

APPLICATION DES PENALITES DURANT LA PERIODE DE CRISE SANITAIRE COVID-19OI MISE A JOUR LE 19 MAI 2020

Les répercussions de l'épidémie du coronavirus pour les entreprises de l'agro-alimentaire et plus généralement pour l'ensemble de la filière et pour l'économie du pays sont nombreuses et significatives.

Nous notons tout d'abord leur impact sur l'organisation des entreprises alimentaires qui subissent un absentéisme important, des difficultés en termes d'approvisionnement, de production, de logistique et de transport, impliquant des contraintes de production et des retards de livraison.

Dans ce contexte, tout retard de livraison ou rupture d'approvisionnement qui pourrait résulter de ces circonstances exceptionnelles, ne devrait pas donner lieu à l'application de pénalités. En effet ces **circonstances échappent totalement au contrôle des entreprises** qui restent tributaires de la situation.

Nous disposons désormais d'une réglementation d'exception à ce sujet, l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020, modifiée par l'ordonnance 2020-427 du 15 avril 2020 puis par l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020. Nous vous présentons ci-après les dispositions de cette ordonnance et rappellerons les actions déjà entreprises par l'Ania à ce sujet.

Indépendamment de l'interprétation et de l'application de cette réglementation, la question de la légitimité des pénalités dans leur principe, leur montant et leurs conditions d'application demeure. Les partenaires commerciaux peuvent à ce titre se servir de la réglementation applicable, notamment relative au déséquilibre significatif, et des recommandations de la CEPC¹.

1. APPLICATION DES DISPOSITIONS DE L'ORDONNANCE 2020-306 DU 25 MARS 2020

L'ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 modifiée par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 puis par l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020 organise la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et prévoit la **suspension des clauses pénales et des clauses résolutoires et de déchéance permettant de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé** (voir article 4 de l'ordonnance, annexé à la présente note)².

¹ Notamment recommandation n° 19-1 de la CEPC relative à un guide des bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques

² A noter : La circulaire du 17 avril 2020 indique que les dispositions de l'article 4 de l'ordonnance 2020-306 pourraient être considérées comme une loi de police au sens de l'article 9 du Règlement n°593/2008 du 17 juin 2009, en ce qu'elle vise à assurer la sauvegarde de l'organisation économique du pays. Cela signifierait que les parties à un contrat ne pourraient faire obstacle à l'application de ces règles en choisissant de soumettre leur contrat à une loi étrangère. Cela nous semble discutable dès lors que la circulaire rappelle que « Les parties demeurent toutefois libres de décider de renoncer à se prévaloir de ce dispositif protecteur » et que « les parties sont libres d'écarter contractuellement l'application de ces dispositions ». Toutefois ces 2 éléments (Loi de police et possibilité de renoncer à la protection) ne sont pas totalement incompatibles.

Il est important de noter que la première ordonnance (25 mars) ne visait que les délais de livraison arrivant à échéance pendant la période protégée³. Désormais, la seconde ordonnance (15 avril) prévoit que sont également visées des livraisons qui auraient lieu après la période protégée dès lors que le délai entre la commande et la livraison a eu lieu en partie pendant la période protégée⁴.

✓ **La période concernée : à quelle date fixer la fin de la période protégée**

Les dispositions de l'ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 faisaient référence à une période comprise entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, tel que prévu par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020.

La loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 a prorogé l'état d'urgence jusqu'au 10 juillet 2020 inclus, ce qui a eu pour effet de proroger la période protégée jusqu'au 10 août. Toutefois, trois jours après, a été publiée l'ordonnance 2020-560 en date du 13 mai 2020 qui vient désormais fixer précisément la date d'achèvement de la période juridiquement protégée au 23 juin 2020 inclus.

La période protégée s'étend donc du 12 mars 2020 au 23 juin 2020 inclus (ci-après la « Période Protégée »).

