

LA DIMENSION SYSTÉMIQUE DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES DANS LES CHAÎNES D'APPROVISIONNEMENT ALIMENTAIRE : UN POINT DE VUE SUR LA DIRECTIVE 2019/633/UE ET SA TRANSPOSITION PAR LES ÉTATS MEMBRES¹

Fabrizio CAFAGGI

Consiglio di Stato, Italie

Paola IAMICELI

Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza

-
1. Cet article est largement basé sur un essai précédent publié dans *European Review of Private Law*, F. CAFAGGI et P. IAMICELI, « Unfair Trading Practices in food supply chains. Regulatory responses and institutional alternatives in the light of the new EU Directive », *European Review of Private Law*, vol. 27(5), 2019, pp. 1075-1114. Après la première publication, la plupart des États membres ont transposé la directive 2019/633/UE ; par conséquent, en s'appuyant sur l'article précédent, le présent article ajoute la dimension importante de la transposition par les États membres.

Les deux articles proviennent d'études conjointes développées pour la Commission européenne en relation avec la directive, sa proposition et, plus tard, sa transposition. Une première étude, qui faisait partie des documents du personnel de la Commission européenne, a été publiée en tant que JRC et elle est disponible sur <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC112654>. F. CAFAGGI et P. IAMICELI, « Unfair Trading Practices », JRC Report, Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne 2018. Une deuxième étude, sur la transposition par les États membres, a inspiré le rapport de la Commission européenne sur l'état de la transposition et de la mise en œuvre de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, COM/2021/652 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A652%3AFIN&qid=1635346583274>.

Nous tenons à remercier Bruno Buffaria, Soultana Paschalidou, Oliver Sitar, Annette Kliemann et Ingrid Brandner (de la DG Agri), Pavel Ciaian et Federica Di Marcantonio (du Centre commun de recherche de la Commission européenne), et Matteo Ferrari (de l'Université de Trente) pour les interactions perspicaces développées dans les études susmentionnées. Nous tenons également à remercier Eugenio Pomarici pour les conversations inspirantes qu'il a eues sur ce sujet au cours des dernières années. La responsabilité est la nôtre.

Résumé : *L'article soutient l'idée que les pratiques commerciales déloyales dans les chaînes d'approvisionnement présentent des caractéristiques spécifiques ; en conséquence, elles nécessitent des règles et des recours spécifiques. Il convient d'établir une distinction entre les pratiques commerciales déloyales isolées, dont les effets restent essentiellement dans le cadre de la relation contractuelle bilatérale, et les pratiques commerciales déloyales systémiques, dont les effets se propagent directement ou indirectement le long de la chaîne. Ces dernières entraînent des conséquences beaucoup plus graves, tant en termes de distribution que d'exclusion. En examinant la directive 2019/633/UE sur les pratiques commerciales déloyales (PCD) dans les chaînes agroalimentaires et sa transposition par certains États membres, les auteurs développent un cadre conceptuel qui pourrait être utile pour compléter la réglementation existante et à venir aux niveaux européen et national par des règles reflétant la dimension de la chaîne d'approvisionnement des PCD. Plus particulièrement, les auteurs suggèrent que les effets systémiques de distribution et d'exclusion devraient être pris en compte dans a) la définition de la pratique interdite et b) le choix et le contenu des sanctions et des recours. Bien que jusqu'à présent ces distinctions aient été rarement prises en compte par les États membres dans le cadre de la transposition, elles pourraient jouer un rôle important dans les tribunaux lorsque les responsabilités, les sanctions et les recours doivent être déterminés.*

- 1 Pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises : une approche par la chaîne d'approvisionnement
- 2 La directive européenne et sa transposition par les États membres
- 3 Pourquoi les chaînes d'approvisionnement sont-elles importantes ? Pratiques commerciales déloyales systémiques et isolées
- 4 Réglementation des pratiques commerciales déloyales et de leurs effets systémiques : une approche par la chaîne d'approvisionnement
 - 4.1 Pratiques commerciales déloyales, effets systémiques et modèles de chaîne d'approvisionnement
 - 4.1.1 Retards de paiement
 - 4.1.2 Annulation brutale de commandes et résiliation abusive de relations contractuelles
 - 4.1.3 Modification unilatérale du contrat
 - 4.1.3.1 Fréquence, moment ou volume de la fourniture
 - 4.1.3.2 Normes de qualité
 - 4.1.3.3 Prix des produits alimentaires
 - 4.2 Effets systémiques des pratiques commerciales déloyales et leurs principales implications pour les décideurs et les responsables de l'application des lois
- 5 Pratiques commerciales déloyales et effets systémiques : le défi de l'application de la loi
- 6 Remarques finales

1 PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES DANS LES RELATIONS INTERENTREPRISES : UNE APPROCHE PAR LA CHAÎNE D'APPROVISIONNEMENT

Les chaînes d'approvisionnement mondiales représentent l'infrastructure de base des marchés mondiaux dans la plupart des secteurs, y compris l'agroalimentaire². Les chaînes coordonnent la production, la distribution et la consommation par le biais de contrats régissant des relations caractérisées par un degré élevé d'interdépendance.

Le développement des chaînes est généralement associé à une concentration du pouvoir sans intégration verticale. Les leaders de la chaîne régulent l'entrée et la sortie de la chaîne et influencent les interactions contractuelles et non contractuelles par le biais d'instruments formels et informels et l'implication d'intermédiaires, tels que les exportateurs, les associations de producteurs, les certificateurs³.

La concentration du pouvoir dans les chaînes mondiales conduit souvent à des abus en transférant les risques et les coûts vers des partenaires contractuels plus faibles, qui ne sont pas nécessairement les acteurs les plus efficaces pour contrôler les risques et gérer les coûts liés aux processus de production et de distribution. Les pratiques commerciales déloyales (ci-après « PCD »), qui ont pour effet de transférer les risques et les coûts sur les agriculteurs et les petites entreprises, ont non seulement des effets distributifs, mais elles sont également inefficaces, par exemple lorsqu'elles empêchent les victimes de réaliser des investissements⁴. Par

2. « L'industrie agroalimentaire mondiale est de plus en plus dominée par des relations de chaîne de valeur dans lesquelles les entreprises leaders exercent une coordination verticale. Dans de nombreux secteurs de l'industrie alimentaire, les entreprises chefs de file ont adopté les caractéristiques associées à l'industrie manufacturière moderne, notamment la différenciation et l'innovation des produits, le passage d'un contrôle de la qualité fondé sur l'inspection et les essais à une assurance de la qualité fondée sur la gestion des risques et les contrôles de processus et la livraison juste à temps. Voir J. HUMPHREY, *Global value chains in the agrifood sector*, Vienne, UNIDO, 2006, https://www.unido.org/sites/default/files/2009-05/Global_value_chains_in_the_agrifood_sector_0.pdf. Voir également J. FALKOWSKI, C. MÉNARD, R.J. SEXTON, J. SWINEN et S. VANDELDELDE, « Unfair trading practices in the food supply chain. A literature review on methodologies, impacts and regulatory aspects », JRC Report, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017.
3. Voir P. VERBRUGGEN et T. HAVINGA, « Hybridization of food governance. An analytical framework », in P. VERBRUGGEN et T. HAVINGA, *Hybridation and food governance. Trends, types and results*, E. Elgar, 2017, p. 11 et suiv. Voir également F. CAFAGGI et P. IAMICELI, *The limits of contractual laws. The control of contractual power in trade practices and the preservation of freedom of contract within agrifood global supply chains*, à paraître.
4. Nous faisons la distinction entre le pouvoir de marché et le pouvoir contractuel. L'abus de pouvoir de marché est traité par un instrument du droit de la concurrence ; l'abus de pouvoir contractuel par une variété d'instruments juridiques, dont le contrat, le délit et la concurrence déloyale. En ce qui concerne plus particulièrement les PCD dans les chaînes de distribution, voir A. RENDA, F. CAFAGGI et J. PELKMANS, *Study on the Legal Framework Covering Business-to-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain*, Bruxelles, 2014, p. 43 et suiv.

exemple, un changement injuste et brutal des normes de qualité ou de sécurité peut augmenter les coûts de production des petits fournisseurs sans augmentation correspondante de la valeur créée, ou encore provoquer la sortie des entreprises innovantes d'une chaîne de production. Il s'agit d'un comportement qui réduit le bien-être. D'un point de vue distributif, les données empiriques montrent que les gains résultant de la croissance du commerce international dans l'agriculture n'ont pas été distribués de manière égale⁵. Comme la valeur du produit final n'est pas équitablement répartie le long de la chaîne en raison du déséquilibre des forces, le degré de concentration différent de chaque segment du marché peut affecter la répartition de la valeur entre les entreprises au sein de la chaîne. Une concentration plus élevée en aval peut diminuer la fraction de la valeur répartie en amont⁶. De nombreuses petites entreprises ont été contraintes de sortir des chaînes parce qu'elles n'étaient pas en mesure d'en supporter les coûts⁷.

Les PCD peuvent se référer à des entreprises individuelles ou, plus souvent, englober l'ensemble de la chaîne. Le responsable de la chaîne peut introduire la pratique ou inciter les fournisseurs de premier rang à adopter la pratique avec les fournisseurs de deuxième et troisième rangs afin d'atteindre les objectifs fixés pour la chaîne. Ce n'est qu'en examinant la gouvernance de la chaîne et la répartition du pouvoir de décision que l'on peut identifier et éliminer les origines et les effets des PCD.

L'apparition des PCD au sein d'une chaîne d'approvisionnement peut nécessiter une approche différente concernant la définition de la portée et des effets de la pratique. Non seulement les PCD peuvent se produire à différents niveaux de la chaîne d'approvisionnement, mais elles présentent également des caractéristiques distinctives et déterminent des effets différents selon le type de chaîne, sa structure, la répartition du pouvoir de négociation. Par exemple, des retards de paiement répétés peuvent entraîner l'incapacité des fournisseurs à financer la production future s'ils ne peuvent pas faire payer aux acheteurs des intérêts moratoires en raison de leur manque de pouvoir de négociation, et s'ils ne peuvent pas non plus compter sur d'autres sources de revenus, étant totalement dépendants d'un ou de quelques acheteurs. En outre, le niveau d'interdépendance entre les parties au sein de la chaîne permet l'expansion des effets directs et indirects découlant des PCD à l'égard des participants à la chaîne. Ainsi, par exemple, les fournisseurs souffrant de retards de paiement ou

5. Voir O. DE SCHUTTER, « Contract Farming and Inclusive Business Models in the Food Chains », Rapport intérimaire du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation à la 66^e session de l'Assemblée générale, UN Doc A/66/262, 4 août 2011.

