



Bruxelles, le 31.1.2013
COM(2013) 37 final

LIVRE VERT

SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES DANS LA CHAÎNE D'APPROVISIONNEMENT ALIMENTAIRE ET NON-ALIMENTAIRE INTERENTREPRISES EN EUROPE

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LIVRE VERT

SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES DANS LA CHAÎNE D'APPROVISIONNEMENT ALIMENTAIRE ET NON-ALIMENTAIRE INTERENTREPRISES EN EUROPE

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

Table des matières

| | | |
|------|--|----|
| 1. | INTRODUCTION..... | 4 |
| 2. | DÉFINITION DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES | 7 |
| 2.1. | La notion de pratiques commerciales déloyales..... | 7 |
| 2.2. | Exemples de pratiques commerciales déloyales | 9 |
| 2.3. | Les répercussions possibles des pratiques commerciales déloyales | 10 |
| 3. | LES CADRES JURIDIQUES EN MATIÈRE DE PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES | 12 |
| 3.1. | Des cadres juridiques fragmentés au niveau national | 12 |
| 3.2. | Protection contre les pratiques commerciales déloyales à l'échelle de l'UE | 14 |
| 4. | APPLICATION DES RÈGLES CONTRE LES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES | 17 |
| 4.1. | Mécanismes d'application à l'échelle nationale..... | 17 |
| 4.2. | Mécanismes d'application à l'échelle de l'UE | 19 |
| 5. | TYPES DE PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES..... | 20 |
| 5.1. | Clauses contractuelles ambiguës..... | 20 |
| 5.2. | Absence de contrats écrits | 21 |
| 5.3. | Changements rétroactifs dans le contrat | 21 |
| 5.4. | Transfert abusif de risque commercial | 21 |
| 5.5. | Utilisation abusive d'informations | 22 |
| 5.6. | Cessation abusive d'une relation commerciale..... | 22 |
| 5.7. | Restrictions territoriales de l'offre | 22 |
| 5.8. | Caractéristiques communes des PCD..... | 24 |
| 6. | OBSERVATIONS GÉNÉRALES | 25 |
| 7. | PROCHAINES ÉTAPES | 25 |

1. INTRODUCTION

La chaîne d'approvisionnement interentreprises («B2B») constitue un élément essentiel de l'économie européenne. Elle achemine les produits et les services du fournisseur au consommateur et a une incidence directe sur la croissance économique et l'emploi. Dans l'UE, le commerce de détail représente 4,3 % du PIB, emploie 18,7 millions (soit 8,3 %) de salariés et occupe 17 % des PME¹. Il assure la distribution au consommateur des biens et services provenant d'autres secteurs d'activité, comme l'agriculture, l'industrie, la logistique et les services informatiques.

Le présent livre vert est consacré à la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises, à savoir la chaîne des opérations entre entreprises ou entre entreprises et autorités publiques qui permet la distribution de biens essentiellement destinés au grand public, en vue de leur consommation ou de leur utilisation par les particuliers ou les ménages. La chaîne d'approvisionnement est composée d'un certain nombre d'acteurs (les producteurs, les transformateurs et les distributeurs) qui ont tous une incidence sur le prix final payé par le consommateur. Cette incidence varie en fonction du sous-secteur alimentaire ou non-alimentaire concerné. Le bon fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises est crucial pour que ces secteurs déploient au maximum leur potentiel économique.

Au cours des 20 dernières années, cette chaîne d'approvisionnement a considérablement évolué pour des raisons économiques, sociales et démographiques. Elle a connu des changements structurels dus à une concentration accrue et à une intégration verticale dans l'ensemble de l'UE. Plusieurs accords d'achats internationaux ont été conclus entre détaillants afin de réaliser des économies d'échelle dans l'approvisionnement grâce à un plus grand pouvoir d'achat. Le développement des marques de distributeur a transformé certains commerçants en concurrents directs de leurs fournisseurs. De plus, un petit nombre d'acteurs relativement puissants de la chaîne d'approvisionnement semblent disposer d'un pouvoir de négociation considérable.

Ces facteurs peuvent parfois générer des pratiques commerciales déloyales (PCD) dans les relations tout au long de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises. Les PCD sont des pratiques qui s'écartent manifestement de la bonne conduite commerciale et sont contraires aux principes de bonne foi et de loyauté. Les PCD sont généralement imposées lorsqu'il y a un déséquilibre entre une partie forte et une partie faible et peuvent exister des deux côtés de la relation entre entreprises et à toute étape de la chaîne d'approvisionnement.

À l'échelle de l'UE, les premières discussions sur les PCD concernaient le secteur alimentaire européen et ont eu lieu en 2009, lorsque les prix à la consommation ont grimpé dans le cadre des hausses des prix agricoles. Le manque de transparence sur le marché, l'inégalité des rapports de forces et les pratiques anticoncurrentielles auraient conduit à des distorsions sur le marché, avec des effets potentiellement négatifs sur la compétitivité de l'ensemble de la

¹ Eurostat, 2010.

chaîne d'approvisionnement alimentaire. Il est donc apparu nécessaire d'analyser le fonctionnement de cette chaîne. La Commission a estimé que les consommateurs ne bénéficiaient pas de conditions suffisamment équitables en termes de gammes de produits et de prix et que les intermédiaires, l'industrie de transformation alimentaire et les détaillants comprimaient les marges des producteurs agricoles². En effet, le fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement alimentaire a un impact sur le quotidien des citoyens de l'UE (environ 14 % des dépenses des ménages sont consacrées aux produits alimentaires³) et sur le fonctionnement de secteurs d'activité tels que l'agriculture, l'industrie de transformation alimentaire et le commerce de détail. En outre, les prix réels des denrées alimentaires ont augmenté de plus de 3 % rien qu'en 2008⁴, ce qui a fait chuter le pouvoir d'achat et la confiance des consommateurs, et ils sont devenus l'un des principaux facteurs de l'inflation globale des prix. En réaction à cet état de fait, une plateforme d'experts sur les pratiques contractuelles entre entreprises a été mise en place en 2010, dans le cadre du Forum à haut niveau sur l'amélioration du fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, afin de chercher une solution à ce problème. En 2011, la plateforme d'experts a présenté une liste de principes relatifs aux pratiques loyales et déloyales dans les relations verticales au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, ainsi qu'une série d'exemples. Cette liste a été signée par onze organisations représentant différents intérêts dans la chaîne européenne d'approvisionnement alimentaire⁵. En 2012, la plateforme a travaillé sur un mécanisme d'application. Malgré cet effort commun, le cadre proposé n'a pas défini de solutions effectives aux manquements et n'avait pas reçu le soutien des représentants de l'ensemble de la chaîne au moment de la troisième réunion du Forum à haut niveau du 5 décembre 2012. Toutefois, huit des onze organisations ont annoncé leur intention de lancer la mise en œuvre des principes concernant les pratiques loyales sur une base volontaire début 2013⁶. En même temps, toutes les parties prenantes poursuivent les travaux afin de trouver un compromis au moyen de cette approche sectorielle. La Commission encourage toutes les parties prenantes à trouver un accord au cours des prochains mois. La Commission a également prolongé le mandat du Forum à haut niveau jusqu'au 31 décembre 2014⁷ et continuera de suivre les évolutions spécifiques de la chaîne d'approvisionnement alimentaire pour se tenir au courant des avancées réalisées.

Parallèlement, la Commission commencera à travailler sur une analyse d'impact des différentes options afin de résoudre la question des PCD. Dans cette analyse d'impact, elle étudiera aussi dans quelle mesure ce problème peut être résolu au niveau local, ou si une solution au niveau de l'UE est nécessaire. Cette approche préservera les réalisations du Forum à haut niveau dans le secteur alimentaire tout en envisageant toutes les solutions possibles allant de l'autorégulation à la législation. Sur la base de ces travaux, la Commission fera des propositions appropriées au second semestre 2013.

² «Une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe», COM(2009) 591 du 28 octobre 2009.

³ Eurostat, 2012.

⁴ Idem.

⁵ AIM, CEJA, CELCAA, CLITRAVI, Copa-Cogeca, ERRT, EuroCommerce, Euro Coop, FoodDrinkEurope, UEAPME et UGAL.

⁶ AIM, CELCAA, ERRT, EuroCommerce, Euro Coop, FoodDrinkEurope, UEAPME et UGAL.

⁷ Décision de la Commission du 19 décembre 2012 modifiant la décision du 30 juillet 2010 en ce qui concerne son applicabilité et la composition du Forum à haut niveau sur l'amélioration du fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, (2012/C 396/06), JO C 396 du 21.12.2012, p. 17.

Les PCD ont fait l'objet d'une série d'études et d'enquêtes dans plusieurs États membres⁸. Un rapport récent du réseau européen de la concurrence (REC) a confirmé qu'un grand nombre d'autorités nationales de la concurrence considéraient l'existence de PCD⁹ comme un problème dans le secteur alimentaire.