✓ **Deux circulaires viennent préciser les conditions d'application de l'ordonnance 2020-306 :**

Le point 3 de la circulaire du 26 mars 2020 tente d'illustrer les règles applicables aux astreintes, clauses pénales, clauses résolutoires et clauses de déchéance et rappelle notamment que « *l'article 4 de l'ordonnance vise à tenir compte des **difficultés d'exécution résultant de l'état d'urgence sanitaire en paralysant, durant cette période, les astreintes prononcées par les juridictions ou les autorités administratives ainsi que les clauses contractuelles ayant pour objet de sanctionner l'inexécution du débiteur.*** » Cette circulaire a été complétée par une circulaire du 17 avril 2020 venant préciser les modifications apportées à ces règles par l'ordonnance du 15 avril 2020⁵.

✓ **Applications concrètes aux pénalités dans les relations fournisseurs - distributeurs**

Il convient d'envisager 3 hypothèses :

- L'obligation devait être exécutée avant le 12 mars (1) ;
- L'obligation devait être exécutée entre le 12 mars et le 23 juin (2) ;
- L'obligation doit être exécutée après le 23 juin (3).

Il convient de noter que nous ne traitons ici que des pénalités. L'ordonnance prévoit des dispositions liées aux clauses résolutoires en cas d'inexécution, aux clauses de déchéance, au renouvellement des contrats, etc.

Pour le calcul des délais ci-dessous si le délai est inférieur à un mois nous calculons par nombre de jours, si le délai est en revanche supérieur à un mois nous comptons en quantième, c'est-à-dire de mois à mois comme indiqué dans la circulaire.

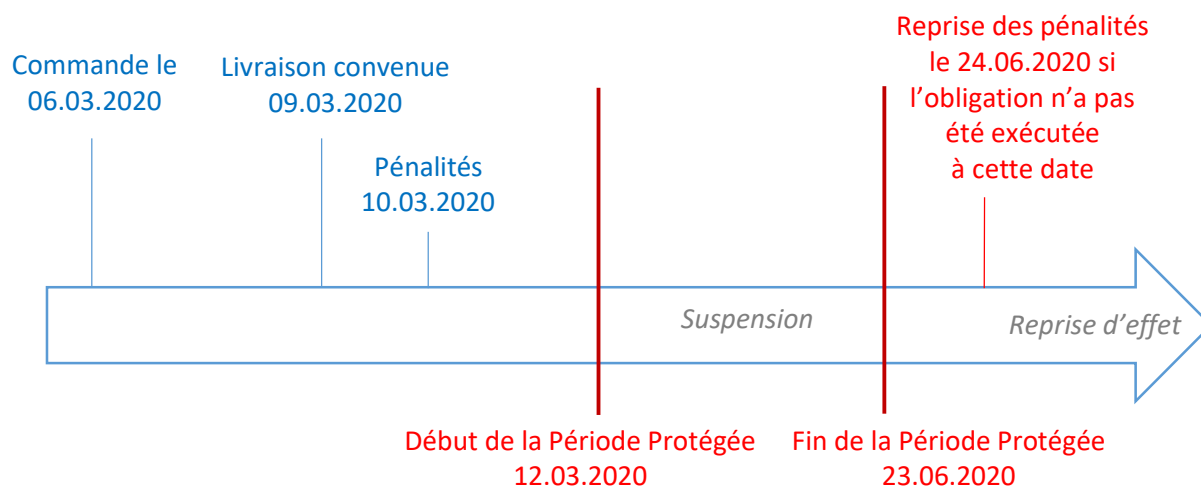
³ L'ordonnance vise le délai d'exécution de l'obligation qui correspond généralement à la livraison

⁴ L'ordonnance vise la date de naissance de l'obligation qui correspond généralement à la commande

⁵ Nous avons noté quelques incohérences dans la circulaire du 17 avril 2020 concernant les calculs. Nous allons interroger la chancellerie sur ce point. Il peut y avoir un doute pour le résultat des calculs à +/- 1 jour.

