



Par Virginie Carvalho
Avocat – Senior Manager
KPMG Avocats



Emmanuel Tricot
Avocat – Associé
KPMG Avocats

Quels sont les apports de la loi « EGalim 3 » ?

Pour la troisième fois en cinq ans, le législateur a pris la décision de faire évoluer l'encadrement légal des négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs. En effet, la loi « EGalim 3 » s'inscrit dans la continuité de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018, pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, « EGalim 1 », et de la loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021, visant à protéger la rémunération des agriculteurs, « EGalim 2 ».

Introduction

Le 22 mars 2023, l'Assemblée nationale a ainsi adopté définitivement la proposition de loi *tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs* dite « EGalim 3 »¹⁾, publiée au journal officiel le 31 mars 2023 (L. n° 2023-221, 30 mars 2023, JO 31 mars).

L'adoption de la loi EGalim 3 résulte d'un double constat du législateur²⁾ :

- d'une part, les négociations commerciales continuent d'être marquées par un « déséquilibre structurel » entre fournisseur et distributeur, compte-tenu du :
 - i. déploiement de certaines centrales d'achats et de référencement par certains distributeurs à l'étranger permettant de négocier sous droit étranger le tarif de produits vendus sur le territoire français, et ainsi de potentiellement « contourner » l'application de la loi française ;

- ii. vide juridique en cas de désaccord entre fournisseur et distributeur à la date de clôture des négociations (soit le 1^{er} mars). Dans ces circonstances, un fournisseur peut être amené pendant plusieurs mois à livrer des produits à un tarif non représentatif de sa structure de coûts, ce qui en période d'inflation est particulièrement susceptible de matérialiser un déséquilibre entre les parties ;

- iii. constat d'« abus » portant sur l'application des pénalités logistiques par certains distributeurs (« pénalités sans que le préjudice ne soit démontré, pénalités alors que la rupture de rayon provient d'une désorganisation interne au distributeur, pénalités appliquées sur la valeur totale de la commande livrée, même si seuls certains produits d'une certaine catégorie sont non-conformes »³⁾) ;

- d'autre part, la nécessité de prolonger les mesures de protection du revenu agricole :
 - i. le relèvement de 10 % du seuil de revente à perte pour les produits alimentaires ;
 - ii. l'encadrement des promotions sur les produits alimentaires ayant été notamment reporté vers les rayons de la droguerie, de la parfumerie et de l'hygiène.

1 Proposition de loi *visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation*, n° 575 déposée le 29 novembre 2022 par Frédéric Descrozaille.

2 « L'essentiel sur... la proposition de loi *visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation* », Commission des affaires économiques, 8 févr. 2023.

3 *Ibid*, p. 3.

I.- Le caractère d' « ordre public » de la loi française sur les négociations commerciales

Comme expliqué, le premier objectif du législateur est de « lutter contre le phénomène d'évasion juridique que peuvent représenter certaines centrales d'achat internationales »⁴⁾.

C'est à ce titre que la loi EGalim 3 consacre le caractère d'ordre public des dispositions en matière de relations commerciales pour toute convention conclue entre un fournisseur et un acheteur relative à des produits ou services commercialisés en France. En d'autres termes, une centrale d'achat située à l'étranger doit appliquer la loi française en ce qui concerne les produits et services commercialisés auprès des consommateurs français.

L'article L. 444-1 A du Code de commerce dispose que : « les chapitres I^{er}, II et III du présent titre s'appliquent à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou services commercialisés sur le territoire français. Ces dispositions sont d'ordre public. Tout litige portant sur leur application 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 et sans préjudice du recours à l'arbitrage » (L. EGalim 3 préc., art. 1^{er}, gras ajouté).

Cette clarification est d'autant plus nécessaire alors que plusieurs sanctions⁵⁾ ont été prononcées ces dernières années par la DGCCRF en considération que la loi française s'applique aux contrats signés par une centrale d'achat installée à l'étranger avec des fournisseurs français dès lors que les produits sont distribués auprès de consommateurs français⁶⁾.

Tel a été le cas dans l'affaire Eurelec Trading : le 28 août 2020, la DIRECCTE d'Ile-de-France a sanctionné l'entreprise par une amende administrative de 6,314 millions d'euros notamment pour non-respect de la date butoir du 1^{er} mars de signature des conventions conclues avec ses fournisseurs français pour la distribution des produits dans les magasins Leclerc. Cette position a été confirmée par le jugement du Tribunal administratif de Paris du 23 juin 2022 qualifiant de loi de police les dispositions de l'article L. 441-3 du Code de commerce.

