimentaires MDD

La CEPC s'est d'abord attachée à rappeler la définition du produit MDD inscrite à l'article R. 412-47 du code de la consommation :

« Est considéré comme produit vendu sous marque de distributeur le produit dont les caractéristiques ont été définies par l'entreprise ou le groupe d'entreprise qui en assure la vente au détail et qui est le propriétaire de la marque sous laquelle il est vendu ».

À partir de cette définition, la CEPC exclut de la qualification de produits MDD les produits à marques dites « blanches », propriété du fournisseur.

#### 2 - Rappel de la qualification juridique des contrats portant sur les produits MDD

La CEPC rappelle qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>8</sup> que lorsque le produit est fabriqué à partir de spécifications techniques fournies par le donneur d'ordre sur du matériel et en partie grâce à des produits fournis par ce dernier, le contrat doit être qualifié de contrat d'entreprise et non de contrat de vente.

La conséquence est que, conformément à la position de la DGCCRF<sup>9</sup>, ces contrats sont exclus du champ d'application de l'article L 441-8 du code de commerce<sup>10</sup>.

// par

**Karine  
Riera-Thiebault**

Avocat - Lyon

**Luc-Marie  
Augagneur**

Avocat Associé - Lyon

---

<sup>11</sup> Pour les contrats d'une durée supérieure à 3 mois et pour certains produits alimentaires figurant sur une liste fixée par décret

Il est ici rappelé que les contrats portant sur les produits MDD alimentaires sont normalement soumis :

> Aux dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce exigeant la mention du prix ou des critères et modalités de détermination du prix d'achat des produits agricoles entrant dans la composition des produits ;

> Aux dispositions de l'article L 441-8 du même code<sup>11</sup> exigeant de prévoir une clause de renégociation du prix.

En d'autres termes, lorsque le contrat portant sur des produits MDD est un contrat d'entreprise, il n'aurait pas à contenir une clause de renégociation de prix mais demeure soumis aux obligations de l'article L 441-7 précité.

La CEPC estime qu'au regard des spécificités des produits MDD, le formalisme contractuel prévu aux articles L. 441-3 et L. 441-4 du code de commerce ne seraient pas « adapté ».

Toutefois, rien ne permet à ce jour d'exonérer de ce formalisme les contrats portants sur les produits MDD.

### 3 - Les recommandations de la CEPC en phase précontractuelle

La CEPC préconise de contracter des engagements de confidentialité couvrant les éléments échangés dans la phase précontractuelle.

Qu'il s'agisse d'une négociation de gré à gré ou d'un appel d'offres, la CEPC recommande tout d'abord au distributeur de définir ses besoins précis (commercial, marketing, qualité, juridique et logistique, objectif de durée, de volume, calendrier prévisionnel) par l'établissement d'un cahier des charges.

Quand il y a recours à l'appel d'offre, il est recommandé que le distributeur indique le plus clairement possible les critères de sélection du fabricant (segmentation, prix, qualité, RSE, etc.) et les différentes étapes de l'appel d'offre (délai pour examen de l'offre, résultat et mise en production).

La CEPC recommande ensuite au fabricant d'émettre en retour sa proposition en précisant bien ses contraintes de fabrication susceptibles d'avoir un impact sur l'exécution des cahiers des charges.

La CEPC préconise également pour le fabricant de fixer une durée et des conditions de validité de l'offre dans le cadre de l'appel d'offres et d'indiquer que son prix est lié aux prévisions de volumes.

En cas de tests sur les produits, la CEPC conseille :

- > De les protéger par des engagements réciproques de confidentialité,
- > De préciser qui en supportera le coût et ;
- > De garantir leur impartialité par le recours à des prestataires extérieurs indépendants.

### 4 - Les recommandations de la CEPC en phase contractuelle

#### La formalisation de l'accord des parties

La Commission rappelle la nécessité d'intégrer le cahier des charges et la réponse du fabricant dans le contrat.

Lorsque la proposition émane du distributeur, la Commission insiste sur la possibilité pour le fabricant de pouvoir la modifier même si cette trame est dématérialisée, afin que le contrat final résulte d'une réelle négociation.