6. *Ibid.*

7. Voir J. LEE, G. GEREFFI et J. BEAUVAIS, « Global value chains and agrifood standards: Challenges and possibilities for smallholders in developing countries », *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 109, 2012, p. 12326.

d'annulations brutales de commandes peuvent être plus enclins à répercuter les coûts sur les fournisseurs en amont. Seule une approche fondée sur la chaîne d'approvisionnement permet de s'attaquer aux causes des abus de pouvoir.

L'utilisation de la chaîne d'approvisionnement comme unité d'analyse pour examiner les conséquences des pratiques commerciales déloyales nécessite un changement de perspective du cadre juridique qui peut être adapté de manière fructueuse lors de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales. Cet article examine dans quelle mesure une « approche de la chaîne d'approvisionnement » a été adoptée dans la nouvelle directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire (ci-après, « la directive »)⁸ et dans la législation de certains États membres lors de sa transposition.

Les relations au sein des chaînes d'approvisionnement diffèrent et ces différences doivent être intégrées dans la conception institutionnelle et juridique des PCD. Les PCD dans les chaînes d'approvisionnement présentent des caractéristiques différentes ; en conséquence, elles nécessitent des règles et des recours spécifiques. En se basant sur la littérature consolidée, l'accent sera donc mis sur les types de chaînes suivants :

- *les chaînes modulaires*, où l'information est complexe mais facilement codifiée et transférée, où des investissements spécifiques limités sont requis de la part des fournisseurs et où les coûts de changement de fournisseur sont relativement faibles puisque les fournisseurs hautement compétents peuvent être facilement intégrés ou expulsés ;
- *les chaînes relationnelles*, où des informations complexes doivent être partagées mais ne peuvent être facilement transmises et apprises, de sorte que les relations sont largement fondées sur la confiance, la dépendance mutuelle et des niveaux élevés de spécificité des actifs déterminant des coûts de commutation élevés ;
- *les chaînes captives*, où un ou quelques acteurs (le plus souvent des producteurs finaux ou des grands détaillants) détiennent un pouvoir économique élevé, tandis que les petits fournisseurs sont économiquement et technologiquement dépendants, avec des coûts de changement élevés ou prohibitifs. Les pôles extrêmes, consistant en des relations de marché et des modèles totalement intégrés, seront exceptionnellement évoqués⁹.

8. Voir la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil, 17 avril 2019 (ci-après, « Dir. 2019/633 »).

9. Le cadre théorique et conceptuel est hérité de G. GEREFFI, J. HUMPHREY et T. STURGEON, « The Governance of Global Value Chains », *Review of International Political Economy*, vol. 12(1), 2005, p. 78.

Comme indiqué ci-dessous, la directive 2019/633/UE aborde les PCD dans la chaîne d’approvisionnement mais n’articule pas pleinement les spécificités des PCD au sein des chaînes. Comme dans les documents politiques précédents de l’UE et dans certaines législations nationales, les chaînes d’approvisionnement représentent principalement le contexte dans lequel les relations bilatérales sont établies. Bien que la directive soit clairement consciente de la dimension « chaîne » des PCD lorsqu’elle examine la nécessité et les objectifs d’une intervention législative, par exemple à la lumière des éventuels effets de « répercussion » des PCD le long de la chaîne, elle ne précise pas quelles implications juridiques peuvent découler de cette dimension lorsque des règles doivent être définies, interprétées et appliquées¹⁰.

Ce n’est que dans une mesure très limitée que les États membres ont adopté une approche de la chaîne d’approvisionnement lors de la mise en œuvre de la directive. Dans la plupart des cas, en s’appuyant sur l’approche de la directive, ils ont fait référence à la chaîne d’approvisionnement comme étant le contexte général dans lequel les relations soumises à la législation de transposition sont établies¹¹ ; dans cette perspective, certains d’entre eux ont défini le concept de chaîne d’approvisionnement qui sous-tend l’approche holistique déjà imposée par la directive¹². Ce n’est que rarement que la chaîne d’approvisionnement

-
10. Voir les considérants n^{os} 7 et 9 de la directive 2019/633, qui distinguent les effets directs et indirects des PCD, ces derniers consistant en une « cascade de conséquences » nuisant aux producteurs primaires.
 11. En conséquence, dans le cadre de la transposition, la législation allemande sur les PCD a été renommée comme suit : Loi sur le renforcement des organisations agricoles et des chaînes d’approvisionnement (Gesetz zur Stärkung der Organisationen und Lieferketten im Agrarbereich).
 12. Voir, par exemple, pour l’Espagne, la loi 16/2021 du 14 décembre 2021, modifiant la loi 12/2013 du 2 août 2013 sur les mesures visant à améliorer le fonctionnement de la chaîne alimentaire, part. art. 2(1) sur le champ d’application (« Cette loi s’applique aux relations commerciales entre les opérateurs établis en Espagne qui interviennent dans la chaîne alimentaire, de la production à la distribution de produits agricoles ou alimentaires ») et art. 5(a) donnant une définition de la « chaîne alimentaire » (« (a) Chaîne alimentaire : L’ensemble des activités exercées par les différents opérateurs intervenant dans la production, la transformation et la distribution des produits agricoles et alimentaires, à l’exclusion des activités de transport, et des entreprises d’hôtellerie et de restauration dont le chiffre d’affaires est inférieur à 10 millions d’euros, à l’exclusion des entreprises de services d’hébergement dont le chiffre d’affaires est inférieur à 50 millions d’euros »). Pour un autre exemple, voir en Croatie, NN 52/2021 (14.05.2021), Loi modifiant la Loi sur l’interdiction des pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d’approvisionnement alimentaire, art. 2 : « chaîne d’approvisionnement agricole et alimentaire » désigne tous les acteurs impliqués dans la production, la transformation et la commercialisation de produits agricoles et alimentaires, à savoir les producteurs, les collecteurs et/ou les transformateurs, les grossistes et les détaillants qui peuvent être des fournisseurs ou des acheteurs dans le cadre de relations contractuelles, les personnes exerçant des activités de restauration et les autorités publiques en tant qu’acheteurs.

devient l'élément de référence pour identifier les PCD, évaluer leurs conséquences, définir les mesures appropriées¹³.

L'analyse ci-dessous montrera pourquoi, dans quelle mesure et comment, au-delà de la situation actuelle les instruments juridiques devraient déployer la chaîne d'approvisionnement comme unité d'analyse et s'attaquer aux effets distributifs à la fois inefficaces et indésirables.

2 LA DIRECTIVE EUROPÉENNE ET SA TRANSPOSITION PAR LES ÉTATS MEMBRES

Le déséquilibre croissant des pouvoirs entre les entreprises situées le long de la chaîne a conduit à l'augmentation des PCD dans les industries agroalimentaires, redistribuant les coûts et les bénéfices entre les différents participants à la chaîne. L'inquiétude croissante quant aux conséquences de ces pratiques a conduit à des réformes législatives et à des initiatives politiques tant au niveau des États membres que de l'UE¹⁴.

Par conséquent, la réglementation des PCD dans l'agroalimentaire au niveau de l'UE et des États membres présente un degré important de variation qui peut entraver le développement d'une politique agricole efficace de l'UE et avoir un impact négatif sur la croissance agricole durable¹⁵. Après une approche de droit souple combinée à une réglementation privée, la Commission européenne, sur recommandation du Parlement européen, a proposé un instrument de droit contraignant pour compléter les instruments existants¹⁶. Le Parlement

-
13. Voir, pour la Grèce, l'article 9(3), loi 4792/2021 (incorporation de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les chaînes d'approvisionnement en produits agricoles et alimentaires et autres dispositions) : « Des mesures injonctives conformément aux paragraphes 1 et 2 sont prises lorsqu'il existe une probabilité de risque immédiat et imminent de *préjudice irréparable pour la chaîne d'approvisionnement* en produits agricoles et alimentaires ou pour l'intérêt public » (soulignement ajouté).
 14. Voir, notamment, Commission européenne, Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe, 31 janvier 2013, COM/2013/037 final ; le rapport de la Commission européenne sur les pratiques commerciales déloyales entre entreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, janvier 2016, COM/2016/032 final, où certains types de PCD ont été identifiés.
 15. Voir J. FALKOWSKI *et al.*, JRC Report, 2017.
 16. Voir la résolution du Parlement européen du 7 juin 2016 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065(INI)) : « considérant que l'initiative relative à la chaîne d'approvisionnement (SCI) présente des limites majeures – par exemple, il n'y a pas de sanctions en cas de non-respect et il n'y a pas de possibilité de déposer des plaintes confidentielles – ce qui signifie qu'elle ne peut pas être utilisée comme un outil efficace pour lutter contre les PCD ». Sur le développement de la politique de l'UE dans ce domaine, voir A. JANNARELLI, *Profili del sistema agro-alimentare e agro-industriale*, Cacucci, 2018, p. 29 et suiv.

européen a souligné dans sa recommandation la nécessité de passer à un instrument de droit contraignant étant donné l'insuffisance de la réglementation privée et l'urgence de s'attaquer aux pratiques commerciales déloyales. Une directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales dans les chaînes d'approvisionnement agroalimentaires a été proposée en 2018¹⁷ et est devenue une loi en 2019 en tant que directive d'harmonisation minimale.

La directive 2019/633/UE couvre à la fois les produits agricoles et les produits alimentaires transformés¹⁸. L'objectif réglementaire principal n'est pas la réduction du déséquilibre des pouvoirs, qui est laissée à d'autres instruments réglementaires au sein de la politique agricole commune (PAC)¹⁹. La directive vise plutôt à réduire l'occurrence des PCD dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire en introduisant une norme minimale commune de protection dans toute l'UE. Elle se concentre sur la mise en œuvre. L'absence d'une norme commune entre les États membres compromet la réalisation d'objectifs politiques tels que l'amélioration du bien-être des producteurs²⁰. La base juridique de la directive est l'article 43 du traité FUE²¹. Au moins en principe, ce choix devrait permettre de mettre l'accent sur la protection des agriculteurs au sein des chaînes d'approvisionnement²². La directive offre toutefois une protection juridique aux entreprises situées le long de la chaîne, au-delà du stade de la production. Elle s'applique aux chaînes agricoles et alimentaires (article 1). La définition du fournisseur inclut les ventes de produits agricoles et alimentaires. Elle fait donc référence aux transactions et, plus largement, aux relations concernant également la transformation et le conditionnement.