Rappelons toutefois que, dans une perspective plus large, les PCD peuvent avoir lieu non seulement dans le secteur alimentaire mais aussi dans d'autres secteurs. Le présent livre vert permettra de rassembler des informations sur ce problème, qui peut être lié à un certain nombre de facteurs. Premièrement, le commerce de détail alimentaire et non-alimentaire a évolué vers un modèle mixte dans lequel la plupart des détaillants fournissent des gammes de denrées alimentaires, de biens domestiques et autres, sous la même direction et aux mêmes conditions. Deuxièmement, certains très grands fabricants produisent des denrées alimentaires et d'autres biens comme des détergents, des cosmétiques, des produits d'hygiène, etc. Si l'importance de certaines marques vient s'ajouter à ce facteur, la relation entre le fournisseur et le détaillant peut aussi être altérée. Plusieurs pratiques de ce type ont été repérées dans un certain nombre de secteurs, notamment l'ameublement et le textile¹⁰. Dans le secteur de l'habillement, un rapport de 2007 sur les relations commerciales dans la chaîne de l'habillement a répertorié neuf pratiques entre fabricants et détaillants qui étaient perçues comme déloyales. Parmi celles-ci, il y avait notamment: la répercussion automatique du coût de promotion encouru par le détaillant, la refacturation, les retards de paiement, le renvoi des invendus, la cessation soudaine de la relation commerciale et l'exploitation des idées innovantes contenues dans les échantillons¹¹.

Dans un rapport sur la surveillance du marché du commerce et de la distribution¹², la Commission fait mention de l'existence de PCD dans différents secteurs du commerce de détail. Le Parlement européen a également reconnu qu'il était nécessaire de ne pas se limiter à l'industrie agro-alimentaire et a exhorté la Commission à prendre des mesures à cet égard¹³. Dans l'acte pour le marché unique I¹⁴, la Commission a fait part de son intention de lancer une initiative pour lutter contre les PCD dans les relations commerciales. De plus, un certain nombre de consultations réalisées récemment auprès d'entreprises ont confirmé l'existence de ce problème¹⁵.

⁸ Ces États membres sont l'Allemagne, la Bulgarie, l'Espagne, la Finlande, la France, l'Irlande, l'Italie, la Lituanie, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni et la Slovénie.

⁹ Rapport du REC sur l'application des règles de concurrence et les activités de surveillance du marché par les autorités européennes de la concurrence dans le secteur alimentaire, mai 2012, p. 130-134.

¹⁰ *Business relations in the EU Clothing Chain: from industry to retail and distribution* (Les relations commerciales dans la chaîne de l'habillement de l'UE: de l'industrie au commerce de détail et à la distribution), Université Bocconi, ESSEC Business School et Baker & McKenzie, 2007, p.124.

¹¹ *Business relations in the EU Clothing Chain: from industry to retail and distribution*, p.126.

¹² Rapport sur l'exercice de surveillance du marché du commerce et de la distribution «Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020», COM(2010) 355 du 5 juillet 2010.

¹³ Résolution du Parlement européen sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable [2010/2109(INI)], 5 juillet 2011.

¹⁴ L'Acte pour le marché unique. Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance – «Ensemble pour une nouvelle croissance», COM(2011) 206 du 13 avril 2011.

¹⁵ Enquête sur les PCD auprès des États membres; rapport du REC sur l'application des règles de concurrence et les activités de surveillance du marché par les autorités européennes de la concurrence dans le secteur alimentaire, mai 2012, p. 131; panel d'entreprises européennes; consultation sur la

Les PCD peuvent avoir des effets néfastes sur l'économie de l'UE et notamment sur la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises. Ces pratiques peuvent nuire à la capacité d'investissement et d'innovation des entreprises, en particulier des PME. En outre, l'existence de règles nationales fragmentées peut constituer un obstacle supplémentaire à l'exercice d'activités d'approvisionnement et de distribution transfrontières à l'intérieur du marché unique.

Le présent livre vert contient une évaluation préliminaire et vise à recueillir de nouveaux éléments et avis sur les éventuels problèmes posés par les PCD dans les relations établies tout au long de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises et liées à l'application efficace des règles nationales existantes qui visent à lutter contre les PCD, ainsi que de leurs incidences sur le marché unique. Son objectif est de lancer une consultation auprès des parties prenantes sur cette analyse afin de rassembler des informations et, le cas échéant, de définir les prochaines étapes possibles pour résoudre ce problème.

Un meilleur fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement permettrait de favoriser une plus grande intégration économique et de remédier aux principales défaillances du marché unique dues aux PCD et à la fragmentation des règles nationales visant à lutter contre celles-ci. Il contribuerait à l'objectif plus large de l'UE qui vise une économie plus intelligente, durable et inclusive d'ici à 2020.

2. DÉFINITION DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

2.1. La notion de pratiques commerciales déloyales

La liberté contractuelle est l'un des fondements de toute relation entre entreprises dans une économie de marché. Les parties doivent être en mesure de rédiger un contrat qui répond au mieux à leurs besoins. Sont notamment concernées les PCD exercées lors de négociations précontractuelles et qui sont ensuite intégrées dans les clauses contractuelles. Afin de tirer des bénéfices communs de cette liberté contractuelle, les parties doivent se trouver dans une position qui leur permet de vraiment négocier les clauses du contrat. Toutefois, dans les cas où l'une des parties contractantes est en position de force dans la négociation, elle peut unilatéralement imposer des conditions à l'autre partie – et donc influencer de manière excessive la relation commerciale pour favoriser exclusivement ses propres intérêts économiques. En particulier, elle peut avoir recours à des clauses nettement disproportionnées et, en raison de sa position de force, elle ne les négociera pas une à une. Dans ce cas, la partie peut ne pas être en mesure de rejeter ces conditions défavorables, qui ont été imposées unilatéralement, de peur de ne pas signer le contrat, voire d'être réduite à l'inactivité. Plusieurs facteurs peuvent générer des rapports de force aussi inégaux, par ex. une différence significative de taille ou de chiffre d'affaires des parties, une dépendance économique ou des coûts irrécupérables importants encourus par l'une des parties (par ex. investissements initiaux élevés).

Les PCD sont généralement imposées lorsqu'il y a un déséquilibre entre une partie forte et une partie faible – qui souvent n'est pas en mesure de mettre fin à cette relation inéquitable et de

directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative affectant les entreprises.

changer de partenaire commercial, en raison des coûts qu'implique un tel changement ou du manque d'alternative à ce contractant. Il importe de noter que le déséquilibre peut provenir d'un côté comme de l'autre de la relation entre entreprises: les détaillants et les fournisseurs peuvent être victimes de PCD qui peuvent avoir lieu à toute étape de la chaîne d'approvisionnement au détail interentreprises. Cette situation peut se produire lorsque, par exemple, des producteurs agricoles, qui disposent souvent d'un choix limité de partenaires commerciaux pour l'achat de leur production et, en raison des caractéristiques inhérentes à de nombreux produits, ne sont pas toujours capables de stocker leur production pour une plus longue période afin de pouvoir obtenir de meilleures conditions de vente.

Ces pratiques peuvent consister à ne pas fournir suffisamment d'informations sur les clauses contractuelles, à exiger des paiements pour des biens ou des services qui n'ont aucune valeur pour le contractant, à modifier unilatéralement ou rétroactivement les clauses, à demander le paiement de services fictifs, ou à empêcher les contractants de s'approvisionner dans d'autres États membres, ce qui entraîne le morcellement du marché unique.

Les PCD peuvent apparaître à tout moment de la relation entre entreprises. Elles peuvent être mises en œuvre lors de la négociation d'un contrat, faire partie du contrat même ou être imposées lors de la phase post-contractuelle (par ex. changements contractuels rétroactifs).

Après la signature d'un contrat, les PCD peuvent simplement consister à appliquer les clauses inéquitables qu'il contient. Toutefois, même lorsque les clauses d'un contrat semblent être acceptables pour les deux parties, d'éventuels problèmes sont encore susceptibles d'apparaître. En général, les contrats ne couvrent pas toutes les facettes du comportement des parties dans la phase d'exécution du contrat ou sont si complexes que les parties ne comprennent pas toutes les implications de leurs clauses dans la pratique. En outre, les parties peuvent ne pas avoir le même niveau d'information sur la transaction, ce qui peut entraîner un comportement abusif de la partie la plus forte vis-à-vis d'une autre plus faible. Sur ce point, les PME sont généralement dans une position désavantageuse par rapport aux contreparties plus importantes car elles peuvent manquer de connaissances spécialisées pour appréhender toutes les implications des clauses convenues.

