

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Lutte contre les pratiques déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire : les recommandations de la Commission européenne à la lumière de l'expérience française

Mots-clés : PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES * Chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises * Commission européenne * Communication

Solution : La Commission européenne a adopté le 15 juillet 2014 (http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/140715-communication_fr.pdf) une Communication sur les pratiques commerciales déloyales (PCD) dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Les PCD y sont définies comme les « pratiques qui s'écartent largement de la bonne conduite commerciale, qui sont contraires à la bonne foi et à la loyauté et qui sont imposées de manière unilatérale par un partenaire commercial à un autre ».

Cette Communication fait suite à la consultation lancée à l'occasion de la publication en janvier 2013 du Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire [COM[2013] 37 final]. Tirant les enseignements de cette consultation publique mais restreignant l'objet de sa Communication au seul secteur alimentaire, la Commission propose aux États membres de l'Union européenne et aux parties concernées une stratégie reposant sur trois axes. Elle encourage en premier lieu les initiatives volontaires et invite les acteurs concernés à adhérer à la *Supply Chain Initiative* créée en septembre 2013. Les États membres sont, par ailleurs, encouragés à évaluer la pertinence de leur réglementation. Afin de mener cette analyse, la Commission invite les États à se référer à la liste de principes de bonne pratique et aux exemples de PCD donnés par la *Supply Chain Initiative* (refus de mettre par écrit les conditions commerciales, modification unilatérale des conditions, rupture brutale des relations commerciales, etc.). Enfin, la Communication appelle l'attention des États membres sur la nécessité d'une application effective des réglementations nationales de lutte contre les PCD en les invitant notamment à envisager de « nouvelles mesures procédurales ou organisationnelles si cela semble approprié ». La Commission devrait présenter un rapport à la fin de l'année 2015 et décider si des mesures supplémentaires doivent être envisagées et s'il est nécessaire de légiférer en la matière.

Observations : La situation entre un fournisseur qui réalise 20 % de son chiffre d'affaires avec un client chez qui il ne représente que 0,5 % de son chiffre d'affaires est structurellement déséquilibrée. Sans être illégitime par nature, cette situation asymétrique favorise nécessairement les abus et décourage les victimes de tels abus d'engager des poursuites (ce que la Commission appelle le « facteur crainte »). Cette asymétrie est encore renforcée lorsque le marché est extrêmement concentré, comme en France où le nombre d'acteurs s'est encore récemment réduit avec l'Alliance de Système U et Auchan et celle d'Intermarché et Casino. À la veille de l'ouverture des négociations 2015 et alors que le contexte de crise et de guerre des prix devrait encore durcir les relations entre fournisseurs et distributeurs, faut-il voir dans la Communication de la Commission un remède aux pratiques abusives rencontrées dans le secteur alimentaire ? Les pistes envisagées sont-elles à la hauteur de la tâche et vont-elles induire une nouvelle modification du cadre législatif alors que la loi du 17 mars 2014 (dite « loi Hamon »), qui se fixe elle aussi comme objectif de rééquilibrer les relations entre fournisseurs et distributeurs, vient tout juste d'être adoptée ?

Les pratiques abusives des distributeurs font l'objet de l'attention du législateur français depuis plus de deux décennies. La succession de lois (treize en vingt ans) visant à lutter contre les pratiques abusives dans

le secteur de la distribution alimentaire a certainement permis d'endiguer en partie ces pratiques, mais elle révèle également une forme d'impuissance. Le droit français semble déjà permettre d'appréhender l'essentiel des PCD identifiées par la Commission. Le titre IV du livre IV du code de commerce, notamment son article L. 442-6, comporte, en effet, une liste de pratiques restrictives de concurrence particulièrement étoffée interdisant les avantages rétroactifs, l'octroi d'avantages disproportionnés, l'octroi d'avantages sous la menace d'un déréférencement, les déréférencements brutaux ou encore les déséquilibres significatifs. La loi Hamon a encore enrichi cet arsenal en créant deux nouvelles pratiques restrictives. Les pratiques de compensation de marges et les facturations ou commandes de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu sont désormais interdites. L'article L. 441-7 du code de commerce prévoit pour sa part la signature d'une convention annuelle entre fournisseurs et distributeurs. Le droit des contrats peut également venir au secours des victimes de PCD. On peut s'interroger sur l'utilité d'une nouvelle modification de la loi.