Récemment, dans une autre affaire Eurelec⁷⁾, un arrêt de la Cour de justice de l'Union Européenne du 22 décembre 2022 a jeté un doute quant à la compétence extraterritoriale du ministère de l'économie

et des finances (CJUE, 8^{ème} ch., 22 déc. 2022, n° C-98/22). La CJUE a ainsi considéré que l'action du ministère ne relevait pas de la matière civile et commerciale au sens du droit européen en raison de ses prérogatives de puissance publique et renvoyé à la Cour d'appel de Paris le soin de trancher le litige.

Cependant, le très large champ d'application du nouvel article L. 444-1 A du Code de commerce risque d'être source d'insécurité juridique : il ne se limite pas qu'aux centrales d'achat internationales mais englobe également tout fournisseur ou acheteur indépendamment de leur localisation, et plus globalement l'ensemble des dispositions des pratiques commerciales déloyales (chap. II) ou relatives aux produits agricoles / denrées alimentaires (chap. III).

II.- Clarification en l'absence d'accord entre les parties à l'échéance du 1^{er} mars

L'article L. 441-3 du Code de commerce encadre les négociations commerciales en disposant qu'une convention écrite doit être conclue au plus tard le 1^{er} mars, sans cependant préciser la marche à suivre en cas de désaccord.

Face à ce vide juridique, la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) a constaté qu'en l'absence d'accord au 1^{er} mars, « il arrive pourtant que des distributeurs passent commande. Ils sont alors livrés et facturés au nouveau tarif qu'ils ont refusé, mais déduisent de leur règlement l'écart entre le nouveau tarif et l'ancien »⁸⁾. La CEPC considère que la relation commerciale doit alors être considérée comme inexistante (aucune commande ne doit être passée, ni aucune livraison effectuée).

L'article 9 de la loi EGalim 3 prévoit qu'à titre expérimental, pour une durée de trois ans, à défaut de convention conclue au plus tard le 1^{er} mars (ou dans les deux mois suivant le début de la période de commercialisation des produits/services soumis à un cycle de commercialisation particulier), le fournisseur peut :

- mettre fin à la relation commerciale sans que le distributeur puisse invoquer une rupture brutale des relations commerciales ; ou
- demander l'application d'un préavis.

À cet égard, les parties peuvent saisir le médiateur des relations commerciales agricoles (ou le médiateur des entreprises) afin de conclure un accord fixant les conditions d'un préavis tenant compte des « conditions économiques du marché » concerné, sous son égide avant le 1^{er} avril. En cas d'accord sur le préavis, le prix convenu s'applique rétroactivement aux commandes passées à compter du 1^{er} mars. En cas de désaccord sur le préavis, le fournisseur peut mettre fin à toute relation commerciale avec le distributeur, sans que celui-ci puisse invoquer une rupture brutale des relations commerciales.

En cas de non-respect de l'échéance au 1^{er} mars, l'article L. 441-6 du Code de commerce prévoit une amende administrative dont le montant ne peut excéder 200 000 € pour une personne phy-

4 Ibid, p. 5.

5 À titre d'exemple, le 7 janvier 2022, Intermarché alimentaire international (ITM AI) a été sanctionnée par une amende administrative de 19,20 millions d'euros pour non-respect de la réglementation française. Cette sanction fait l'objet d'un recours contentieux devant le tribunal administratif.

6 Rapport au nom de la Commission des affaires économiques sur la proposition de loi visant à sécuriser l'approvisionnement des frais en produits de grande consommation, par M. Frédéric Descrozaille, 11 janv. 2023, p. 4.

7 Le ministre de l'Économie et des finances avait assigné Eurelec et trois sociétés devant le tribunal de commerce de Paris les 19 juillet et 27 septembre 2019 à raison de pratiques restrictives de concurrence supposées. Sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce (C. com., art. L.442-1), le Ministre demandait qu'une amende de 117,30 millions d'euros soit infligée et qu'il soit enjoint aux entreprises de cesser les pratiques visées (et que le jugement soit publié).

8 Avis CEPC n° 10-15 sur l'application de la LME à certaines relations fournisseurs / distributeurs.

sique et 1 000 000 € pour une personne morale. Le maximum de l'amende encourue est porté à 400 000 € pour une personne physique et à 2 000 000 € pour une personne morale en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans.

III.- Encadrement et contrôle des pénalités logistiques

Par ailleurs, le législateur constate que certains distributeurs utilisent les pénalités logistiques imposées aux fournisseurs comme un « véritable centre de profit (elles peuvent atteindre plusieurs millions d'euros) »⁹ ce qui justifie selon lui d'encadrer les pénalités logistiques.

D'une part, l'article L. 441-17, I du Code de commerce encadre le montant des pénalités infligées au fournisseur par le distributeur. Ces pénalités sont proportionnées au préjudice subi dans la limite d'un plafond équivalent à 2 % de la valeur des produits commandés relevant de la catégorie de produits pour laquelle l'inexécution d'engagements contractuels a été constatée. Il appartient au distributeur de transmettre au fournisseur un avis de pénalité logistique en raison d'une inexécution d'engagement contractuel et d'apporter, par tout moyen, la preuve dudit manquement.

