

Projet de loi 7646 portant transposition de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire

Avis du Conseil de la concurrence

N° 2020-AV-06

(30/09/2020)

1. Contexte général

Aux termes de l'article 29 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : la « loi relative à la concurrence »), le Conseil de la concurrence (ci-après : le « Conseil ») détient une mission consultative qui est libellée de la manière suivante :

« Art. 29. Missions consultatives

Le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence. Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de loi ou de règlement

1) portant modification ou application de la présente loi;

2) instituant un régime nouveau ayant directement pour effet:

a) de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives;

b) d'établir des droits exclusifs dans certaines zones;

c) d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations du Conseil de la concurrence prévue par d'autres lois ou règlements. »

Par courrier du 29 juillet 2020, le Ministère de l'Economie a saisi le Conseil de la concurrence du projet de loi susmentionné. La mission consultative du Conseil constitue un instrument essentiel pour toute autorité de concurrence. Elle complète son action répressive et corrective contre les comportements anticoncurrentiels des entreprises par une évaluation des projets de loi et de règlement au regard des principes de concurrence indispensables au bon fonctionnement d'une économie sociale de marché. Ses avis participent aussi à la politique de communication du Conseil sur les avantages que la concurrence apporte à la compétitivité de l'économie nationale, à la protection des consommateurs et au bien-être général.

2. Objet du projet de loi

Le projet de loi sous avis a pour finalité la transposition en droit national de la directive 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire (ci-après : la « Directive »).

Selon l'exposé des motifs du projet loi, la Directive a pour ambition d'équilibrer « les relations entre les producteurs de produits alimentaires et les distributeurs dans le but de protéger les fournisseurs de ces produits contre des pratiques de commerce désavantageuses mises en œuvre par les différents acteurs commerciaux au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire ».

3. Remarques préalables

L'introduction de cette loi devrait permettre de lutter contre des pratiques s'écarter de la bonne conduite commerciale, en établissant une liste de pratiques commerciales déloyales interdites dans les relations entre acheteurs et fournisseurs, dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.

Le projet de loi désigne le Conseil comme unique autorité chargée de l'application de ladite loi.¹

L'impact qu'aura cette loi au niveau national est difficile à estimer. La charge de travail que représente la détection d'une pratique interdite en vertu du projet de loi, ainsi que l'estimation du nombre de plaintes potentielles qui seront adressées au Conseil sont inconnus. En l'absence de données estimées ou estimables, le Conseil n'est pas en mesure d'évaluer l'impact concret de l'adoption de cette loi, sur le secteur des produits agricoles et alimentaires et sur son activité en qualité d'autorité compétente.

Si, comme l'indique à juste titre l'exposé des motifs du projet de loi, « *l'autorité de concurrence a une connaissance tant juridique qu'économique du fonctionnement des marchés en général* » et dispose de « *pouvoirs d'enquête et de décision nécessaires pour appliquer de manière efficace la législation en question* », le Conseil tient à rappeler que ses effectifs sont déjà en nombre insuffisant pour exercer de manière optimale ses missions premières². Sans la création d'un service dédié et formé en la matière, le Conseil voit difficilement comment il pourra être en mesure de traiter au mieux les plaintes des victimes de pratiques déloyales et encore moins d'ouvrir des enquêtes de sa propre initiative.

4. Commentaires du Conseil

4.1 Commentaires généraux sur le projet de loi

Le projet de loi consiste en une transposition quasi-littérale de la Directive. Si ce mode de transposition a pour avantage sa célérité, il peut entraîner des incohérences avec le système juridique national et l'application pratique de la législation de transposition.

A cet égard, le Conseil souhaite souligner les points suivants :

- Quant au **champ procédural**, le Conseil constate que le projet de loi se réfère à de nombreuses reprises aux articles de la loi relative à la concurrence. Si les compétences ne sont pas les mêmes entre les deux textes, le projet de loi reconnaît

¹ Au sein de l'Union européenne, treize autres autorités nationales de concurrence sont ou devraient être désignées comme autorité d'application et onze d'entre-elles devraient être l'unique autorité compétente de leur Etat.

