

# NEWSLETTER

CONCURRENCE ET DISTRIBUTION



## A LA UNE

### Rentrée 2021 : Le droit de la concurrence sous le feu des projecteurs !

La régulation du marché numérique et l'équilibre des relations commerciales demeurent au cœur de la politique législative française et européenne de cette rentrée 2021. Le foisonnement des textes adoptés ou en cours d'adoption en témoigne.

Transposition de la directive UE dite « PCD », proposition de loi dite « EGalim 2 », projet de réforme du règlement UE n° 330/2010, « *Digital Markets Act* » : les sujets sont nombreux et invitent les entreprises à redoubler d'attention dans la conduite des prochaines négociations commerciales 2022 comme, de manière plus générale, dans l'appréciation de la licéité de leurs pratiques commerciales au regard des règles du droit de la concurrence.

#### **Droit de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence : transposition de la « directive PCD », proposition de loi « EGalim 2 »**

A l'aube des négociations commerciales 2022 c'est en premier lieu sur l'évolution des règles du Code de commerce et du Code rural et de la pêche maritime, en matière de transparence et de pratiques commerciales déloyales entre entreprises, que l'attention doit être portée. En effet, ces dernières viennent d'être modifiées (ord. n°2021-859 transposant la directive « PCD ») et le seront encore prochainement avec l'adoption de la proposition de loi « EGalim 2 ».

S'agissant des modifications d'ores et déjà adoptées, celles-ci sont issues de la **transposition de la directive (UE) 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** dite « PCD » par [l'ordonnance n° 2021-859 du 30 juin 2021](#). Outre la modification du formalisme des contrats de mandats conclus entre fournisseurs et distributeurs, par lesquels le fournisseur s'engage à accorder aux consommateurs, en cours d'année, des avantages promotionnels sur ses produits ou services (« NIP »), l'ordonnance modifie certaines dispositions relatives aux **délais de paiement** et ajoute **trois nouvelles pratiques commerciales prohibées**, assorties de sanctions administratives : l'interdiction de l'annulation de commande à trop brève échéance de produits agricoles et alimentaires périssables mentionnés à l'article L. 441-11, II, 1° C. com., l'interdiction de l'obtention, de l'utilisation ou

de la divulgation illicites de secrets d'affaires par un acheteur de produits agricoles et alimentaires et l'interdiction du refus, par toute personne exerçant des activités de production, de transformation, de distribution ou de services, de confirmer par écrit les conditions d'un contrat non conclu sous forme écrite et portant sur des produits agricoles et alimentaires.

Il reste toutefois que cette transposition pourrait s'avérer non conforme dès lors que la Commission européenne a annoncé avoir engagé une procédure d'infraction contre la France, notamment, pour n'avoir transposé que partiellement la directive ([CP, Commission européenne, 27 juillet 2021](#)).

S'agissant des modifications en cours d'adoption, la proposition de loi visant à protéger la rémunération des agriculteurs dite « **EGalim 2** » sera discutée en session extraordinaire au Parlement le 20 septembre 2021 ([D. du 1er septembre 2021](#)) et au Sénat les 21 et 22 septembre 2021 ([Ordre du jour des prochaines séances du Sénat](#)). Elle devrait modifier en profondeur les dispositions du Code rural et de la pêche maritime, s'agissant des relations « producteur – 1<sup>er</sup> acheteur », et du Code de commerce, s'agissant des relations « fournisseur – acheteur/distributeur » (cf. nos [Lettre d'information D-C n° 152 - Mai-Juin 2021](#) ; [Lettre d'information D-C n° 150 - Mars 2021](#)).

Le texte, qui a été adopté ([Texte adopté n° 639](#)) le 24 juin 2021 à l'Assemblée nationale en première lecture, est encore appelé à évoluer. On rappellera donc simplement, à ce stade, que la proposition prévoit notamment :

- A l'amont, la généralisation de la **contractualisation écrite pluriannuelle obligatoire** avec mécanisme de **révision automatique du prix** et prise en compte – dans la proposition de contrat ou d'accord-cadre, qui constitue le socle de la négociation, ainsi que dans le contrat ou accord-cadre – d'un ou plusieurs **indicateurs** (relatifs aux coûts pertinents de production en agriculture et à l'évolution de ces coûts et, en plus, pour le contrat ou l'accord-cadre, relatifs aux prix des produits agricoles ou alimentaires constatés sur les marchés et à l'évolution de ces prix ainsi que relatifs aux quantités, à la composition, à la qualité, à l'origine et à la traçabilité des produits ou au respect d'un cahier des charges) ;
- A l'aval, le renforcement de la **transparence des CGV**, lesquelles devront indiquer, dans certains cas, la part, en pourcentage du volume et du tarif, des **matières premières agricoles** ainsi que de la **convention écrite** (nouvelle convention spécifique aux produits alimentaires) laquelle devra reprendre ces éléments à l'identique et indiquer les modalités de leur prise en compte dans l'élaboration du prix convenu ; l'instauration d'un principe de **non-négociabilité du prix d'achat des matières premières agricoles** et une **révision automatique de la part des prix du contrat qui résulte du coût de la matière première agricole** à la hausse ou à la baisse en fonction de la variation du coût de cette matière première agricole ; le retour du **principe de « ligne à ligne »** et, dans certains cas, de l'**interdiction de discriminer**.

