

**OBSERVATIONS DE L'AFEC SUR LA PROPOSITION DE LOI TENDANT A
RENFORCER L'EQUILIBRE DANS LES RELATIONS COMMERCIALES ENTRE
FOURNISSEURS ET DISTRIBUTEURS**

8 Mars 2023

L'Association française d'Etude de la Concurrence (AFEC) est une association indépendante créée en 1952. Elle regroupe des spécialistes du droit de la concurrence provenant de toutes les professions de ce secteur, professeurs de droit et d'économie, magistrats, membres de l'Administration (DGCCRF), membres de l'Autorité de la concurrence, avocats, juristes d'entreprise, représentants de syndicats professionnels, étudiants. L'AFEC est le Groupe Français de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence.

Dans le cadre de son objet, l'AFEC formule, grâce à la diversité de ses représentants, des observations techniques sur les projets de loi et projets de textes de toute nature qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence.

Un groupe de travail, composé de membres de l'AFEC¹, s'est réuni pour émettre des observations sur la proposition de loi tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs préalablement à son examen par la Commission Mixte Paritaire à partir du 8 mars 2023.

Introduction

Le 29 novembre dernier, Monsieur le député Frédéric Descrozaille a déposé une proposition de loi visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation et pour laquelle le Gouvernement a engagé une procédure accélérée. Adoptée en première lecture le 18 janvier 2023 par l'Assemblée nationale et le 15 février par le Sénat, la proposition va désormais être examinée par la Commission mixte paritaire à compter du 8 mars 2023.

La proposition de loi s'inscrit dans la lignée des lois dites EGAlim I et II afin de prolonger et compléter les dispositions normatives qu'elles contiennent.

L'AFEC, poursuivant sa mission d'amélioration du droit de la concurrence, rappelle ses précédents avis et recommandations dans lesquelles elle a régulièrement invité à une simplification et un allègement du droit des pratiques restrictives de concurrence comme la réforme d'avril 2019 l'avait initiée. La multiplication des réformes ultérieures pour protéger des intérêts sectoriels peut avoir des conséquences bien au-delà des problématiques identifiées, ce que l'AFEC regrette. L'objectif premier des opérateurs est de faire des affaires en s'inscrivant dans des relations commerciales long-terme qui supposent des règles simples à mettre en œuvre sans incertitudes quant à leur multiplication ou leur interprétation.

¹ Ce Groupe de travail était animé par Michel Ponsard (UGGC), Mathilde Boudou (JCCA) et Jean-Louis Fourgoux (Mermoz). Il comprenait Cynthia Picart, Mélanie Ravoisier-Ranson et Anne Schmitt (Cabinet Picart), Nizar Lajnef et Tanguy Houdusse (UGGC), Thibaut Marcerou (Osborne Clarke), Caroline Cazaux et Mathilde Bauwens (Bignon Lebray), Romain Maulin, Laetitia Gosselet et Claire Sicard (Maulin Avocats), , Nathalie Pétrignet et Elisabeth Flaicher Maneval (CMS Francis Levebvre), Olivier Leroy, Gaëlle Serrano et Elvire Mazet (CMS Francis Lefebvre Lyon), Pauline Dugros (Mermoz), Anne Rogez (Racine), Margaux Stoskopf et Clémentine Vannier (Magenta), Jean-Philippe Arroyo (JP Karsenty), Jérémy Bernard (Delcade), Virginie Bernard (Artlex), Julia Bombardier (Tactics), Stéphan Denoyes (Denoyes Avocat), Anne Granger (FLV & Associés), Sophie Lachaud (Prôreus), Enza Martins (JCCA), Delphine Glories et Marion Fegel.

L'AFEC souhaite toutefois soumettre à la Commission mixte paritaire certaines observations sur les dispositions prévues par la proposition soulevant des enjeux juridiques importants, notamment la consécration des dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce comme des dispositions d'ordre public (1), la prorogation du seuil de revente à perte majoré et l'extension des promotions aux produits de grande consommation (2), l'extension du champ d'application matériel du principe de non-discrimination (3), l'encadrement des relations en cas d'absence de signature de la convention à la date butoir du 1^{er} mars (4), le renforcement de l'encadrement des pénalités logistiques (5), la non-soumission des grossistes au régime des pénalités logistiques (6) ou encore l'obligation de fournir une deuxième attestation du tiers indépendant (7).

Les présentes observations portent uniquement sur l'état du texte soumis à la Commission mixte paritaire dans un but d'efficience de la contribution. Elles sont le fruit des échanges entre l'ensemble des membres du groupe de travail et ne reflètent pas nécessairement l'opinion individuelle de chaque membre de ce groupe de travail mais traduisent la synthèse qui a pu se dégager des travaux et l'opinion majoritaire des membres du groupe de travail.

1. La consécration des dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce en tant que dispositions d'ordre public (article 1)

La proposition de loi Decrozailles propose la création d'un nouvel article L. 443-9 dans le Code de commerce qui prévoirait l'application de la quasi-intégralité des dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce², dont serait consacré le caractère d'ordre public, à « *toute convention entre un fournisseur et un acheteur lorsque les produits ou services seront commercialisés sur le territoire français* ». Dans l'esprit du législateur, la clause désignant une loi étrangère comme étant applicable au contrat serait écartée au profit des dispositions d'ordre public françaises.

L'AFEC doit rappeler que les dispositions des chapitres I, II, et III, du titre IV du livre IV du code de commerce ont une portée qui dépasse de loin la grande distribution, la notion d'« acheteur » incluant d'autres opérateurs que les acteurs de la grande distribution (transformateurs, industriels, etc.). La création de cet article pourrait donc étendre de manière très large le champ d'application des règles applicables et notamment des sanctions administratives et civiles.

Le texte ouvre une brèche dans la mesure où, si les juridictions françaises avaient compétence exclusive, ce serait sous réserve du respect du droit de l'Union européenne, des autres traités internationaux, et de l'arbitrage (version votée par le Sénat). Cette réserve vise à la fois les textes européens applicables³ et la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE. L'AFEC s'interroge dès lors sur l'adéquation de ce nouvel article L.443-9 avec la jurisprudence de la CJUE Eurelec qui écarte les actions du ministre de l'Économie du champ d'application du règlement n°1215/2012 (CJUE, 8e ch., 22 déc. 2022, aff. C 98/22, Eurelec Trading SCRL). Par ailleurs, le texte ne semble pas limiter le choix dans les contrats internationaux d'une loi étrangère mais l'objectif, peut-être trop bref et général en ne distinguant pas les relations au sein de l'UE et celles avec des pays tiers, vise à ce que la loi étrangère éventuellement applicable, que ce soit au titre de la clause de choix de loi ou de la règle de conflit, soit automatiquement écartée.

