

Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le cas particulier du secteur agricole



Par
Jean-Christophe
GRALL
Avocat à la Cour
Grall & Associés

La contractualisation des relations commerciales a été particulièrement renforcée, ces dernières années, dans le secteur agricole alors qu'elle n'a fait son apparition dans le code rural et de la pêche maritime qu'en 2010 avec la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP) du 27 juillet 2010. La contractualisation apparaît en effet comme la principale solution prônée par le Gouvernement en réponse à la grave crise que traverse aujourd'hui le monde agricole.

Le présent article est consacré à la contractualisation dans l'univers agricole, dépassant dès lors les frontières strictes délimitant les pratiques restrictives de concurrence puisqu'abordant également certaines dispositions du code rural et de la pêche maritime, mais tout en restant naturellement dans le domaine de la contractualisation, avec une attention toute particulière sur les dispositions nouvelles issues de la future loi *Sapin II*.



Et Caroline
BELLONE
Avocat à la Cour
de Paris
Grall & Associés

En matière de produits agricoles, trois régimes de contractualisation coexistent :

- le régime issu de la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP) du 27 juillet 2010⁽¹⁾ et codifié aux articles L. 631-24 et suivants du code rural et de la pêche maritime ;
- le régime dérogatoire prévu par l'article L. 441-2-1 du code de commerce ;
- le régime général prévu par les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce⁽²⁾.

L'articulation de ces différents régimes peut se révéler assez complexe puisque le régime applicable dépend tout à la fois de la nature du vendeur, de celle de l'acheteur et de celle des produits en cause.

Il convient donc de présenter brièvement chacun des régimes propres aux produits agricoles – le régime prévu par le code rural

et de la pêche maritime et le régime dérogatoire prévu par le code de commerce – avant de s'interroger sur l'articulation de ces différents régimes.

Le régime mis en place par la LMAP : une contractualisation à la carte entre les agriculteurs et leurs premiers acheteurs

L'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime permet de rendre obligatoire, par voie d'accord interprofessionnel étendu ou, à défaut, par décret, la conclusion de contrats écrits pour encadrer la première mise en marché des produits agricoles.

Lorsque la contractualisation est rendue obligatoire, les contrats conclus entre les agriculteurs (producteurs, éleveurs, etc.) et leurs premiers acheteurs (transformateurs, distributeurs, etc., à l'exception bien entendu des consommateurs) doivent com-

(1) L. n° 2010-874, 27 juill. 2010, de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP).

(2) V. dans cette revue, RLC 2016/53, n° 3029.

porter, outre la clause de renégociation prévue par l'article L. 441-8 du code de commerce⁽³⁾ et une clause de médiation ou d'arbitrage pour régler – *a minima* – les litiges liés à l'application de ladite clause de renégociation⁽⁴⁾, les clauses suivantes :

- durée ;
- volume et caractéristiques des produits à livrer ;
- modalités de collecte ou de livraison des produits ;
- prix ou critères et modalités de détermination du prix ;
- modalités de paiement ;
- règles applicables en cas de force majeure ;
- modalités de révision et de résiliation du contrat.

L'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime ajoute que « *si le contrat prévoit la fourniture à l'acheteur des avantages mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1 du code de commerce⁽⁵⁾, il comporte pour les produits mentionnés au même article des clauses relatives aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix. Il indique les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur ou au prestataire de services au regard des engagements de ce dernier* »⁽⁶⁾.

À ce jour, l'obligation de contractualiser n'a été mise en pratique que dans trois secteurs :

- le **secteur de la viande ovine**, par un accord interprofessionnel conclu dans le cadre d'Interbev et étendu pour la première fois par arrêté du 15 février 2011, après avis favorable de l'Autorité de la concurrence⁽⁷⁾ ;
- le **secteur du lait de vache**, par le décret n° 2010-1753 du 30 décembre 2010 codifié aux articles R. 631-7 et suivants du code rural et de la pêche maritime ;
- le **secteur des fruits et légumes**, par le décret n° 2010-1754 du 30 décembre 2010, modifié par le décret n° 2011-1108 du 15 septembre 2011 et codifié