Sur un marché fonctionnant de manière optimale, le manque de confiance entre les parties entraînerait un changement de partenaire commercial. Les coûts élevés liés à ce changement ou l'absence même d'une telle possibilité créent des rapports de forces inéquitables qui peuvent encourager la partie la plus forte à avoir un comportement abusif.

L'incapacité de changer de partenaire commercial et l'impossibilité de mettre fin à la relation existante sont des facteurs clés pour le développement de PCD. De plus, la partie la plus faible craint souvent que la relation commerciale se termine si elle se plaint. Le «facteur crainte» rend ces plaintes bien moins probables et est donc l'une des principales questions à examiner lorsqu'on évalue l'adéquation d'un mécanisme d'application. Par exemple, 87 % des fournisseurs n'iraient pas au-delà d'une discussion avec leur client. Près de 2/3 (65 %) d'entre eux ne prennent aucune mesure par crainte de représailles et 50 % doutent de l'efficacité du système de recours¹⁶. Récemment, près de la moitié des fournisseurs et des producteurs

¹⁶ Dedicated Research, *AIM-CIAA Survey on Unfair Commercial Practices in Europe* (enquête AIM-CIAA sur les pratiques commerciales déloyales en Europe), mars 2011, voir: <http://www.dlf.no/filestore/CIAAIMSurveyonUCP-Europe.pdf>

invités à se présenter devant la commission parlementaire irlandaise chargée des relations fournisseur-détaillant sur le marché de l'alimentation en Irlande, pour parler de leurs rapports avec les détaillants, ont décliné l'invitation¹⁷. Afin de rassembler les informations pertinentes, la commission a choisi les échanges directs et confidentiels.

Questions:

- 1) *Êtes-vous d'accord avec la définition des PCD présentée plus haut?*
- 2) *La notion de PCD est-elle reconnue dans votre État membre? Dans l'affirmative, veuillez expliquer de quelle manière.*
- 3) *Selon vous, la notion de PCD devrait-elle être limitée aux négociations contractuelles, ou les phases pré- et post-contractuelles devraient-elles également y figurer?*
- 4) *À quelle étape de la chaîne d'approvisionnement au détail interentreprises les PCD peuvent-elles avoir lieu?*
- 5) *Que pensez-vous de la notion de «facteur crainte»? Êtes-vous d'accord avec l'évaluation faite ci-dessus? Veuillez préciser.*

2.2. Exemples de pratiques commerciales déloyales

Les PCD ont fait l'objet d'un certain nombre d'études et d'enquêtes qui étaient souvent axées sur le secteur alimentaire.

En 2008, la commission britannique de la concurrence a réalisé une enquête sur l'approvisionnement alimentaire au Royaume-Uni¹⁸ et a répertorié 52 pratiques dont 26 étaient susceptibles de créer de l'insécurité pour le fournisseur en matière de revenus ou de coûts, en lui faisant supporter des risques excessifs ou des frais imprévus. Parmi ces pratiques figuraient les ajustements rétroactifs de prix, le financement rétroactif de promotions ou d'autres pratiques qui entraînaient, de fait, un ajustement rétroactif des accords d'approvisionnements signés.

Dans son rapport sur les relations entre les fournisseurs et les détaillants dans le secteur alimentaire¹⁹, l'autorité de concurrence espagnole a répertorié 18 pratiques en vigueur entre fabricants et détaillants et les a classées en trois catégories: i) les paiements commerciaux (par ex. frais de transport et de disposition des produits); ii) contributions à des activités connexes organisées par le détaillant (par ex. frais de promotion); iii) paiements atypiques (par ex. ceux qui, d'après le fabricant, incombent au détaillant).

¹⁷ Rapport parlementaire concernant la relation fournisseur-détaillant sur le marché de l'alimentation en Irlande, commission chargée des entreprises, du commerce et de l'emploi, mars 2010, p. 19.

¹⁸ Competition Commission, rapport final sur l'étude de marché britannique relative à l'approvisionnement alimentaire, 30 avril 2008.

¹⁹ Comisión Nacional de la Competencia, rapport sur les relations entre fabricants et détaillants dans le secteur alimentaire, octobre 2011.

Dans son rapport, la commission parlementaire irlandaise attire l'attention sur le fait que certains détaillants commettaient des fautes graves, harcèleraient et intimideraient les fournisseurs et se livreraient à des pratiques illégales. De nombreux fournisseurs auraient fait l'objet de pratiques comme des demandes abusives de contributions financières s'ils refusaient de se plier aux exigences des détaillants²⁰.

2.3. Les répercussions possibles des pratiques commerciales déloyales

L'imposition de PCD tout au long de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises peut nuire aux entreprises, ce qui peut, par ricochet, avoir des effets néfastes sur l'ensemble de l'économie.

Il est difficile de quantifier l'incidence des PCD sur cette chaîne d'approvisionnement en raison de la nature du problème mais aussi de difficultés de mesure. Toutefois, il est allégué que les PCD pourraient affecter, à court comme à long terme les investissements et l'innovation²¹. La Commission a récemment lancé une étude sur l'évolution du choix et de l'innovation dans le commerce de détail alimentaire afin de savoir s'ils ont changé ces dernières années à la suite de la modernisation et de la concentration du secteur dans l'Union européenne.

Le document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport sur l'exercice de surveillance du marché de commerce et de la distribution cite comme exemple le cas du lait UHT en France. Selon l'observatoire des prix et des marges géré par FranceAgrimer, la part du prix payé aux producteurs (pas la marge) dans le prix final à la consommation du lait UHT a chuté de 32,2 % à 25,9 % entre 2005 et 2009, ce qui a nettement nui à la capacité d'investissement des producteurs. En outre, le document intitulé «Analysis on price transmission along the food chain in the EU» (Analyse de la transmission des prix dans la chaîne alimentaire dans l'UE) accompagnant la communication de la Commission «Une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe»²² constate, pour la période 2007-2009, une transmission assez faible et asymétrique des prix entre producteurs agricoles et consommateurs sur les marchés étudiés (par ex. la viande de porc et les produits laitiers) qui serait, en partie, due à de possibles déséquilibres dans les rapports de forces ou à des pratiques anticoncurrentielles dans la chaîne alimentaire.

De nombreuses PCD peuvent être liées à des questions de paiement en rapport direct avec la manière dont les prix sont structurés entre les fournisseurs, les intermédiaires et les détaillants. Par exemple, l'étude récente de l'autorité de concurrence finlandaise sur les biens de consommation courante révèle que 90 % des entreprises interrogées avaient versé des «indemnités marketing» liées à d'obscurs bénéfices. Ces versements constituaient parfois un prérequis à la négociation, sans aucune compensation «réelle»²³.

Les PCD peuvent nuire aux investissements et à l'innovation car elles engendrent une baisse des revenus et de l'insécurité. En particulier, des conditions inéquitables imposées

²⁰ Voir note n° 15.

²¹ Cette affirmation va dans le même sens que l'enquête de Dedicated Research concernant les perceptions des fournisseurs qui révèle que les PCD ont un effet négatif sur les coûts, les ventes et l'innovation (respectivement selon 83 %, 77 % et 40 % des personnes interrogées). Voir note n° 15.

²² SEC(2009) 1450.

²³ Kilpailuviraston Päivittäistavarakauppa koskeva selvityksiä I/2012, p. 119.

rétroactivement peuvent entraîner de l'incertitude en termes de plans d'activité et une réduction des investissements. Le calcul des retours sur investissements tient compte de l'évaluation des risques potentiels. Des changements rétroactifs ou l'utilisation «déloyale» d'informations peuvent réduire la capacité des entreprises à investir, innover, développer des capacités ou de nouvelles gammes de produits. C'est le cas lorsque des produits invendus sont renvoyés aux fournisseurs et ne sont pas payés même si les modalités contractuelles prévoient le contraire (par ex. des produits domestiques saisonniers ou des produits ayant une durée de conservation limitée). Les fournisseurs sont alors contraints de faire face à des coûts inutiles, l'insécurité peut naître et affecter à son tour les investissements. Les effets néfastes possibles des PCD touchent tous les acteurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises, mais ils peuvent être disproportionnés pour les PME, qui manquent souvent de connaissances spécialisées en matière de contrats complexes, font face à des coûts plus élevés en cas de changement de fournisseur, ont moins de partenaires commerciaux, sont moins disposées à utiliser des mécanismes formels pour faire valoir leurs droits et ne font guère le poids face à des partenaires commerciaux puissants.

De plus, les PCD peuvent avoir une incidence négative sur les échanges transfrontières et entraver le bon fonctionnement du marché unique. Par exemple, les fournisseurs peuvent être réticents à l'idée de travailler avec des détaillants étrangers par crainte d'être la cible de PCD dans un contexte juridique national peu connu. Ce n'est bien sûr pas le seul obstacle: le nombre de contrats transfrontières au sein de la chaîne d'approvisionnement européenne varie d'un État membre à l'autre, en fonction de la présence de grands détaillants intégrés verticalement, de la part des vendeurs en ligne, du sous-segment du commerce de détail et du rôle des grossistes²⁴. Indépendamment de ces facteurs, toutefois, les PCD peuvent empêcher l'émergence de relations transfrontières, essentiellement parce qu'il est difficile de mettre en œuvre des règles pour les combattre dans un contexte transfrontière.