C'est toute l'ambiguïté de la rédaction de ce texte.

² Comprenant les dispositions relatives à la transparence de la relation commerciale, les pratiques restrictives de concurrence et celles spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires

³ Notamment le règlement (UE) No 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

En effet, Monsieur le député Frédéric Descrozaille avait indiqué dans les propos introductifs de la proposition, vouloir « *confirmer le caractère de lois de police* » de ces dispositions, les érigeant ainsi en des dispositions impératives, quelle que soit la loi applicable à la convention. Pourtant, le texte ne reprend pas le terme de « *loi de police* », ni même d'« *ordre public international* »⁴ mais précise uniquement que les dispositions visées seraient « *d'ordre public* ». Cela est compréhensible dans la mesure où cette notion de droit international privé ne peut être édicté par un texte national, et qu'elle est appréciée ultimement par la Cour de Justice de l'Union Européenne dans les matières régies par le droit européen, au regard des critères stricts de cette notion posée par les textes européens⁵. A cet égard, les règlements européens prévoient une application restreinte et exceptionnelle des lois de police (article 9.1 du Règlement Rome I dans toutes les actions, y compris délictuelles). En outre, **l'ensemble des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce n'ont pas été qualifiées de loi de police par la jurisprudence**⁶. La qualification de loi de police se fait de toute manière disposition par disposition, voire alinéa par alinéa.

Les deux rapports de l'Assemblée et du Sénat justifiaient la qualification de loi de police par certaines décisions de la Cour de cassation (Cass. Com, 8 juillet 2020 n° 17-31.536 ; Cass. Civ. 1ère, 6 juillet 2016, n°15-21.811) et des juges du fond (T. com. Paris, 2 septembre 2019 n° 2017/050625 ; tribunal administratif de Paris, Eurelec Trading, 23 juin 2022, 2108979/2-1), qui reconnaissent le caractère de loi de police à certaines dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce. Néanmoins, selon le rapport du Sénat, la qualification de loi de police des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce a été cependant exclue en raison du risque de contrariété au droit européen au vu du nombre de dispositions concernés. La réserve du droit de l'Union est ainsi la bienvenue, mais les conséquences en termes de rédaction devraient être revues. De plus, l'exception accordée à l'arbitrage pourrait être contraire avec la compétence exclusive des juridictions françaises.

Le rattachement retenu pour appliquer la loi française, à savoir « *lorsque les produits ou services seront commercialisés sur le territoire français* », semble être très large et pourrait être en contradiction avec le champ d'application des textes européens qui privilégient le lieu d'établissement des parties⁷.

En somme, en l'état il est bien difficile de déterminer quels effets donneront les juridictions à cette nouvelle disposition, notamment les juridictions étrangères contractuellement désignées dans les contrats avec les opérateurs étrangers et ce, dans le cadre des règles de droit européen. L'efficacité de cette disposition sera relative, d'autant plus qu'à supposer que les dispositions soient qualifiées de lois

⁴ Alors qu'une disposition d'ordre public interne est l'ensemble des dispositions auxquelles il n'est pas possible de déroger par convention, les dispositions d'ordre public international s'appliquent en cas d'incompatibilité manifeste entre la loi étrangère et l'ordre public du for.

⁵ Selon la Cour de justice, une loi de police doit être qualifiée « sur la base d'une analyse circonstanciée des termes, de l'économie générale, des objectifs ainsi que du contexte de l'adoption de cette disposition » démontrant ainsi « qu'elle revêt une importance telle dans l'ordre juridique national qu'elle justifie de s'écarter de la loi applicable » (CJUE, 31 janvier 2019, C-149/18). Plusieurs textes de droit français se qualifient implicitement ou expressément de lois de police (L.711-2 du code de la consommation ; L.311-15 et L.311-23 du code des assurances ; L. 613-45-1 et L. 613-50-4 du code monétaire et financier). Toutefois, la qualification de loi de police est contrôlée et doit être confirmée par les tribunaux (par exemple, sur le cautionnement : Cass. Civ. 1ère, 16 septembre 2015, n°14-10.373).

⁶ En matière de rupture brutale, la Cour de cassation ne s'est toujours pas prononcée sur cette question, alors que les différentes chambres de la Cour d'appel de Paris concluent de manière contradictoire (CA Paris, pôle 5, chambre 4, 9 janvier 2019, n° 18/09522 (oui), CA Paris, pôle 5, chambre 5, 11 mars 2021, n° 18/03112 (non) ou encore CA, chambre internationale, 3 juin 2020, *Sodmilab c/ Waters*, RG n° 19/03758 (non)).

⁷ Règlement n° 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne ou encore Directive n°2019/633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire

de police, le règlement Rome I est en retrait sur l'application des lois de police étrangères par rapport à la Convention de Rome.

2. La prorogation de l'expérimentation du seuil de revente à perte + 10 et l'extension de l'encadrement des promotions aux PGC (article 2)

a) Prorogation des dispositions relatives au relèvement du seuil de revente à perte

La majoration de 10 % du seuil de revente à perte pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie avait pour but de favoriser la chaîne de production en amont (agriculteurs compris) en sécurisant leur marge et en induisant une augmentation des prix de revente aux consommateurs.

Le texte initial envisageait la pérennisation pure et simple de l'article 125 de la loi ASAP. A l'inverse le Sénat avait envisagé, en Commission, de suspendre l'application du SRP+10 « *jusqu'au 1er janvier 2025, compte tenu de son inefficacité avérée en matière de revalorisation du revenu agricole et de son effet inflationniste* »⁸. Dans sa version adoptée, le Sénat a finalement voté une prorogation de cette mesure jusqu'en 2025 et 2026. Les effets constatés du SRP+10 sont, de l'aveu du Parlement, plus psychologiques pour les négociations des fournisseurs que réellement concrets pour les agriculteurs et le consommateur final. Le ruissellement de la « marge imposée » nouvellement créée semble ne pas avoir eu lieu pour les agriculteurs, alors que l'inflation conjoncturelle des produits alimentaires aggrave la hausse des prix ressentis par les consommateurs.

Au regard de l'absence d'effets positifs constatés de l'application de ce dispositif, le seul fait que celui-ci aurait été neutralisé par la conjoncture économique actuelle (Covid puis guerre en Ukraine) nous semble insuffisant à justifier la poursuite de l'expérimentation du SRP+10 et encore moins sa pérennisation.