En pratique, l'identification des PCD sera toutefois le plus souvent insuffisante pour les faire cesser. Le « facteur crainte » met le distributeur à l'abri de toute action judiciaire destinée à combattre les abus. Afin de remédier à cette crainte des représailles, le législateur français a créé une procédure originale en permettant au ministre de l'Économie (mais également au ministre public et au président de l'Autorité de la concurrence) d'agir à la place des victimes des pratiques pour demander la nullité de clauses, la répétition de l'indu et/ou le prononcé d'une amende civile. Cette action a déjà donné lieu à une jurisprudence édifiante. La France, avec la loi Hamon, s'est même dotée d'une nouvelle arme dans la lutte contre les PCD en permettant à l'Administration de prononcer des amendes administratives (sur ce point, M. Chagny, Loi Hamon : quel impact sur les contrats d'affaires ? — Propos introductifs, AJCA 2014. 10). Ces

À retenir

La Commission européenne a adopté le 15 juillet 2014 une Communication sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Pour l'heure, la Commission ne préconise pas de légiférer mais un rapport devrait être présenté avant la fin de l'année 2015 afin d'évaluer si de nouvelles initiatives sont nécessaires. En France, alors que la loi Hamon vient tout juste d'être adoptée et que l'arsenal législatif est déjà très étoffé, on peut s'interroger sur la nécessité d'une nouvelle modification de la loi.

amendes devraient néanmoins être limitées aux infractions les plus formelles, telles que l'absence de formalisation d'une convention unique, et ne devraient donc pas concerner les PCD les plus graves.

Si la « peur du gendarme » est insuffisante et l'empilement de textes souvent inappliqués inefficace pour

combattre les PCD dans les relations déséquilibrées de la chaîne alimentaire, il reste alors le choix entre la méthode douce suggérée par la Communication et la méthode radicale reposant sur des pouvoirs renforcés conférés aux pouvoirs publics (actions du ministre et pouvoir d'infliger des amendes), comme l'a expérimenté la France.

Christophe Pecnard et Gaëlle Robic

PROCÉDURE

Calcul de l'amende en cas de rachat de l'entreprise auteur des pratiques anticoncurrentielles

Cour de justice de l'Union européenne, 4 septembre 2014, n° C-408/12 - *YKK Corporation e. a. c/ Commission*

Mots-clés : PROCÉDURE * Entreprise * Rachat * Amende * Pratique anticoncurrentielle

FONDEMENT : Règlement CE, 16 décembre 2002, n° 1/2003, art. 23

Solution : Une entreprise a été rachetée au cours d'une entente illicite à laquelle elle a participé. Se pose alors la question du mode de calcul de l'amende infligée. Pour la Cour :

« Lorsqu'une entreprise considérée par la Commission comme responsable d'une violation de l'article 81 CE est acquise par une autre entreprise au sein de laquelle elle conserve, en tant que filiale, la qualité d'entité économique distincte, la Commission doit tenir compte du chiffre d'affaires propre à chacune de ces entités économiques afin de leur appliquer, le cas échéant, le plafond de 10 %.

En l'espèce, la Commission a correctement réparti les responsabilités de chaque entreprise ayant participé à l'infraction, étant donné que, avant le mois de mars 1997, date à laquelle YKK Holding a procédé à l'acquisition de YKK Stocko, cette dernière et le groupe YKK constituaient deux "entités économiques" ou entreprises distinctes au sens des articles 81 CE et 23, paragraphe 2, deuxième alinéa, du règlement n° 1/2003. Elle n'a toutefois pas tiré de cette constatation la conclusion qui s'imposait pour l'application du plafond de 10 %.