1. L'obligation devait être exécutée avant le 12 mars

En cas de retard de livraison, ou toute autre inexécution contractuelle⁶, pour laquelle une pénalité a commencé à courir avant le 12 mars, son cours est suspendu pendant la Période Protégée soit à partir du 12 mars et jusqu'au 23 juin. Elle reprendra effet dès le lendemain, soit le 24 juin⁷, si l'obligation n'a toujours pas été exécutée à cette date.



2. L'obligation doit être exécutée entre le 12 mars et le 23 juin

- **Pour une obligation née avant le 12 mars**

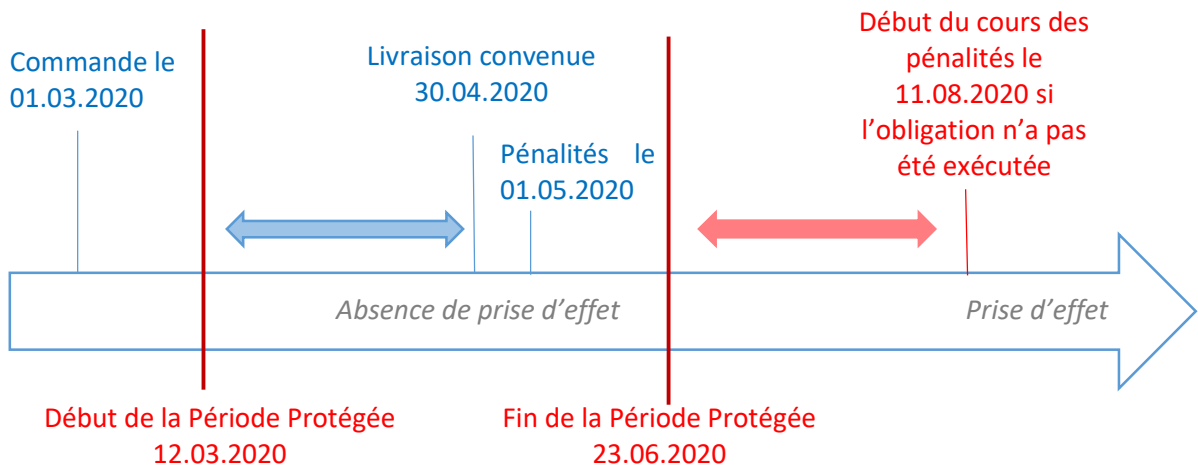
En cas de retard de livraison, ou toute autre inexécution contractuelle, dont le délai d'exécution expire pendant la Période Protégée, la pénalité ne prendra effet qu'à l'issue d'une période démarrant le 23 juin et égale au délai d'exécution contractuel initial.

Par exemple pour une commande passée le 1^{er} mars devant être livrée le 30 avril, et à défaut faisant courir des pénalités à partir du 1^{er} mai, l'obligation est née le 1^{er} mars, elle aurait dû être exécutée le 30 avril. En cas d'inexécution, les pénalités ne prennent pas effet le 1^{er} mai puisque nous sommes dans la Période Protégée, leur effet est donc reporté.

La date du report est calculée à partir du 23 juin (fin de la Période Protégée) et doit être d'une durée égale au temps écoulé entre le 12 mars et le 30 avril, soit 1 mois et 18 jours. Ce délai prend donc fin le 10 août et les pénalités produiront leurs effets le 11 août 2020 si l'obligation n'est toujours pas exécutée à cette date.

