

FEVRIER 2017
FLASH CONCURRENCE N° 1

Loi Sapin 2 et agriculture :
Des objectifs louables mais des effets qui risquent de rester limités

Par Jean-Christophe Grall et Caroline Bellone

L'un des objectifs annoncés de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin 2) était clair : renforcer la position des producteurs agricoles dans les négociations et assurer une meilleure répartition de la valeur au sein de la filière alimentaire, grâce à des relations commerciales plus transparentes et à une contractualisation rénovée entre les producteurs agricoles et les entreprises agroalimentaires d'une part, et les entreprises agroalimentaires et les distributeurs d'autre part.

Si cet objectif est louable, en particulier dans le contexte de grave crise agricole que nous traversons actuellement, les effets de la loi Sapin 2 risquent toutefois de rester limités pour les producteurs agricoles...

Retour sur les principales dispositions de la loi Sapin 2 visant à venir en aide au monde agricole, leur portée et leurs limites.

1. Sur les nouvelles obligations en matière de négociation avec les producteurs

La loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche du 27 juillet 2010 (dite LMAP) a prévu la possibilité de rendre obligatoire la contractualisation entre les producteurs et leurs premiers acheteurs, soit par décret, soit par l'homologation ou l'extension d'un accord interprofessionnel (article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime).

La contractualisation a ainsi été rendue obligatoire par décret dans le secteur du lait de vache (décret n°2010-1753 du 30 décembre 2010) et dans celui des fruits et légumes frais (décret n°2011-1108 du 15 septembre 2011). Si elle a également été rendue obligatoire par accord interprofessionnel dans le secteur ovin pour l'achat d'agneaux destinés à l'engraissement ou à la boucherie, force est de constater que cet accord interprofessionnel n'a pas été renouvelé pour l'année 2017, de sorte que seuls les fruits et légumes frais et le lait de vache sont aujourd'hui soumis aux dispositions de l'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime¹.

Membre d'Antitrust Alliance, réseau européen d'avocats en droit de la concurrence :
Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Hongrie, Italie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Slovénie, Suède, Suisse.

63, avenue de Villiers — 75017 Paris — Tél +33(0)1.53.57.31.70 — Fax +33(0)1.47.20.90.40 — Palais P40
contact@grall-legal.fr — www.grall-legal.fr

Trois nouveautés ont été apportées à cet article par la loi Sapin 2 : l'obligation de faire référence, dans ces contrats LMAP, à des indices publics (1.1), l'obligation de conclure un contrat-cadre avec les organisations de producteurs (OP) avant d'acheter la production de leurs membres (1.2) et enfin l'encadrement des mandats de facturation donnés par les producteurs à leurs acheteurs (1.3).

Alors que les acheteurs de lait de vache et de fruits et légumes soumis à cette contractualisation obligatoire doivent mettre leurs contrats en conformité avec les nouvelles dispositions de la loi Sapin 2 avant le 1er avril 2017, force est de constater que de nombreuses questions restent encore en suspens...

1.1 Sur la référence à des indices publics

Les contrats LMAP doivent désormais faire référence à trois types d'indices publics distincts :

1. des **indices des coûts de production** qui reflètent la diversité des conditions et des systèmes de production ;
2. des **indices des prix des produits agricoles ou alimentaires** ;
3. des **indices du prix de vente des principaux produits fabriqués par l'acheteur** (mix produit).

Avant toute chose, il convient de préciser ce que le législateur appelle un « *indice public* ». Il ressort des débats parlementaires que cette notion doit s'entendre de manière large comme tout indice accessible à tous et non seulement comme des indices établis par des organismes publics.

Les contrats LMAP peuvent ainsi faire référence à des indices établis tout aussi bien par l'Observatoire des prix et des marges, France Agrimer ou l'INSEE que par des organisations interprofessionnelles, des fédérations professionnelles, des chambres d'agriculture, etc., la seule limite étant bien entendu que chaque opérateur demeure parfaitement libre de l'indice auquel il choisit de faire référence dans son contrat avec son partenaire commercial².

La référence à chacun de ces trois types d'indices est obligatoire, l'article L. 631-25 du Code rural et de la pêche maritime prévoyant une amende administrative de 75.000 euros par producteur et par an à l'encontre de tout acheteur qui rédigerait les clauses rendues obligatoires dans les contrats LMAP en méconnaissance des dispositions du I de l'article L. 631-24.