-
17. Voir la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, Bruxelles, 12 avril 2018 COM(2018) 173 final 2018/0082(COD). Pour un premier commentaire sur la proposition : C. TWIGG-FLESNER, « Towards a European law on unfair B2B trading practices? », *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 7(3), 2018, p. 93 ; H. SCHEBESTA, T. VERDONK, K.P. PURNHAGEN et B. KEIRSBILCK, « Unfair Trading Practices in the Food Supply Chain: Regulating Right? », *EJRR (European Journal of Risk Regulation)*, vol. 9(4), 2018, pp. 690-700.
 18. Le champ d'application a été élargi à cet égard après l'intervention du Parlement européen, étant initialement limité aux produits alimentaires.
 19. A. SORRENTINO, C. RUSSO et L. CACCHIARELLI, « Food value chain in the EU - How to improve it and strengthen the bargaining power of farmers », *Structural change in EU farming: how can the CAP support a 21st century European model of agriculture?*, European Parliament, 2016, pp. 197-277, spécialement p. 227.
 20. Voir le texte d'accompagnement de la proposition initiale, p. 5.
 21. *Ibid.* Pour un point de vue critique sur ce choix, voir H. SCHEBESTA *et al.*, *EJRR*, vol. 9(4), 2018, p. 690.
 22. Voir le texte d'accompagnement de la proposition initiale, p. 13 et le considérant n° 9 du texte final de la directive, tel que cité ci-dessus.

L'intervention de l'UE se justifie par l'inadéquation et l'hétérogénéité des réponses législatives au niveau des États membres²³. L'objectif principal de la directive est la définition d'une norme commune pour prévenir les conséquences indésirables du déséquilibre des pouvoirs, à savoir l'apparition de PCD. Il est clair que la prévention des PCD implique une action sur la gouvernance de la chaîne, qui a elle-même des effets sur les mécanismes par lesquels les risques sont répartis et la valeur distribuée. Par conséquent, la réglementation des PCD a des effets secondaires pertinents sur le pouvoir de redistribution et l'allocation de la valeur et des opportunités le long de la chaîne. Il est important de maintenir la distinction entre les objectifs et les effets des interventions réglementaires comme celle sur les PCD.

En tant qu'instrument d'harmonisation minimale, la directive 2019/633/UE prévoit une liste spécifique de pratiques interdites et un ensemble de mécanismes d'application à mettre en œuvre par les États membres. En interdisant les pratiques déloyales, l'article 3 fait la distinction entre les pratiques déloyales *en soi* (3.1) et les pratiques qui devraient être qualifiées de déloyales si elles ne sont pas explicitement convenues dans le contrat de fourniture (3.2, y compris une *liste dite grise*).

Lorsque le délai de transposition a expiré le 1er mai 2021, seuls sept États membres avaient transposé la directive²⁴. La plupart des États membres l'ont fait entre mai et décembre 2021²⁵. Nombre d'entre eux ont transposé la directive par le biais d'un texte législatif distinct, en particulier ceux qui ne disposaient pas d'une législation antérieure pour les PCD dans le secteur agroalimentaire²⁶. En revanche, de nombreux États membres ont réformé la législation existante en la complétant avec les nouvelles règles de l'UE, notamment en intégrant la liste des pratiques interdites, le cas échéant, et les moyens d'application requis par la directive. Dans la plupart des cas, la transposition a eu lieu en dehors du droit de la concurrence et de la concurrence déloyale, renforçant ainsi l'émergence d'un domaine juridique distinct sur les pratiques déloyales dans les relations entre entreprises, qui ne s'appuie plus sur les instruments juridiques du

23. Voir le texte d'accompagnement de la proposition initiale, p. 4. Sur la fragmentation juridique au niveau national, voir également A. RENDA, F. CAFAGGI et J. PELKMANS, *Study on the Legal Framework Covering Business-to-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain*, Bruxelles, 2014, p. 43 ; F. CAFAGGI et P. IAMICELI, JRC Report, 2018.

24. Bulgarie, Danemark, Finlande, Grèce, Irlande, Lettonie et Pays-Bas.

25. Au début du mois de janvier 2022, seule la Roumanie n'a déposé aucune notification à la Commission européenne, tandis que la République tchèque a déposé une notification partielle.

26. C'est le cas, par exemple, du Danemark, de la Grèce, du Luxembourg, de Malte, des Pays-Bas, mais aussi d'autres pays comme l'Irlande, la Lettonie, la Lituanie et la Suède qui ont préféré adopter un texte législatif distinct pour intervenir de manière plus organique dans ce secteur, au-delà du champ d'application des instruments précédents.

droit de la concurrence, déjà jugés insuffisants dans le débat politique²⁷. D'un autre point de vue, les derniers développements de la législation de l'UE et des États membres en matière de PCD montrent également les lacunes d'autres approches, y compris celle principalement basée sur le droit des contrats²⁸.

Bien que la plupart des États membres aient correctement et intégralement transposé la directive, le résultat de la transposition montre une fragmentation importante en termes de champ d'application, de pratiques interdites et de moyens d'exécution²⁹. Aucun moyen particulier de coordination entre les autorités nationales chargées de l'application de la loi n'est réglementé au-delà de l'obligation de coopération mutuelle et d'information. Cela rend l'application de la législation sur les PCD assez difficile dans le cas de pratiques transfrontalières, potentiellement soumises à des règles différentes dans différents États membres. L'adoption complète d'une approche fondée sur la chaîne d'approvisionnement aurait nécessité une coordination plus spécifique de l'évaluation des conséquences des pratiques déloyales le long des chaînes mondiales et du choix des mesures d'exécution et des recours nécessaires pour rétablir l'équité et garantir la réparation pour tous les participants à la chaîne.

3 POURQUOI LES CHAÎNES D'APPROVISIONNEMENT SONT-ELLES IMPORTANTES ? PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES SYSTÉMIQUES ET ISOLÉES

Pour montrer l'intérêt d'une approche par la chaîne d'approvisionnement, trois distinctions seront introduites en ce qui concerne les pratiques commerciales déloyales : l'une distingue les pratiques systémiques des pratiques isolées. Les deux autres concernent les effets des pratiques déloyales : directs et indirects, distributifs et d'exclusion.

27. Voir A. RENDA, F. CAFAGGI et J. PELKMANS, *Study on the Legal Framework Covering Business-to-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain*, Bruxelles, 2014, p. 43 et suiv. Une exception est la Bulgarie, qui a inclus une section distincte sur les PCD dans l'agroalimentaire dans la loi sur la concurrence.

28. Voir également F. CAFAGGI et P. IAMICELI, *The limits of contract laws. The control of contractual power in trade practices and the preservation of freedom of contract within agrifood global supply chains*, à paraître.

29. Voir le Rapport de la Commission sur l'état de la transposition et de la mise en œuvre de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, COM/2021/652 final, disponible à l'adresse <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A652%3AFIN&qid=1635346583274>.

PCD systémiques ou isolées. Les pratiques peuvent avoir des caractéristiques et un impact différents selon qu'elles concernent l'ensemble ou au moins une partie de la chaîne ou qu'elles s'adressent à un fournisseur individuel sans avoir d'effets pertinents sur l'ensemble de la chaîne : dans le premier cas, il s'agit de PCD systémiques, dans le second de PCD isolées. En outre, les effets des pratiques peuvent être stables, voire permanents, comme c'est le cas le plus souvent pour les PCD systémiques, ou temporaires et sujets à de fréquents changements, comme c'est le plus souvent le cas pour les PCD isolées³⁰.

Les exemples de PCD systémiques peuvent inclure : (1) des modifications unilatérales des normes de production le long de la chaîne, (2) des réductions unilatérales rétroactives du volume d'achat de biens et de services, (3) des réductions de prix dues à une politique de rabais ou de remise au niveau du commerce de détail après la conclusion des contrats : les effets de ces décisions unilatérales peuvent se répercuter sur un grand nombre de fournisseurs le long de la chaîne, jusqu'aux agriculteurs. Contrairement au modèle conventionnel du pouvoir de négociation dans les transactions bilatérales, ici l'exercice du pouvoir a un impact sur un grand nombre de transactions, auxquelles le détenteur du pouvoir n'est pas nécessairement partie. En outre, les effets systémiques des PCD ont tendance à être stables dans le temps.

Cet article se concentre sur les PCD systémiques, afin de déterminer si elles présentent des caractéristiques différentes et si elles nécessitent des instruments de contrôle et d'application différents.

Les PCD ayant des effets directs ou indirects. Les pratiques commerciales déloyales systémiques étendent leur impact au-delà de la relation bilatérale, soit parce qu'une entreprise se livre à la même pratique déloyale avec un grand nombre de fournisseurs au sein de la même chaîne (*pratiques commerciales déloyales systémiques ayant des effets directs*), soit, comme c'est plus souvent le cas, parce que la victime directe de la pratique est incitée à répercuter ses conséquences négatives sur le fournisseur en amont (*pratiques commerciales déloyales systémiques ayant des effets indirects*).

Les exemples d'effets directs sont l'augmentation des risques et des coûts ou la diminution des opportunités et des gains subis par l'entreprise en raison de la PCD. Les effets indirects sont ceux transférés par les fournisseurs supportant les effets directs sur d'autres fournisseurs le long de la chaîne.

Quelques exemples peuvent illustrer ces différences. Bien qu'il puisse n'y avoir aucune négociation entre les parties, un régulateur privé (le chef de la chaîne) impose les règles (conditions contractuelles) aux parties de la chaîne

30. Il est clair que les PCD peuvent concerner plusieurs chaînes lorsqu'elles proviennent de grands détaillants et se réfèrent à tous les producteurs d'une marchandise spécifique.

ou les modifie après la conclusion de l'accord de fourniture. Cette imposition ou ces modifications peuvent avoir des *effets systémiques directs* dans au moins deux types de situations :

- si l'acheteur adopte le même type de pratique déloyale, par exemple une modification unilatérale des normes de production, dans des relations multiples avec des fournisseurs de premier rang ;
- si les PCD se rapportent à un instrument contractuel (par exemple un code fournisseur) dont l'adoption est obligatoire tout au long de la chaîne de sorte que, par exemple, une modification du code par le chef de file de la chaîne entraîne des modifications automatiques des règles tout au long de la chaîne. Dans ce cas, chaque fois que le code du fournisseur est modifié, tous les contrats qui incorporent le code sont automatiquement modifiés sans aucune expression spécifique de consentement.

En revanche, une PCD systémique peut générer des *effets indirects* si elle amène sa victime à transférer certains des coûts engendrés par la pratique ou à reproduire la même pratique *vis-à-vis* d'un fournisseur en amont. Par exemple, si le fournisseur de premier rang, suite à la modification du code fournisseur par le leader de la chaîne, doit imposer une modification conséquente des conditions contractuelles déployées avec les fournisseurs de second rang. Dans ces cas, l'effet direct de la pratique s'exerce sur le fournisseur de premier rang, qui modifie ensuite les conditions et/ou répercute ou étend les coûts de cette pratique sur les fournisseurs en amont. Les coûts de ces pratiques peuvent être répartis de manière inégale le long de la chaîne entre les négociants et les producteurs, et retombent souvent sur les agriculteurs, qui constituent le maillon le plus faible de la chaîne.

La distinction entre les effets directs et indirects des PCD sur la chaîne d'approvisionnement conduit à explorer les différences entre les politiques de sanction et de réparation nécessaires pour traiter les effets sur la chaîne d'approvisionnement. Bien que les effets directs et indirects des PCD systémiques soient pris en compte, cet article se concentre sur les PCD systémiques générant des effets indirects.