Questions:

- 6) *D'après votre expérience, quelles sont l'ampleur et la fréquence des PCD dans le secteur alimentaire? À quel stade de la relation commerciale se produisent-elles la plupart du temps et de quelle manière?*
- 7) *Les PCD sont-elles aussi présentes dans le secteur du commerce de détail non-alimentaire? Dans l'affirmative, veuillez fournir des exemples concrets.*
- 8) *Les PCD ont-elles une incidence négative notamment sur la capacité d'investissement et d'innovation de votre entreprise? Veuillez donner des exemples concrets et chiffrés dans la mesure du possible.*
- 9) *Les PCD touchent-elles les consommateurs (par ex. en influençant le prix, le choix des produits ou l'innovation)? Veuillez donner des exemples concrets et chiffrés dans la mesure du possible.*

²⁴ Voir «The functioning of the food supply chain and its effect on food prices in the European Union» (Le fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et ses effets sur les prix de denrées alimentaires dans l'Union européenne), *European Economy, Occasional Papers* 47, mai 2009.

- 10) *Les PCD ont-elles une incidence sur les échanges transfrontières dans l'UE? Entraînent-elles un morcellement du marché unique? Dans l'affirmative, veuillez expliquer dans quelle mesure les PCD affectent la capacité de votre entreprise à réaliser des échanges transfrontières.*

3. LES CADRES JURIDIQUES EN MATIÈRE DE PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

3.1. Des cadres juridiques fragmentés au niveau national

Au fil du temps, les pratiques déloyales dans les relations entre fournisseurs et acheteurs sont devenues une question politique de plus en plus importante aux yeux des autorités publiques. Par conséquent, de nombreux États membres ont pris des mesures pour régler la question, mais ils ont adopté des méthodes différentes. Il en découle de fortes divergences en termes de niveau, de nature et de forme juridique de la protection offerte contre les PCD au niveau national.

Les analyses réalisées par les autorités nationales de concurrence ont souvent servi de point de départ pour l'évaluation de la concurrence dans le secteur du commerce de détail et de la place des pratiques commerciales dans la relation détaillant-fournisseur²⁵.

Le droit de la concurrence et la législation en matière de pratiques commerciales déloyales

Il convient de faire la distinction, dans ce contexte, entre le droit de la concurrence et les dispositions législatives visant à empêcher les pratiques déloyales. Les règles en matière de pratiques commerciales déloyales ont pour l'essentiel un objectif différent de celui du droit à la concurrence car elles régissent les relations contractuelles entre les entreprises en définissant, par exemple, les conditions que les fournisseurs doivent proposer aux distributeurs, indépendamment des effets réels ou présumés sur la concurrence sur le marché. C'est particulièrement le cas des dispositions qui interdisent aux entreprises d'imposer à un partenaire commercial, d'obtenir ou de tenter d'obtenir de lui des conditions commerciales injustifiées, disproportionnées ou sans contrepartie²⁶.

²⁵ Voir, entre autres, pour le Portugal, le rapport de l'Autoridade da Concorrência sur les relations commerciales entre les grands groupes de distribution et leurs fournisseurs, octobre 2010; pour le Royaume-Uni, le rapport de la Competition Commission intitulé *The supply of groceries in the UK market investigation* (enquête sur l'approvisionnement alimentaire sur le marché britannique), 30 avril 2008; pour la Suède, Konkurrensverket, *Mat och marknad — från bonde till bord*, avril 2011; pour l'Espagne, *Informe sobre el código de buenas prácticas de distribución del automóvil* (rapport sur le code des bonnes pratiques de la distribution dans le secteur automobile) et *Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos de distribución* (rapport sur l'avant-projet de loi sur les contrats de distribution), 5 octobre 2011, publiés par la Comisión Nacional de la Competencia; pour la Finlande, *Kilpailuviraston Päivittäistavarakauppa koskeva selvityksiä*. D'autres études sont mentionnées dans le rapport du REC cité à la note n° 8.

²⁶ Le considérant 9 du règlement n° 1/2003 fait expressément la distinction entre le droit de la concurrence (qui englobe des règles nationales sur les actes unilatéraux qui sont plus strictes que l'article 102) et la législation sur les pratiques commerciales déloyales.

Le droit de la concurrence peut s'appliquer à certaines PCD en vigueur dans le cadre des relations tissées au long de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises. Toutefois, il ne saurait s'appliquer à toutes ces pratiques car son but est de préserver la concurrence sur le marché et il traite généralement des questions de pouvoir de marché²⁷. Certains États membres disposent de règles de concurrence en matière d'actes unilatéraux qui, par exemple, interdisent ou sanctionnent les comportements abusifs vis-à-vis d'entreprises économiquement dépendantes ou les abus de position dominante.

Dans son récent rapport, le réseau européen de la concurrence, composé des autorités nationales de concurrence et de la Commission européenne, a conclu que certaines pratiques jugées déloyales par de nombreuses parties prenantes n'entrent pas dans le champ d'application des règles de concurrence au niveau de l'UE ou dans la plupart des États membres²⁸.

Droit civil et commercial et pratiques commerciales déloyales

Les principes de base du droit civil ou du droit commercial peuvent offrir un certain degré de protection contre les PCD en ce qui concerne la loyauté dans les relations commerciales individuelles. Dans la plupart des États membres, il existe une notion générale de devoir de loyauté. Celle-ci englobe généralement des notions comme les comportements et l'exercice d'activités ou la conduite de négociations contraires aux bons usages («*contra bonos mores*»), conformément aux principes de bonne foi, de bonne moralité ou de loyauté. Le non-respect de ces principes rend généralement les contrats nuls et non avenus ou inapplicables devant les tribunaux.

Cadres nationaux spécifiques en matière de pratiques commerciales déloyales

Certains États membres ont élargi la protection prévue dans le cadre du droit civil afin de faire face au nombre croissant de cas de PCD²⁹. Ils ont alors utilisé différents instruments nationaux. Certains États membres ont préféré adopter une législation spécifique en la matière³⁰ tandis que d'autres ont mis en place ou encouragé les codes de conduite ou envisagent de le faire³¹.

De même, il existe des différences significatives dans les approches adoptées par les États membres quant au champ d'application des instruments réglementaires ou des instruments d'autorégulation pertinents. Tandis que certains États membres prévoient une protection contre les PCD dans la chaîne d'approvisionnement au détail ou dans un secteur donné du commerce de détail, d'autres appliquent leurs règles de manière générale. Par exemple, le Portugal³², la Slovénie³³, l'Espagne³⁴, la Belgique³⁵ et le Royaume-Uni³⁶ ont déjà des codes de

²⁷ Idem.

²⁸ Voir le rapport du REC, paragraphe 26; note n° 8 ci-dessus.

²⁹ Soit dans le cadre du droit civil, par exemple en adoptant des dispositions spécifiques de droit commercial (comme en France), soit dans le cadre du droit administratif.

³⁰ Par ex. la France, la Belgique, l'Italie et l'Espagne.

³¹ Par ex. les Pays-Bas, le Portugal, la Slovénie et l'Espagne.

³² Code des bonnes pratiques commerciales (1997), rédigé par l'association des distributeurs et la conférence de l'industrie.

³³ Code de la bonne pratique commerciale.

³⁴ Code des bonnes pratiques commerciales dans le secteur de la distribution automobile signé par ANFAC, ANIACAM, FACONAUTO et GANVAM le 10 juin 2011; accord du 1^{er} août 2007 entre

conduite axés sur la chaîne d'approvisionnement alimentaire³⁷, et les Pays-Bas et l'Irlande projettent d'en adopter. La République tchèque, la Hongrie et l'Italie ont adopté des lois contre les PCD dans le secteur agro-alimentaire. De la même façon, dans le secteur automobile de détail, on a plutôt opté pour l'autorégulation face aux PCD. En revanche, en France, les dispositions de droit commercial concernant les PCD s'appliquent à tous les secteurs et à toutes les relations entre entreprises.

De plus, à l'intérieur du marché unique, les problèmes découlant des différences de réglementation devraient se multiplier avec le temps au vu du recours accru au commerce électronique et, d'une manière plus générale, de la mondialisation.