² À savoir la recherche et la sanction des violations aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et 3 à 5 de la loi relative à la concurrence, avec un effectif de 11 personnes au total.

implicitement que les procédures instaurées par la loi relative à la concurrence peuvent s'appliquer au-delà du cadre des seules pratiques anti-concurrentielles. A travers l'action du Conseil, les procédures issues de la loi relative à la concurrence pourraient en effet s'avérer des outils adéquats à la mise en œuvre de nouvelles compétences envisagées (telles que la sanction des abus de dépendance économique, des pratiques commerciales déloyales ou encore l'application du droit de la consommation).

Toutefois, pour davantage de clarté, de lisibilité et de sécurité juridique, le Conseil est d'avis que des précisions auraient pu être apportées lorsqu'il a été fait référence aux articles de la loi relative à la concurrence³.

- Quant à la question des **recours**, le projet de loi n'en fait aucune mention. S'il est clair qu'un recours de pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre des décisions du Conseil⁴ prises en application de la loi relative à la concurrence, tel que prévu par son article 28, il eut été utile de préciser, pour des raisons de sécurité juridique, l'application de cet article quant aux décisions relatives au projet de loi sous examen ou de prévoir, le cas échéant, un recours spécifique en la matière.
- Quant à la **coopération entre autorités d'application** telle que prévue par l'article 8 de la Directive, le Conseil aura pour obligation de mener cette mission en lien avec la Commission européenne et les autres Etats membres. Le Conseil sera ainsi tenu de prêter assistance à d'autres autorités d'application en cas d'enquêtes ayant une dimension transfrontalière. Par ailleurs, la Directive prévoit, a minima, la tenue d'une réunion annuelle de discussion entre autorités d'application sur la mise en œuvre de la Directive et la création par la Commission d'un site internet d'échange d'informations entre autorités d'application. Il convient à ce titre de noter que les autorités d'application peuvent être de différents types d'un Etat membre à un autre et qu'il conviendra probablement pour le Conseil d'instaurer une coopération avec des instances étrangères au Réseau Européen de la Concurrence, avec lesquelles il n'a encore jamais eu l'occasion de collaborer.

Quant à la **publication de rapports** prévue à l'article 10 de la Directive, le projet de loi ne fait pas état du fait qu'un rapport spécifique devra être transmis par les Etats membres chaque année à la Commission, concernant les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises, au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire. Le Conseil suppose que ce rapport devra être préparé par ses services.

³ Voir en ce sens le point 4.2 du présent avis.

⁴ En formation collégiale.

L'ensemble de ces actes de coopération et des rapports à établir représenteront une charge de travail sans doute conséquente pour l'autorité d'application désignée.

Au vu de ce qui précède et sachant que les dossiers ayant trait aux affaires relevant des articles 3 à 5 de la loi relative à la concurrence et 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne devront eux aussi être traités dans des délais raisonnables, la création d'un service dédié aux pratiques commerciales déloyales dans le secteur agricole et alimentaire est indispensable. Ce service devrait nécessairement accueillir de nouveaux collaborateurs, spécialement recrutés pour sa création et spécialisés en matière de pratiques commerciales déloyales. Le Conseil rejoint ainsi l'idée développée par le dernier paragraphe de l'exposé des motifs du projet de loi visant au « *renforcement du Conseil de la concurrence en personnel* », notamment basé sur le considérant 32 de la Directive, qui indique : « *Afin de garantir que l'interdiction des pratiques commerciales déloyales soit effectivement appliquée, les autorités d'application désignées devraient disposer des ressources et de l'expertise nécessaires.* »

- Le Conseil estime également que l'article 6 de **la loi relative à la concurrence**, relatif aux missions, compétences et pouvoirs du Conseil doit être **amendé** afin de faire état de la nouvelle mission que lui attribue le présent projet de loi.
- Le **projet de loi 7479** portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et abrogeant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et portant transposition de la Directive 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (dite Directive ECN+) devrait également être **amendé** en ce sens. Le Conseil souligne à ce titre que le délai de transposition pour la transposition de la Directive 2019/633 est fixé au 1er mai 2021, alors que la transposition de la Directive dite ECN+ est fixée antérieurement, au 4 février 2021.
- Quant à l'article 7 de la Directive relatif à la question **du règlement extrajudiciaire des litiges, tel que la médiation**, le Conseil note qu'elle n'a pas été abordée par le projet de loi.