PCD ayant des effets d'exclusion et de distribution. Les PCD tant isolées que systémiques peuvent avoir des effets d'exclusion ou de distribution : les premiers concernent la sortie de l'entreprise d'une relation contractuelle ou d'une chaîne ; les seconds concernent la répartition des risques et des coûts entre les participants à la chaîne. Lorsqu'ils sont systémiques, ces deux types d'effets s'étendent sur toute la chaîne, soit horizontalement, soit (comme c'est souvent le cas) verticalement, soit les deux. Ainsi, par exemple, les effets d'exclusion ne se limitent pas à la résiliation du contrat mais entraînent l'expulsion des fournisseurs de la chaîne et éventuellement de leur sous-chaîne ; les effets de distribution ne se limitent pas à l'appropriation de la rente dans une relation

bilatérale mais redistribuent les risques et les opportunités, les gains et les pertes le long de la chaîne sans forcer la sortie. L'intensité des effets de distribution et d'exclusion dépend fortement de la forme de la chaîne. Les effets d'exclusion ont tendance à être associés davantage aux chaînes hiérarchiques et captives où le pouvoir est fortement asymétrique. Les effets de distribution se produisent dans toutes les chaînes, mais leur intensité varie en fonction du type de chaîne.

4 RÉGLEMENTATION DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES ET DE LEURS EFFETS SYSTÉMIQUES : UNE APPROCHE PAR LA CHAÎNE D'APPROVISIONNEMENT

La directive de l'UE s'intéresse expressément aux relations caractérisées par des déséquilibres significatifs du pouvoir de négociation entre fournisseurs et acheteurs et utilise la différence de chiffre d'affaires comme indicateur du déséquilibre du pouvoir. Toutefois, il serait inapproprié de conclure sur cette base que seuls certains types de chaînes d'approvisionnement (par exemple, les chaînes captives, telles que décrites ci-dessus) sont couverts par la directive.

En effet, la directive englobe divers types de chaînes d'approvisionnement où des relations peuvent être établies entre des entreprises ayant un chiffre d'affaires différent. Étant donné la nature de l'harmonisation minimale, les États membres peuvent modifier la règle fixée à l'article 2 et réduire le niveau de fragmentation qui résulterait de ce modèle. En partant du cadre théorique et conceptuel décrit ci-dessus, une pratique peut être déloyale en fonction de la structure de la chaîne. Par conséquent, la prise en compte de la forme de la chaîne est pertinente pour définir l'existence et la gravité d'une pratique, ainsi que l'approche de recours et de sanction.

Pour la mise en œuvre de la directive au niveau national, les États membres doivent prendre en compte les différentes formes de chaînes d'approvisionnement pour définir l'existence d'une PCD et les modes de sanction de son occurrence.

Certaines applications sont présentées dans les illustrations ci-dessous, ainsi que des critères provisoires permettant de déterminer si les PCD produisent des effets isolés ou systémiques. En effet, toutes les PCD ne produisent pas d'effets systémiques. De plus, certaines peuvent en principe provoquer des effets systémiques dont l'occurrence est improbable ou difficilement vérifiable dans la pratique. Lorsqu'aucun effet systémique ne peut être prouvé, l'identification de la PCD doit être limitée à la victime immédiate de la pratique. Lorsque les effets systémiques deviennent évidents, des implications spécifiques doivent être observées, comme expliqué ci-dessous.

Les effets systémiques des PCD le long de la chaîne d’approvisionnement peuvent être pertinents à plusieurs égards. Cet article se concentre sur certains d’entre eux, à savoir :

- (1) la constatation de l’existence des PCD et de leurs effets ;
- (2) les modes d’application et la combinaison des sanctions et des recours contre les PCD.

L’analyse porte sur la pertinence des effets systémiques pour la définition des PCD, en distinguant différents types de pratiques et différents types de chaînes d’approvisionnement. Une analyse distincte est consacrée aux questions relatives à la mise en œuvre.

Les effets systémiques peuvent être pertinents pour l’établissement d’une PCD. En effet, les PCD ayant des effets systémiques mais un impact très limité sur la contrepartie immédiate doivent être considérées comme des PCD. Par exemple, une modification des normes de qualité imposée par le chef de file de la chaîne au fournisseur de premier niveau peut avoir des conséquences très limitées sur ce dernier mais très graves sur l’ensemble de la chaîne en amont. La répartition des effets systémiques peut dépendre de la capacité et du pouvoir de transférer les risques et les coûts. La capacité de transférer les conséquences négatives le long de la chaîne peut réduire l’impact sur le partenaire contractuel immédiat et augmenter celui sur les participants éloignés. Cet aspect est également pertinent du point de vue de l’application, car l’absence de préjudice pour le fournisseur de premier rang pourrait créer une lacune dans l’application, si les intérêts de la chaîne ne sont pas internalisés dans les règles de procédure. Puisque la directive vise à fournir une « liste minimale » de pratiques déloyales, il est important d’examiner si et comment les pratiques énumérées peuvent saisir cette dimension de la chaîne d’approvisionnement³¹. Alors que tant la directive que les instruments nationaux de transposition s’abstiennent de rendre cette considération explicite, dans quelques cas, les PCD sont définies sur la base de leur impact sur la chaîne d’approvisionnement dans son ensemble³².

31. Voir le par. 6.2.1. ci-dessous.

32. Par exemple, pour l’Espagne, voir l’article 12b, loi 16/2021 : « 1. afin d’éviter la destruction de la valeur dans la chaîne alimentaire, chaque opérateur de la chaîne alimentaire verse à l’opérateur immédiatement précédent un prix égal ou supérieur au coût de production de ce produit effectivement encouru ou supporté par cet opérateur. [...] 2. Afin de protéger la capacité de commercialisation des producteurs primaires, les opérateurs effectuant la vente finale de denrées ou de produits alimentaires aux consommateurs ne peuvent facturer ou proposer un prix de détail inférieur au prix d’achat effectif de ce produit » (soulignement ajouté).

4.1 Pratiques commerciales déloyales, effets systémiques et modèles de chaîne d'approvisionnement

L'analyse ci-dessus suggère que l'examen des effets systémiques des PCD est important pour détecter les pratiques ayant un faible impact sur les fournisseurs immédiats et un impact élevé tout au long de la chaîne d'approvisionnement.

Cependant, toutes les PCD ne génèrent pas d'effets systémiques et toutes ne le font pas dans tous les types de chaînes d'approvisionnement (modulaires, relationnelles, captives, telles que définies au paragraphe 1).

Afin de prendre en compte ces diversités, quelques PCD peuvent être considérées parmi celles visées par la directive européenne. L'objectif est d'évaluer :

- si certaines PCD ont tendance à générer des effets systémiques plus que d'autres ;
- si cela se produit de différentes manières ou à différentes conditions selon le type de chaîne d'approvisionnement ;
- si l'apparition d'effets systémiques le long de certains types de chaînes augmente l'ampleur des effets de distribution ou d'exclusion, ce qui sera également pertinent du point de vue de l'application.

Par conséquent, l'objectif ultime n'est pas de suggérer que la législation relative aux pratiques commerciales déloyales devrait être limitée aux pratiques générant des effets systémiques uniquement ou dans des types de chaînes spécifiques (par exemple, les chaînes captives). Il s'agit plutôt de différencier les PCD ayant des effets systémiques de celles qui n'ont que des effets isolés, afin d'appliquer la législation de manière plus efficace. En effet, la distinction *ex ante* entre les pratiques isolées et systémiques dans les différents modèles de chaînes d'approvisionnement nécessite une analyse approfondie et des preuves plus détaillées que celles qui pourraient être disponibles. En outre, d'un point de vue politique, si seules les PCD ayant un effet systémique étaient prises en compte, la dissuasion ne serait pas optimale, en particulier en ce qui concerne les pratiques isolées qui peuvent être tout aussi perturbatrices pour le fonctionnement du marché.

Par conséquent, les effets tant systémiques qu'isolés devraient être interdits, mais des conséquences différentes devraient leur être associées. Étant donné l'impact plus fort des PCD ayant des effets systémiques, les recours et les sanctions devraient tenir dûment compte de l'existence et de l'ampleur des effets systémiques produits par la PCD. Pour la même raison, le type de chaîne, qu'elle soit captive, modulaire ou relationnelle, devrait être pris en compte lors de la détermination puis de la répression des pratiques commerciales déloyales.

Aux fins de la présente analyse, les pratiques de la directive examinée sont regroupées comme suit :

- (1) les délais de paiement ;
- (2) annulation de la commande abrupte ;
- (3) les modifications unilatérales des clauses du contrat.

Des différences seront observées dans les effets systémiques, en fonction du type de chaîne, qu'elle soit modulaire, relationnelle ou captive. Comme précisé ci-dessus, au sein des effets systémiques, l'accent est mis sur les effets indirects, donc ceux générés par la répercussion des conséquences des PCD subies sur les fournisseurs en amont.

4.1.1 Retards de paiement

Les retards de paiement auront probablement des effets systémiques puisque les contraintes de liquidité, lorsqu'elles existent, peuvent avoir le même impact sur n'importe quelle transaction le long de la chaîne ; par conséquent, les retards de paiement en aval peuvent raisonnablement contribuer au moins aux retards de paiement en amont.

En pratique, il est difficile de vérifier dans quelle mesure l'imposition de contraintes de liquidité influence les fluctuations de prix le long de la chaîne³³. La littérature économique sur la transmission des prix et la distribution de la valeur au sein des chaînes d'approvisionnement n'est qu'indirectement pertinente à cet égard ; en effet, cette littérature s'intéresse davantage à la transmission des fluctuations au niveau de l'exploitation agricole sur la détermination

33. Voir J. FALKOWSKI *et al.*, JRC Report, 2017, p. 26 (« nous sommes encore loin de comprendre ce qui motive les modèles observés d'ajustement des prix et pourquoi (Bakucs *et al.*, 2014). Cela indique aussi clairement le deuxième point clé qui explique le manque de preuves systématiques sur les impacts des PCD, à savoir le problème de l'attribution. Comme il existe de nombreux facteurs de confusion, il est très difficile de déterminer avec précision dans quelle mesure un phénomène donné (par exemple, l'abandon d'une exploitation) est dû aux PCD ou plutôt à d'autres facteurs (par exemple, des réglementations nationales spécifiques ou des risques idiosyncratiques auxquels sont confrontés un individu ou un groupe de ménages agricoles) »). Les études sur les fluctuations de prix, par exemple celles résultant de la crise économique, montrent certaines asymétries dans les ajustements de la répartition de la valeur le long de la chaîne, de sorte que la volatilité des prix est beaucoup plus élevée au niveau de l'exploitation qu'au niveau du transformateur (J. FALKOWSKI *et al.*, JRC Report, 2017, p. 24, citant l'analyse de l'OCDE et de la FAO). D'autres études observent la relation positive entre la transmission asymétrique des prix et la structure fragmentée des exploitations (A. SORRENTINO, C. RUSSO et L. CACCHIARELLI, « Food value chain in the EU – How to improve it and strengthen the bargaining power of farmers », *op. cit.*, p. 225 et suiv.), ce qui peut servir d'indicateur d'un pouvoir de négociation réduit. Sur la base de ces considérations, on pourrait supposer que cette asymétrie est influencée par une allocation asymétrique du pouvoir. Des preuves supplémentaires seraient toutefois nécessaires pour étayer cette hypothèse (J. FALKOWSKI *et al.*, JRC Report 2017, p. 24).

des prix au niveau du transformateur et du consommateur³⁴. De ce point de vue, un pouvoir de négociation supérieur peut être considéré comme un facteur modifiant la vitesse et les modes de transmission des prix en aval plutôt que d'imposer une nouvelle vague de fluctuations en amont, basée par exemple sur la réduction du profit du fournisseur par l'imposition de frais de cotation ou de contraintes de liquidité.