Les divergences qui en résultent dans la protection contre les PCD peuvent décourager les entreprises à mener des activités en dehors de leur État membre d'origine. La situation est encore aggravée par le fait que les cadres juridiques nationaux font l'objet de modifications fréquentes, indiquant que les mesures de lutte contre les PCD ne sont pas toujours efficaces puisqu'elles doivent s'adapter à l'apparition de nouvelles pratiques. Dès lors, les entreprises concernées par les PCD affirment qu'il est difficile et coûteux de suivre l'évolution de leurs droits dans les différents États membres, surtout si elles sont des PME.

Dans les États membres où il n'existe pas de cadre spécifique concernant les PCD, la raison généralement invoquée est que le droit général de la concurrence est suffisamment efficace dans ce domaine (République tchèque) ou qu'il y a une certaine réticence à toucher à la liberté contractuelle des parties (Royaume-Uni), notamment en l'absence d'infraction aux règles de concurrence³⁸. L'argument plus général de l'efficacité et de la nécessité d'une législation sur les PCD et de son incidence potentielle, notamment sur les prix, est parfois aussi invoqué.

3.2. Protection contre les pratiques commerciales déloyales à l'échelle de l'UE

La question des PCD a été abordée dans le cadre d'un certain nombre d'initiatives³⁹ récemment. Toutefois, à l'heure actuelle, il n'existe pas de cadre réglementaire européen spécifique concernant ces pratiques dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises.

³⁵ FIAB et ASEADAS sur la recommandation des bonnes pratiques commerciales pour une meilleure gestion tout au long de la chaîne de valeur et une coopération commerciale renforcée; et accord du 29 juillet 2011 sur le code de conduite commercial dans la chaîne alimentaire en Catalogne.

³⁶ Code de conduite pour des relations équitables entre fournisseurs et acheteurs de la chaîne agro-alimentaire, 20 mai 2010.

³⁷ Code des pratiques de l'approvisionnement alimentaire (GSCOP).

³⁸ Rapport du réseau européen de la concurrence sur l'application des règles de concurrence et les activités de surveillance du marché par les autorités européennes de la concurrence dans le secteur alimentaire, mai 2012, p. 132.

³⁹ Voir le programme spécial de l'ICN pour sa conférence annuelle à Kyoto, *Report on Abuse of Superior Bargaining Position* (rapport sur les abus de position dominante), 2008.

«Une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe» – COM(2009) 591 du 28 octobre 2009; «Un marché unique pour l'Europe du XXI^e siècle» – COM(2007) 725 du 20 novembre 2007; exercice de surveillance du marché du commerce et de la distribution (voir note n° 11); «Acte pour le marché unique» (voir note n° 13).

Le droit de la concurrence de l'UE vise à contribuer à l'établissement et à la préservation du marché unique et à améliorer le bien-être des consommateurs⁴⁰. Il vise à établir des conditions dans lesquelles le marché peut fonctionner correctement et n'est pas en soi concerné par la loyauté dans les relations commerciales individuelles, à moins que celles-ci entraînent un dysfonctionnement du marché en raison de l'existence d'un pouvoir de marché. Par conséquent, le droit de la concurrence de l'UE pourrait permettre de lutter contre certaines de ces pratiques mais pas contre toutes.

D'autres instruments intersectoriels de l'UE visent également à faire face aux pratiques déloyales dans les relations commerciales. La directive relative aux pratiques commerciales déloyales⁴¹ couvre uniquement l'aspect entreprise-consommateur de la question tout en reconnaissant la nécessité d'examiner attentivement si une action à l'échelle de l'UE sur l'aspect interentreprises est nécessaire⁴². Cette législation harmonise pleinement la protection des consommateurs avant, pendant et après une transaction commerciale contre les pratiques qui sont contraires aux exigences de la diligence professionnelle et qui sont susceptibles d'altérer leur comportement économique. Les États membres sont libres d'étendre l'application de ces règles aux pratiques interentreprises, ce que certains ont fait. La directive s'applique sans préjudice du droit des contrats, en particulier des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats. Dans le domaine du marketing, la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative⁴³ fournit déjà des règles de protection minimales pour toute l'Europe et protège les professionnels, qu'ils soient clients ou concurrents, contre la publicité trompeuse. La Commission a annoncé récemment de nouvelles mesures dans le domaine des pratiques commerciales interentreprises trompeuses⁴⁴ qui consistent à renforcer les règles d'application et les règles de fond qui protègent les entreprises contre ces pratiques en Europe. La Commission a notamment l'intention de présenter une révision législative de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

De plus, la directive concernant la lutte contre le retard de paiement⁴⁵ traite de la question précise des conditions de paiement. Le règlement n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et le règlement n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, par ailleurs, fournissent un ensemble de règles pour définir quelle loi

⁴⁰ Voir le rapport sur la politique de concurrence 2010, COM(2011) 328 final, paragraphe 9.

⁴¹ **Directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.**

⁴² Le considérant 8 de la directive 2005/29/CE dispose que celle-ci «protège expressément les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard. [...] Il existe d'autres pratiques commerciales qui, si elles ne portent pas atteinte aux consommateurs, peuvent néanmoins porter préjudice aux concurrents et aux clients des entreprises. Il convient que la Commission examine attentivement s'il y a lieu d'envisager une action communautaire en ce qui concerne la concurrence déloyale au-delà du champ d'application de la présente directive et formule, si nécessaire, une proposition législative couvrant ces autres formes de concurrence déloyale».

⁴³ **Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.**

⁴⁴ Protéger les entreprises contre les pratiques commerciales trompeuses et garantir l'application efficace des règles; révision de la directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, COM(2012) 702.

⁴⁵ **Directive 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.**

s'applique aux litiges portant sur des pratiques commerciales déloyales, dans la mesure où des obligations contractuelles ou non contractuelles entre les parties sont en jeu.

En ce qui concerne les secteurs, des principes de loyauté dans les relations contractuelles ont été introduits dans le secteur du lait et des produits laitiers⁴⁶. Ils exigent notamment que les agriculteurs et les transformateurs passent des contrats écrits et que les acheteurs offrent aux agriculteurs une durée minimale de contrat. Quelques solutions d'autorégulation sectorielle ont également été explorées à l'échelle de l'UE. Il convient de noter que la directive concernant les clauses abusives dans les contrats⁴⁷ ne protège que les consommateurs. Conformément à cette directive, une clause de contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit des exigences de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. Dans le cadre des propositions législatives de réforme de la politique commune de la pêche, la Commission a également pris une série d'initiatives sectorielles pour promouvoir la loyauté dans les relations interentreprises dans le domaine de la pêche et de l'aquaculture⁴⁸.

Plusieurs dispositions juridiques à l'échelle de l'UE peuvent remédier partiellement aux PCD dans les relations commerciales. Toutefois, il pourrait en découler un ensemble de règles hétéroclite, qui s'appliqueraient selon les pratiques spécifiques concernées ou selon le lieu où l'entreprise utilisant ces pratiques possède un pouvoir de marché. Et dans l'ensemble, une entreprise confrontée à des PCD de la part d'un partenaire commercial n'est toujours pas en mesure de bénéficier d'une protection cohérente dans l'ensemble de l'UE. Cette fragmentation juridique dans le marché unique peut décourager ou empêcher des entreprises de mener des activités en dehors de leur État membre d'origine.

En 2011, la Commission européenne a proposé un ensemble uniforme de règles de droit de la vente qui peut s'appliquer à la vente transfrontière de biens meubles corporels ou de contenus numériques⁴⁹. Ce droit commun européen de la vente (DCEV) aura un caractère facultatif: les parties à un contrat pourront choisir de l'utiliser mais n'y seront pas contraintes. Afin qu'il soit applicable dans les relations interentreprises, une des parties au moins devra être une PME. Il est destiné aux PME en particulier pour les protéger contre des conditions défavorables imposées unilatéralement. Certaines règles s'appliqueront par défaut: par exemple, le DCEV prévoit que si le prix n'a pas été convenu explicitement, le prix à payer est celui normalement facturé dans des circonstances comparables, ou qu'il ne peut être mis fin à un contrat à durée indéterminée par l'une ou l'autre partie qu'à l'issue d'un préavis raisonnable. Certaines dispositions garantissant un juste équilibre entre les intérêts des deux parties sont d'une importance telle qu'elles seront obligatoires:

- il incombe à chaque partie d'agir conformément au principe de bonne foi et de loyauté;
- dans les contrats interentreprises, les clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle sont considérées comme abusives si leur application s'écarte manifestement

⁴⁶ Règlement (UE) n° 261/2012 en ce qui concerne les relations contractuelles dans le secteur du lait et des produits laitiers.

⁴⁷ Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats.

⁴⁸ COM(2011) 416 final du 13 juillet 2011.