⁶ Par exemple : une obligation d'information

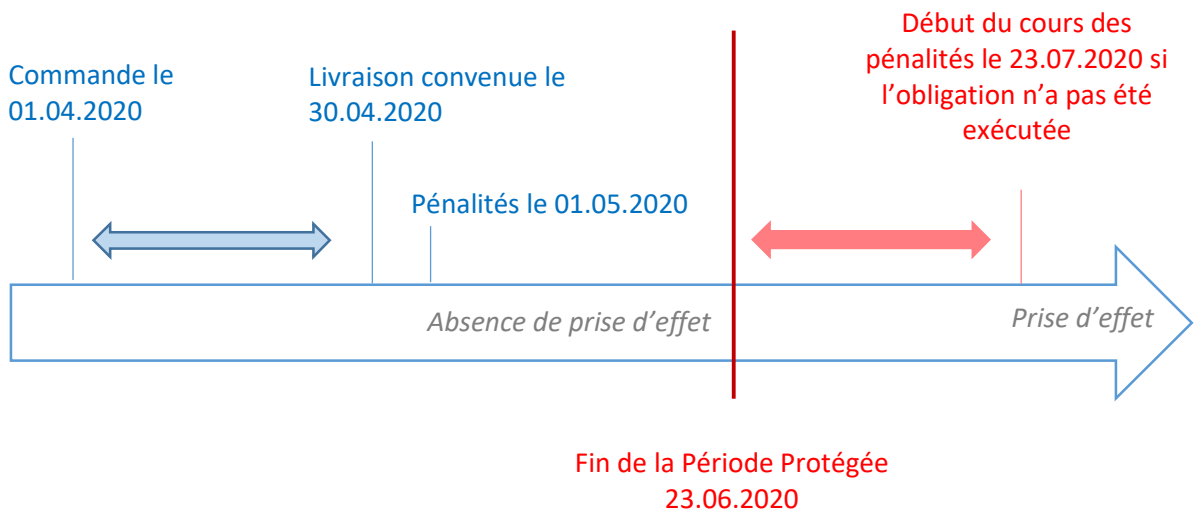
⁷ Nous avons calculé les délais comme retenu dans la circulaire du 17 avril 2020



- **Pour une obligation née après le 12 mars**

Si nous prenons l'exemple d'une commande passée le 1^{er} avril, au cours de la Période Protégée, devant être livrée le 30 avril et à défaut, faisant courir des pénalités à compter du 1^{er} mai. Le délai d'exécution de l'obligation expirant pendant la Période Protégée, les pénalités venant sanctionner cette inexécution ne prennent donc pas effet à la date initialement prévue.

Ce délai est reporté de 29 jours (égal au délai entre le 1^{er} et le 30 avril) à compter du 23 juin, il prend donc fin le 22 juillet et les pénalités commencent à courir le 23 juillet 2020.