En examinant les différents types de chaînes, on peut supposer que plus l'impact immédiat des PCD sur les marges du fournisseur est élevé, plus les options de sortie du fournisseur sont limitées, plus l'impact systémique sur la chaîne est élevé. Cela signifie que les effets systémiques liés aux retards de paiement seraient plus importants dans les chaînes captives que dans les chaînes modulaires et relationnelles³⁵.

4.1.2 Annulation brutale de commandes et résiliation abusive de relations contractuelles

L'annulation brutale d'une commande, en tant que pratique visée par la législation européenne, doit être distinguée de la résiliation abusive de relations contractuelles à moyen et long terme, une PCD non couverte par la directive mais visée par les principes de bonnes pratiques.

En ce qui concerne l'annulation brutale de commandes de produits alimentaires périssables, le risque de transmission d'effets systémiques sur les fournisseurs en amont est plus limité en ce qui concerne la commande spécifique, étant plutôt improbable qu'une « chaîne » d'annulation de sous-commandes puisse être déclenchée comme réaction immédiate pour des produits périssables dont la valeur est proche de 0.

La probabilité d'effets systémiques est beaucoup plus élevée si l'on considère le cas plus grave de la résiliation abusive de relations contractuelles, en particulier de relations à long terme³⁶ ; en effet, la résiliation abusive de relations à long terme aurait des effets importants sur les sous-fournisseurs dans les cas

-
34. Voir A. SORRENTINO, C. RUSSO et L. CACCHIARELLI, « Food value chain in the EU – How to improve it and strengthen the bargaining power of farmers », *op. cit.*, p. 222 et suiv. ; J. FALKOWSKI *et al.*, JRC Report, 2017, p. 22 et suiv. Voir également High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain, *The State of Food Prices and Food Price Monitoring in Europe*, accompagnant le rapport 2014 du Forum, p. 3 et suiv., où il est précisé que la structure concurrentielle de la production alimentaire (divers degrés de concentration horizontale et d'intégration verticale) n'est qu'un des principaux déterminants des prix alimentaires.
 35. En effet, selon le cadre théorique de Gereffi *et al.* (G. GEREFFI, J. HUMPHREY et T. STURGEON, *Review of International Political Economy*, vol. 12(1), 2005, p. 78), les chaînes captives sont celles dans lesquelles les options de sortie sont très limitées ou inexistantes en raison de la grande complexité des transactions et du manque de compétences du côté des fournisseurs.
 36. Au sein des relations à long terme, nous incluons ici également la séquence des contrats à court terme déterminant l'attente légitime (confiance) de la continuité du contrat.

où ces derniers ont réalisé des investissements spécifiques dans les processus de la chaîne et (ou) où leurs revenus dépendent largement de la relation avec le fournisseur de premier rang, dont la relation avec le chef de file de la chaîne a été injustement rompue. Ce type d'effets systémiques serait alors particulièrement pertinent tant pour les chaînes relationnelles que pour les chaînes captives.

4.1.3 Modification unilatérale du contrat

Le troisième type de pratiques doit être abordé en distinguant les cas dans lesquels la modification unilatérale des clauses du contrat concerne : (1) la fréquence, le calendrier ou le volume de la fourniture ou de la livraison, (2) les normes de qualité ou (3) les prix des produits alimentaires³⁷.

4.1.3.1 Fréquence, moment ou volume de la fourniture

Dans la première série de modifications, les effets systémiques sont très probables si les changements sont substantiels (en termes quantitatifs ou en raison de changements répétés) et si le fournisseur de premier rang dispose d'un nombre limité d'options alternatives pour s'approvisionner ou vendre les produits convenus, comme cela se produit généralement dans les chaînes captives ; à cet égard, les effets systémiques peuvent être plus limités dans les chaînes modulaires, dans lesquelles les coûts de changement sont plus faibles³⁸. Les chaînes relationnelles peuvent également être plus enclines à générer des mesures d'adaptation basées sur la coopération entre la victime (fournisseur de premier niveau) et ses sous-fournisseurs. Ces mesures adaptatives peuvent être incluses dans les effets systémiques, bien qu'elles soient basées sur la coopération plutôt que sur le transfert unilatéral des coûts/risques sur les fournisseurs en amont.

4.1.3.2 Normes de qualité

Les modifications contractuelles concernant les normes de qualité génèrent généralement des effets systémiques tout au long de la chaîne. Ces effets sont normalement stables. Par exemple, on peut observer une diminution substantielle du pourcentage de matières grasses dans les produits à base de lait, ce qui implique un changement des stratégies d'approvisionnement et des processus d'écémage le long de la chaîne. Cet impact pourrait même être renforcé par l'utilisation de « codes fournisseurs » ou de « conditions générales » intégrant

37. Voir art. 3, c), dir. 2019/633 : « l'acheteur modifie unilatéralement les termes d'un contrat de fourniture de produits agricoles et alimentaires qui concernent la fréquence, la méthode, le lieu, le moment ou le volume de la fourniture ou de la livraison des produits agricoles et alimentaires, les normes de qualité, les conditions de paiement ou les prix, ou en ce qui concerne la prestation de services dans la mesure où ceux-ci sont explicitement visés au paragraphe 2 [...] ».

38. Voir A. CARBONE, « Food supply chains: coordination governance and other shaping forces », *AFE (Agricultural and Food Economics)*, vol. 5(1), 2017, p. 13.

des normes de qualité imposées tout au long de la chaîne³⁹ : une modification du code fournisseur est susceptible de produire un impact systémique sur la chaîne bien plus fort (et rapide) que dans les cas où les changements impliquent un processus de renégociation au sein de chaque relation bilatérale. Une fois que les changements deviennent contractuellement contraignants, des adaptations coûteuses peuvent être nécessaires par le biais de modifications des stratégies d'approvisionnement et des méthodes de transformation ; c'est là le cœur des effets systémiques causés par cette PCD.

Comme dans le cas du point *c.1)*, la modification des normes de qualité aura des effets systémiques dans les chaînes relationnelles et captives plus que dans les chaînes modulaires. En effet, dans ces dernières, en raison de la forte codifiabilité des connaissances, de la grande compétence des fournisseurs et de l'absence d'investissements spécifiques, l'interdépendance des chaînes est plutôt faible et les « modules » de la chaîne peuvent être remplacés moyennant de faibles coûts de changement⁴⁰. En revanche, pour des raisons différentes, les changements unilatéraux des normes de qualité peuvent avoir des effets systémiques graves dans les chaînes relationnelles et captives : dans les premières, en raison de la forte interdépendance le long de la chaîne ; dans les secondes, en raison de la dépendance technologique des fournisseurs peu compétents vis-à-vis de leurs acheteurs⁴¹. Dans les chaînes relationnelles, les effets systémiques impliqueront principalement la perte d'investissements spécifiques et la nécessité de réaliser de nouveaux investissements pour s'adapter aux nouvelles normes de qualité ; une fois encore, ces mesures peuvent être basées sur une adaptation coopérative. Dans les chaînes captives, plus encore que dans les chaînes relationnelles, la nécessité de ces adaptations peut entraîner la sortie des participants à la chaîne, de sorte que les effets distributifs se doublent d'effets d'exclusion.

39. Voir F. CAFAGGI, « The regulatory provisions of transnational commercial contracts. New architectures », *FJIL (Fordham Journal of international law)*, vol. 36(6), 2013, p. 1557 ; F. CAFAGGI et P. IAMICELI, *EJLE*, p. 131 *supra*.

40. Voir G. GEREFFI, J. HUMPHREY et T. STURGEON, *Review of International Political Economy*, vol. 12(1), 2005, p. 78 ; E. POMARICI, « Food Value Chains: Governance models », *EFSS (Encyclopedia of Food Security and Sustainability)*, 2019, pp. 516-522 ; A. CARBONE, *AFE*, vol. 5(1), 2017.

41. G. GEREFFI, J. HUMPHREY et T. STURGEON, *Review of International Political Economy*, vol. 12(1), 2005, p. 78 ; sur l'interdépendance des chaînes, voir également K. SORSA, F. CAFAGGI, P. IAMICELI et C. FERRARI, « Transnational Private Regulation, System Level Innovations and Supply Chain Governance in the Coffee Sector », Research Report 224, Turku University of Applied Sciences 2015, disponible sur <http://julkaisut.turkuamk.fi/isbn9789522165855.pdf>. Une exception à l'interdépendance de la chaîne pourrait être représentée par des normes de qualité qui ne sont applicables qu'à un segment isolé du processus de la chaîne sans aucun impact sur les segments suivants, par exemple certaines normes sur les emballages.

4.1.3.3 *Prix des produits alimentaires*

Alors que les deux premiers types de modifications de contrat généreront très probablement des effets systémiques, au moins dans les chaînes relationnelles et captives, le troisième type de modification (concernant les prix des produits alimentaires) peut ou non générer des effets systémiques en fonction de la capacité du fournisseur victime à rester sur le marché malgré la réduction de marge subie. Comme observé plus haut à propos des retards de paiement, les effets systémiques, s'ils se produisent, pourraient être particulièrement gênants pour les chaînes captives et pourraient y avoir des effets non seulement distributifs mais aussi potentiellement d'exclusion.

4.2 **Effets systémiques des pratiques commerciales déloyales et leurs principales implications pour les décideurs et les responsables de l'application des lois**

L'analyse ci-dessus peut aider à la fois les décideurs politiques et les autorités chargées de faire respecter la loi dans la tâche difficile d'établir l'existence des PCD et de faire respecter les interdictions légales.