En cas de maintien du dispositif, il apparaît souhaitable pour l'AFEC que l'Autorité de la concurrence soit saisie à titre consultatif. Il sera rappelé que celle-ci avait déjà été consultée sur ce texte en 2018 et avait émis un avis très réservé en soulignant notamment les effets inflationnistes résultant du dispositif en question.

b) Extension de l'encadrement des promotions aux PGC

L'encadrement des promotions en valeur et en volume avait pour objectif de lutter contre la déflation des prix des produits agricoles revendiquée par les fournisseurs, dont certains sont vendus à perte comme « *produits d'appels* » en grande surface, et de résoudre les problématiques de gaspillage alimentaire et de complexité de l'information du juste prix que ces pratiques induisent. Les articles 2 et 2 ter B (nouveau) présentés devant la Commission mixte paritaire tels qu'adoptés par le Sénat le 15 février 2023 visent à étendre l'encadrement des promotions aux produits de grande consommation (« **PGC** ») et à prolonger ce dispositif expérimental jusqu'au 15 avril 2026. Dans le cadre des débats devant le Sénat, l'extension aux PGC a été justifiée par le fait que l'encadrement des promotions sur les produits alimentaires avait conduit à un report des promotions vers les produits non-alimentaires, entraînant des effets de bords sur les emplois, les investissements et les innovations en France.

Alors que l'objectif annoncé semble légitime, l'AFEC entend apporter les observations suivantes :

⁸ Rapport de la Commission du Sénat, amendement COM-40. En effet, l'ensemble des rapports gouvernementaux et parlementaires indiquent que le SRP+10 n'a pas atteint ses objectifs.

- l'encadrement des promotions, initialement considéré comme un outil participant à la rémunération plus équitable des producteurs de produits alimentaires, tend désormais à devenir un outil de régulation au soutien des produits ou des secteurs souffrant de déflation ou de crise temporaire,
- la généralisation et/ou l'utilisation épisodique de l'encadrement des promotions pourrait porter atteinte à la liberté contractuelle des parties contractantes et renforcer l'absence de sécurité juridique pourtant attendue par l'ensemble des acteurs,
- l'élargissement aux PGC, justifié par le report des promotions principalement vers les produits de droguerie, parfumerie et hygiène pourrait conduire à des effets de bord néfastes sur d'autres produits entrant dans la catégorie des PGC fixée par décret,
- les objectifs poursuivis pourraient être atteints par la mise en œuvre de l'article L.442-1 du Code de commerce sur les pratiques restrictives de concurrence,
- l'élargissement de l'encadrement des promotions pourrait enfin créer davantage de tensions lors des négociations annuelles sur les produits n'entrant pas dans le dispositif.

Par ailleurs, l'AFEC rappelle que l'Autorité de la concurrence, dans son avis n°18-A-14 du 23 novembre 2018 relatif au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires, avait émis un avis très réservé sur le dispositif d'encadrement des promotions en valeur, et défavorable s'agissant de l'encadrement des promotions en volumes, notamment en raison de la possible distorsion de concurrence au détriment des fournisseurs de petite taille.

Eu égard aux observations ci-dessus, l'AFEC recommande que l'encadrement des promotions soit toujours considéré comme un dispositif expérimental et, à ce titre, encadré dans le temps. En outre, il nous paraît également souhaitable que l'Autorité de la concurrence soit saisie à titre consultatif, préalablement à toute extension de l'encadrement des promotions aux PGC. Dans l'hypothèse où le rehaussement du SRP ne serait pas reconduit, le maintien de l'encadrement des promotions (ainsi que le cas échéant son élargissement aux PGC) ne saurait être justifié.

3. L'extension du champ d'application matériel du principe de non-discrimination à tous les produits (article 2 bis B)

L'article 2 bis B de la proposition de loi dans sa dernière version étend à tous les acteurs économiques l'exigence du respect du principe de non-discrimination, déjà réintroduit pour les seuls produits alimentaires par la loi EGAlim II.

Cette interdiction générale de non-discrimination existait avant 2008.

Cependant, le législateur ayant constaté les effets pervers d'une telle disposition qui figeait les marges et négociations entre opérateurs⁹, la loi LME avait abrogé l'interdiction *per se* de discrimination et

⁹ Plusieurs rapports (Attali, Canivet et Hagelsteen) rendus entre 2004 et 2008 constataient les effets pervers de l'interdiction *per se* de la discrimination. En effet, une telle interdiction de principe a pour conséquence de dissuader les industriels de s'engager dans une différenciation de leurs tarifs ou de leurs conditions de vente et de limiter la négociation commerciale en favorisant le développement des marges-arrières. En outre, cette interdiction, se cumulant à l'époque avec la fixation du seuil de revente à perte au prix figurant sur la facture, a engendré alors une transparence des prix convenus entre les fournisseurs et les distributeurs. Ainsi, il était constaté que cette interdiction réduisait la concurrence entre les distributeurs dès lors qu'ils avaient la certitude du prix d'achat de leurs concurrents et favorisait la hausse des prix. En outre, elle facilite la maîtrise du prix de revente au

affirmé le principe de la libre négociabilité pour favoriser la baisse des prix de vente aux consommateurs. La LME avait encadré les conditions de la négociation du contrat à partir des conditions générales de vente et dans la limite de l'interdiction des pratiques restrictives et des pratiques anticoncurrentielles.

C'est afin de tenir compte de ce nouveau contexte légal de disparition de l'interdiction de discriminer, que le législateur a en particulier créé l'interdiction du déséquilibre significatif (actuel article L. 442-1.1 2° du Code de commerce).

Par la suite, la loi EGAlim II, sans remettre en cause la liberté de négociation du prix, a réintroduit un principe de non-discrimination pour les seuls produits alimentaires. L'objectif était de répondre à la demande des fournisseurs souhaitant limiter les baisses de prix résultant de la négociation des tarifs, afin de protéger le revenu des agriculteurs.

L'article 2 bis B aboutit à la reprise du texte tel qu'il existait avant 2008 alors même que les raisons justifiant sa disparition existent toujours. Cette interdiction générale risque, comme avant 2008, d'avoir un effet inflationniste pour le consommateur, sans pour autant qu'un effet bénéfique pour les fournisseurs et les agriculteurs soit assuré. Cette disposition risque de créer une plus grande rigidité des négociations commerciales et de leurs formalisations tout en faisant double emploi avec la prohibition des pratiques restrictives de concurrence adoptées depuis 2008 du fait de la suppression de cette interdiction¹⁰.

