

EGalim 3 : comment pleinement mobiliser, dès maintenant, les apports de la proposition de loi dans le cadre des négociations commerciales 2023 ?

Dans cette tribune, Romain Maulin et Laetitia Gosselet, avocats chez Maulin Avocats, analysent pour LSA la proposition de loi de Frédéric Descrozaille.

Réservé aux abonnés

Yves Puget

16 Janvier 2023 \ 07h25

6 min. de lecture



Le 11 janvier 2023, la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale a adopté la proposition de loi n°575 visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation (dite « EGalim 3 ») présentée par le député Frédéric Descrozaille, groupe Renaissance, après avoir examiné les quelque 66 amendements proposés.

Cette proposition de loi fait, actuellement, l'objet d'une procédure accélérée, engagée par le Gouvernement le 21 décembre 2022, ce qui traduit son souhait qu'elle soit adoptée le plus rapidement possible. Cela signifie concrètement qu'il n'y aura pas, comme c'est habituellement le cas, deux navettes entre l'Assemblée Nationale et le Sénat, mais une seule navette. Après l'examen du texte de la Commission des affaires économiques, en séance plénière, par l'Assemblée Nationale le 16 janvier 2023, le Sénat devrait, à son tour, inscrire l'examen de ce texte dans son propre calendrier, ce qui implique que la loi pourrait très certainement être adoptée et promulguée dans les toutes prochaines semaines. La question reste, toutefois, de savoir si la promulgation interviendra avant ou après le 1^{er} mars 2023, date butoir de la conclusion des conventions uniques.

En tout état de cause, les différentes avancées introduites par cette proposition de loi (et ses amendements) auront un impact significatif dans le cadre des négociations commerciales 2023. A notre sens, les fournisseurs ont, d'ores et déjà, intérêt à mobiliser pleinement certains apports de la future loi EGalim 3, non plus au stade des CGV qui ont déjà été adressées aux distributeurs, mais à tout le moins au stade des lettres de réserves (les propositions reprises ci-après constituent une sélection et ne prétendent pas à l'exhaustivité).

1. Lutter contre les abus manifestes des alliances internationales

Apport n°1 : un article L. 443-9 serait ajouté dans le Code de commerce, celui-ci prévoyant que « [l]es dispositions des chapitres Ier, II et III du présent titre s'appliquent à toute convention entre un fournisseur et un acheteur lorsque les produits ou services concernés sont commercialisés sur le territoire français », qu'elles sont d'ordre public et que « [t]out litige portant sur l'application de ces dispositions relève de la compétence exclusive des tribunaux français, sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France ».

- Impact concret dans le cadre des négociations commerciales 2023 : les dispositions du Code de commerce concernant la transparence, les pratiques restrictives de concurrence et les autres pratiques prohibées seraient automatiquement applicables, par l'effet de la loi, à l'ensemble des relations commerciales, dès lors que les produits concernés ont vocation à être commercialisés sur le territoire français.

Cet ajout pourrait être mobilisé dans le cadre des négociations commerciales 2023 afin de rappeler aux distributeurs et aux alliances à l'achat situés hors de France que les dispositions du titre IV du Code de commerce leur sont pleinement applicables. A notre sens, mobiliser, d'ores et déjà, cet apport dans le cadre de vos négociations commerciales est cruciale afin de résister au pouvoir de négociation et de contrainte des distributeurs et alliances à l'achat situés hors de France (comme Eurelec) qui tenteront, très probablement, de capitaliser sur le récent arrêt *Eurelec* de décembre 2022[1] pour refuser l'application du droit français, en particulier s'agissant des conditions d'applicabilité des pénalités logistiques.

2. Encadrer et réguler, de manière encore plus stricte, les pénalités logistiques

Apport n°2 : les pénalités logistiques, traditionnellement infligées par le distributeur, qui étaient plafonnées à un « *montant correspondant à un pourcentage du prix d'achat* » seraient désormais explicitement plafonnées en valeur puisque limitées à « *2% de la valeur de la ligne des produits commandés* »

Apport n°3 : l'application de pénalités logistiques seraient totalement interdites dans le cas de taux de service élevés (99% pour les promotions et 98,5% pour les produits hors promotion).

- Impact concret dans le cadre des négociations commerciales 2023 : ces apports pourraient immédiatement être mobilisés par les fournisseurs pour contester, avec encore plus d'efficacité, les propositions de pénalités logistiques adressées par les distributeurs.