// par

**Karine  
Riera-Thiebault**

Avocat - Lyon

**Luc-Marie  
Augagneur**

Avocat Associé - Lyon

---

<sup>12</sup> Cf article L 441-7  
du code de commerce ;

<sup>13</sup> Cf article L 443-4  
code de commerce  
+ lignes directrices sur les  
indicateurs Egalim publiées  
par la DGCCRF le 27 juillet 2020 ;

<sup>14</sup> Cf article L. 441-8  
du code de commerce ;

<sup>15</sup> Décret n° 2014-1196  
du 17 octobre 2014 relatif à la liste  
des produits mentionnée à l'article  
L. 441-8 du code de commerce :  
sont notamment concernés les  
produits suivants : préparations  
et produits à base de viande,  
transformation et conservation  
de poisson, produits laitiers et  
fromages, ovoproduits alimentaires  
issus de la première transformation  
des œufs, lait, céréales (orge, blé  
tendre, blé dur, maïs), oléagineux  
(colza, tournesol, soja, pois  
protéagineux).

### La durée du contrat

En raison des investissements et des développements (matériels et immatériels) nécessaire, la CEPC recommande plutôt la conclusion de contrats de moyen ou long terme.

### Les modalités de fixation, de variation et de révision du prix

La CEPC rappelle les exigences contenues dans le code de commerce pour certains produits MDD alimentaires, à savoir :

- > Mentionner le prix ou les critères et modalités de détermination du **prix d'achat des produits agricoles** entrant dans la composition de ces produits alimentaires<sup>12</sup> ;
- > Mentionner et expliciter la **prise en compte des indicateurs** de coûts de production de la matière première agricole dans la détermination du prix des produits alimentaires<sup>13</sup> ;
- > Mentionner la **clause de renégociation**<sup>14</sup> pour les produits qui y sont légalement soumis<sup>15</sup>.

La CEPC recommande également d'intégrer un mécanisme de révision du prix afin de prendre en compte les fluctuations des matières premières agricoles (via les indicateurs Egalim) et les autres composants de fabrication du produit (transport, énergie, main d'œuvre, matières sèches, emballages/contenants...) pour tenir compte de l'impact de ces fluctuations sur l'équilibre économique du contrat.

### Volumes

La Commission recommande aux opérateurs :

- > De prévoir contractuellement des modalités d'échanges d'informations (exemple état des ventes et des stocks) afin d'anticiper les variations de volume et de prévoir des délais de prévenance permettant au fabricant, d'anticiper, d'organiser et d'optimiser sa production et, le cas échéant, d'alerter le distributeur sur ses capacités de production ;
- > Une information par le distributeur des opérations promotionnelles envisagées susceptibles d'augmenter le volume à produire.

La Commission rappelle également les nouvelles dispositions issues de la loi ASAP précitée qui requière, pour les produits MDD alimentaires, **de contractualiser un volume prévisionnel**.

### La répartition des coûts : frais d'agence, coûts d'analyses, emballages...

La Commission recommande que les parties identifient et répartissent dans le contrat :

- > Les différents coûts liés au développement et à la fabrication du produit (prestations marketing, développement, qualité...);
- > Les coûts additionnels pouvant survenir en cours de contrat et les délais nécessaires (exemples : amélioration des recettes, refontes ou mises à jour des emballages...)

### Opérations commerciales ou promotionnelles

La CEPC rappelle (comme elle l'avait déjà indiqué dans son avis n° 17-3) que la commercialisation d'un produit MDD ne peut donner lieu à une facturation par le distributeur de prestations de services ayant pour objectif de développer la notoriété du produit (coopération commerciale) et que toute rémunération réclamée à ce titre sera considérée comme un avantage sans contrepartie sanctionné au visa du L. 442-1-I, 1° (nouveau) du code de commerce.

// par

**Karine  
Riera-Thiebault**

Avocat - Lyon

**Luc-Marie  
Augagneur**

Avocat Associé - Lyon

---

<sup>16</sup> Désormais obligatoire en vertu des dispositions de la loi ASAP ;

<sup>17</sup> « *qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.* »

### Contrat-date

Le contrat date est l'indication de durée pour laquelle un fournisseur garantit à son client distributeur le nombre de jours de consommation pour un produit à durée de vie limitée. Il correspond au délai entre la date de mise à disposition du produit auprès du distributeur et sa date limite ou sa date optimale de consommation (DLC ou DDM).