Cette interdiction générale va imposer aux opérateurs l'expression d'une contrepartie pour toute dérogation aux CGV, que cette dérogation résulte de la politique commerciale du fournisseur ou du distributeur. Or, cette situation va s'appliquer à tous les secteurs d'activité, et ce quelle que soit la taille des entreprises (ETI et PME incluses)¹¹.

Elle va dès lors créer une insécurité juridique en laissant à l'appréciation du juge et de l'Administration l'existence ou non d'une discrimination illicite. Ainsi cet ajout va avoir des conséquences pratiques pour les fournisseurs et les distributeurs, mais aussi pour l'ensemble des producteurs, distributeurs et prestataires de services.

Si les plus grandes entreprises tant du côté des fournisseurs que des distributeurs peuvent probablement supporter un tel risque et le prévenir par le recours à des conseils spécialisés, les entreprises moins structurées risquent d'être paralysées dans leur négociation du fait de cette contrainte.

consommateur par les fournisseurs (voir par exemple Déc. 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets).

¹⁰ En effet, le maintien des interdictions qui avaient été adoptées alors pour contrebalancer la suppression de l'interdiction de la discrimination (déséquilibre significatif) et qui ont été renforcées depuis lors (extension de l'application de l'interdiction de l'avantage sans contrepartie, article L. 442-1 I 1° du Code de commerce notamment) alourdissent encore le processus de négociation.

¹¹ L'interdiction de la discrimination n'interdit que le traitement différencié d'une situation identique (CA Paris 1er mars 1983 JCP 1984 II 20314, par exemple). En effet, la jurisprudence rappelle régulièrement que le principe de la liberté contractuelle exclue une interdiction de la discrimination s'appliquant à des situations différentes (par exemple CA Paris, 12 décembre 2018, n°16-19853 ; CA Aix-en-Provence, 13 décembre 2018, n°16-04107 ; Com. 4 sept. 2018 n° 17-17891 et CA, Paris, Pôle 5, chambre 7, 4 juin 2020, n° 19/10672.). Elle impose donc de justifier des différences de traitement

L'AFEC rappelle qu'en toute hypothèse, la suppression de l'interdiction *per se* au titre des pratiques restrictives n'avait pas écarté toute prohibition des discriminations dès lors que celles-ci restaient soumises à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles (art. L 420-1 du Code de commerce – voir par exemple la décision n° 21-D-30 du 28 décembre 2021 ; L. 420-2 du même code - voir par exemple la décision n° 22-D-26 du 22 décembre 2022) et pouvaient être appréhendées au titre des pratiques restrictives sur le fondement de l'interdiction des avantages sans contreparties (art. L.442-1 I 1°) et du déséquilibre significatif (art. L.442-1 I 2°).

Son utilité semble donc limitée.

Cette interdiction de la discrimination risque donc d'avoir de nombreux effets pervers, spécialement en période d'inflation, alors même que son efficacité au regard des objectifs fixés n'est pas avérée compte tenu de l'expérience passée et alors que les dispositions existantes tant au titre des pratiques restrictives que des pratiques anticoncurrentielles permettent d'en appréhender les dérives.

L'AFEC émet donc des réserves concernant les dispositions de l'article 2 bis B et leurs effets néfastes pour le consommateur mais également pour la relation fournisseur/distributeur. Elle souligne que ce texte s'appliquerait à tous les acteurs de l'économie. Certains membres du groupe de travail estiment, sur cette base, que cette disposition devrait être supprimée du texte définitif.

4. L'encadrement de la relation commerciale à défaut de signature de la convention au 1^{er} mars (article 3)

L'objectif de l'article 3 de la proposition de loi Descrozaile est de poser le problème des modalités d'exécution de la relation commerciale entre industriels et distributeurs, en l'absence d'accord au 1^{er} mars. En effet, aujourd'hui il existe un flou juridique sur la situation post 1^{er} mars, à défaut d'accord sur les conditions commerciales applicables. La question des conditions commerciales applicables en l'absence d'accord au 1^{er} mars fait l'objet d'une appréciation au cas par cas par les parties, en fonction des stipulations de leurs conventions.

Certains industriels redoutent d'être contraints, en l'absence d'un nouvel accord, de maintenir le prix convenu au titre de la convention récapitulative antérieure. De la même façon les distributeurs peuvent légitimement refuser les demandes de hausse de prix sans lien réel avec les évolutions des coûts et ne pas devoir être contraints d'appliquer ces demandes non agréées. En présence d'une forte inflation, cette problématique du prix applicable à la convention tant pour les fournisseurs que les distributeurs est légitime.

Nous observons qu'un arrêt récent (Cass. Com. 7 déc. 2022, Concurrence c/ Samsung Electronics France, Pourvoi n° R 19-22.538) dispose : « *Lorsque les conditions de la relation commerciale établie entre les parties font l'objet d'une négociation annuelle, ne constituent pas une rupture brutale de cette relation les modifications apportées durant l'exécution du préavis qui ne sont pas substantielles au point de porter atteinte à l'effectivité de ce dernier.* »

L'article 3 tente d'apporter une solution à défaut d'accord au 1^{er} mars. Cependant, les dispositifs proposés tant par l'Assemblée nationale que par le Sénat partent du principe que, à défaut d'accord au 1^{er} mars, il y aura une rupture de la relation. Cela peut ne pas refléter la volonté des parties qui peuvent souhaiter le maintien de leur courant d'affaires en attendant de trouver un accord entre elles sur des bases économiquement acceptables.

En outre, ce texte a vocation à s'appliquer à toute relation de distribution, c'est-à-dire au-delà des seules relations fournisseurs/distributeurs GMS, à tous les secteurs et types d'activités.

a) Le régime proposé par la Petite loi issue des débats devant l'Assemblée nationale

Le dispositif proposé par l'Assemblée nationale prévoyait la faculté pour chacune des parties, de rompre la relation commerciale établie en l'absence d'accord au 1er mars ou au 1er avril suivant au terme d'une éventuelle médiation. L'effet induit par ce dispositif tient donc à l'exclusion du régime de la rupture brutale des relations commerciales établies, dès lors que cette rupture est consécutive à l'absence d'accord au 1er mars (ou tempérament au 1er avril).

Le dispositif proposé vise d'abord à libérer les industriels de leur éventuelle obligation de respecter un préavis d'une durée raisonnable moyennant l'application du prix convenu au titre de l'accord annuel précédent. Ce dispositif répond ainsi à l'objectif initialement fixé par la PPL, en l'occurrence préserver les intérêts des industriels.