Si l'application de ce texte ne devrait pas poser de difficultés particulières s'agissant des contrats de vente de lait de vache, elle pourrait se révéler plus compliquée pour les fruits et légumes. Rappelons en effet que la contractualisation a été rendue obligatoire pour les seuls fruits et légumes destinés à la revente à l'état frais et non pour les fruits et légumes destinés à la transformation.

Dans ces conditions, la référence à des indices du prix de vente des principaux produits fabriqués par l'acheteur paraît difficile dès lors précisément que l'acheteur ne fabrique aucun produit mais se contente de revendre les fruits et légumes en l'état, le cas échéant après les avoir simplement triés, calibrés et conditionnés³.

Des précisions de l'administration sur ce point seraient les bienvenues afin de sécuriser les acheteurs de fruits et légumes destinés à la revente à l'état frais...

Par ailleurs, il convient de souligner que si la référence à ces trois types d'indices est bien obligatoire, le législateur a toutefois souhaité laisser aux parties une grande liberté s'agissant des modalités de cette référence : les parties pourraient ainsi parfaitement choisir que seule une partie du prix d'achat des produits agricoles dépendent de ces indices, ce qui limiterait sensiblement la portée de ces nouvelles dispositions...

S'agissant des fruits et légumes, attention toutefois à une éventuelle requalification en remise, rabais ou ristourne illicite (article L. 441-2-2 du Code de commerce) ! La Direction des affaires juridiques (DAJ) a notamment considéré, dans une fiche pratique intitulée « *L'indexation des prix dans les marchés publics d'achats de denrées alimentaires* » du mois de mars 2015 que l'application d'un coefficient sur une cotation pourrait constituer une telle remise déguisée.

1.2 Sur l'obligation de négociation préalable avec les OP

L'article L. 631-24 s'est également vu enrichi d'un autre alinéa rédigé comme suit :

« *Lorsque la conclusion ou la proposition de contrats écrits a été rendue obligatoire soit par un décret (...) soit par un accord interprofessionnel (...) et qu'une organisation de producteurs ou une association d'organisations de producteurs est habilitée, conformément au droit de l'Union européenne, à négocier les contrats au nom et pour le compte de ses membres en vertu d'un mandat donné à cet effet, la conclusion des contrats est subordonnée à une négociation préalable entre cette organisation ou association et l'acheteur* ».

Si ce texte semble à première vue s'appliquer de manière très large, son champ d'application est en réalité assez limité.

Cet article ne vise en effet que les seules OP non commerciales - c'est-à-dire sans transfert de propriété - qui ont été autorisées par le règlement OCM n°1308/2013 à négocier des contrats au nom et pour le compte de leurs membres, à savoir les seules OP de la filière laitière⁴ (article 149 du règlement OCM et D. 551-129 du Code rural et de la pêche maritime)⁵.

Ces nouvelles dispositions imposent aux opérateurs qui achètent du lait directement à des producteurs membres d'une OP une double obligation :

1. l'obligation de conclure – et non plus simplement de proposer⁶ – un accord-cadre avec l'OP avant la signature de tout contrat individuel avec des producteurs membres de ladite OP, étant précisé que ce contrat-cadre doit contenir, outre les clauses habituelles devant figurer dans tout contrat LMAP, des informations relatives à :

- la quantité totale et la qualité des produits à livrer par les producteurs membres de l'OP ;
- la répartition de cette quantité entre les producteurs ;
- les modalités de cession des contrats et de répartition des quantités concernées par les contrats cédés entre les producteurs membres de l'OP ;
- les modalités de négociation périodique sur les volumes et le prix ou les modalités de détermination du prix entre l'acheteur et l'OP ;
- les modalités de gestion des écarts entre le volume ou la quantité à livrer et le volume ou la quantité effectivement livré par les producteurs membres de l'OP (clause facultative).

2. l'obligation d'informer mensuellement l'OP :

- des éléments figurant sur les factures individuelles des producteurs lorsque l'acheteur a reçu mandat de facturation de la part de ces derniers ;
- des indices et données utilisés pour déterminer le prix d'achat aux producteurs.

Le non-respect de chacune de ces obligations est sanctionné par une amende administrative de 75.000 euros par producteur et par an en application de l'article L. 631-25 du Code rural et de la pêche maritime.

Ces nouvelles dispositions devraient donc permettre de renforcer ou, à tout le moins, consolider les OP et AOP de la filière laitière.

1.3 Sur l'encadrement des mandats de facturation

L'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime prévoit désormais que :

« *Dans le cas où l'établissement de la facturation par le producteur est délégué à un tiers, il fait l'objet d'un acte écrit et séparé du contrat.* »

Le mandat de facturation est renouvelé chaque année par tacite reconduction. Le producteur peut renoncer à ce mandat à tout moment, sous réserve d'un préavis d'un mois.