4.2 Commentaire détaillé des articles du projet de loi

Article 1^{er}

Le Conseil constate que l'ensemble de l'article 1^{er} de la Directive a été repris dans le projet de loi, à l'exception de son paragraphe premier.

Cet article régit le champ d'application de la loi, en fonction du chiffre d'affaires annuel des fournisseurs et des acheteurs.

Le Conseil estime que la période de référence du chiffre d'affaires à prendre en compte devrait être précisée et propose que le chiffre d'affaires de l'année de l'infraction serve comme base de référence.

Article 2

Le Conseil n'a pas d'observations particulières à formuler quant aux définitions reprises de la Directive.

Sur les **notions**, le Conseil est d'avis que certaines d'entre-elles non définies par la Directive auraient pu l'être par l'acte de transposition.

A titre d'exemple, sur la notion de produits périssables, le Conseil s'interroge quant à l'interprétation à donner à cette définition. Comment considérer concrètement qu'un produit est périssable ou non dans un délai de trente jours après récolte, production ou transformation ?

Par ailleurs, le considérant 24 de la Directive indique que les règles quant à la charge de la preuve et la définition des accords de fourniture ne sont pas harmonisées par ladite Directive. Par conséquent, le considérant précise que « *les règles concernant la charge de la preuve et la définition des accords de fourniture sont celles fixées par le droit national des Etats membres* ». Or, le projet de loi n'en fait pas mention.

Si le projet de loi ne venait pas à évoluer sur ces points, le Conseil devra interpréter ces notions, ce qui résultera en une charge de travail supplémentaire

Article 3

Le Conseil constate une transposition quasi littérale de la Directive en son article 3.

Toutefois, le Conseil constate que la partie de phrase concernant l'interdiction visée au premier alinéa, point a) du paragraphe 1 : « *qui s'appliquent, par dérogation aux délais de paiement fixés dans ladite directive, sur base des délais de paiement prévus par la présente directive* », relative aux conséquences des retards de paiement et des voies de recours, n'a pas fait l'objet d'une transposition.

Le Conseil suggère ainsi d'écrire :

« *L'interdiction visée au premier alinéa, point a), s'entend sans préjudice :*

des conséquences des retards de paiement et des voies de recours au titre ~~Loi du 29 mars 2013~~ loi du 29 mars 2013 concernant la lutte contre le retard de paiement dans

les transactions commerciale portant transposition de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, et portant modification de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, qui s'appliquent, par dérogation aux délais de paiement fixés dans ladite loi, sur base des délais de paiement prévus par la présente loi ».

Le Conseil constate par ailleurs que deux exceptions quant à l'interdiction visée au premier alinéa, point a) prévues par la Directive quant aux entités publiques dispensant des soins de santé au sens de l'article 4, paragraphe 4 de directive 2011/7/UE, ainsi que celles quant aux accords de fourniture entre des fournisseurs de raisins ou de moût destinés à la production de vin, n'ont pas été reprises dans le projet de loi.

Article 4

Le Conseil marque son accord à être désigné comme « *autorité chargée de l'application de la loi* » comme le prévoit l'article 4, **paragraphe 1** du projet de loi.

Le **paragraphe 2**, concernant les plaintes, ne mentionne pas les conditions de forme en vertu desquelles une plainte peut être considérée comme recevable. En vertu de l'article 10 de la loi relative à la concurrence, seules les conditions quant aux actes de saisine relatifs aux violations des articles 3 à 5 de ladite loi ou 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sont développées⁵. Il conviendrait de les appliquer également aux plaintes relatives aux pratiques commerciales déloyales.

De plus, le Conseil estime que les éléments devant composer une plainte et listés par l'article 23, paragraphe 2, du projet de loi 7479 portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence⁶ devraient s'appliquer au cas d'espèce. Le Conseil est d'avis que l'intégration in extenso⁷ dans le projet de loi sous examen de l'article 23, paragraphe 2 précité serait de nature à améliorer la prévisibilité de la procédure à l'égard du fournisseur, ainsi que la sécurité juridique de l'acheteur.

Le Conseil estime par ailleurs que le chiffre d'affaires du fournisseur devrait être ajouté à la liste des éléments composant la plainte.

Le Conseil n'a pas de commentaire particulier quant aux paragraphes **3, 4 et 5**.