Ainsi, la Petite loi issue des débats devant l'Assemblée nationale illustre un parti pris, à savoir un dispositif renforçant le pouvoir de négociation de quelques industriels détenteurs d'une marque ou d'une gamme forte, dont le distributeur peut difficilement se passer. Dans ce cas, le distributeur sera enclin à trouver un accord avec l'industriel, pour éviter de subir une rupture des livraisons pour les commandes passées dès le 2 mars.

Cette exclusion n'est cependant pas sans soulever quelques interrogations, notamment au regard de la position et des intérêts des PME/ETI, lesquelles ne disposent pas nécessairement d'une marque ou d'une gamme suffisamment incontournable pour le distributeur. Les produits des PME/ETI pourraient être évincés au profit de ceux des grands industriels. . Pour ce segment d'industriels, ce dispositif paraît en rupture avec la construction législative et jurisprudentielle depuis plus de 25 ans sur la rupture des relations commerciales établies.

b) Le régime proposé par la Petite loi issue des débats devant le Sénat

Le dispositif voté par le Sénat diverge radicalement du texte qui était initialement présenté. Il porte d'abord l'idée que la relation commerciale établie ne peut être fragilisée, y compris en l'absence d'accord au 1er mars ou au 1er avril au terme de l'éventuelle procédure de médiation. Il porte ensuite une proposition susceptible de conduire les parties ou à défaut le juge, à trancher sur le prix applicable pendant le préavis. Encore une fois, ce dispositif part du principe qu'il y aura une rupture.

Le Sénat propose ainsi qu'en cas d'absence d'accord au 1er mars entre un fournisseur et un distributeur, le préavis de rupture tienne compte des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties. Ces conditions peuvent recouvrir, sans que cette liste ne soit exhaustive, l'augmentation du coût des différents intrants subie par le fournisseur, le degré de dépendance économique, ou encore la hausse moyenne de tarif acceptée par les distributeurs concurrents qui ont, eux, signé un accord au 1er mars. Ce faisant, le prix convenu durant un préavis de rupture ne pourra plus correspondre à la simple poursuite des conditions antérieures du contrat.

Cet amendement définit ensuite la procédure applicable en cas de litige sur les conditions du préavis :

- Tout litige doit d'abord être porté devant la médiation des relations commerciales agricoles, pour une durée maximale d'un mois (si les parties trouvent un accord en médiation, le prix alors

convenu s'applique rétroactivement aux commandes passées par le distributeur depuis le 1er mars) ;

- Si les parties ne trouvent pas d'accord sous l'égide du médiateur, ce dernier est alors chargé de formuler des recommandations qui comportent une proposition de règlement du litige. Cette proposition tiendra notamment compte des conditions économiques du marché. Toute partie au litige pourra alors saisir le juge selon une procédure accélérée au fond. Surtout, cet amendement précise que le juge tient compte de la proposition de règlement du litige formulée par le médiateur.

Dès lors, en cas d'échec des négociations, la possibilité pour le médiateur d'obtenir la communication des conventions écrites conclues entre « *le fournisseur et le ou les distributeurs* » afin de tenir compte des prix convenus pour formuler une proposition de règlement du litige porte en germe (i) un risque d'une atteinte aux secrets d'affaires (ii) et un alignement tarifaire « *institutionnalisé* » (d'autant plus que, pour être pertinente, la recommandation du médiateur devra s'appuyer sur des conventions conclues dans le cadre d'une relation commerciale « *similaire* » en terme de volumes, rapport de force des parties, produits concernés...).

De plus, la proposition du Sénat contient un angle mort : en cas d'échec des négociations sous l'égide du médiateur, que les parties s'engagent ou non dans un contentieux, il n'est pas mentionné à quelles conditions de prix s'effectuera le préavis (si le fournisseur n'est pas tout simplement déréféré), aux conditions N-1 ou en application de L 442-1, II du Code de commerce.

Sur ce point, dans ses recommandations de juin 2022 pour les négociations commerciales 2023, Thierry Dahan, médiateur des relations commerciales agricoles, suggérait que « *les parties prenantes reconnaissent que le maintien du tarif de l'année précédente n'est pas équitable en période d'inflation, et qu'il est a minima nécessaire de prendre en compte la variation des coûts de MPA, désormais rendue obligatoire par la loi Egalim 2* »¹².

Ainsi, de ce dispositif, il ressort que :

- L'obligation de respecter un préavis d'une durée raisonnable est préservée en l'absence d'accord au 1er mars ;
- Une médiation pourrait rapprocher les parties dans le mois suivant le 1er mars, et à défaut d'accord, le médiateur formulera des propositions de règlement, à savoir notamment le prix qui pourrait être appliqué pendant le préavis de rupture ; et
- A défaut d'accord sous l'égide du médiateur, un juge serait saisi en procédure accélérée au fond, pour fixer les modalités du préavis, notamment le prix applicable, en tenant compte de la proposition formulée par le médiateur.

Cet autre dispositif évite la précarité susceptible de résulter du texte issu de l'Assemblée nationale. Toutefois, il a pour limite forte la détermination du prix applicable pendant le préavis. Les modalités visées par le texte ne sauraient suffire, et le recours au juge pour fixer le prix sur lequel les parties n'ont pas trouvé d'accord, nous paraît bien inopérant en pratique (le juge n'a pas vocation à définir un prix), outre les délais pour obtenir une telle décision. En outre, le texte ne couvre pas l'hypothèse où les parties souhaiteraient maintenir leur relation commerciale, le temps de trouver un accord.

¹² Communiqué de presse « *Observatoire des négociations commerciales annuelles – Présentation des résultats 2022* » par le Médiateur des relations commerciales agricoles, 9 juin 2022

D'autres imprécisions du texte sont susceptibles de rendre délicate son application, notamment l'idée qu'à défaut d'accord au 1er mars entre les parties, celles-ci seraient nécessairement en préavis. Ceci n'est pas juridiquement exact.

L'AFEC souhaite également ajouter que, bien qu'il ne s'agisse que d'un détail et que le risque semble limité en pratique, ni l'Assemblée, ni le Sénat ne précisent que l'amende administrative pour défaut de conclusion de la convention écrite PGC au 1er mars ne s'appliquera pas si les parties parviennent à un accord sous l'égide du Médiateur.

De manière générale, les règles et principes posés par l'article 3 (rupture automatique du contrat / compétence du médiateur des relations commerciales agricoles ou des entreprises pendant le préavis) portent manifestement une atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre qui pourrait être jugée disproportionnée (notamment en ce qu'ils imposent une rupture qui pourrait être contraire à la volonté des parties et empêcheraient également la libre négociation du prix en permettant sa remise en cause par le médiateur).