### Audits / Contrôles qualité

La Commission estime que les audits et contrôles doivent donner lieu à la prévenance du fournisseur et être régis par des engagements de confidentialité protégeant le savoir-faire de ce dernier.

### Propriété intellectuelle, communication d'informations et secret des affaires

Dans la mesure où, même s'agissant de produits MDD, certains éléments peuvent avoir été développés par le fabricant (ex : recette, le procédé de fabrication et savoir-faire), la Commission recommande la conclusion de clauses de confidentialité adaptées pour protéger les éléments immatériels de chaque partie.

Le fabricant est tenu de communiquer au distributeur les informations essentielles relatives au produit, permettant au distributeur de répondre à ses obligations légales (par exemple, respect de la traçabilité) mais pour celles protégées par le secret des affaires, la Commission préconise que le fabriquant puisse ne fournir qu'une attestation garantissant le respect du cahier des charges.

La Commission insiste sur le fait que les demandes de communication d'informations du distributeur doivent être légitimes, nécessaires, et proportionnées aux fins d'exécution de son activité, et ne doivent pas porter préjudice au fabricant.

### Pénalités et retraits - rappels

#### Pénalités

La Commission renvoie à sa Recommandation n° 19-1 relative à un guide des bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques pour les aspects liés aux pénalités logistiques<sup>16</sup>.

#### Retraits et rappels

La Commission recommande un échange contradictoire et argumenté concernant l'évènement générant le retrait ou le rappel.

#### Responsabilité / Garantie

La Commission recommande de préciser contractuellement le mode opératoire des éventuels appels en garantie ainsi que les modalités d'assurance du fabricant.

## 5 - La fin du contrat et le recours à la médiation

La CEPC rappelle que les dispositions de l'article L. 442-1 du code de commerce<sup>17</sup> relatives à l'obligation de respecter un préavis suffisant et recommande.

La CEPC précise, s'agissant des appels d'offre, que la mise en concurrence notifiée par écrit, constitue le point de départ du préavis à l'égard du fabricant de MDD que ce dernier soit sollicité ou non pour participer à l'appel d'offres.

La CEPC recommande de prévoir contractuellement le sort des stocks et emballages en fin de contrat. La Commission recommande le recours à la médiation pour éviter le contentieux.

// par

**Karine  
Riera-Thiebault**

Avocat - Lyon

**Luc-Marie  
Augagneur**

Avocat Associé - Lyon

## Avis n° 20-6 portant sur l'applicabilité des articles L. 441-3 et L. 441-4 du code de commerce

La Commission rappelle qu'une centrale d'achat, s'approvisionnant auprès de fournisseurs pour revendre à des distributeurs indépendants, est soumise au formalisme prescrit par le nouvel article L. 441-3 du code de commerce (et à celui de l'article L 441-4 le cas échéant en cas de produits de grande consommation) tant dans ses relations avec ses propres fournisseurs qu'avec ses clients qui achètent pour revendre.

Selon la CEPC, sa situation est analogue à celle des grossistes<sup>18</sup> également soumis au régime général du formalisme tel que prévu par l'article L. 441-3 du code de commerce.

Il n'y est fait exception que dans le cas où la relation d'approvisionnement est établie sur la seule base des conditions générales ou catégorielles de ses propres fournisseurs, ou de ses conditions générales ou catégorielles lorsqu'elle est fournisseur des distributeurs indépendants.

La CEPC<sup>19</sup> rappelle utilement que lorsqu'un groupement intervient en qualité de commissionnaire à l'achat, l'obligation de convention écrite est applicable à la relation entre le commissionnaire à l'achat et le fournisseur et ne s'impose pas aux relations entre le commissionnaire et son commettant qui sont régies par le contrat de commission.

---

<sup>18</sup> Sauf s'il s'agit d'entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail qui sont à ce titre soumis aux dispositions de l'article L 441-4 et non L 441-3 du code de commerce ;

<sup>19</sup> Avis n° 12-05.