⁴⁹ Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635.

des bonnes pratiques commerciales, contrairement au principe de bonne foi et de loyauté. Elles ne peuvent être opposées à l'autre partie que si cette dernière les connaissait ou si des mesures raisonnables ont été prises pour les porter à son attention;

- lorsqu'une partie a le droit de fixer le prix unilatéralement et que le prix fixé est manifestement déraisonnable, il convient de payer le prix normalement facturé;
- un contrat peut être déclaré nul si une partie a été traitée de manière déloyale, par exemple si elle est inexpérimentée et que l'autre partie le savait, ou pouvait être présumée le savoir, et a exploité cette situation en retirant du contrat un profit excessif ou un avantage déloyal. Les parties ne peuvent pas réduire à moins d'un an, ni prolonger à plus de dix ans, le délai de prescription basé sur la connaissance effective ou présumée des faits.

Questions:

- 11) *Les cadres nationaux réglementaires ou d'autorégulation en place permettent-ils de remédier suffisamment aux PCD dans certains États membres? Dans la négative, pour quelle raison?*
- 12) *L'absence de cadre national spécifique réglementaire ou d'autorégulation pour lutter contre les PCD constitue-t-elle un problème dans les pays où celles-ci n'existent pas?*
- 13) *Les mesures visant à remédier aux PCD ont-elles un effet uniquement sur les marchés nationaux ou également sur les échanges commerciaux ou la prestation de services transfrontières? Dans l'affirmative, veuillez expliquer l'incidence sur la capacité de votre entreprise à réaliser des échanges transfrontières. Les différences entre les cadres nationaux réglementaires ou d'autorégulation en place entraînent-elles une fragmentation du marché intérieur?*
- 14) *Estimez-vous qu'il faudrait prendre de nouvelles mesures au niveau de l'UE?*
- 15) *Lorsqu'elle existe, la réglementation en matière de PCD a-t-elle une incidence favorable? Existe-t-il d'éventuels inconvénients/problèmes liés à l'introduction d'une réglementation en matière de PCD, comme la restriction injustifiée de la liberté contractuelle? Veuillez préciser.*

4. APPLICATION DES RÈGLES CONTRE LES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

4.1. Mécanismes d'application à l'échelle nationale

Le niveau de protection de la partie contractante la plus faible dans une relation interentreprises varie d'un État membre à l'autre. Différents mécanismes d'application sont utilisés pour remédier aux PCD à l'échelle nationale: il y a notamment le recours juridictionnel (dans la plupart des États membres), les actions que peuvent mener les autorités

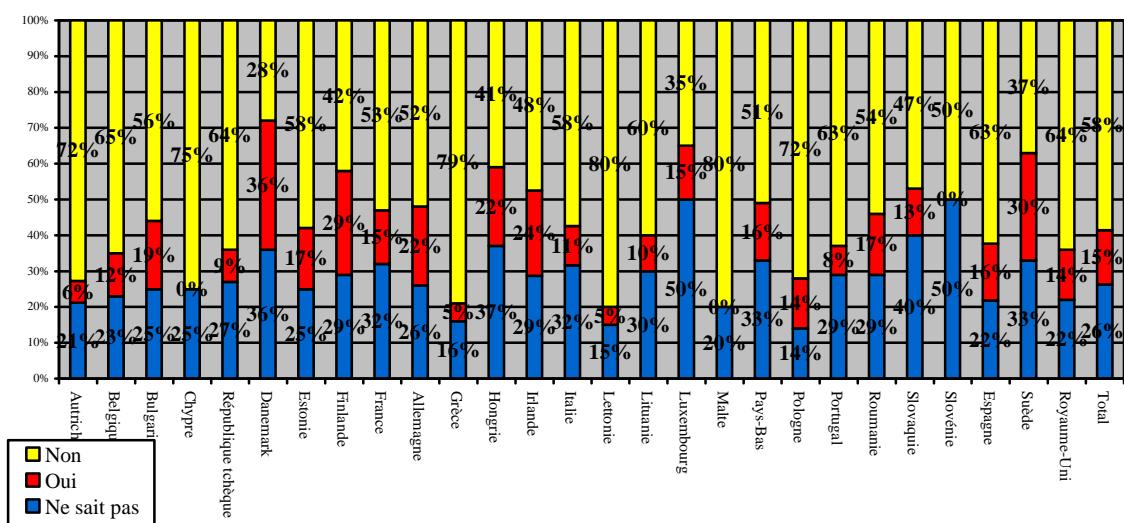
de la concurrence en vertu des règles nationales sur les actes unilatéraux (par ex. en Espagne), le recours administratif (par ex. en France) et la médiation (par ex. au Royaume-Uni).

Les moyens d'action des autorités de contrôle varient en fonction des instruments d'application utilisés dans chaque État membre. Certains organes ne sont pas en mesure de recevoir des plaintes anonymes (par ex. les tribunaux), d'autres ne sont pas en mesure de protéger l'anonymat des plaignants tout au long de la procédure (par ex. les autorités de la concurrence dans certains États membres), alors qu'une troisième catégorie ne peut ordonner d'enquête que sur la base de preuves crédibles (par ex. l'instance britannique définie dans le code des pratiques de l'approvisionnement alimentaire ou le ministère français de l'économie).

L'éventail des méthodes adoptées par les États membres pour résoudre la question des PCD peut entraîner une fragmentation considérable du marché unique. Les entreprises, notamment les PME, estiment qu'il est difficile de connaître les solutions disponibles dans les différents États membres.

Enfin, outre les méthodes divergentes employées par les États membres, une récente consultation des entreprises révèle que les mécanismes d'application existants sont jugés comme insuffisants (voir graphique 1 ci-dessous).

Graphique 1: Perception du caractère suffisant ou non des mécanismes d'application existants, selon l'État membre d'activité (panel d'entreprises européennes - EBTP, 2012)



D'après les participants à l'enquête EBTP, le manque généralisé de mécanismes d'application suffisants pour protéger des PCD les parties les plus faibles entrave le développement des entreprises et des échanges, notamment dans des situations transfrontières. Cet état de fait a une incidence significative sur les PME qui sont le moins susceptibles de disposer des moyens nécessaires pour couvrir les frais potentiellement élevés de représentation légale, étant donné la complexité de ces procédures et leur manque de connaissance des moyens de faire valoir leurs droits en fonction des solutions disponibles.

4.2. Mécanismes d'application à l'échelle de l'UE

Comme expliqué à la section 3.2, à ce stade, il n'existe aucun mécanisme d'application spécifique pour lutter contre les PCD à l'échelle de l'UE. Toutefois, il existe plusieurs instruments intersectoriels qui couvrent les procédures judiciaires de manière générale, et donc aussi celles portant sur les PCD⁵⁰.

En ce qui concerne les pratiques commerciales trompeuses interentreprises, la Commission a annoncé dans sa révision de 2012 de la directive 2006/114/CE qu'elle créerait un mécanisme de coopération en matière d'application des règles⁵¹ pour renforcer la coopération transfrontière et garantir une meilleure protection contre les plus dangereuses des stratégies commerciales trompeuses.

Comme indiqué précédemment, les représentants des acteurs de la chaîne alimentaire au sein du Forum à haut niveau sur l'amélioration du fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement alimentaire ont également examiné différents modes de résolution des litiges, afin d'appliquer les principes de bonnes pratiques qu'ils avaient définis. Mais cette approche est sectorielle, alors que le présent livre vert aborde la question des PCD dans les relations tout au long de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises selon une approche intersectorielle. La Commission, parallèlement à la consultation lancée par le présent livre vert, suivra les évolutions spécifiques de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et commencera à travailler sur son analyse d'impact des différentes options visant à trouver une solution équitable et effective au problème des PCD.

Indépendamment de ces instruments intersectoriels qui s'appliquent déjà aux PCD, il peut être nécessaire, afin de remédier aux différents types de PCD mentionnés à la section 5, il peut être nécessaire de garantir l'existence dans tous les États membres d'un ensemble commun de principes de contrôle de l'application. Ceux-ci pourraient inclure une solution adéquate au problème du «facteur crainte» décrit plus haut qui consisterait, par exemple, à attribuer aux autorités nationales compétentes des pouvoirs leur permettant d'agir d'office et d'accepter les plaintes anonymes. De plus, cet ensemble de principes communs pourrait également prévoir que les autorités compétentes aient le droit d'imposer des sanctions appropriées, notamment, par exemple, la possibilité d'ordonner le respect de pratiques loyales, d'ordonner le versement de dommages, d'imposer des amendes dissuasives et d'annoncer publiquement leurs conclusions. Les règles nationales existantes pourraient servir d'exemples pour inclure les

⁵⁰ Directive 2002/8/CE du Conseil relative à l'aide judiciaire (portant création d'un cadre pour obtenir une aide judiciaire dans les affaires transfrontalières); directive 2008/52 sur la médiation (garantissant une coordination sans obstacle de la médiation et de la procédure judiciaire); règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (définissant quelle juridiction dans l'UE est compétente pour résoudre un litige donné et comment les décisions rendues dans un État membre sont reconnues et exécutées dans un autre État membre - à noter que ce règlement a fait l'objet d'une refonte et a été remplacé par le règlement n° 1215/2012 qui supprimera toute la procédure intermédiaire avant la reconnaissance et l'exécution); règlement n° 1896/2006 (instituant une procédure judiciaire uniforme et européenne dans le domaine des créances incontestées) et règlement n° 861/2007 (établissant une procédure européenne de règlement des petits litiges), ainsi que les règlements n° 593/2008 et n° 864/2008 susmentionnés qui créent une sécurité juridique concernant l'issue des litiges en Europe.