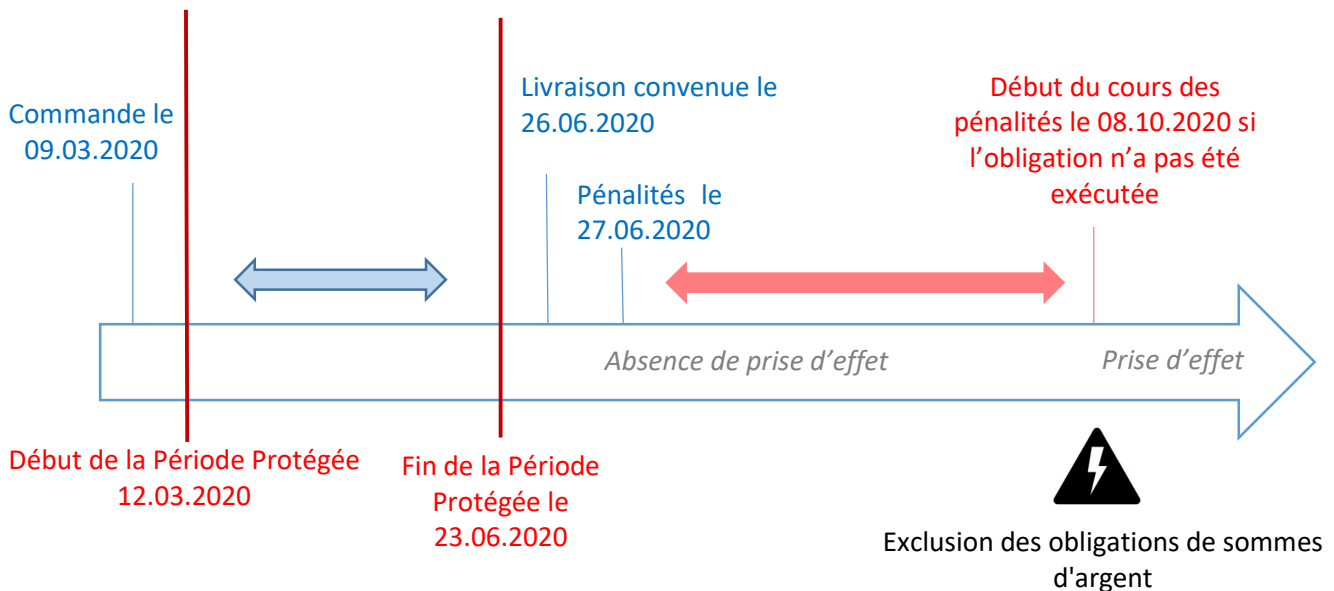
3. L'obligation doit être exécutée après le 23 juin

En cas de retard de livraison ou toute autre inexécution contractuelle, autre que le paiement d'une somme d'argent, qui aurait dû intervenir après le 23 juin, la clause pénale sanctionnant cette inexécution est également reportée dès lors que le délai entre la commande et la livraison a lieu en partie pendant la Période Protégée.

- **Pour une obligation née avant le 12 mars**

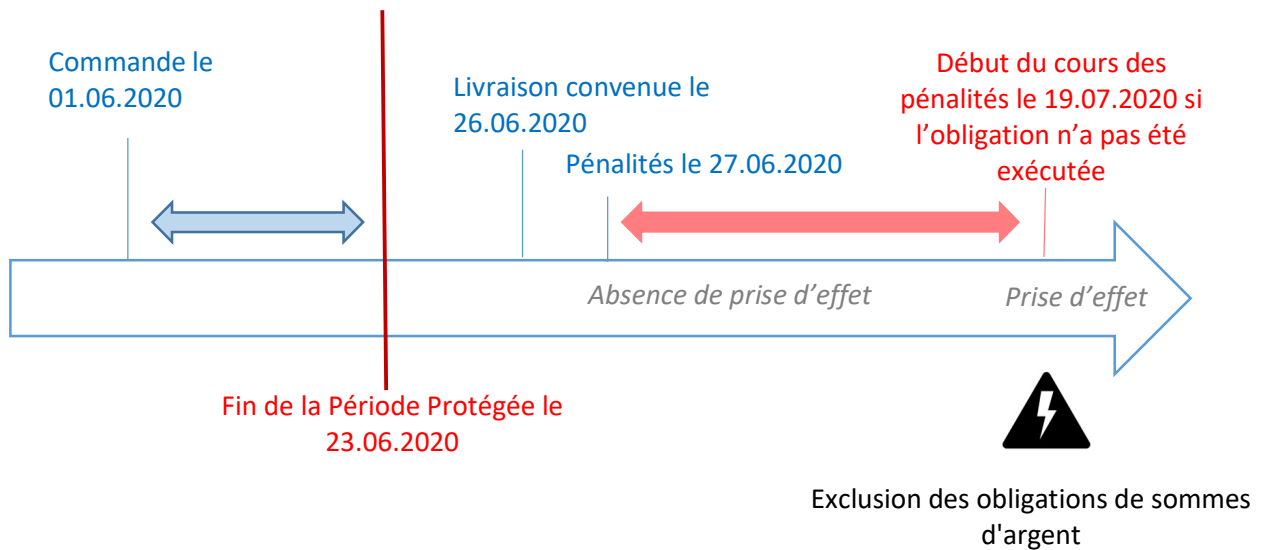
Par exemple pour une commande passée avant le 12 mars devant être livrée le 26 juin 2020, la clause pénale sanctionnant cette inexécution ne prendra effet qu'à une date reportée d'une durée égale à la Période Protégée c'est-à-dire 3 mois et 11 jours, à compter du 26 juin.