- (3) Sauf pour les fruits et légumes, non soumis aux dispositions de l'article L. 441-8.
- (4) Conformément aux termes de l'article L. 631-28 du code rural et de la pêche maritime.
- (5) Remises, rabais et ristournes, rémunération de services rendus à l'occasion de la revente des produits agricoles, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, ou de services ayant un objet distinct. Il est à noter toutefois que, s'agissant des fruits et légumes frais, les rabais, remises ristournes sont interdits par l'article L. 441-2-2 du code de commerce. Seules sont autorisées depuis la loi Hamon les réfactions tarifaires en cas de non-conformité qualitative ou quantitative des produits livrés.
- (6) Dans sa version issue de la LMAP et modifiée not. par la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt (« loi d'avenir »).
- (7) Aut. conc., avis n° 11-A-03, 15 févr. 2011.

aux articles R. 631-11 et suivants du code rural et de la pêche maritime.

Elle devrait en outre être bientôt mise en œuvre dans le secteur du lait de chèvre puisque la filière a signé le 17 mai 2016 un accord interprofessionnel⁽⁸⁾ qui est dans l'attente d'une homologation et d'une extension par le ministre de l'Agriculture.

Ainsi, tout professionnel de quelque nature qu'il soit (abatteur, conditionneur, transformateur, détaillant, grossiste, etc.)⁽⁹⁾ situé sur le territoire français qui passe commande de l'un de ces produits directement auprès d'un producteur/éleveur aura l'obligation de proposer à ce dernier un contrat écrit d'une durée (i) d'au moins un an pour de la viande ovine, (ii) d'au moins cinq ans pour du lait de vache et (iii) d'au moins trois ans pour des fruits et légumes⁽¹⁰⁾.

Le contrat ainsi proposé devra contenir l'ensemble des mentions obligatoires visées à l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime et précisées par le décret ou l'accord interprofessionnel correspondant à la catégorie de produits en cause.

En cas de non-respect des dispositions de l'article L. 631-24, l'article L. 631-25 du code rural et de la pêche maritime prévoit :

Article L. 631-25. « *Lorsque la proposition ou la conclusion de contrats de vente écrits a été rendue obligatoire dans les conditions prévues au I ou au III de l'article L. 631-24, est sanctionné par une amende administrative, dont le montant ne peut être supérieur à 75 000 € par producteur ou par intermédiaire mentionné aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 631-24 et par an, le fait pour un acheteur :*

- *de ne pas remettre au vendeur une proposition de contrat écrit ;*
- *ou de ne pas inclure dans la proposition de contrat écrit une ou plusieurs clauses obligatoires ;*
- *ou de rédiger ces clauses en méconnaissance du I de l'article L. 631-24 ; (...) ».*

Il ressort de cette disposition que le législateur n'a pas souhaité sanctionner les producteurs/éleveurs qui refu-

- (8) Accord interprofessionnel ANICAP.

- (9) L'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime n'est toutefois pas applicable aux cessions à prix ferme de produits agricoles sur les carreaux affectés aux producteurs situés au sein des marchés d'intérêt national ou autres marchés physiques de gros de produits agricoles.

- (10) Avec la loi d'avenir, ces durées sont susceptibles d'être augmentées de deux années supplémentaires lorsque le contrat en cause porte sur un produit dont le producteur a engagé la production depuis moins de 5 ans. Les décrets permettant la pleine application de cette disposition n'ont toutefois pas encore été adoptés à ce jour.

seraient de signer le contrat qui leur est proposé. **Seul l'acheteur peut ainsi être sanctionné en cas de violation des dispositions des articles L. 631-24 et suivants du code de commerce.**

Le régime dérogatoire prévu par le code de commerce en cas de revente en l'état de certains produits agricoles

L'article L. 441-2-1 du code de commerce est ainsi rédigé :

« Pour les produits agricoles périsposables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vivants, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, figurant sur une liste établie par décret, **un distributeur ou prestataire de services** ne peut bénéficier de remises, rabais et ristournes⁽¹⁰⁾ ou prévoir la rémunération de services rendus à l'occasion de leur revente, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, ou de services ayant un objet distinct, que si ceux-ci sont prévus dans un contrat écrit portant sur la vente de ces produits par le fournisseur.