⁵¹ COM(2012) 702 final.

mécanismes d'application les plus efficaces dans cet ensemble commun de principes de contrôle de l'application.

Questions:

- 16) *Existe-t-il des divergences significatives dans le traitement juridique des PCD entre les États membres? Dans l'affirmative, ces divergences entravent-elles les échanges transfrontières? Veuillez donner des exemples concrets et quantifier les incidences dans la mesure du possible.*
- 17) *Dans le cas d'incidences négatives, dans quelle mesure une approche européenne commune du contrôle de l'application permettrait-elle de résoudre le problème?*
- 18) *Les organes pertinents chargés du contrôle de l'application devraient-ils disposer de pouvoirs d'enquête, notamment le droit d'agir d'office, d'imposer des sanctions et d'accepter des plaintes anonymes?*

5. TYPES DE PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Les résultats des études et des enquêtes décrites plus haut révèlent que les PCD sont perçues comme un phénomène commun, présent tout au long de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises dans de nombreux États membres de l'UE. De plus, différents types de PCD ou de problèmes connexes, ont été répertoriés et sont décrits plus bas. Sur la base des principes relatifs aux pratiques loyales et déloyales dans les relations verticales au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, ainsi que des exemples, retenus par le Forum à haut niveau sur l'amélioration du fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, et des travaux réalisés par la Commission sur la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises, sept types de PCD ont été identifiés. Ils sont détaillés ci-dessous, tout comme les pratiques loyales qui pourraient contribuer à y faire face.

5.1. Clauses contractuelles ambiguës

Le type de PCD le plus courant (reconnu comme tel dans les études et les enquêtes susmentionnées) découle de clauses contractuelles ambiguës qui permettent d'imposer des contraintes supplémentaires aux parties contractuelles plus faibles.

Une pratique loyale pourrait consister, pour les parties contractantes, à faire en sorte que les droits et les obligations, y compris les sanctions, figurant dans les contrats, soient stipulés de manière claire, transparente et non ambiguë. Les parties contractantes devraient aussi fournir des informations précises et complètes sur leurs relations commerciales. Cette pratique pourrait également consister à prévoir des sanctions contractuelles proportionnées aux dommages encourus. Les contrats devraient aussi contenir des clauses expliquant dans quelles circonstances et sous quelles conditions les changements ultérieurs de coût ou de prix des produits ou des services sont autorisés.

5.2. Absence de contrats écrits

Il convient de prendre en compte les circonstances dans lesquelles les PCD peuvent apparaître. Les PCD sont imposées plus facilement lorsque les contrats ne sont pas établis par écrit puisque les parties ne disposent d'aucune preuve tangible des conditions qui ont été convenues.

Une pratique loyale pourrait consister, pour les parties contractantes, à faire en sorte que les accords soient mis par écrit, à moins que ce ne soit pas faisable pour l'une des parties ou pour les deux. Le contenu des contrats oraux devrait être confirmé par écrit après leur conclusion par au moins une des parties contractantes.

5.3. Changements rétroactifs dans le contrat

Les changements rétroactifs comme les déductions sur les montants facturés pour couvrir les frais de promotion, les ristournes unilatérales sur la base des quantités vendues, les frais de référencement, etc. peuvent paraître légitimes à première vue, mais ils peuvent être déloyaux s'ils n'ont pas été convenus auparavant de manière suffisamment précise.

Une pratique loyale pourrait consister à faire en sorte que les clauses mêmes du contrat garantissent un traitement loyal aux deux parties. Tout accord devrait indiquer dans quelles circonstances précises et selon quelles règles détaillées les parties peuvent modifier ensemble, rapidement et en connaissance de cause, les clauses de l'accord, notamment la procédure de calcul de la compensation nécessaire pour les frais découlant éventuellement d'une telle modification à l'initiative de l'une des parties.

5.4. Transfert abusif de risque commercial

Certaines pratiques doivent être examinées, indépendamment du fait qu'elles aient été préalablement convenues ou non.

Une catégorie importante regroupe les transferts de risques vers l'autre partie: par exemple, lorsque le détaillant fait porter au fournisseur l'entièr responsabilité du vol de biens (frais de démarque) alors qu'il est généralement plus à même de contrôler les vols ou la disparition de biens dans ses locaux. Par ailleurs, lorsque le risque de vol est transféré vers le fournisseur, le détaillant est nettement moins encouragé à prendre les mesures de prévention adéquates. D'autres pratiques figurant dans cette catégorie sont: l'obligation de financer des activités commerciales pour compte propre de l'autre partie (par exemple d'investir dans de nouveaux points de vente), l'obligation de compenser les pertes encourues par le partenaire commercial ou les retards importants de paiement.

Un autre type de PCD qu'il convient d'examiner attentivement est l'utilisation abusive de «marges arrière» qui font partie du mode de fonctionnement de nombreux détaillants modernes et consistent à coupler l'achat de biens avec des services supplémentaires que les détaillants facturent aux fournisseurs (par ex. frais de promotion et de transport, services liés à l'utilisation des linéaires, etc.). Ces pratiques sont légitimes dans la plupart des cas, mais elles peuvent parfois aussi être excessives et déloyales: dans certains États membres de l'UE (par ex. la France), les tribunaux considèrent que les frais de référencement ne sont légitimes que s'ils sont liés à des services réels, s'ils sont proportionnés et s'ils sont facturés de manière transparente.

Une pratique loyale pourrait consister, pour les parties contractantes, à convenir que chaque opérateur assume la responsabilité de ses propres risques et n'essaye pas indûment de faire supporter ses risques par d'autres parties. Les parties contractantes devraient aussi convenir des conditions de leur contribution aux activités pour compte propre, ou aux activités de promotion, de l'autre partie. Les frais liés à des services légitimes doivent correspondre à la valeur de ceux-ci. En outre, lorsque les deux parties s'entendent sur des frais de référencement, ils devraient être proportionnels au risque encouru. Enfin, les parties contractantes ne devraient en aucun cas demander le paiement de services non rendus ou de biens non livrés et ni exiger le paiement de sommes qui ne correspondent manifestement pas à la valeur ou au coût des services rendus.

5.5. Utilisation abusive d'informations

L'utilisation «déloyale» d'informations par une partie peut caractériser un certain nombre de PCD. Bien qu'il soit légitime qu'une partie demande des informations sur les produits proposés, elle ne peut pas utiliser les données reçues, par exemple, pour développer un produit concurrent qui priverait la partie plus faible des résultats de son innovation. La Commission a publié une étude sur les aspects économiques et juridiques de l'utilisation et de l'appropriation illicite d'informations commerciales confidentielles et de secrets d'affaires, ainsi que des procédures judiciaires connexes⁵². Cette catégorie inclut aussi le refus de signer un accord de confidentialité ou le non-respect de la confidentialité.

Une pratique loyale voudrait que les informations fournies à une partie contractante dans le cadre d'une relation commerciale ne puissent être utilisées que de manière loyale (notamment dans les situations où les partenaires commerciaux sont aussi en partie des concurrents). Chaque partie à un accord devrait aussi s'assurer de manière raisonnable que les informations fournies aux autres parties soient correctes et ne soient pas trompeuses.

5.6. Cessation abusive d'une relation commerciale

La cessation soudaine et injustifiée d'une relation commerciale ou la cessation sans préavis raisonnable peuvent également constituer un type important de PCD. Même si la fin d'une relation commerciale fait partie de la vie d'une entreprise, elle ne peut pas être utilisée comme un moyen pour intimider une partie contractante par l'autre partie qui refuserait de justifier cette décision ou ne respecterait pas un préavis raisonnable.

Une pratique loyale pourrait consister, pour les parties contractantes, à garantir une cessation loyale des contrats. Les contrats doivent être résiliés conformément au droit dont ils relèvent, tout en donnant un préavis suffisant à la partie à laquelle la cessation est imposée afin qu'elle récupère son investissement.