Le mandat de facturation donné par le producteur à son acheteur est une pratique très courante dans le monde agricole qui n'était jusque-là soumise à aucun formalisme particulier, ce type de mandat étant souvent tacite, ce qui pouvait d'ailleurs poser certaines difficultés en matière fiscale et comptable.

Le Code rural et de la pêche maritime pose désormais trois conditions de validité pour ce type de mandat :

1. il doit être formalisé dans un contrat écrit distinct du contrat de vente ;
2. il doit être renouvelable tous les ans par tacite reconduction ;
3. il doit pouvoir être résilié à tout moment par le producteur moyennant le respect d'un préavis d'un mois.

On peut toutefois s'interroger sur la nature hybride de ce contrat qui n'est ni vraiment un contrat à durée déterminée (puisque'il peut être résilié à tout moment), ni vraiment un contrat à durée indéterminée (puisque'il doit être renouvelable tous les ans par tacite reconduction)?.

En tout état de cause, le non-respect de ce formalisme étant susceptible d'affecter la validité des factures émises par l'acheteur au nom et pour le compte du producteur, mieux vaut reprendre scrupuleusement les termes de l'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime dans les contrats de mandat...

2. Sur l'indication du prix prévisionnel moyen dans les CGV / du prix ou des critères et modalités de détermination du prix dans les contrats MDD

L'article L. 441-6 du Code de commerce prévoit désormais que « *les conditions générales de vente relatives à des produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles non transformés devant faire l'objet d'un contrat écrit en application [de l'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime] indiquent le prix prévisionnel moyen proposé par le vendeur au producteur de ces produits agricoles* ».

Dans des termes similaires, l'article L. 441-10 du Code de commerce dispose que « *le contrat d'une durée inférieure à un an conclu entre un fournisseur et un distributeur portant sur la conception et la production de produits alimentaires selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur mentionne le prix ou les modalités de détermination du prix d'achat des produits agricoles non transformés entrant dans la composition de ces produits alimentaires lorsque ces produits agricoles doivent faire l'objet d'un contrat écrit [en application de l'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime]* ».

Là encore, se pose la question de savoir quels sont les opérateurs soumis à cette obligation.

Les deux textes précités visent tout opérateur (y compris les coopératives) fournissant des produits alimentaires comportant des produits agricoles soumis à contractualisation obligatoire, soit par décret, soit par accord interprofessionnel, dès lors que lesdits produits agricoles sont acquis directement auprès du producteur.

La notion de produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles est toutefois sujette à interprétation, s'agissant en particulier des fruits et légumes destinés à la revente à l'état frais : un fruit ou un légume revendu à l'état frais peut-il être considéré comme « un produit alimentaire comportant un ou plusieurs produits agricoles » ou est-il un simple « produit agricole » ? En d'autres termes, les opérateurs qui revendent des fruits et légumes à l'état frais sont-ils soumis à ces nouvelles dispositions ?

La question mérite d'autant plus d'être posée que les fournisseurs de produits transformés fabriqués à partir de fruits et légumes (confitures, compotes, conserves, plats cuisinés, etc.) ne sont en principe pas soumis aux nouvelles dispositions des articles L. 441-6 et L. 441-10 du Code de commerce, les fruits et légumes destinés à la transformation n'étant pas soumis à contractualisation obligatoire. Pourtant, n'était-ce pas ces opérateurs qui étaient en premier lieu visés par les dispositions de la loi Sapin 2 ?

Ces nouvelles dispositions invitent ensuite à s'interroger sur la notion de « prix d'achat prévisionnel moyen ». En effet, il s'agit bien d'un prix prévisionnel qui doit être distingué du prix effectivement payé aux producteurs. Le Code de commerce ne prévoit d'ailleurs aucune sanction ni aucun mécanisme d'ajustement en cas d'écart entre le prix prévisionnel annoncé dans les CGV ou les contrats MDD et le prix effectivement payé aux producteurs. En d'autres termes, un industriel pourrait tout à fait annoncer dans ses CGV un prix prévisionnel moyen artificiellement élevé et ce, dans le but de renforcer sa position dans le cadre de ses négociations avec la grande distribution...

Les textes précisent simplement, s'agissant de ce prix prévisionnel moyen, qu'il peut faire référence « à un ou plusieurs indices publics de coûts de production en agriculture et à un ou plusieurs indices publics des prix de vente aux consommateurs des produits alimentaires », faisant ainsi clairement écho aux dispositions de l'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime. Ces indices doivent être choisis « de bonne foi entre les parties et peuvent être spécifiques au contrat ou établis par accord interprofessionnel », étant précisé que cette référence à des indices demeure en tout état de cause facultative (contrairement aux contrats LMAP pour lesquels elle est obligatoire).