#### **Droit des pratiques anticoncurrentielles : révision du règlement UE n°330/2010, « Digital Markets Act »**

En matière de pratiques anticoncurrentielles, des évolutions de premier ordre sont également à attendre ainsi qu'en témoigne la publication, au début de l'été, des projets de textes révisés du règlement UE n° 330/2010 et des lignes directrices qui l'accompagnent soumis tous deux à consultation publique jusqu'au 17 septembre ([CP Commission européenne, 9 juillet 2021](#)).

Pour mémoire, le **règlement d'exemption par catégorie**, qui arrive à expiration le 31 mai 2022, prévoit que lorsque des accords verticaux – c'est-à-dire, en substance, « des accords relatifs à la fourniture et à la distribution de biens et de services » – remplissent certaines conditions, l'interdiction relative aux ententes prévue à l'article 101§1 du TFUE ne leur est pas applicable. En « *facilit[ant] considérablement l'évaluation des accords au regard de l'article 101 du TFUE* » et en « *contribu[ant] à réduire les coûts de mise en conformité* » (cf. note explicative sur la révision du règlement) ce règlement et les lignes directrices y afférentes constituent un véritable « guide d'analyse » pour les entreprises qui peuvent ainsi se livrer à l'auto-évaluation de leurs pratiques.

Compte tenu des résultats « globalement positifs » de sa mise en œuvre mais aussi du caractère nécessaire de son adaptation, en raison des évolutions du marché intervenues depuis son adoption (notamment en matière numérique), c'est le choix d'un maintien du mécanisme moyennant sa révision qui a été retenu (cf. notre [Lettre d'information D-C n° 145-sept. 2020](#)). La Commission indique (cf. note explicative précit.) que trois objectifs ont présidé au réexamen du texte, à savoir en synthèse : réduire les coûts de mise en conformité à la charge des entreprises en simplifiant certaines règles et en rationalisant les orientations existantes ; fournir des orientations actualisées dans un environnement remodelé par la croissance du commerce électronique et des plateformes en ligne ; réajuster la « zone de sécurité » instituée par le règlement dans certains domaines.

Parmi les modifications envisagées, on relèvera notamment :

- la définition, par le projet de règlement (art.1), des notions de « **ventes actives** » / « **ventes passives** », de « **restrictions des ventes actives ou passives** » (jusqu'alors traitées uniquement dans les lignes directrices) et de fournisseur de « **services d'intermédiation en ligne** » ;
- l'intégration, par le projet de règlement et ses lignes directrices, des principes directeurs issus de la jurisprudence de la CJUE (cf. aff. Pierre Fabre et Coty) pour l'appréciation de la licéité des **restrictions de ventes en lignes** (ex. conditions d'exploitation par les distributeurs de sites web, conditions de recours à des plateformes de vente en ligne) et la suppression de la qualification de restriction caractérisée s'agissant de certaines mesures indirectes de restriction (double prix et défaut d'équivalence globale entre les critères imposés pour la vente en ligne et hors ligne) à condition que ces restrictions « *n'aient pas pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients d'utiliser internet pour vendre leurs biens ou leurs services en ligne* » (cf. note explicative précit.) ;
- l'encadrement de la « **double distribution** », désignant « *les situations dans lesquelles un fournisseur vend ses produits ou services non seulement par l'intermédiaire de distributeurs indépendants, mais aussi directement aux clients finals, en concurrence directe avec ses distributeurs indépendants* », afin de tenir compte du fait que « *l'exception actuelle [la concernant] est susceptible de conduire à l'exemption d'accords verticaux pour lesquels les problèmes horizontaux pourraient ne plus être négligeables* » (cf. note explicative précit.) ;
- l'instauration d'une nouvelle restriction exclue du bénéfice de l'exemption (art. 5 d) du projet de Rglt) concernant « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à un acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables en* »

*utilisant des services d'intermédiation en ligne concurrent* », c'est-à-dire une **obligation de parité** entre plateformes imposée par les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne.

Ainsi que le relève la Commission, les modifications proposées sont « *cohérentes avec la proposition de législation sur les marchés numériques* » dite **Digital Markets Act** (DMA) (cf. note explicative précit.) qui constitue l'autre point clé de la rentrée 2021 en matière de pratiques anticoncurrentielles.

On se contentera ici de rappeler l'importance cruciale de ce projet qui vise en substance à lutter contre les conséquences négatives de certains comportements constatés de la part de **plateformes** agissant en tant que « **contrôleurs d'accès** » sur les marchés numériques (cf. notre [Lettre d'information D-C n° 148 – janv. 2021](#)). Ce texte a déjà fait l'objet de contributions destinées à alimenter les débats au Parlement et au Conseil en vue de son adoption. On relèvera à cet égard le document conjoint publié par le Réseau européen de concurrence (REC) abordant la question de l'implication des autorités nationales de concurrence dans la mise en œuvre du DMA ([CP ADLC, 23 juin 2021](#)), le [rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale le 22 juillet 2021](#) proposant une analyse critique du texte ainsi qu'un renforcement et une réorganisation de certaines obligations ou encore le [projet d'avis de la commission des affaires économiques et monétaires du Parlement européen du 7 juillet 2021](#) proposant également diverses modifications.

\*\*\*

En cette rentrée, les entreprises négocieront et auditeront leurs pratiques et leurs contrats à l'aune de ces nouvelles règles de concurrence.