L'article 4, **paragraphe 6**, du projet de loi donne au Conseil le pouvoir d'apprécier si une plainte est recevable ou non. Toutefois, le projet de loi ne prévoit pas le cas d'un rejet d'une plainte en raison des priorités administratives de l'autorité d'application. Or, notons que le considérant 28 de la Directive indique : « *Une autorité d'application pourrait*

⁵ L'acte de saisine en matière de violations des articles 3 à 5 de la loi ou 101 et 102 du TFUE doit contenir une description détaillée du fait dénoncé et tous les éléments de son existence présumée qui sont à la disposition de l'auteur de la saisine.

⁶ Projet de loi 7479 portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et abrogeant la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

⁷ En remplaçant « autorité de concurrence » par « autorité d'application ».

estimer que les raisons ne sont pas suffisantes pour donner suite à une plainte. Ce constat pourrait également s'expliquer par des priorités administratives. Si l'autorité d'application estime qu'elle ne sera pas en mesure d'accorder la priorité à une plainte, elle devrait en informer le plaignant et justifier sa décision. ». Le projet de loi ne prévoit pas cette faculté, ce qui de l'avis du Conseil, est regrettable.

Le Conseil déplore également, pour des raisons de sécurité juridique, que le projet de loi ne fasse aucune mention des possibilités de recours contre les décisions de rejet de plainte qu'il peut prendre.

De même, rien n'est précisé quant au délai de prescription applicable.

Le paragraphe 7 de cet article fait référence à la désignation d'un conseiller pour procéder à une enquête, tel que prévu par l'article 7, paragraphe 4 de la loi relative à la concurrence, suivant la procédure en matière d'application des articles 3 à 5 de la loi relative à la concurrence⁸. Le commentaire d'article indique : « *la disposition prévoit aussi que la procédure doit suivre celle que connaît le Conseil de la concurrence en ce sens que le président désigne un conseiller pour mener l'enquête et que ce conseiller ne pourra pas alors siéger dans le collège de décision* ». Le Conseil salue le fait de suivre le modèle de fonctionnement basé sur une séparation entre instruction et décision. Toutefois, il convient de noter que le Conseil dispose à l'heure actuelle de trois conseillers pour mener les enquêtes, d'un président pouvant siéger en formation collégiale de décision et de cinq conseillers suppléants. Notons que les conseillers suppléants du Conseil, qui n'interviennent qu'au sein des formations collégiales de décision n'ont pas été désignés pour leur expertise en matière de pratiques déloyales. Il convient également de noter que les affaires traitées par un conseiller désigné en matière de droit de la concurrence pourraient entrer en conflit avec le traitement d'une affaire en application du projet de loi sous examen. Il est donc primordial de créer un service dédié au traitement de ces affaires, afin d'en assurer un traitement approprié.

Le paragraphe 7 fait par ailleurs référence à l'article 25 de la loi relative à la concurrence, concernant la communication des griefs. Or, cet article prévoit le recours à une communication des griefs dans les situations en vue de prendre des décisions prévues aux articles 11 et 20, paragraphe 2 de ladite loi, qui sont spécifiques aux violations des dispositions des articles 3 à 5 de cette loi et/ou 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Notons encore que le projet de loi ne précise pas la procédure relative à la fonction de prise de décision. En effet, si le commentaire de l'article 4 du projet de loi fait référence à un « *collège de décision* », rien n'indique qui le désigne et de quelle manière il est composé.

⁸ Et 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le Conseil s'interroge enfin sur la question de l'accès au dossier donné aux parties qui n'est pas traitée par le projet de loi, ainsi que sur l'éventuelle audition accordée aux parties, le cas échéant sous quel délai et quelle forme⁹.

Quant au **paragraphe 8**, le Conseil n'a pas de commentaire particulier à formuler.