Apport n°4 : plus radical encore, en cas de crise « *d'une ampleur exceptionnelle affectant gravement la chaîne d'approvisionnement* » (ce terme restant, à notre sens, sujet à interprétation), le Gouvernement pourrait unilatéralement décider d'interdire l'application de pénalités logistiques pour une durée maximale de 6 mois.

- Impact concret dans le cadre des négociations commerciales 2023 : au regard du contexte actuel, il nous semble que le Gouvernement pourrait souhaiter appliquer cet article dès son entrée en vigueur. Ainsi, cet amendement pourrait être mobilisé, par les fournisseurs, dans le cadre des négociations commerciales 2023 afin de rappeler aux distributeurs que l'application des pénalités logistiques fait l'objet d'une attention toute particulière des pouvoirs publics qui tendent manifestement à les réguler en intervenant directement pour les suspendre lors de situations d'une gravité particulière. Rappelons à ce titre que des engagements et un pacte, ont été souscrits, respectivement en avril et décembre 2022, par les fournisseurs et distributeurs pour encadrer le régime des pénalités logistiques dans le contexte exceptionnel de la reprise post-Covid et de la guerre en Ukraine[2].

3. Appliquer le nouveau tarif en cas d'absence d'accord au 1^{er} mars 2023

Apport n°5 : l'article L. 441-4 du Code de commerce serait complété de manière à ce qu'en cas d'absence d'accord tarifaire avant le 1^{er} mars 2023, le fournisseur et le distributeur disposent d'une période de transition d'un mois (pendant laquelle la convention unique de l'année précédente serait, aux conditions tarifaires 2022, prolongée) pour, sous l'égide du médiateur[3], s'accorder sur les termes d'une nouvelle convention unique ou d'un préavis de rupture commerciale. Le médiateur serait également tenu d'informer le ministre de l'Economie afin que celui-ci s'assure qu'aucun abus n'a été commis et que la négociation a pleinement été menée de bonne foi. Enfin, à défaut de la conclusion de la convention écrite ou de l'accord fixant les conditions d'un préavis à l'expiration de ce délai d'un mois, toute commande effectuée par le distributeur se ferait alors sur la seule base des CGV en vigueur, y compris le tarif 2023.

Apport n°6 : l'absence de bonne foi dans les négociations commerciales, qui aurait eu pour conséquence de ne pas aboutir à la conclusion d'un contrat dans le respect de la date butoir du 1^{er} mars 2023, constituerait une nouvelle pratique restrictive de concurrence, aux termes de l'article L. 442-1 I du Code de commerce, engageant la responsabilité civile de la partie ayant été de mauvaise foi.

- Impact concret dans le cadre des négociations commerciales 2023 : ces propositions pourraient être mobilisées dans le cadre des négociations commerciales 2023 afin de contraindre les distributeurs à conclure la convention unique avant la date butoir du 1^{er} mars 2023 sous risque de se voir sanctionnés pour mauvaise foi dans les négociations commerciales par l'engagement de leur responsabilité civile.

A notre sens, si ni le texte adopté par la Commission des affaires économiques ni l'amendement l'ayant proposé ne définit la « *mauvaise foi* », celle-ci devrait *a priori* pouvoir être caractérisée dès lors que le distributeur a (i) fait preuve d'inertie dans la négociation, (ii) multiplié les volte-face dans la négociation des plans d'affaires et/ou des tarifs proposés par le fournisseur ou (iii) usé de menaces, plus ou moins voilées, de référencement en cas de défaut d'accord. Si cette notion, trop imprécise, ne devait finalement pas être définie par la loi qui sera adoptée, il nous semble

qu'elle pourrait être difficile à mobiliser par la DGCCRF en ce qu'elle pourrait susciter des difficultés d'interprétation significatives.

[1] CJUE, 22 décembre 2022, n°C-98/22, qui a retenu que, dans certains cas, la législation du pays hôte du distributeur / de l'alliance devait prévaloir sur le droit français.

[2] Engagements des fournisseurs de produits agricoles et alimentaires et des enseignes de la grande distribution dans le contexte de guerre en Ukraine, 1^{er} avril 2022 et Pacte de solidarité commerciale pour les négociations commerciales 2023 agréé par les fournisseurs et les distributeurs sous l'égide de l'Etat, 8 décembre 2022.

[3] Médiateur des relations commerciales agricoles ou Médiateur des entreprises.