Le nouveau délai expire donc le 7 octobre 2020 et les pénalités ne commenceront à courir que le 8 octobre 2020, si le débiteur ne s'est toujours pas exécuté à cette date.



- **Pour une obligation née après le 12 mars et pendant la Période Protégée**

Pour le cas d'une commande passée le 1^{er} juin devant être livrée le 26 juin et faisant courir des pénalités à compter du 27 juin en cas d'inexécution, cette clause pénale ne prendra effet qu'à une date reportée de 22 jours (égal au nombre de jours entre le 1^{er} et le 23 juin) à compter du 26 juin. Le nouveau délai expire donc le 18 juillet et la clause pénale produira ses effets le 19 juillet 2020.



Il est à noter que l'ordonnance 2020-306 du 25 mars ne traite pas efficacement la question de **l'application de ces règles au taux de service qui est particulièrement complexe**. En effet, l'ordonnance n'a rien prévu à cet effet puisqu'elle vise des pénalités qui s'appliquent individuellement à chaque non-exécution alors que le taux de service prend en compte un ensemble de commandes et de livraisons.

En tout état de cause, il sera préférable de traiter cette question avec chaque client, sachant qu'en fonction des positions adoptées par les distributeurs, l'ANIA se réserve la possibilité de réagir.

✓ **Les pénalités logistiques sont-elles concernées par l'ordonnance 2020-306 ?**

Selon le Guide de bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques de la CEPC, les pénalités logistiques peuvent **constituer une peine (clause pénale)** libératoire ou non, **ou une réparation (dommages et intérêts)**, au choix des parties. Ainsi,

- Soit elles constituent des clauses pénales censées avoir un effet dissuasif pour prévenir de la mauvaise exécution, ou de l'inexécution, d'une obligation contractuelle ;
- Soit elles constituent des dommages et intérêts censés réparer un préjudice subi par le créancier de l'obligation, du fait de la défaillance du débiteur dans l'exécution du contrat.

Or l'article 4 de l'ordonnance n°2020-306 visé uniquement les clauses pénales.

Sans nier l'intérêt du débat sur la qualification des pénalités, et la question de savoir si elles constituent des clauses pénales ou pas, on peut considérer que cette disposition de suspension s'applique à toutes les pénalités logistiques et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord car le terme clause pénale n'est désormais plus visé par le Code civil (article 1231-5 du Code civil).

De plus, l'étude de la jurisprudence démontre que l'exclusion des pénalités du régime des clauses pénales est rare. Enfin, le gouvernement souhaitait selon nous viser tout type de clause contractuelle sanctionnant l'inexécution et donc tout type de pénalités logistiques.

D'ailleurs la circulaire d'application de l'ordonnance précise que : « *L'article 4 vise à tenir compte des difficultés d'exécution résultant de l'état d'urgence sanitaire en paralysant, durant cette période, les astreintes prononcées par les juridictions ou les autorités administratives ainsi que les clauses contractuelles ayant pour objet de sanctionner l'inexécution du débiteur* ».

- ⇒ Ainsi, en cas d'application de pénalités de la part des enseignes durant la période de crise sanitaire Covid-19, cette ordonnance pourra à notre sens être opposée, que les pénalités soient qualifiées de clauses pénales ou de clause de réparation du préjudice subi. Ceci pourra bien évidemment faire l'objet d'une contestation devant les tribunaux. Dans le cadre d'une telle contestation, il pourra également être soulevé que les pénalités pourraient être constitutives d'un déséquilibre significatif, ce qui pourrait entraîner des sanctions allant jusqu'à 5% du CA.