Nous relevons en outre sur ce point que poser ce principe de rupture automatique n'est en tout état de cause pas conforme aux réalités pratique et économique des relations fournisseurs/distributeurs (pas d'accord au 1er mars ne veut pas dire pas d'accord du tout ; l'accord n'est pas nécessairement total au 1er mars, etc.).

Au regard de notre analyse, s'agissant des conventions pour les produits de grande consommation, l'AFEC émet les observations suivantes :

- **Il nous paraît compliqué de concilier ces deux textes de l'Assemblée nationale et du Sénat, tant leurs approches semblent, à ce stade, irréconciliables ;**
- **Une voie pourrait consister à ne pas modifier la loi, et à fonder la démarche des uns et des autres sur la volonté contractuelle des parties ainsi que sur les textes actuels et leur interprétation par le juge. La jurisprudence citée et d'autres encore¹³ pourraient contribuer utilement à la défense des intérêts des uns et des autres, y compris en période d'inflation. Le juge dispose en l'état probablement des fondements nécessaires pour sanctionner les pratiques abusives dans ces circonstances aussi ;**
- **Il nous paraît nécessaire de clarifier la notion d'absence « d'accord » au sens de l'article 3 du texte voté par le Sénat qui n'existe qu'à cet article alors que les articles L. 441-3 ; L. 441-4 et L. 443-8 du Code de commerce visent la conclusion d'une « convention » écrite. Il serait ainsi recommandé de reprendre la notion de « convention écrite » (rédaction retenue par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale). La question peut en effet se poser de savoir comment serait appréciée l'absence d'accord entre le fournisseur et le distributeur par rapport à l'absence de convention écrite conclue le 1er mars. La DGCCRF a déjà eu l'occasion de préciser que dans l'hypothèse où les parties seraient en mesure de démontrer être parvenues à un accord sur le prix convenu au 1er mars, elle ferait preuve de tolérance pour que les parties puissent formaliser la convention écrite prescrite légalement. Ce délai de tolérance n'a toutefois jamais été précisé.**

¹⁴ Avis n° 10-15 sur l'application de la LME à certaines relations fournisseurs/distributeurs en date du 4 novembre 2010

- **Afin d'objectiver l'évolution du tarif et de ne pas donner le pouvoir au médiateur de fixer les prix, si la CMP souhaite légiférer sur ce texte, la détermination du « *prix applicable* » (par différence avec le prix convenu) pendant la durée du préavis pourrait résulter a minima :**
 - **Du tarif de l'année précédente intégrant l'évolution des coûts du fournisseur, telle qu'attestée par le tiers indépendant.**
 - **Du plan d'affaires de l'année précédente, qui serait reconduit sous réserve que les contreparties initialement convenues puissent être rendues pendant la durée du préavis.**
 - **Introduire éventuellement une application limitée du dispositif de l'article 3 issu de l'Assemblée nationale uniquement aux fournisseurs relevant de la catégorie des grandes entreprises au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008. Toutefois, une telle option paraît difficilement applicable car constituant manifestement une distorsion dans le traitement des acteurs économiques mais encore favoriserait des comportements abusifs de la part des fournisseurs détenant des marques incontournables.**

- **Il nous paraît souhaitable que la CEPC se saisisse d'office de la question de l'encadrement de l'absence de convention notamment en mettant, rapidement, à jour la position prise dans son avis 10-15¹⁴. Une clarification est d'autant plus nécessaire que la non-conclusion au 1^{er} mars est passible de sanctions administratives¹⁵.**

5. L'encadrement des pénalités logistiques (articles 3 bis et 3 ter)

La complexité d'application des dispositions légales relatives aux pénalités logistiques (articles L. 441-17 et L. 441-18 du Code de commerce¹⁶) qui à notre connaissance constituent une spécificité française, a entraîné au cours des derniers mois une mobilisation de la DGCCRF, du Gouvernement et de la représentation nationale. Ainsi, la DGCCRF a (i) adopté des lignes directrices sur les pénalités logistiques le 11 juillet 2022 (ci-après, les « **Lignes Directrices** »)¹⁷ et (ii) mené des actions contentieuses contre les enseignes à propos desquelles elle a, après une enquête ayant consisté en l'analyse des pénalités infligées à 200 fournisseurs, considéré qu'elles imposaient des pénalités logistiques abusives¹⁸. Le Gouvernement a, de son côté, incité les distributeurs à la modération dans

¹⁴ Avis n° 10-15 sur l'application de la LME à certaines relations fournisseurs/distributeurs en date du 4 novembre 2010

¹⁵ Certains membres du groupe de travail considèrent qu'il pourrait y avoir là, un risque d'atteinte à la sécurité juridique des distributeurs.

¹⁶ Définissent les conditions de légalité applicables à l'imposition des pénalités logistiques (qu'elles soient, du reste, imposées par les distributeurs et/ou, plus hypothétiquement, par les fournisseurs) et introduits par la loi dite « *Egalim 2* » du 18 octobre 2021, après que la CEPC a consacré deux prises de position à cette question en 2009¹⁶ et en 2019¹⁶, n'ont, à date et à notre connaissance, donné lieu qu'à de très rares contentieux judiciaires et/ou publications doctrinales.

¹⁷ Celles-ci sont d'ailleurs intitulées « *Foire aux questions portant sur les lignes directrices en matière de pénalités logistiques* ». Il serait, à notre sens, plus approprié, qu'elles soient, à l'avenir, renommées « *Lignes directrices* » et non plus « *Foire aux questions* ». Il convient de surcroît de souligner que, les négociations commerciales venant à peine de s'achever, les opérateurs n'ont pas de recul quant à leur prise en compte dans les conventions annuelles 2023.

¹⁸ En particulier, voir DGCCRF, communiqué de presse n°275 du 4 novembre 2022.

l'application des pénalités logistiques¹⁹. Le Sénat a, pour sa part, rappelé la nécessité de respecter l'« *intention du législateur* »²⁰. Enfin, le Comité de suivi des négociations commerciales face à la guerre d'Ukraine a alerté sur les dérives en matière de pénalités logistiques²¹.

A l'analyse tant de la portée du texte voté par le Sénat, visant, une nouvelle fois, à renforcer le cadre applicable aux pénalités logistiques²² et désormais soumis à l'arbitrage de la Commission mixte paritaire, que de la pratique actuelle en matière d'imposition des pénalités logistiques, un certain nombre d'observations peuvent être formulées.