S'agissant des pénalités appliquées par le fournisseur en cas d'inexécution d'un engagement contractuel du distributeur, le nouvel article L.441-18 du code de commerce prévoit un plafonnement équivalent des pénalités (soit un plafond équivalent à 2% de la valeur des produits commandés concernés par l'inexécution).

A la lumière du contexte économique, le législateur a prévu qu'en cas de « situation exceptionnelle » affectant « gravement » les chaînes d'approvisionnement (pour des causes non imputables au fournisseur ou au distributeur), les pénalités logistiques prévues contractuellement peuvent être suspendues par décret en Conseil d'Etat pour une durée maximale de six mois renouvelable (nouvel article L. 441-17 du code de commerce).

D'autre part, le nouvel article L. 441-3 du Code de commerce prévoit une convention écrite spécifique entre fournisseur et distributeur (ou prestataire de services) – distincte de la convention générale - portant sur le montant des pénalités logistiques et les modalités de détermination de ce montant. Cette convention logistique est autonome de la convention générale de sorte que : (i) les dispositions relatives à l'échéance du 1^{er} mars ne s'appliquent pas et (ii) la résiliation de la convention générale n'entraîne pas la résiliation automatique de la convention logistique.

Ces pénalités logistiques sont soumises au contrôle de la DGCCRF, le nouvel article L. 441-19 du Code de commerce prévoit :

- qu'au plus tard le 31 décembre de chaque année, le distributeur doit communiquer à la DGCCRF le montant des pénalités logistiques infligées à ses fournisseurs au cours des douze derniers mois ainsi que celui effectivement perçu. Il doit détailler ces montants pour chacun des mois. Une obligation similaire est prévue pour le fournisseur ;
- qu'avant le 31 décembre 2023, le distributeur doit communiquer à la DGCCRF le montant des pénalités logistiques infligées à ses fournisseurs, en 2021 et en 2022, en les détaillant mois par mois ainsi que le montant effectivement perçu ;
- que sur la base de ces informations, le Gouvernement transmettra chaque année une synthèse de ces communications au Président de la Commission chargée des affaires économiques de l'Assemblée nationale et du Sénat, laquelle ne peut être rendue publique.

Le non-respect par le distributeur ou le fournisseur de cette obligation de communication est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 500 000 € pour une personne morale. En cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive, le maximum de l'amende encourue est porté à 150 000 € pour une personne physique et à 1 000 000 € pour une personne morale.

IV.- Prorogation des dispositions relatives au relèvement du seuil de revente à perte et de l'encadrement des promotions

L'article 2 de la loi EGalim 3 proroge (i) les mesures de majoration du seuil de revente à perte, et (ii) d'encadrement des promotions concernant les denrées alimentaires. Ces mesures ont été introduites par la loi EGalim 1 (Ord. n° 2018-1128, 12 déc. 2018, relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires) puis prolongées jusqu'au 15 avril 2023 par la loi « ASAP » (L. n° 2020-1525, 7 déc. 2020, d'accélération et de simplification de l'action publique).

A. Sur le seuil de revente à perte

Le législateur entend « forcer » les distributeurs à réaliser un minimum de marge sur les produits qu'ils vendaient à prix coûtant (ils en faisaient des produits d'appel) afin qu'ils négocient moins durement les tarifs d'achat des produits agricoles pour que, in fine, le revenu des agriculteurs augmente »¹⁰.

C'est dans ce contexte, qu'en application de l'article 125 I de la loi ASAP, les distributeurs doivent revendre les produits alimentaires au minimum au prix d'achat majoré de 10% (« SRP+10 »).

9 « L'essentiel sur... la proposition de loi visant à sécuriser l'approvisionnement des français en produits de grande consommation », Commission des affaires économiques, 8 févr. 2023, p. 3.

10 « L'essentiel sur la proposition de loi visant à sécuriser l'approvisionnement des français en produits de grande consommation », Commission des affaires économiques, 8 févr. 2023, p. 4.

Pour rappel, le seuil de revente à perte est calculé de la façon suivante : le prix d'achat effectif⁽¹¹⁾ est affecté d'un coefficient de 1,10 pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie revendus en l'état au consommateur. L'article 2 de la loi EGalim 3 proroge ce dispositif du SRP+10 jusqu'au 15 avril 2025, les fruits et légumes frais en étant exclus⁽¹²⁾.

Par ailleurs, le législateur a renforcé les obligations de transparence qui pèsent sur les distributeurs, lesquels devront communiquer aux Ministres chargés de l'économie et de l'agriculture, avant le 1^{er} septembre de chaque année, un document présentant la « *part du surplus de chiffre d'affaires* » enregistrée à la suite de la mise en œuvre du SRP+10 qui « *s'est traduite par une revalorisation des prix d'achat des produits alimentaires et agricoles auprès de leurs fournisseurs* ». Ce document n'est là encore pas rendu public.