En conclusion, nous souhaitons vous rappeler que ceci constitue une interprétation à date des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020. L'ANIA a prévu de prendre contact avec l'administration afin d'obtenir des précisions sur l'application de ces règles.

Au regard de la complexité du texte, et sauf nouvelles dispositions prises, il nous paraît essentiel de pouvoir prendre contact avec les distributeurs pour établir ensemble un modus operandi de la gestion de ces pénalités. A défaut, nous risquons d'assister à une multiplication des contestations dont le coût de traitement risque d'être important. L'ANIA espère malgré tout que cette période entrainera un changement des mentalités sur cette question particulièrement épineuse des pénalités. C'est le travail que va faire l'ANIA dans le cadre du groupe de travail de la CEPC visant à définir des principes de bonnes pratiques devant prévaloir dans le cadre de l'application des accords avec la distribution, au regard de la crise actuelle.

2. ACTIONS ENTREPRISES PAR L'ANIA AVANT LA PUBLICATION DES ORDONNANCES

1. Courrier de l'ANIA aux enseignes : demande de non-application des pénalités logistiques imputables au coronavirus

Richard Girardot a adressé le 5 mars à tous les patrons des enseignes de la distribution (GMS) un courrier leur demandant de ne pas appliquer de pénalités logistiques pour des retards ou ruptures qui seraient imputables au coronavirus⁸.

Une copie de ces courriers a également été adressée aux ministres de l'Economie et de l'Agriculture, ainsi qu'à la DGCCRF.

- **Dominique Schelcher, PDG de Système U** avait répondu favorablement à ce courrier
- **Benoit Feytit, Directeur général de METRO France** s'est également engagé à suspendre toute pénalité logistique due à la crise actuelle.
- **Franck GERETZHUBER, Secrétaire général d'Auchan Retail France** a adressé le message suivant à l'ANIA concernant les pénalités logistiques : « *Responsable et solidaire, Auchan Retail France a décidé il y a 48 heures de suspendre les pénalités logistiques et de "débrancher" son portail prévu à cet effet. Dans le contexte que nous traversons, les consignes de l'entreprise peuvent rencontrer quelques difficultés d'application* ». **Dans un courrier reçu le 20/04, Ludovic Chatelais, Directeur Général de Cora France** a précisé que l'enseigne n'appliquera pas de pénalités aux fournisseurs en cas de retard ou manquement dans les livraisons (fait suite au courrier adressé par Richard Girardot le 17/04 en réaction à l'annonce de reprise des pénalités annoncée par Cora dans un courrier envoyé à ses fournisseurs le 16/04).

⁸ Voir courrier en Annexe 2

Les enseignes ont majoritairement affirmé lors des réunions de crises Covid-19 organisées par le Ministre de l'Economie qu'elles s'engageaient à ne pas appliquer de pénalités logistiques durant la période de crise sanitaire.

2. Règles issues de la recommandation N°19-1 relative à un groupe de bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques établi par la CEPC

Le Guide de bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques de la CEPC prévoit expressément que :

« **Peuvent également constituer des causes d'exonération des pénalités** : 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.) ».

Le cas de crise sanitaire est expressément visé par la CEPC. La CEPC devrait s'appuyer sur ces éléments dans le cadre de sa prochaine recommandation relative à la sortie de crise.

Par ailleurs, indépendamment de cette nouvelle recommandation et dès lors que les dispositions de l'ordonnance ne seront pas applicables pour des raisons de dates (difficultés existantes avant et après la Période protégée), les entreprises pourront s'appuyer sur la recommandation 19-1 pour tenter d'écarter l'application des pénalités.