Ce contrat comprend notamment des clauses relatives aux engagements sur les volumes, aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix. Il indique les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur au regard des engagements de ce dernier.

Lorsqu'un contrat type relatif aux activités mentionnées au premier alinéa est inclus dans un accord interprofessionnel adopté par l'organisation interprofessionnelle reconnue pour le produit concerné et étendu en application des dispositions des articles L. 632-3 et L. 632-4 du code rural et de la pêche maritime, le contrat mentionné au premier alinéa doit être conforme à ce contrat type.

Toute infraction aux dispositions du présent article est punie d'une amende de 15 000 €.

Les deuxième et troisième alinéas ne sont pas applicables aux produits pour lesquels la conclusion de contrats écrits a été rendue obligatoire en application de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime.

Ces dispositions ont vocation à s'appliquer lorsque :⁽¹¹⁾

- les produits en cause appartiennent à l'une des catégories suivantes⁽¹²⁾ :

- fruits et légumes, à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus à l'état frais au consommateur ;
- viandes fraîches, congelées ou surgelées de volailles et de lapins ;
- œufs ;
- miels.
- les produits sont vendus à un distributeur, c'est-à-dire un professionnel qui les achète pour les revendre en l'état, quel que soit la nature de sa clientèle (consommateurs ou professionnels).

Le régime prévu par l'article L. 441-2-1 du code de commerce présente deux particularités par rapport aux deux régimes de contractualisation précédemment exposés (L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce, d'une part, et L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime, d'autre part) :

- en premier lieu, l'article L. 441-2-1 du code de commerce ne fixe aucune durée minimum pour les contrats devant être conclus entre fournisseurs et distributeurs des produits visés à l'article D. 441-2 du code de commerce ;
- en second lieu, il convient de noter que les sanctions en cas de manquement aux dispositions de l'article L. 441-2-1 du code de commerce demeurent aujourd'hui encore de nature **pénale** (15 000 euros d'amende), alors que le non-respect des articles L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime et L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce est sanctionné par voie administrative.

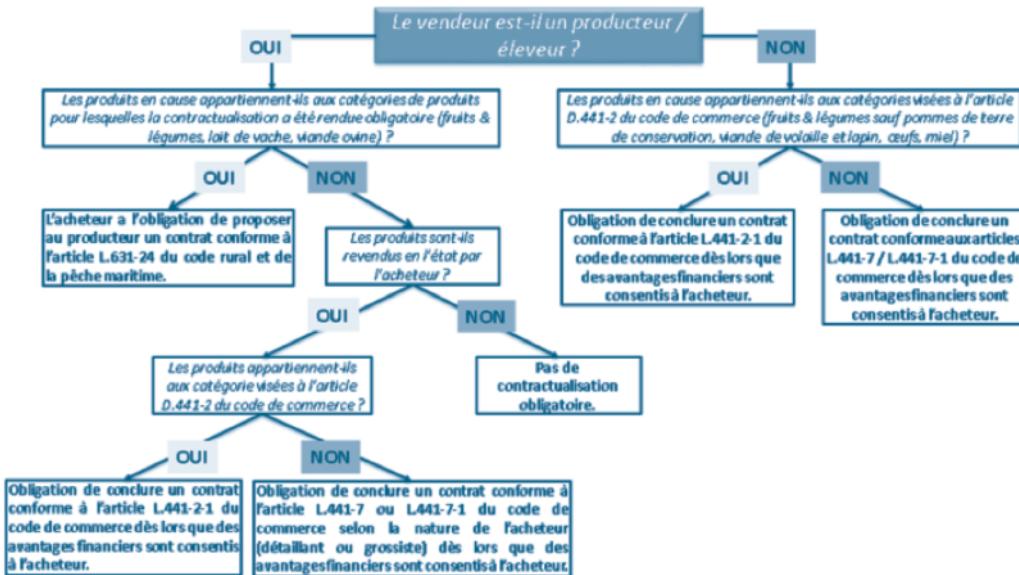
L'articulation des différents régimes de contractualisation susceptibles de s'appliquer aux produits agricoles : une équation complexe

Les questions à se poser pour pouvoir déterminer le régime applicable à une vente de produits agricoles sont nombreuses.