Enfin, il convient de préciser que les seules sanctions encourues en l'absence de mention du prix prévisionnel moyen dans les CGV ou les contrats MDD sont celles prévues à l'article L. 442-6, I, 9° du Code de commerce, à savoir une amende civile pouvant théoriquement atteindre 5 millions d'euros. En revanche, aucune amende administrative n'est prévue. Les effets de ces nouvelles dispositions sur la situation des producteurs devraient donc restés extrêmement limités.

3. Sur la possibilité de conclure des conventions pluriannuelles

L'article L. 441-7 du Code de commerce prévoit désormais que « la convention écrite est conclue pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans (...). Lorsqu'elle est conclue pour une durée de deux ou de trois ans, **elle doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé**. Ces modalités peuvent prévoir la prise en compte d'un ou de plusieurs indices publics reflétant l'évolution du prix des facteurs de production ».

L'article L. 441-7-1 du Code de commerce applicable aux négociants-grossistes a été modifié dans des termes identiques.

Ces nouvelles dispositions, qui ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des fournisseurs, ont avant tout pour objectif de permettre aux entreprises agroalimentaires de disposer d'une meilleure visibilité sur leurs prix et leurs volumes.

La principale difficulté liée à ces nouvelles dispositions réside dans la clause de révision du prix. En premier lieu, il convient de préciser ce qu'est une clause de révision du prix.

La clause de révision visée aux articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du Code de commerce doit se distinguer de la clause de renégociation prévue à l'article L. 441-8 du même Code, c'est-à-dire d'une simple clause de revoyure sans obligation de trouver un accord⁸. Il s'agirait donc davantage d'une clause de révision automatique du prix par application d'une formule de calcul négociée par les parties au jour de la signature du contrat, étant précisé que ladite formule peut faire référence à des indices publics reflétant l'évolution du prix des facteurs de production, sans que cette référence soit obligatoire.

Attention toutefois ! Dès lors que les parties choisissent de faire référence à un ou plusieurs indices publics, ceux-ci doivent être pertinents au regard des produits en cause. L'article L. 442-6, I, 7^o du Code de commerce sanctionne en effet le fait d'imposer une clause de révision de prix faisant référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services objet de la convention.

En second lieu, il faut s'interroger sur l'objet de cette révision : les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 font référence à la révision du « *prix convenu* », c'est-à-dire tout à la fois (i) le tarif et les réductions de prix et (ii) les autres obligations, à l'exclusion en revanche des services de coopération commerciale qui, eux, ne concourent pas à la détermination du prix convenu. La clause de révision de prix doit-elle nécessairement conduire à une révision de l'ensemble des éléments concourant à la détermination du prix convenu ou peut-elle ne porter que sur le tarif du fournisseur ?

A notre connaissance, aucun grand distributeur n'a proposé de convention pluriannuelle à ses fournisseurs pour 2017. Il n'est pas certain que l'année 2018 voit apparaître davantage de contrats pluriannuels tant cette clause de révision du prix apparaît contraignante pour les opérateurs économiques...

4. Sur le plafonnement des nouveaux instruments promotionnels (NIP)

L'article L. 441-7 s'est enfin enrichi des dispositions suivantes :

« Pour les produits agricoles mentionnés à l'article L. 441-2-1, le lait et les produits laitiers, ces avantages ne peuvent dépasser 30% de la valeur du barème des prix unitaires, frais de gestion compris »⁹.

Les produits concernés par ce plafonnement sont les suivants : les fruits et légumes destinés à être vendus à l'état frais au consommateur (à l'exception des pommes de terre de conservation), les viandes fraîches, congelées ou surgelées de volailles et de lapins, les œufs, les miels, le lait et les produits laitiers.

Une fois encore, cette disposition est sujette à interprétation, en particulier s'agissant des produits couverts par les notions de « *lait et produits laitiers* ».

Il ressort de la lecture des débats parlementaires que le plafonnement des NIP avait à l'origine vocation à s'appliquer à « *tous les produits alimentaires frais issus de la première transformation* », ce qui exclurait notamment les produits glacés ou en conserve.

Pour autant, force est de constater que le texte de l'article L. 441-7 n'a pas repris cette notion de « *produits frais* » de sorte que l'ensemble des produits listés dans la partie XVI de l'annexe 1 du règlement OCM pourrait être concerné par le plafonnement des NIP et ce, quel que soit leur mode de conservation.