- **La nécessaire clarification de la notion de « *catégorie* » de produits**

La version de la proposition de loi adoptée par le Sénat le 15 février 2023 prévoit la modification de l'article L. 441-17 du Code de commerce afin que les pénalités logistiques proposées qui, selon les appréciations convergentes de la représentation nationale et/ou de la DGCCRF, seraient encore trop régulièrement, excessives²³ ou indues/infondées²⁴, ne puissent plus désormais, et indépendamment du préjudice allégué par le distributeur, être supérieures à 2 % « *de la valeur des produits commandés relevant de la catégorie de produits au sein de laquelle l'inexécution d'engagements contractuels a été constatée* ».

L'instauration d'un plafond limité à 2% vise à déjouer l'utilisation de ces pénalités par certains distributeurs comme complément de marge arrière²⁵. Toutefois, elle ne tient pas compte du caractère effectivement indemnitaire et comminatoire de telles pénalités. Mais surtout la notion de « *catégorie de*

¹⁹ Communiqué de presse du Gouvernement, Comité de suivi des relations commerciales face à la crise en Ukraine, 29 septembre 2022 : « *Face à cette situation de tension et face aux abus signalés et constatés de plusieurs enseignes de la grande distribution alimentaire en matière d'application de pénalités logistiques, les ministres Marc Fesneau, Roland Lescure et Olivia Grégoire en appellent à la responsabilité collective* ».

²⁰ Sénat, Rapport d'information n°595 de Mme Anne-Catherine Loisier, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 30 mars 2022 : *Rappel de l'intention du législateur sur l'application de l'article 7 de la loi visant à protéger la rémunération des agriculteurs relatif aux pénalités logistiques infligées par les distributeurs*.

²¹ En particulier, Communiqué de presse du Gouvernement, Comité de suivi des relations commerciales face à la crise en Ukraine, 29 septembre 2022.

²² Assemblée Nationale, Compte rendu intégral du mardi 17 janvier 2023, page 509, intervention de M. le Ministre Marc Fesneau : « *je trouve particulièrement bienvenus les amendements visant à renforcer le cadre applicable aux pénalités logistiques, ainsi que le prévoit l'article 3 bis. J'ai à cœur, comme vous tous, de voir cesser les pratiques abusives* ».

²³ Sénat, Compte rendu analytique officiel du 15 février 2023, page 7, intervention de M. le Sénateur Laurent Duplomb : « *150 000 euros de pénalités pour 15 000 euros de dégâts, c'est disproportionné et inadmissible. [...] Mettons un terme aux pénalités logistiques. Quand Auchan et Casino les ont baissées, Leclerc et Carrefour les ont augmentées !* » ; Assemblée Nationale, Compte rendu intégral du mardi 18 janvier 2023, page 525, intervention de M. le Député Richard Ramos : « *Il plaide notamment pour l'encadrement des pénalités logistiques [...] un système parfois mafieux qui saigne injustement des entreprises loyales* ».

²⁴ Assemblée Nationale, Compte rendu intégral du mardi 18 janvier 2023, page 547, intervention de M. le Député Richard Ramos : « *Nous arrivons dans le dur du sujet : les pénalités logistiques, qui sont souvent indues. [...] Le présent amendement vise ainsi à mettre un terme à l'envoi, par milliers, de pénalités logistiques infondées* ».

²⁵ Assemblée Nationale, Compte rendu intégral du mardi 18 janvier 2023, page 549, intervention de M. le Député Richard Ramos : « *les pénalités doivent être plafonnées à 2 % de la valeur de la ligne des produits commandés : à l'heure actuelle, certaines pénalités atteignent 30 % à 40 %. On marche sur la tête ! Il faut un plafond pour empêcher la grande distribution d'exiger des marges arrière des PME et pour l'empêcher de contourner les lois destinées à protéger ces dernières, notamment les lois Egalim 1 et 2* », (surlignement ajouté).

produits » nous paraît, en pratique, particulièrement complexe à interpréter dans la mesure où il n'est pas clairement indiqué si cette notion doit s'entendre de manière large ou restrictive.

A cet égard, l'explication fournie par Mme la Sénatrice Anne-Catherine Loisier dans son rapport en date du 8 février 2023²⁶, qui précise que : « [I]es 2 % s'appliqueront non pas à la valeur des produits manquants, auquel cas le préjudice subi par le distributeur ne serait pas du tout indemnisé, ni à la valeur de l'intégralité de la commande, car sinon la pénalité serait disproportionnée par rapport au préjudice subi, mais à la valeur de la catégorie de produits au sein de laquelle le manquement a eu lieu. Je prends un exemple : si un camion livre 1 000 yaourts, ainsi que 1 000 mottes de beurre, et que seuls des yaourts manquent à l'appel, la pénalité sera plafonnée à 2 % de la valeur des 1 000 yaourts, et non pas de toute la commande qui incluait aussi des mottes de beurre », (surlignement ajouté)²⁷, n'offre pas, selon nous, aux opérateurs économiques une grille d'analyse leur permettant de déterminer, avec la précision nécessaire, lesquels de leurs produits relèveraient ou non d'une même « catégorie » au sens de l'article L. 441-17 du Code de commerce. Une telle imprécision présente le double danger de placer les distributeurs dans une situation d'insécurité juridique tout en rendant plus complexe la contestation potentielle des pénalités par le fournisseur.

En définitive, il nous semble, à titre principal, que la définition de l'assiette devrait être clarifiée. L'autre option proposée par une partie du groupe de travail serait d'abandonner le plafond qui est susceptible de générer des effets d'aubaines de la part de certains distributeurs ou de calcul de risque de la part de certains fournisseurs.

- **L'émission de la facture de pénalité logistique concomitamment à la preuve du manquement et du préjudice.**

L'émission de la facture au même moment que la transmission de la preuve du manquement et du préjudice ne nous semble pas opportune. Il serait préférable que la facture de pénalité ne soit émise qu'à partir du moment où le fournisseur a pu vérifier la réalité du grief correspondant dans un délai raisonnable. En effet, il lui serait beaucoup plus difficile de contester ultérieurement tant la réalité du grief que la facture s'il estime que la preuve du manquement n'est pas rapportée ou le préjudice lié au manquement non constitué.

- **L'obligation de *reporting* à la DGCCRF imposée aux fournisseurs et distributeurs en matière de pénalités logistiques**

L'obligation de *reporting* à la DGCCRF conjointement mise à la charge des fournisseurs et des distributeurs, des montants infligés en matière de pénalités logistiques ainsi que les montants réellement perçus/versés a pour objectif de « [faciliter] le travail d'enquête des services de l'État »²⁸, donc de la DGCCRF.