Un bon schéma valant souvent mieux qu'un long discours, les trois régimes s'articulent ainsi selon le schéma suivant :

(11) Il est à noter toutefois que, s'agissant des fruits et légumes frais, les rabais, remises ristournes sont interdits par l'article L. 441-2-2 du code de commerce. Seules sont autorisées, depuis la loi Hamon, les réfactions tarifaires en cas de non-conformité qualitative ou quantitative des produits livrés (v. accord Interfel du 21 mai 2014)

(12) C. com., art. D. 441-2.



Les modifications qui devraient être apportées par la loi Sapin II

La contractualisation étant à ce jour la principale solution proposée par le Gouvernement pour faire face à la grave crise que traverse aujourd’hui le monde agricole, le chapitre Ier du titre V du projet de loi *Sapin II* intitulé « *Measures relatives à l'amélioration de la situation financière des exploitations agricoles* » ne pouvait que revenir sur la question de la contractualisation.

Dans un communiqué de presse du 9 juin 2016, le ministre de l’Agriculture, de l’Agroalimentaire et de la Forêt a ainsi annoncé « *des avancées importantes pour les agriculteurs* » visant notamment à « *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* »⁽¹³⁾.

Cette volonté affirmée du législateur devrait se traduire par les mesures suivantes :

→ *Prise en compte d’indicateurs de coûts de production et de prix dans les contrats LMAP*

Afin de permettre d’établir un lien entre les coûts de production, la marge des producteurs / éleveurs et le prix payé par les consommateurs, l’article 30 C du projet de loi *Sapin II* vient compléter les termes de l’article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime en prévoyant que les critères et modalités de détermination du prix devant être précisés dans les contrats LMAP devront faire référence à un ou plusieurs

(13) Communiqué de presse, min. de l’Agriculture, de l’Agroalimentaire et de la Forêt, 9 juin 2016, Projet de loi Sapin 2 : des avancées importantes pour les agriculteurs.

indicateurs publics de coûts de production en agriculture (tel que l’indice des prix d’achat des moyens de production agricole (IPAMPA) par exemple) et à un ou plusieurs indices des prix des produits agricoles ou alimentaires.

→ *Renforcement du rôle des organisations de producteurs (OP) et associations d’organisations de producteurs (AOP) à travers la négociation de contrats-cadres*

Depuis sa modification par la loi d’avenir en 2014, l’article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime dispose que :

Article L. 631-24. « Le décret mentionné au cinquième alinéa prévoit que lorsque, conformément au droit de l’Union européenne, une organisation de producteurs est habilitée à négocier les contrats de vente au nom et pour le compte de ses adhérents en vertu d’un mandat donné à cet effet, la cession des produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation est subordonnée à la proposition d’un contrat-cadre écrit remis par l’acheteur à l’organisation de producteurs concernée. Ce contrat-cadre comporte l’ensemble des clauses mentionnées au quatrième alinéa.

Le décret mentionné au cinquième alinéa peut également, dans cette hypothèse, rendre obligatoire pour l’acheteur la transmission à l’organisation de producteurs des informations relatives au volume, aux caractéristiques et au prix des produits livrés par ses membres.

Toutefois, force est de constater que cette disposition est en réalité restée lettre morte en l’absence de décrets venus imposer de tels contrats-cadres.

La loi *Sapin II* devrait venir combler cette lacune en prévoyant directement dans le texte de l’article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime l’obligation, pour les acheteurs de produits agricoles, de (i) négocier/conclure de tels contrats-cadres avec les OP et AOP et de (ii) transmettre aux OP et AOP le détail des négociations individuelles menées avec leurs membres et ce, dès lors que la

contractualisation a été rendue obligatoire par décret ou par accord interprofessionnel.

La loi *Sapin II* devrait en outre venir renforcer cette obligation en prévoyant notamment que lesdits contrats-cadres devront contenir, outre les clauses obligatoires prévues par l'article L. 631-24, une clause permettant de définir les volumes à livrer par l'ensemble des membres de l'OP ou AOP et les modalités de répartition et de gestion de ces volumes entre producteurs.

Ce dispositif a pour but de renforcer le pouvoir de négociation des agriculteurs à travers leurs organisations de producteurs, mais va inévitablement complexifier les relations contractuelles dans des secteurs comme celui des fruits et légumes où l'oral prime encore beaucoup sur l'écrit.