Nous précisons que ce guide de bonnes pratiques consiste en une recommandation et n'a pas force de loi. Chaque entreprise est bien évidemment libre de choisir d'adopter sa propre stratégie. Cependant, dans la mesure où il a **vocation à rappeler les bonnes pratiques en la matière (et qu'il a été approuvé par les enseignes** de la distribution), ce guide pourra, en cas de litige ou de contrôle des autorités, permettre d'établir à contrario l'éventuel caractère abusif de la pénalité.

Si vos entreprises rencontrent des difficultés avec des enseignes concernant l'application des pénalités logistiques, merci de nous remonter les informations :

- Valérie Weil-Lancry, directrice juridique en charge des relations commerciales : vweil-lancry@ania.net
- Marie Buisson, responsable juridique : mbuisson@ania.net

Annexe 1

Ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 modifiée par l'ordonnance 2020-427 du 15 avril 2020

Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période

Article 4 - Modifié par Ordonnance n°2020-427 du 15 avril 2020 - art. 4

Les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au I de l'article 1er.

Si le débiteur n'a pas exécuté son obligation, la date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses produisent leurs effets est reportée d'une durée, calculée après la fin de cette période, égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la date à laquelle elle aurait dû être exécutée.

La date à laquelle ces astreintes prennent cours et ces clauses prennent effet, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation, autre que de sommes d'argent, dans un délai déterminé expirant après la période définie au I de l'article 1er, est reportée d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la fin de cette période.

Le cours des astreintes et l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 sont suspendus pendant la période définie au I de l'article 1er.

Annexe 2

**Courrier adressé aux enseignes de la distribution alimentaire le 5 mars 2020 par Richard Girardot –
Président de l'ANIA**

Objet : Conséquences du coronavirus – Covid 19 sur l'activité des entreprises de l'alimentaire

Les répercussions de l'épidémie du coronavirus seront importantes pour les entreprises de l'agro-alimentaire et plus généralement pour l'ensemble de la filière ainsi que pour l'économie de notre pays. Des conséquences sur l'organisation des entreprises alimentaires se font déjà sentir : retards, difficultés d'approvisionnement, notamment s'agissant des matières premières soumises à des campagnes... Il est à craindre que cette situation ne s'aggrave dans les jours ou les semaines à venir. De plus, nos adhérents nous informent que certaines enseignes augmentent sensiblement leurs commandes, ce qui pourrait générer des situations de rupture au cours mois à venir.

*Dans ce contexte, tout retard de livraison ou rupture d'approvisionnement qui pourrait résulter de ces circonstances exceptionnelles, ne devrait pas donner lieu à l'imputation de pénalités. En effet ces **circonstances échappent totalement au contrôle des entreprises** qui restent tributaires de la situation. Une telle situation peut relever de la **force majeure**.*

*En tout état de cause, nous vous rappelons que **la recommandation de la CEPC n°19-1** relative à un Guide des bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques, approuvé par toutes les enseignes, indique que : « peuvent également constituer des **causes d'exonération des pénalités certaines circonstances externes au fournisseur et au distributeur ne remplissant pas les conditions de la force majeure et perturbant les livraisons** (par exemple, pénurie avérée de matière première avec délai de prévenance, **crise sanitaire**, etc.) ... ».*

Votre enseigne étant certainement confrontée aux mêmes difficultés que celles de nos entreprises, il est important de pouvoir compter sur la responsabilité et la solidarité des différents acteurs de la filière dans ce contexte difficile et inédit.

Nous profitons de ce courrier pour vous garantir que les entreprises agro-alimentaires prennent toutes les précautions nécessaires pour garantir la sécurité totale des produits et le suivi des recommandations émanant des pouvoirs publics.

Nous vous remercions de bien vouloir transmettre le présent courrier à toutes les entités concernées, et nous tenons à la disposition de vos équipes afin d'envisager toute mesure à ce sujet.

Je vous prie d'agréer, l'expression de mes salutations distinguées