Tout d'abord, les PCD générant des effets systémiques doivent être interdites, quelles que soient les conséquences déterminées sur la cible ou la contrepartie directe, puisque d'autres entreprises peuvent être gravement affectées long de la chaîne. L'asymétrie entre les effets systémiques directs et indirects peut créer une lacune dans l'application de la loi, puisque la contrepartie directe peut avoir un intérêt limité à déposer une plainte, tandis que les fournisseurs en amont peuvent manquer de droits procéduraux pour tenter une action ; cette lacune ne devrait pas représenter un obstacle à la détermination des PCD pertinentes et devrait être prise en compte lors de la définition des règles d'application au niveau national. En effet, la possibilité que les effets systémiques varient en fonction de la forme de la chaîne n'affecte pas l'existence de la pratique ; elle pourrait plutôt influencer le choix des recours et leur contenu⁴².

Deuxièmement, alors que certaines PCD isolées, assorties d'autres mesures de sauvegarde, peuvent être autorisées si elles font l'objet d'un accord dans le contrat (« liste grise »), les PCD générant des effets systémiques doivent toujours figurer sur la « liste noire ». Par définition, les effets systémiques ne peuvent pas être convenus dans les contrats bilatéraux. Par conséquent, la règle d'interdiction s'applique et les parties individuelles ne peuvent pas convenir de régler les effets systémiques.

42. On peut se référer à nouveau à la règle grecque sur les injonctions (voir note de bas de page 17 et le texte correspondant).

Ce n'est que si des accords collectifs le long de la chaîne étaient introduits dans la mise en œuvre de l'article 3.2 de la directive que la possibilité d'un accord sur les effets systémiques pourrait être envisagée. En effet, si l'on inclut ce type de PCD, les « listes grises » devraient prévoir des accords plus larges (par exemple, des accords de chaîne d'approvisionnement) réglementant ces pratiques. Certains exemples émergent au niveau national où des accords interprofessionnels et interprofessionnels sont déployés⁴³. Des interventions juridiques plus récentes, dans le cadre des transpositions de la directive, ont considéré le contrat de chaîne d'approvisionnement comme un moyen équitable de gouvernance de la chaîne compatible avec l'interdiction des PCD dans les chaînes agroalimentaires⁴⁴.

Troisièmement, comme nous le verrons plus loin, la législation devrait prévoir des mesures d'application spécifiques et des sanctions plus sévères en cas de PCD ayant des effets systémiques. Lorsque ces dernières se produisent couramment (comme, par exemple, en cas de modification unilatérale des normes de qualité établies au moyen de codes de fournisseurs), elles peuvent être présumées, à moins que l'entreprise qui se livre à la pratique ne fournisse une contre-preuve.

5 PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES ET EFFETS SYSTÉMIQUES : LE DÉFI DE L'APPLICATION DE LA LOI

La mise en œuvre est au cœur de la directive. Le cadre institutionnel dans lequel la directive fonctionne présente un triangle d'application composé de l'ADR, de l'application administrative et de l'application judiciaire. De plus en plus, l'ADR et l'application administrative couvrent des domaines qui n'étaient pas

43. Voir, par exemple, l'article L 442-6, Code de commerce français sur les pratiques restrictives, incluant dans la liste la PCD suivante : « *De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* » (soulignement ajouté).

44. Voir dans la loi de transposition italienne, leg. décret n° 198/2021, art. 6(1) : « *Bonnes pratiques commerciales*. 1. Sous réserve du respect des dispositions des articles 3, 4, 5 et 7, des principes de transparence, de bonne foi et de loyauté dans les relations commerciales entre acheteurs et fournisseurs de produits agricoles et alimentaires, les accords et les contrats de filière d'une durée minimale de trois ans et les contrats visés à l'article 3, qui respectent les termes prévus dans les accords-cadres ou qui sont conclus avec le concours des organisations professionnelles respectives les plus représentatives au niveau national représentées dans au moins cinq chambres de commerce, d'industrie, d'artisanat et d'agriculture, ou dans le Conseil national de l'économie et du travail, y compris à travers leurs structures territoriales et sectorielles, sont considérés comme la mise en œuvre des principes de transparence, de bonne foi et de loyauté dans les relations commerciales entre acheteurs et fournisseurs de produits agricoles et alimentaires ».

réglementés ou insuffisamment couverts par l'application judiciaire. La préférence des États membres et de l'UE pour l'application administrative est claire et fondée sur l'espoir qu'elle conduira à des mesures plus efficaces. Sans préjudice du pouvoir actuel des systèmes judiciaires nationaux, l'effort d'harmonisation réalisé par la directive se concentre sur l'application administrative, en donnant aux autorités des pouvoirs supplémentaires pour enquêter et sanctionner les PCD nationales et transfrontalières. L'autorité nationale d'exécution est compétente pour les pratiques réglementées par l'article 3 de la directive. Les autorités administratives peuvent mener leurs propres enquêtes, sollicitées par les parties concernées, ou engager des procédures d'office.

La directive régit la coopération entre les autorités chargées de l'application des lois, mais ne donne aucune indication concernant l'application intégrée des PCD transfrontalières de l'UE (article 8 de la directive). La coordination entre les sanctions administratives et les recours judiciaires n'est pas non plus prévue : il s'agit d'une tâche importante pour les législateurs nationaux qui mettent en œuvre la directive. En effet, la coordination entre les autorités judiciaires et administratives nationales aurait dû être réglementée dans le processus de mise en œuvre. En fait, les mesures nationales de transposition ont généralement prévu des obligations de coopération entre les autorités européennes et nationales chargées de l'application de la loi, sans introduire de moyens spécifiques de coordination concernant les pratiques transfrontalières et les procédures d'enquête et d'application de la loi menées au niveau national en relation avec des pratiques ayant leur origine dans un État membre et déployant leurs effets dans plusieurs pays de l'UE.

La Commission européenne peut promouvoir la coordination entre les autorités administratives et judiciaires chargées de l'application des lois sans empiéter sur leur indépendance. La coordination peut aller du simple rapport sur les différentes pratiques d'exécution à des lignes directrices concernant la coordination et l'application des principes d'efficacité, de proportionnalité et de dissuasion. L'article 10 de la directive, relatif aux rapports annuels, et les actes d'exécution de la Commission peuvent fournir une base juridique partielle. On pourrait faire davantage dans le cadre du processus d'évaluation prévu à l'article 12 de la directive et après celui-ci. Des mécanismes de coordination devraient être introduits, afin que les conclusions de l'autorité administrative puissent être utilisées dans les procédures judiciaires. Les deux modèles de droit de la concurrence (directive 2014/104/UE) et de droit de la consommation (règlement 2017/2394/UE) peuvent être utilement adaptés pour garantir que les victimes de PCD puissent utiliser les preuves produites par la

procédure administrative lorsqu'elles demandent une indemnisation et/ou une restitution⁴⁵.

L'application coopérative devrait compléter l'application hiérarchique. La coopération entre les associations de producteurs, les ONG et les gros acheteurs est une composante nécessaire d'une stratégie d'application le long des chaînes d'approvisionnement agroalimentaire. Les engagements doivent être encouragés. Lorsqu'ils ne sont pas viables, des recours et des sanctions doivent être déployés. Nous proposons l'établissement d'un système pyramidal pour les recours et les sanctions⁴⁶. Il s'agit d'une stratégie d'application complémentaire qui offre d'abord la possibilité de s'engager dans un comportement correctif et seulement en dernier recours le régime de sanction conventionnel.

Dans le cadre de la panoplie des mesures correctives, il convient d'envisager des injonctions, des mesures correctives et des mesures de restitution⁴⁷. Ces recours devraient être administrés par les autorités, suivant la tendance à l'élargissement de l'éventail de la protection administrative contre les pratiques commerciales déloyales. Deuxièmement, les mesures correctives devraient viser à réduire les dommages causés aux autres participants de la chaîne.

En particulier, comme dans d'autres textes législatifs de l'UE, les mesures correctives devraient avoir un rôle distinct, complémentaire de celui des injonctions exigeant de l'acheteur qu'il mette fin à la pratique commerciale interdite (article 6.1 de la directive). Quelques exemples sont tirés des mesures nationales de transposition, notamment les « compliance notices » (Irlande), les « mesures conservatoires » (Luxembourg) ou les mesures permettant à l'autorité administrative d'interdire au professionnel d'appliquer les dispositions du contrat-type de service si celui-ci n'est pas clairement formulé, ou si le service

45. Sous le terme « New Deal for Consumers » sont incluses les propositions concernant la réforme des directives 93/13, 2005/29, 2009/22. Voir la communication de la Commission, *A New Deal for Consumers*, Bruxelles, 11 avril 2018, COM(2018) 183 final. En ce qui concerne les changements relatifs à la directive 2009/22, la proposition apporte des améliorations significatives quant à la coordination entre les mécanismes d'application administratifs et judiciaires en donnant à la victime de la violation la possibilité d'utiliser la décision administrative dans le cadre d'une procédure judiciaire relative aux dommages et intérêts et/ou à la restitution. Un mécanisme similaire permettant l'utilisation des décisions administratives ou des jugements, selon la première éventualité dans l'autre voie, serait extrêmement utile pour contrer efficacement les PCD dans les chaînes d'approvisionnement agroalimentaires.

46. Voir I. AYRES et J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*, Oxford, Oxford University Press, 1992. Pour une application à la chaîne d'approvisionnement agroalimentaire, voir F. CAFAGGI et P. IAMICELI, « Contracting in Global Supply Chains and Cooperative Remedies », *ULR*, 2015, p. 135 et suiv.

47. F. CAFAGGI et P. IAMICELI, « Contracting in Global Supply Chains and Cooperative Remedies », *op. cit.*, p. 135.

ou la contrepartie n'est pas spécifié, ou si la redevance perçue n'est pas proportionnée aux coûts (loi hongroise sur les PCD)⁴⁸.

L'application des PCD au niveau de la chaîne d'approvisionnement implique un changement radical de perspective en ce qui concerne tant la portée que le contenu des mesures correctives. Non seulement l'interdiction est très importante, mais le principal objectif d'un système correctif devrait être la correction, à savoir la correction des inefficacités et des effets distributifs injustes découlant des PCD. Il est peu probable que les parties, engagées dans des relations à long terme, cherchent à obtenir une compensation. Leur objectif premier est de mettre fin aux pratiques et de redistribuer les pertes et les gains. Les mesures correctives et de restitution sont beaucoup plus efficaces que les dommages et intérêts pour atteindre ces objectifs⁴⁹. Elles se concentrent sur les effets, mais peuvent également porter sur les causes. Les mesures injonctives, par exemple, peuvent entraîner des changements de gouvernance afin d'éradiquer les causes des pratiques commerciales non équitables. Les agriculteurs et les fournisseurs peuvent rechercher des formes de réorganisation de la chaîne qui redistribuent plus équitablement les risques concernant les facteurs exogènes qui peuvent déterminer les changements contractuels.