Toutefois, une telle obligation suppose, pour chaque fournisseur et chaque distributeur, de disposer des ressources financières et humaines nécessaires afin de mettre effectivement en place ce *reporting* au sein de l'entreprise. Si de telles charges nous semblent acceptables pour les grands groupes qui disposent d'une direction logistique et/ou d'une direction juridique, il en va certainement tout autrement pour les

²⁶ Anne-Catherine Loisier, Sénatrice, Rapport au Sénat fait au nom de la commission des affaires économiques sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation, 8 février 2023.

²⁷ *Ibid*, page 102.

²⁸ Anne-Catherine Loisier, Sénatrice, Rapport au Sénat précité, page 65.

PME et TPE pour lesquelles cette même obligation de *reporting* pourrait probablement, dans un contexte actuel de sur-réglementation de la négociation commerciale, représenter une charge excessive d'autant plus que le dispositif n'est pas limité aux relations avec les GSA.

- **La suppression, par le Sénat, de la fixation d'un taux de service au-dessus duquel les pénalités logistiques ne sont, en tout état de cause, pas exigibles**

Alors que la proposition de loi, dans sa version adoptée par l'Assemblée Nationale, prévoyait qu'« [a]ucune pénalité ne peut être infligée par le distributeur au fournisseur lorsque les taux de service mensuel se trouvent être à une limite de 99% pour les promotions et de 98,5% pour les produits hors promotions », le Sénat a pris le parti, face à la difficulté évidente de réglementer de manière transversale ce point, de supprimer la fixation d'un taux de service plafond²⁹. Compte tenu de la complexité de déterminer un taux de service présentant une égale pertinence face à des situations potentiellement très variées, il nous semble qu'il convient de maintenir la suppression de ce taux de service plafond.

- **La dissociation de la date de signature de l'accord commercial et de la convention logistique**

La possibilité laissée aux fournisseurs et distributeurs, sous réserve de l'accord des deux parties (hypothèse qui, en pratique, devrait rarement se rencontrer), de dissocier la signature de l'accord commercial (devant, intervenir, au plus tard, le 1^{er} mars de chaque année) des conditions logistiques constitue un apport souhaitable : elle devrait, à notre sens, être confirmée par la Commission Mixte Paritaire. Cette mesure permettrait, en effet, de diminuer la charge administrative pesant tant sur les fournisseurs que sur les distributeurs et pourrait probablement fournir aux parties la possibilité de négocier, de manière plus apaisée et moins conflictuelle, leurs accords logistiques sans que ne pèsent sur elles de contraintes spécifiques de calendrier. Elle devrait également permettre d'éviter certains distributeurs ne cherchent à retarder la signature de l'accord commercial au motif que les conditions logistiques n'auraient pas été totalement acceptées.

Pour autant la disjonction entre la convention unique et la convention logistique expose les parties à un risque d'insécurité juridique dans la mesure où certaines clauses de la convention logistique pourraient être considérées comme relevant des conventions uniques, et contourneraient de ce fait le caractère annuel de la négociation de certaines composantes du prix convenu.

6. La non-soumission des grossistes au régime des pénalités logistiques (article 3 ter A)

L'AFEC est en phase avec la non-soumission des grossistes au régime des pénalités logistiques (cf. Article 3 ter A de la proposition de loi amendée par le Sénat modifiant les articles L.441-17 et L.441-18 du Code de commerce). En effet, comme indiqué par la Commission des affaires économiques dans son rapport n°326, ces derniers pourraient souffrir d'une part d'un encadrement strict des pénalités qu'ils peuvent infliger à l'amont et d'autre part d'une liberté de leurs propres clients pour leur imposer des pénalités plus importantes à l'aval, en application du régime prévu par le Code civil.

²⁹ Pour rappel, sur ce point, le rapport de la Commission d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs proposait, en 2019, d'« [i]nterdire de définir contractuellement un taux de service supérieur à 97 % » (page 103 du Tome I du Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs).

De même, il nous semble utile d'avoir rectifié les approximations rédactionnelles issues de la loi Egalim II en précisant que les grossistes sont bien exclus des dispositions des articles L. 441-4 et L. 443-8 du code de commerce (cf. Article 5 de la proposition de loi, article L. 441-3-1 VI Code de commerce).

La proposition de la Commission des affaires économiques de faire directement entrer dans la proposition de loi des dispositions spécifiques aux grossistes reprise par le Sénat (cf. Article 5 de la proposition de loi, articles L.441-1-2 et L. 441-3-1 Code de commerce) nous semble utile mais nous regrettons la rédaction imprécise de ces dispositions dans la mesure où la Commission s'est « contentée » de calquer la rédaction des articles L.441-1-1 et L441-3 du Code de commerce aux grossistes, sans renforcement de la sécurité juridique attendue par les grossistes.

Enfin, concernant la définition de grossiste (cf. Article 5 de la proposition de loi, article L.441-1-2 I Code de commerce), la Commission et le Sénat se sont également contentés de reprendre la définition posée à l'article L.441-4 du Code de commerce. Celle-ci aurait, à notre sens, pu être clarifiée notamment sur la notion de revente « *à titre principal* », afin de savoir si le grossiste pourrait être contraint par les règles applicables entre le fournisseur et le distributeur (au sens large) pour la partie de son activité qui ne porterait pas sur de l'achat pour revente (ex : revente au détail, produits MDD).

7. L'obligation de fournir une seconde attestation du tiers indépendant (article 4)

L'article 4 prévoit l'obligation pour le fournisseur ayant choisi l'option 3 de fournir une seconde attestation du tiers indépendant. A ce titre, Rapport d'information de la Commission des affaires économiques de l'AN sur l'application d'EGALim II avait envisagé « *de faire intervenir le tiers indépendant en amont de la négociation commerciale ce qui renforcerait la confiance du distributeur dans son fournisseur* ».

Le médiateur des relations commerciales, dans sa présentation du 9 juin 2022, a également souligné les surcoûts résultant du choix de cette option. Pour les PME, ces surcoûts sont d'autant plus importants.

La proposition d'une seconde attestation ne fait qu'accroître ces surcoûts pour les fournisseurs ayant choisi l'option 3 et réduire le temps de négociation dès lors que l'attestation est fournie dans le mois suivant la transmission des CGV.

Dès lors que l'objectif est de permettre une certaine forme de transparence y compris dans le cadre de l'option 3, l'AFEC propose de prévoir que le fournisseur ayant choisi l'option 3 mentionne dans ses CGV la part de l'évolution de son tarif correspondant à l'évolution de la matière première agricole – sans recours obligatoire au tiers indépendant.

A réception, l'acheteur pourra, à l'instar ce qui est prévu en option 1 et 2, solliciter, à ses frais, l'intervention d'un tiers indépendant pour attester de l'exactitude des éléments figurant dans les CGV.

§ § § §