En tout état de cause, rappelons que le non-respect de cette disposition n'est à ce jour assorti d'aucune sanction, tout comme l'absence de signature d'un contrat de mandat en cas d'avantages accordés aux consommateurs par le fournisseur via le distributeur¹⁰.

Avec la loi Sapin 2, le législateur a souhaité se rapprocher d'un contrat tripartite et pluriannuel entre producteur, transformateur et distributeur sans pour autant franchir ce cap, ce qui explique sans doute la portée assez limitée de ces dispositions.

Toutefois, la contractualisation tripartite sera peut-être la prochaine étape puisque l'article 96 de la loi Sapin 2 prévoit qu'un rapport sur ce sujet soit remis par le Gouvernement au Parlement.

Si tel devait être le cas, il conviendra alors de s'assurer que cette contractualisation tripartite ne conduise pas à des ententes verticales anticoncurrentielles...

- 
1. Un accord interprofessionnel signé au mois de mai 2016 et rendant la contractualisation obligatoire dans le secteur du lait de chèvre serait également en cours d'homologation et d'extension.
 2. Un accord entre opérateurs concurrents (membres d'une même fédération professionnelle par exemple) sur le choix d'un indice contraignant pourrait en effet constituer une entente anticoncurrentielle.
 3. A ce jour, les seuls indices connus dans le secteur des fruits et légumes sont des indices d'expédition. Il n'existe en effet aucun indice relatif aux fruits et légumes « brut » de cueille, de sorte que la distinction entre la deuxième et la troisième catégorie d'indices demeure compliquée même lorsque les fruits et légumes ne sont pas strictement revendus en l'état mais préalablement conditionnés notamment.
 4. Les contrats portant sur du lait de chèvre seront également concernés par ces nouvelles dispositions si l'accord interprofessionnel devait être étendu ou homologué.
 5. Il existe d'autres filières pour lesquelles les OP non commerciales ont été autorisées à négocier des contrats au nom et pour le compte de leurs membres : l'huile d'olive, la viande bovine et certaines grandes cultures (blé, orge, maïs, seigle, froment, avoine, colza, graine de tournesol, soja, etc.), filières pour lesquelles la contractualisation n'a pas été rendue obligatoire à ce jour.
 6. Est en effet sanctionné par l'article L. 631-25 le fait de remettre au producteur une proposition de contrat non conforme à l'accord-cadre prévu au I de l'article L. 631-24, ce qui nécessite d'avoir au préalable conclu un accord-cadre avec l'OP.
 7. Une chose est certaine, une fois signé, ce contrat n'a pas à être renouvelé tous les ans, l'article L. 631-24 faisant bien référence à une reconduction tacite et non à une reconduction expresse.
 8. En effet, si la clause de révision du prix devait être une simple clause de renégociation, alors il n'y aurait plus vraiment de différence entre une convention pluriannuelle et une succession de conventions annuelles...
 9. Et ce, alors même que l'article L. 441-7 du Code de commerce n'est pas applicable aux produits visés à l'article L. 441-2-1...
 10. Voir à cet égard la note d'information de la DGCCRF du 22 octobre 2014.

Programme des interventions et des formations 2017 :

L'essentiel du droit du commerce électronique : la vente en ligne en 10 points clés

- Le 23/02/2017

Pratiques anticoncurrentielles

- Le 02/03/2017

Droit de la concurrence : Le droit de la concurrence n'est pas étranger aux marchés publics !

- Le 13/06/2017

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site
www.grall-legal.fr



Les enquêtes de concurrence diligentées par les services de la DGCCRF, de l'autorité de la concurrence, et par la Commission européenne

Date : 21 Février 2017

La formation sera animée par : Jean-Christophe Grall

Formule : 1 demi-journée (9h - 13h) – Tarif : 650€ HT

Les principaux objectifs de la formation :

- Acquérir les bons réflexes face à des enquêteurs relevant d'une autorité de concurrence
- Comment se comporter face à des enquêteurs ?
- Appréhender les risques liés à toute enquête de concurrence et ses conséquences potentielles futures

Pour nous contacter :

Adresse : 63, avenue de Villiers - 75017 Paris - Palais P 40

T +33 (0)1 53 57 31 70 - F +33 (0)1 47 20 90 40

contact@grall-legal.fr

www.Grall-Legal.fr

Tous droits réservés - Comme toute information à caractère général, le Flash Concurrence ne saurait engager la responsabilité de Grall & Associés.