Les stratégies d'application concernant les pratiques ayant des effets systémiques ou isolés devraient être différenciées dans la mise en œuvre de la directive. La distinction entre les effets systémiques et isolés des PCD pose des questions difficiles concernant la portée et la fonction des sanctions administratives et des recours judiciaires. Comment déterminer le contrevenant lorsque les PCD sont adoptées dans des chaînes mondiales ? Quel régime de responsabilité devrait être adopté ? Qui doit être sanctionné ? Plus précisément, qui sont les entreprises potentiellement sanctionnées et quelles sont les fonctions de ces sanctions ? Toutes ces questions ne sont pas abordées dans la directive et sont laissées au processus de mise en œuvre. Des règles spécifiques concernant la

48. Voir le Rapport de la Commission sur l'état de la transposition et de la mise en œuvre de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, COM/2021/652 final, disponible à l'adresse <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A652%3AFIN&qid=1635346583274>, p. 13.

49. De manière surprenante, la législation de transposition tend à se référer davantage aux dommages et intérêts qu'aux mesures de restitution. Voir le rapport de la Commission sur l'état de la transposition, cité, p. 12, qui montre que, parmi les seize premières mesures de transposition notifiées à la Commission, des mesures de restitution sont explicitement prévues en Finlande (mais uniquement en cas d'atteinte aux secrets commerciaux) et en Irlande (restitution des charges indues), tandis que des dommages-intérêts sont mentionnés en Finlande, en France, en Lettonie et à Malte. Parmi les transpositions les plus récentes, celle de l'Italie prévoit une indemnisation mais pas de mesures de restitution.

responsabilité dans les chaînes d’approvisionnement devraient être intégrées dans la législation nationale⁵⁰.

L’identification des recours et des sanctions dans le cadre d’une relation bilatérale doit être différenciée de celles utilisées lorsque les PCD produisent des effets systémiques le long de la chaîne. Les différences concernent à la fois l’ampleur des sanctions et le choix des recours, qu’il s’agisse d’interdiction ou de restitution, et leur combinaison.

En cas de PCD, comment combiner les sanctions, injonctions, restitutions et dommages et intérêts ? Faut-il que ce soit toujours la même partie qui soit sanctionnée et responsable des recours civils ou est-il possible et même souhaitable que les sanctions et recours administratifs soient dirigés vers différentes parties le long de la chaîne ? Il est clair que la réponse dépend du rôle joué par les parties autres que les responsables de la chaîne dans l’élaboration et la mise en œuvre des PCD ; en particulier, s’ils ont joué un rôle actif ou seulement passif pour s’assurer que les pratiques s’étendent tout au long de la chaîne.

Lorsque l’existence d’effets systémiques est prouvée, la mesure corrective doit s’attaquer à la fois aux causes et aux conséquences de la pratique. Cela peut nécessiter un degré plus élevé de coopération entre les autorités chargées de l’application de la loi et les procédures d’application, étant donné que la plupart des chaînes d’approvisionnement se développent de manière transfrontalière. Lorsqu’elle se limite à des pratiques isolées, une enquête sur les effets est suffisante.

L’existence d’effets systémiques entraîne une modification radicale de la structure corrective, qui passe de mécanismes décentralisés à des mécanismes centralisés au sein de la chaîne. Les mesures correctives et de restitution appliquées à des centaines ou des milliers de fournisseurs ne peuvent pas être administrées une par une, mais nécessitent un seul régime coordonné. Si cette approche peut contribuer à garantir la participation de l’ensemble de la chaîne, des problèmes de régularité de la procédure peuvent se poser, tant en ce qui concerne la réglementation privée que l’application administrative et judiciaire. Les parties qui n’ont pas participé au règlement du litige peuvent être soumises à des mesures correctives qu’elles n’ont pas demandées et qu’elles peuvent même désapprouver. À cet égard, un mécanisme d’exclusion pourrait être préférable : les participants à la chaîne affectés par les PCD, qui ne sont pas d’accord avec la solution centralisée, peuvent s’exclure du recours et chercher

50. En fait, l’analyse menée sur les mesures nationales de transposition ne semble pas faire apparaître de référence spécifique aux problèmes de responsabilité posés par l’apparition de PCD le long de la chaîne d’approvisionnement avec l’implication de multiples acteurs de la chaîne. Une référence différente à la responsabilité conjointe apparaît dans la législation finlandaise lorsqu’elle établit qu’« un avertissement public peut également être adressé à un commerçant ou à un groupe de commerçants qui a repris une entreprise ayant participé à une violation par le biais d’une fusion, d’une acquisition ou d’une autre restructuration d’entreprise » (article 11, loi n° 116/2021).

des solutions individuelles. Ils peuvent négocier leur propre solution avec les partenaires contractuels immédiats au lieu de bénéficier de la solution associée à la suppression des effets systémiques administrée de manière centralisée.

La distinction entre effets systémiques et effets isolés influence à la fois la portée de chaque recours et son contenu. Les effets de l'injonction, par exemple, changeront selon que la pratique est avec ou sans effets systémiques. En effet, sans considérer expressément les effets systémiques, les États membres ont prêté attention à l'impact des PCD sur la chaîne dans son ensemble lorsqu'ils ont défini le recours aux mesures injonctives⁵¹. Le fait que les pratiques commerciales déloyales aient des effets systémiques influencera le contenu de l'injonction (quelles clauses contractuelles doivent être annulées et éventuellement remplacées) et les personnes concernées (par exemple, tous les fournisseurs de premier rang, tous les fournisseurs de premier et de deuxième rangs, tous les fournisseurs actuels ou futurs, etc.). Il est tout aussi important, lorsque l'on compare les effets systémiques, de se demander si un changement de code fournisseur est nécessaire ou si une simple modification des conditions dans un nombre limité de contrats le long de la chaîne peut être suffisante. Lorsque des effets systémiques sont en place, l'injonction pourrait modifier le code du fournisseur en annulant ses clauses abusives et, par conséquent, en affectant tous les contrats de la chaîne. Lorsque seuls des effets isolés se produisent, l'injonction pourrait cibler uniquement les contrats concernés sans modifier les conditions générales rédigées par le chef de la chaîne.

Les recours contre les PCD peuvent dépendre des violations procédurales ou substantielles.

Si le caractère inéquitable dépend de la dimension procédurale, par exemple de la nature unilatérale du changement, le responsable de la chaîne doit alors impliquer les participants à la chaîne et s'assurer que les changements sont acceptés par les destinataires de la chaîne d'approvisionnement. Les recours peuvent exiger de l'auteur de la pratique qu'il suive une procédure plus inclusive afin de s'assurer que les fournisseurs puissent exprimer leurs intérêts et souligner l'impact (négatif) du changement lors de la définition de la stratégie de recours.

Si l'iniquité est substantielle, c'est le contenu de la règle plutôt que la procédure qui doit être modifié. Par exemple, les modifications contractuelles unilatérales apportées par le leader de la chaîne lorsqu'il s'engage dans une

51. Voir, pour la Grèce, l'article 9(3), loi n° 4792/2021 (incorporation de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les chaînes d'approvisionnement en produits agricoles et alimentaires et autres dispositions) : « Des mesures injonctives conformément aux paragraphes 1 et 2 sont prises lorsqu'il existe une probabilité de risque immédiat et imminent de *préjudice irréparable pour la chaîne d'approvisionnement* en produits agricoles et alimentaires ou pour l'intérêt public » (soulignement ajouté).

PCD doivent être éliminées et combinées à des mesures de restitution concernant la redistribution des coûts de ces modifications. Souvent, la restitution ne consistera pas en un paiement de sommes mais en un rétablissement des opportunités perdues (accès aux marchés, accès à l'innovation, accès à la formation). Le contenu non pécuniaire de la restitution nécessite l'adoption de solutions centralisées et uniformes pour éviter toute discrimination entre les victimes des PCD. Le responsable de la chaîne sera invité par l'agent d'exécution à apporter des modifications au code des fournisseurs et/ou aux conditions générales, qui seront ensuite « transmises » à tous les participants de la chaîne. Les modifications qui éliminent les PCD doivent ensuite être intégrées dans les contrats bilatéraux liés le long de la chaîne. La suppression des clauses abusives ne suffit pas lorsque ces clauses ont été appliquées. Des mécanismes uniformes de restitution le long de la chaîne doivent être élaborés afin que les coûts injustes de la modification unilatérale payés par les participants à la chaîne soient restitués. Ces changements devraient être contrôlés par des comités *ad hoc* opérant sous la supervision de l'agent d'exécution. Des rapports sur l'efficacité de la mesure corrective devraient être exigés.

L'introduction d'actions collectives ou représentatives au niveau national doit être soigneusement étudiée, étant donné que dans les PCD ayant des effets systémiques, l'économie de procédure appelle à l'agrégation des réclamations. En fait, bien que la législation de tous les États membres confère aux associations le pouvoir d'introduire une demande auprès des autorités chargées de faire appliquer la loi, les procédures de recours collectif ne sont pas spécifiquement réglementées et sont rarement mentionnées dans la législation de transposition⁵².

Une question clé lors de l'application des pratiques déloyales et de la mise en œuvre de la distinction entre les effets systémiques et isolés est la répartition de la charge de la preuve. Le demandeur dans un litige civil ou l'autorité lorsqu'elle déploie une application administrative doit prouver l'existence d'effets systémiques le long de la chaîne. Une fois que les effets systémiques ont été démontrés *prima facie*, la charge de la preuve doit être transférée au chef de la chaîne qui doit démontrer que les effets étaient limités et isolés. Si aucun effet systémique ne peut être prouvé, la pratique doit être traitée comme une pratique ne produisant que des effets isolés. Mais si des effets systémiques sont *prima facie* identifiés, c'est au contrefacteur de prouver que seuls des effets isolés ont eu lieu. La répartition de la charge de la preuve peut changer en fonction des caractéristiques de la chaîne. Comme on l'a vu plus haut, des présomptions

52. Un cas intéressant est celui de l'Italie, où les organisations de producteurs ont été habilitées à intenter une action, afin de protéger les intérêts collectifs représentés, en demandant une injonction contre les actions violant les exigences sanctionnées par l'instrument de transposition en vertu des articles 840*bis* et suivants du Code de procédure civile, réglementant les procédures de recours collectif.

plus fortes pourraient être établies à l'égard des chaînes captives, où les fournisseurs et les sous-fournisseurs sont économiquement dépendants du leader de la chaîne et ont des options de sortie limitées. Des présomptions plus légères peuvent caractériser les chaînes relationnelles où l'implication des fournisseurs clés peut ne pas être l'effet du pouvoir hiérarchique.