B. Encadrement des promotions sur les produits de grande consommation

Pour rappel, en application de l'article 125 II de la loi ASAP, les avantages promotionnels accordés au consommateur pour un produit ne doivent pas être supérieurs à 34 % du prix de vente au consommateur (en valeur). Ces avantages promotionnels ne doivent pas non plus représenter plus de 25 % (en volume, par exemple le volume du chiffre d'affaires prévisionnel prévu par la convention générale).

L'article 7 de la loi EGalim 3 ne vise plus les « *denrées alimentaires ou produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie* » mais se réfère aux « *produits de grande consommation* ». Ce dispositif entrera en vigueur au 1^{er} mars 2024 jusqu'au 15 avril 2026.

Avant le 1^{er} octobre de chaque année, le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant les effets de l'encadrement des promotions sur les prix de vente des produits de grande consommation⁽¹³⁾. Ce rapport précise la liste des pratiques constatées par les services de la DGCCRF tendant à contourner les objectifs et indique les remèdes mis en œuvre pour éviter ces contournements.

V.- Autres dispositions d'encadrement

A. Attestation du tiers indépendant en amont de la négociation

Pour rappel, l'article L.441-1-1 du Code de commerce consacre la non-négociabilité de la matière première agricole (MPA) avec

trois options⁽¹⁴⁾. Selon le Médiateur des relations commerciales, l'option 3 a été la plus choisie. Il relève cependant des blocages lors de la négociation justifiant que le législateur apporte certaines précisions :

- afin de permettre au tiers indépendant d'établir l'attestation décrivant l'évolution du tarif du fournisseur, ce dernier doit lui communiquer « *la méthodologie employée pour déterminer l'impact sur son tarif de l'évolution du prix desdites matières premières agricoles ou desdits produits transformés* » ;
- cette attestation du tiers indépendant est fournie par le fournisseur au distributeur dans le mois qui suit l'envoi des conditions générales de vente ; et
- le tiers indépendant fournit une seconde attestation de ce que la négociation n'a pas porté sur la part de l'évolution du tarif du fournisseur qui résulte de celle du prix MPA (C. com., art. L. 443-8 II). A défaut d'attestation dans le mois qui suit la conclusion du contrat, les parties qui souhaitent poursuivre leur relation contractuelle modifient leur contrat dans un délai de deux mois à compter de la signature du contrat initial.

B. Inclusion de la bonne foi

Par ailleurs, l'article 9 de la loi EGalim 3 intègre une nouvelle pratique restrictive de concurrence à l'article L. 442-1 du Code de commerce : la bonne foi dans les négociations. Engage ainsi sa responsabilité le fournisseur ou le distributeur qui n'aura pas mené de « *bonne foi les négociations commerciales conformément à l'article L. 441-4, ayant eu pour conséquence de ne pas aboutir à la conclusion d'un contrat* » dans le respect de la date butoir du 1^{er} mars.

C. Clarification de l'obligation des grossistes

L'article 19 de la loi EGalim 3 vise à regrouper les différentes dispositions applicables aux grossistes pour en faire une présentation plus claire.

D. Prochaines étapes

Par ailleurs, l'article 20 de la loi EGalim 3 prévoit la possibilité pour certains produits agricoles et alimentaires de déroger à l'obligation de renégociation visée par l'article L.441-8 du Code de commerce.

S'agissant des produits sous signe d'identification de la qualité et de l'origine, le Gouvernement remettra au Parlement, dans un délai de trois mois à compter de la promulgation de la loi EGalim 3, un rapport étudiant la possibilité de mise en place d'un encadrement des marges des distributeurs sur ces produits afin que celles-ci ne soient pas supérieures aux marges réalisées sur les produits conventionnels. ■

11 « Prix d'achat effectif » au sens des dispositions de l'article L.442-5 I du Code de commerce.

12 En application de l'article 2 de la loi EGalim 3, le SRP+10 n'est pas applicable aux produits mentionnés aux parties IX et XI de l'annexe 1 au Règl. (UE) n° 1308/2013 PE et Cons., 17 déc. 2013, portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil.

13 Le rapport devra distinguer les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie des autres produits de grande consommation.

14 Les trois options sont les suivantes : indiquer (i) pour chacun des produits transformés le pourcentage de chaque matière première en volume et en pourcentage du tarif (*option 1*), ou ces mêmes informations de manière agrégée pour chaque produit transformé (*option 2*), ou (ii) faire intervenir un tiers indépendant pour certifier que la négociation n'a pas porté sur la part de l'évolution du tarif du fournisseur résultant du prix des MPA (*option 3*).