5.7. Restrictions territoriales de l'offre

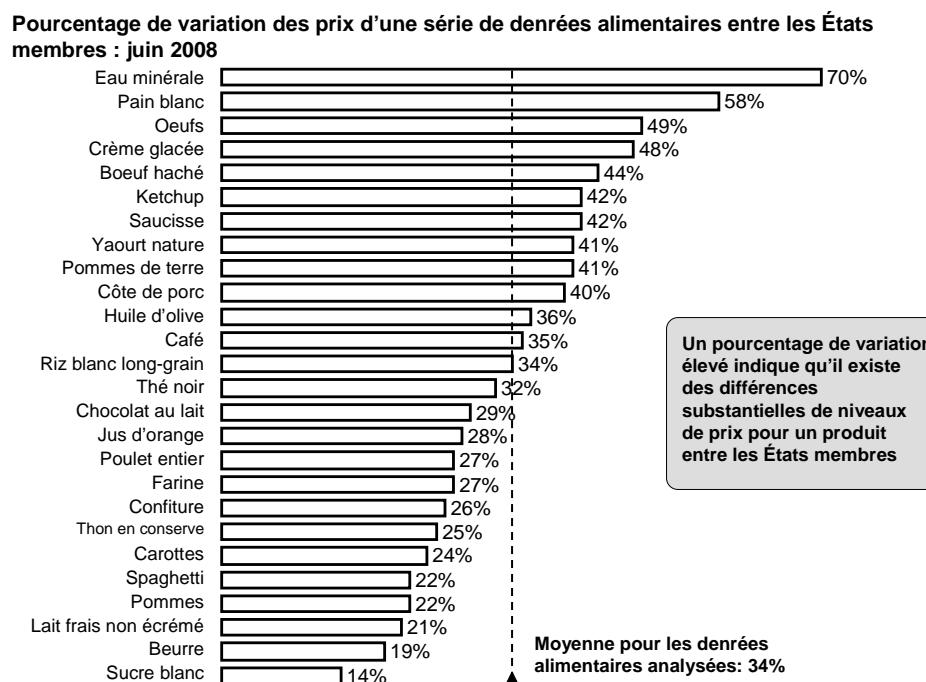
Les restrictions territoriales de l'offre imposées par certains fournisseurs multinationaux peuvent empêcher les détaillants de se tourner vers l'étranger pour s'approvisionner en biens

⁵²

http://ec.europa.eu/internal_market/ipenforcement/trade_secrets/index_en.htm#maincontentSec1

identiques auprès d'une plateforme centrale et les distribuer dans d'autres États membres⁵³. Lorsqu'ils contrôlent effectivement l'aspect logistique ou le commerce de gros, les grands fabricants de produits de marque n'ont souvent aucun intérêt direct à réduire les prix et essaieront de négocier des contrats à l'échelle nationale afin de maintenir les différences de prix. Par ailleurs, les détaillants cherchent à s'approvisionner auprès des grossistes ou des filiales les moins chers et exercent des pressions sur les fabricants en signant directement des contrats avec des fournisseurs concurrents pour offrir des produits sous la marque de distributeur. Des détaillants de petits États membres affirment que, lorsqu'ils cherchent à s'approvisionner auprès de grossistes étrangers ou même directement auprès de fournisseurs situés sur des marchés voisins plus concurrentiels et aux prix attractifs, ils sont redirigés vers la filiale chargée de ce marché géographique ou vers leurs grossistes nationaux qui ont signé des contrats territoriaux avec les fournisseurs. Ces contraintes permettent la fragmentation du marché et peuvent entraîner d'importantes différences de prix de gros entre pays.

Dans sa communication de 2009 intitulée «Une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe», la Commission a analysé la dispersion des niveaux de prix entre les États membres pour une sélection de produits⁵⁴.



Par exemple, selon les informations présentées lors d'une réunion d'une commission parlementaire irlandaise en février 2009, les prix des produits vendus en Irlande peuvent être jusqu'à 130 % plus élevés qu'au Royaume-Uni car les détaillants irlandais sont contraints d'acheter leurs produits au tarif applicable en Irlande. Alors que des facteurs comme les

⁵³ Veuillez noter que les restrictions territoriales de l'offre dans ce contexte se définissent par l'interdiction pour les fournisseurs de vendre à des revendeurs qui cherchent à s'approvisionner par eux-mêmes auprès du fournisseur. Il n'y a pas de restriction territoriale de l'offre lorsque, par exemple, un distributeur qui s'est vu attribuer un territoire exclusif dans une zone géographique donnée est protégé des ventes actives d'autres distributeurs dans ladite zone.

⁵⁴ COM(2009) 591 final.

salaires et les charges sociales, le coût de l'énergie, les taxes et la logistique peuvent expliquer en partie les différences de prix à la consommation entre les marchés pour un produit de la même marque, les restrictions territoriales de l'offre peuvent avoir une incidence négative. Une étude similaire a été menée en 2012 en Belgique⁵⁵.

Si elles ne sont pas justifiées par des raisons d'efficience objectives (par exemple au niveau de la logistique), ces restrictions de l'approvisionnement transfrontière sont susceptibles d'entraîner des prix discriminatoires suivant le pays où est établi l'acheteur. En conséquence, les consommateurs sont pénalisés par des prix plus élevés et un choix de produits moins large et ne bénéficient pas de meilleurs prix et d'un marché unique fonctionnant sans entraves. Les raisons techniques avancées par les fournisseurs, comme l'étiquetage, peuvent valoir dans certains cas mais ne s'appliquent généralement pas à des biens identiques.

5.8. Caractéristiques communes des PCD

Le transfert des coûts encourus et le transfert du risque commercial vers la partie plus faible de la relation constituent un dénominateur commun à la plupart des PCD ci-dessus. Une pression excessive, l'incapacité de planifier correctement son activité et le manque de clarté en ce qui concerne le contenu réel du contrat constituent autant d'obstacles à une prise de décision optimale et entraînent la compression des marges, ce qui peut réduire la capacité d'investissement et d'innovation des entreprises.

Questions:

- 19) *La liste ci-dessus énumère-t-elle les principales PCD? Existe-t-il d'autres types de PCD?*
- 20) *Une liste des PCD interdites pourrait-elle constituer un moyen efficace pour résoudre ce problème? Cette liste devrait-elle être régulièrement actualisée? Existe-t-il d'autres solutions possibles?*
- 21) *Pour chacune des PCD et pratiques loyales correspondantes énumérées ci-dessus, veuillez:*
 - a) *indiquer si vous approuvez ou non l'analyse de la Commission et, le cas échéant, fournir des éléments complémentaires;*
 - b) *expliquer si votre secteur est concerné par cette PCD;*
 - c) *expliquer si la pratique loyale correspondante pourrait s'appliquer de manière générale dans les différents secteurs;*
 - d) *expliquer si la PCD doit être interdite dans l'absolu ou être examinée au cas par cas.*
- 22) *En ce qui concerne les restrictions territoriales de l'offre:*
 - a) *Selon vous, quelles sont les raisons d'efficience objectives justifiant qu'un fournisseur n'approvisionne pas un client donné? Veuillez expliquer.*
 - b) *Quels sont les avantages et les inconvénients d'interdire les restrictions*

⁵⁵ SPF Économie, Étude sur les niveaux de prix dans les supermarchés, février 2012.

territoriales de l'offre (telles que décrites plus haut)? Quels effets pratiques aurait une telle interdiction sur la façon dont les entreprises établissent leurs systèmes de distribution en Europe?

- 23) *Les pratiques loyales précitées pourraient-elles être intégrées dans un cadre à l'échelle de l'UE? Y aurait-il des inconvénients à une telle approche?*
- 24) *Si vous estimatez que d'autres mesures doivent être prises à l'échelle de l'UE, devraient-elles prendre la forme d'un instrument législatif contraignant? D'un instrument non-contraignant? D'une initiative d'autorégulation?*

6. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Question:

- 25) *Le présent livre vert est consacré aux PCD et à la loyauté dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire. Estimez-vous qu'un point important a été omis ou n'a pas été assez mis en avant?*

7. PROCHAINES ÉTAPES

La Commission est déterminée à poursuivre les travaux avec toutes les parties prenantes et tiendra compte de toutes leurs contributions afin d'améliorer le fonctionnement et l'efficacité de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises.

Toutes les parties intéressées sont invitées à présenter leurs observations en réponse aux questions posées ci-dessus. Leurs contributions doivent parvenir à la Commission **pour le 30 avril 2013** au plus tard à l'adresse suivante: **markt-retail@ec.europa.eu**.

Il n'est pas nécessaire de répondre à toutes les questions contenues dans le présent livre vert. Par conséquent, veuillez indiquer clairement les questions auxquelles se rapporte votre contribution. Veuillez si possible fournir des arguments précis pour ou contre les options et approches présentées dans le document.

À la suite du présent livre vert, et sur la base des réponses qu'elle aura reçues, la Commission annoncera quelles seront les prochaines étapes au plus tard **mi-2013**.

Les contributions reçues seront publiées sur l'internet. Pour tout renseignement sur le traitement qui sera réservé à vos données à caractère personnel et à votre contribution, il vous est vivement conseillé de prendre connaissance de la déclaration spécifique de confidentialité jointe au présent livre vert.