Les autorités chargées de l'application de la loi ont également le pouvoir d'administrer des amendes et autres sanctions. Les sanctions, tant pécuniaires que non pécuniaires, doivent être efficaces, proportionnées et dissuasives. De manière surprenante, seuls quelques États membres ont expressément transposé cette exigence imposée par la directive⁵³. La détermination des sanctions doit être basée, conformément à l'article 6 de la directive, sur la nature, la durée, la récurrence et la gravité de la violation⁵⁴. Toutefois, la directive ne fait pas de distinction entre les différents types de violations et, plus précisément, entre celles qui ont un impact sur la chaîne d'approvisionnement et celles qui n'affectent qu'un ou quelques fournisseurs. Cette spécification n'apparaît pas non plus dans les législations nationales de mise en œuvre, qui font souvent (mais pas toujours) référence aux seuls critères énoncés dans la directive⁵⁵.

Les violations isolées et systémiques devraient être distinguées aux fins de la sanction et faire l'objet de critères différents pour imposer et quantifier les sanctions. Au sein des violations systémiques, un rôle doit être joué par les effets des pratiques, qu'ils soient d'exclusion ou purement distributifs. Les effets distributifs déplacent les coûts et les risques ; les effets d'exclusion entraînent la sortie de l'entreprise de la chaîne. Les PCD qui entraînent ou peuvent entraîner une sortie forcée de la chaîne sont clairement plus graves que celles qui redistribuent les risques et les pertes. Cette distinction relève de la nature de la violation.

La présence d'effets systémiques est également liée à la gravité. Par conséquent, la gravité des violations doit être examinée en fonction de la distinction entre les effets systémiques et les effets isolés et de celle entre les effets d'exclusion et les effets de distribution. Les violations ayant des effets systémiques et d'exclusion sont les plus graves. Les violations ayant des effets isolés et distributifs sont, toutes choses égales par ailleurs, moins graves.

53. Le Luxembourg et la Lituanie l'ont fait.

54. Voir 633/2019 dir., art. 6.1 : « Les sanctions visées au premier alinéa, point e), sont effectives, proportionnées et dissuasives, compte tenu de la nature, de la durée, de la récurrence et de la gravité de l'infraction ».

55. Voir le rapport de la Commission sur l'état de la transposition et de la mise en œuvre de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, COM/2021/652 final, disponible à l'adresse <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A652%3AFIN&qid=1635346583274>, p. 11.

La gravité des sanctions devrait également être influencée par le niveau des gains et des pertes le long de la chaîne⁵⁶. Lorsque les gains résultant des pratiques commerciales déloyales sont très élevés, ils devraient être pris en compte pour déterminer une sanction dissuasive. Il convient d'utiliser une notion large des gains, qui inclut non seulement les gains pécuniaires mais aussi les ressources immatérielles telles que les connaissances et les capacités acquises par la pratique déloyale. Par conséquent, le montant de la sanction devrait dépendre de l'absence de transfert de savoir-faire aux fournisseurs (par exemple, lorsque l'on impose des changements de normes sans permettre aux fournisseurs de s'améliorer grâce au transfert de connaissances) ou du transfert forcé et non rémunéré des fournisseurs vers le chef de la chaîne.

L'évaluation et la quantification des sanctions varient également en fonction du type de la chaîne. Cette évaluation peut être intégrée à l'analyse de la nature de la violation, qu'elle soit systémique ou isolée.

Les différents rôles joués par les parties le long de la chaîne peuvent être considérés à la fois sous la nature et la gravité de la violation. Dans le cadre de la notion de nature des violations, les différences entre les chaînes, qu'il y ait plusieurs ou un seul chef et la manière dont le pouvoir est attribué, devraient avoir un certain poids. Par exemple, la responsabilité conjointe et solidaire est plus susceptible de se produire dans les chaînes relationnelles et modulaires. Par conséquent, l'allocation des sanctions devrait refléter la responsabilité et le critère de proportionnalité et de dissuasion devrait être appliqué en conséquence. La proportionnalité doit être évaluée non seulement individuellement mais aussi collectivement au niveau de la chaîne. La proportionnalité des sanctions varie selon que l'entité sanctionnée est uniquement le chef de file de la chaîne ou également les fournisseurs clés le long de la chaîne. Les PCD peuvent être initiées par le chef de file de la chaîne ou par des fournisseurs clés, mais d'autres parties peuvent jouer un rôle actif dans la propagation de l'infraction et de ses effets. Si la partie autre que celle qui est à l'origine de la pratique a joué un rôle actif, elle doit également être sanctionnée. Le fait que l'auteur de l'infraction n'en soit pas à l'origine peut être considéré comme une circonstance atténuante et les sanctions peuvent être réduites en conséquence en utilisant le principe de proportionnalité.

La gravité est corrélée à l'ampleur du préjudice qui, à son tour, dépend de la distinction entre les effets systémiques et les effets isolés. Il est clair que lorsque l'on considère les conséquences sur la chaîne, l'ampleur du préjudice est plus grande que si l'on se concentre sur le fournisseur individuel. Les conséquences

56. Lorsque la législation des États membres adopte ce critère pour la détermination des sanctions, elle se réfère normalement à la relation bilatérale unique sans tenir compte des effets sur la chaîne d'approvisionnement. Voir, par exemple, les dispositions adoptées en Slovaquie et à Malte.

des violations systémiques, subies par des dizaines de fournisseurs, ont tendance à être plus importantes que les infractions isolées. Par conséquent, les sanctions doivent refléter cette ampleur.

Nous pouvons considérer deux exemples classiques de chaîne. Le premier est la chaîne verticale : ici, la PCD concerne le fournisseur immédiat mais ses effets s'étendent sur le fournisseur de deuxième et troisième rangs. Les amendes pécuniaires, lorsqu'elles sont considérées dans le cadre de la chaîne, doivent être plus élevées si elles sont corrélées à l'ampleur du préjudice. L'efficacité et le caractère dissuasif exigent des sanctions pécuniaires plus élevées. La proportionnalité sera à la mesure des effets sur la chaîne plutôt que sur la victime individuelle de la pratique. Le deuxième exemple concerne les fournisseurs multiples d'une même marchandise. Il est clair que, même si l'autorité administrative ne prend en considération que quelques fournisseurs au stade préliminaire de l'enquête, si beaucoup d'autres sont susceptibles d'être affectés par la pratique, le niveau de la sanction doit être proportionné aux effets plus larges produits par la pratique sur la chaîne.

6 REMARQUES FINALES

L'analyse développée dans cet article conduit à recommander l'adoption d'une approche de la chaîne d'approvisionnement lors de l'interprétation de la directive 2019/633 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les chaînes d'approvisionnement agroalimentaires et de sa transposition nationale. Le cadre juridique existant, tant au niveau européen que national, ne prend que partiellement en compte la dimension de la chaîne d'approvisionnement. En revanche, les responsables de l'application des règles administratives et les tribunaux devront être confrontés à cette dimension lorsqu'ils évalueront l'occurrence des pratiques commerciales déloyales, s'attaqueront à leurs causes et conséquences et définiront les mesures appropriées, y compris les sanctions et les recours. Une mise à niveau du cadre juridique actuel dans un avenir proche, intégrant la distinction entre les PCD isolées et celles ayant des effets systémiques tout au long de la chaîne, renforcerait considérablement l'efficacité de l'intervention de l'UE dans ce domaine.

La distinction entre les pratiques systémiques et les pratiques isolées est essentielle. Les PCD isolées sont celles qui sont imposées à une entreprise sans avoir d'impact négatif significatif sur les autres entreprises de la chaîne, que ce soit directement ou indirectement. Elles ont tendance à être temporaires et sujettes à des changements fréquents. En revanche, les pratiques commerciales déloyales systémiques se produisent dans les chaînes d'approvisionnement lorsque le(s) responsable(s) de la chaîne impose(nt) des décisions commerciales

déloyales, dans le cadre de contrats ou non, à un grand nombre d'entreprises participant aux activités agricoles et industrielles le long de la même chaîne.

Partant de cette perspective, l'examen du cadre juridique actuel à travers le « prisme de la chaîne d'approvisionnement » suggère que les effets systémiques de distribution et d'exclusion devraient être pris en compte dans (a) la définition de la pratique, (b) le type d'interdiction et la mesure dans laquelle les conditions convenues peuvent permettre l'utilisation de certaines des pratiques, (c) la nature et l'étendue de la responsabilité du ou des contrevenants, (d) l'utilisation de présomptions concernant les effets des pratiques, (e) le choix et le contenu des sanctions et des recours.

La mise en œuvre est le fondement de la nouvelle architecture. Les sanctions administratives doivent être efficaces, proportionnées et dissuasives, comme le demande la directive (article 6.1). Une telle règle devrait mettre en corrélation les trois principes avec la distinction entre les effets systémiques et les effets isolés. Une approche fondée sur la chaîne d'approvisionnement permettra de prendre en compte les effets systémiques lors de la définition du type et du montant des sanctions administratives, de la portée et de la durée des injonctions, du montant de la restitution pour supprimer les effets distributifs indésirables, ainsi que du recours aux astreintes en cas de non-respect des décisions administratives et judiciaires.

La mise en œuvre n'est pas seulement une question de sanctions. Il s'agit également de la coopération entre l'agent chargé de l'application et le contrevenant. L'application coopérative est pertinente pour supprimer les effets systémiques, lorsque des changements dans le comportement de multiples acteurs sont nécessaires. Les injonctions et les engagements devraient être étendus, en prévoyant l'adoption de mesures concrètes concernant l'ensemble de la chaîne, y compris des mesures de restitution et de distribution ainsi que la renégociation des contrats, le cas échéant.

Ces distinctions et leurs implications concrètes, examinées ci-dessus, sont totalement cohérentes avec les objectifs réglementaires de la directive et peuvent renforcer son application effective par les États membres, tant au niveau de la réglementation que de l'exécution.

SUMMARY : THE SYSTEMIC DIMENSION OF UNFAIR TRADING PRACTICES IN FOOD SUPPLY CHAINS: A PERSPECTIVE ON DIRECTIVE 2019/633/EU AND ITS TRANSPOSITION BY MEMBER STATES

The article argues that unfair commercial practices in supply chains have specific characteristics and therefore require specific rules and remedies. A distinction should be made between isolated unfair commercial practices, whose effects remain essentially within the bilateral contractual relationship, and systemic unfair commercial practices, whose effects spread directly or indirectly along the chain. The latter have much more serious consequences, both in terms of distribution and exclusion. By examining Directive 2019/633/EU on unfair commercial practices (UCP) in agri-food chains and its transposition by some Member States, the authors develop a conceptual framework that could be useful in complementing existing and forthcoming regulation at the European and national levels with rules that reflect the supply chain dimension of UCP. Specifically, the authors suggest that systemic distributional and exclusionary effects should be taken into account in (a) the definition of the prohibited practice, and (b) the choice and content of sanctions and remedies. Although these distinctions have so far rarely been taken into account by Member States in transposition, they could play an important role in courts when responsibilities, sanctions and remedies are to be determined.

Mots-clés : chaînes d’approvisionnement ; pratiques commerciales déloyales ; droit européen ; responsabilités ; sanctions.

Keywords: supply chains; unfair commercial practices; European law; responsibilities; sanctions.