Dès lors, ne saurait prospérer l'argument invoqué par la Commission selon lequel ce serait une seule et même entreprise, dont la structure et la capacité financière ont évolué au cours du temps, qui serait en cause durant la période de l'infraction ».

Observations : L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 4 septembre 2014 tranche deux importantes questions de droit de la concurrence. À savoir, comment doit être calculé le plafond légal de l'amende au sens de l'article 23, § 2, du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence lorsque la société participant à une entente illicite est achetée par une autre entité au cours de l'entente qui se poursuit ? Et, dans ce contexte, quelle est la modalité de calcul du coefficient multiplicateur de dissuasion ?

En l'espèce, une société (Stocko), a été reconnue responsable pour avoir participé à un accord illicite pen-

dant neuf ans et neuf mois, dont cinq ans et neuf mois à titre exclusif et quatre ans à titre conjoint avec la société (YKK Corp.) qui l'a achetée pendant l'entente. La Commission européenne avait considéré que l'entreprise contrevenante était la même tout au long de l'entente, que sa structure et sa capacité financière avaient évolué dans le temps et qu'il fallait infliger une amende unique aux sociétés YKK Stocko et YKK Corp. Partant, elle avait calculé le montant maximum de l'amende sur la base du chiffre d'affaires de la société mère. La Commission avait considéré que la notion d'« entreprise participant à l'infraction » de l'article 23, § 2, du règlement n° 1/2003 devait être appréciée de façon très large en incluant la filiale seule, la filiale après acquisition et la société mère. Elle avait donc infligé une amende unique aux deux sociétés.

La pratique décisionnelle de la Commission ne sert pas de cadre juridique pour la fixation du montant des amendes, car la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation n'étant pas liée par ces précédentes appréciations (CJUE 3 sept. 2009, aff. C-534/04 P, *Prym*). Elle a déjà appliqué le seuil de 10 %, d'une part, au chiffre d'affaires de filiales correspondant à la période d'une entente pendant laquelle elles ont été considérées exclusivement responsables, et d'autre part, au chiffre d'affaires du groupe pour la période pendant laquelle les filiales et la société mère étaient conjointement responsables (V. COM-P/E-2/37.857, 10 déc. 2003, *Peroxydes organiques*, C[2010]4387 final, aff. *Acier de précontrainte*). C'est le raisonnement qu'ont suivi les sociétés YKK Stocko et YKK Corp. pour interjeter un pourvoi contre la décision confirmative du Tribunal de l'Union (TUE 27 juin 2012, aff. T-448/07, *YKK e.a c/ Commission*).

La notion d'« entreprise participant à l'entente » est au cœur de la décision de la Cour de justice du 4 septembre 2014, qui estime que celle-ci doit recouvrir la même réalité lors de l'imputabilité de la responsabilité et lors du calcul de l'amende (pt 59). Par conséquent, le plafond de 10 % doit s'appliquer à l'entité ayant participé effectivement à l'infraction, ce qui est conforme aux principes de proportionnalité, de personnalité et d'individualisation des peines (CJCE 7 juin 2007, n° C-76/06, *Britannia Alloys & Chemicals* ; RSC 2008. 168, obs. L. Idot ; RTD eur. 2008. 313, chron. J.-B. Blaise et L. Idot ; CJUE 20 janv. 2011, n° C-90/09, D. 2012. 577, obs. D. Ferrier ; RSC 2012. 315, chron. L. Idot ; RTD com. 2011. 365, obs. A. Constantin ; RTD eur. 2011. 417, obs. L. Idot ; CJUE 29 mars 2011, n° C-352/09, *ThyssenKrupp Nirosta* ; RSC 2012. 315, chron. L. Idot ; RTD eur. 2011. 834, obs. L. Idot). Dans sa jurisprudence, la Cour de justice considère classiquement, d'ailleurs, qu'une société mère ne peut pas être tenue du paiement d'une amende infligée à sa filiale pour les infractions dont la filiale était seule tenue responsable avant son