Article 5

- Le Conseil constate que l'article 6, paragraphe 1 point f) de la Directive qui concerne le pouvoir de publication régulière des décisions n'est pas repris dans le projet de loi sous avis. Bien qu'il est constant que le Conseil publie ses décisions prises dans le cadre de la loi relative à la concurrence, il serait utile de préciser ce pouvoir dans le contexte des décisions relatives aux pratiques visées par le projet de loi.
- L'article 5, **paragraphe 3**, du projet de loi donne pouvoir au Conseil d'infliger des amendes allant de 251 à 120 000 euros en cas de violation de la loi. Cette fourchette d'amende est calquée sur celle relative aux pratiques commerciales déloyales en vigueur dans le Code de la consommation. Toutefois, comme le rappelle à juste titre l'exposé des motifs du projet de loi : contrairement au Code de la consommation où seules les relations *business to consumer* (à savoir la protection des consommateurs personnes physiques) sont concernées, le projet de loi sous avis s'applique dans le cadre de relations *business to business* (à savoir les relations interentreprises). Il s'agit donc d'enjeux et de chiffres différents. La comparaison entre chiffre d'affaires des acheteurs et fourchette des amendes devrait, dans la majorité des cas, conduire à considérer le montant de l'amende comme insignifiant et donc non-dissuasif.

Le Conseil s'interroge d'autant plus sur le choix d'appliquer une fourchette si restrictive alors que des pays voisins - comme la France et la Belgique - ont introduit des amendes beaucoup plus dissuasives et adaptées aux enjeux de la législation concernée.

Ainsi, en vertu de sa législation relative aux pratiques commerciales déloyales entre entreprises, la France, sous l'article L.442-4 du Code de commerce a introduit « *une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants:*

- *cinq millions d'euros ;*
- *le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ;*

⁹ Ou une référence à l'article 26, paragraphe 5 de la loi relative à la concurrence.

- *5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. »*

La Belgique, avec l'article 9 de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises prend en compte 2 % du chiffre d'affaires de l'entreprise ou association d'entreprises concernée, à titre de seuil plafond.

Un fournisseur, établi au Luxembourg, qui souhaiterait porter plainte contre une pratique, pourrait avoir davantage intérêt à le faire auprès d'une autorité compétente étrangère où son acheteur est établi. En effet, si l'amende potentiellement infligée y est plus élevée, le fournisseur aura tout intérêt à maximiser les chances de dissuader la réitération d'un comportement abusif de l'acheteur. Or, il est en général plus commode pour un plaignant de s'adresser aux instances de l'Etat membre au sein duquel il est établi.

Le Conseil propose ainsi que l'amende soit calculée selon un seuil plafond en pourcentage du chiffre d'affaires mondial de l'acheteur, pris en compte au titre de l'article 1er du projet de loi. Les amendes auraient alors une réelle fonction « dissuasive » tel que l'article 5, paragraphe 3, du projet de loi le prévoit.

- L'article 5, **paragraphe 4** du projet de loi prévoit que le Conseil de la concurrence peut « *prendre des mesures conservatoires conformément à l'article 12 de la loi modifiée du 23 octobre 2011* ».

La loi relative à la concurrence prévoit la possibilité de prendre des mesures conservatoires uniquement à la demande de toute partie concernée. Si aucune demande n'est formulée ou si le dossier a été ouvert sur autosaisine du Conseil, aucune mesure conservatoire ne peut être imposée. Le projet de loi 7479 portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et abrogeant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence prévoit de pallier cette problématique¹⁰. Il conviendrait que cela s'applique également quant au projet de loi sous examen.

Enfin, l'article 12, paragraphe 1, deuxième alinéa de la loi relative à la concurrence conditionne l'intervention de mesures conservatoires à la condition que la « *pratique dénoncée porte une atteinte grave et irréparable à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante* ». Le Conseil souhaite que le projet de loi précise si de telles conditions sont également applicables dans le cadre de mesures conservatoires prises en matière de pratiques commerciales déloyales.

¹⁰ Article 44 du projet de loi 7479 : « *la formation collégiale réunie à trois peut, à la demande de toute partie concernée ou du conseiller instructeur, ordonner les mesures provisoires qui lui sont demandées ou qui lui apparaissent nécessaires [...]* ».

5. Conclusion

Le Conseil marque son accord avec le projet de loi susvisé, sous réserve des observations formulées.

Ainsi délibéré et avisé en date du 30 septembre 2020.



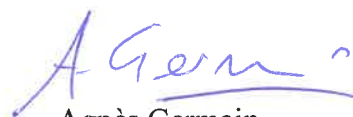
Pierre Barthelmé
Président



Mattia Melloni
Conseiller



Jean-Claude Weidert
Conseiller



Agnès Germain
Conseillère