→ *Le plafonnement des NIP pour certains produits agricoles*

L'article 31 ter du projet de loi *Sapin II* est rédigé comme suit :

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

Ce serait ainsi la première fois que la loi viendrait fixer un pourcentage maximal de promotion admissible.

→ *Indication des prix des produits agricoles dans les contrats entre industriels et distributeurs*

L'article 31 bis C du projet de loi *Sapin II* prévoit l'ajout, au sixième alinéa du I de l'article L. 441-6 du code de commerce, des dispositions suivantes :

« 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 soit du décret en Conseil d'Etat prévu au I de l'article L. 631-24 [à ce jour, fruits et légumes et lait de vache], soit d'un accord interprofessionnel étendu prévu au III du même article L. 631-24 [viande ovine et bientôt lait de chèvre], indiquent le prix prévisionnel moyen proposé par le vendeur au producteur de ces produits pendant leur durée d'application ».

Il prévoit en outre, s'agissant plus spécifiquement des produits à marque de distributeur (MDD), l'ajout d'un nouvel article L. 441-10 au code de commerce qui serait rédigé comme suit :

« Le contrat d'une durée inférieure à un an 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 critères et 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 soit en application du décret en Conseil d'Etat prévu au I de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime [à ce jour, fruits et légumes

et lait de vache], soit d'un accord interprofessionnel étendu prévu au III du même article L. 631-24 ».

Le Sénat a en outre complété ces deux articles afin de préciser que les critères et modalités de détermination du prix prévisionnel (s'agissant de l'article L. 441-6) ou du prix (s'agissant de l'article L. 441-10) devront faire référence à un ou plusieurs indicateurs publics de coût de production en agriculture et à un ou plusieurs indices publics des prix des produits agricoles ou alimentaires, faisant ainsi écho aux nouvelles dispositions qui devraient être insérées dans le code rural et de la pêche maritime.

Ce dispositif a pour objectif annoncé de créer un lien entre le prix payé à l'agriculteur, d'une part, et le prix final des produits alimentaires, d'autre part, et de mettre ainsi chacun devant ses responsabilités, puisque l'impact des baisses de prix demandées par les distributeurs sur les agriculteurs pourra être calculé dès le stade des négociations.

La portée juridique des engagements des industriels et distributeurs vis-à-vis des agriculteurs reste toutefois très faible : le prix qui devra être mentionné dans les conditions générales de vente des industriels est un « *prix prévisionnel moyen* » et non le prix réel qui sera effectivement payé aux agriculteurs, et aucun mécanisme obligatoire de gestion des écarts entre prix prévisionnel et prix réel n'est prévu à ce jour.

En outre, le calcul d'un tel « *prix prévisionnel moyen* » risque de s'avérer complexe dans un grand nombre de cas.

Le législateur peine encore à franchir le cap d'une contractualisation tripartite qui est régulièrement évoquée. Ainsi, l'article 30 bis du projet de loi *Sapin II* tel qu'adopté en première lecture par l'Assemblée nationale prévoyait la remise d'un rapport par le Gouvernement au Parlement sur l'opportunité de favoriser fiscalement et réglementairement « *la mise en place de contrats tripartites et pluriannuels entre les agriculteurs, les transformateurs et les distributeurs* ». Cet article a toutefois été supprimé par la suite par le Sénat.

La question des contrats tripartites n'est pas nouvelle. Ainsi que l'avait souligné la commission des affaires économiques lors des débats sur la proposition de loi *Lenoir* en faveur de la compétitivité de l'agriculture et de la filière agroalimentaire⁽¹⁴⁾, plusieurs initiatives volontaires ont été mises en place en ce sens depuis le début de l'année 2016. L'enseigne Auchan a ainsi conclu deux accords tripartites, l'un portant sur le lait et l'autre sur la viande de porc. Le 1^{er} juillet 2016, l'enseigne Lidl a fait de même pour le lait.

Il s'agit là peut-être de l'avenir de la contractualisation agricole, sous réserve naturellement du strict respect des règles de concurrence qui interdisent toute forme d'entente dont l'objet ou l'effet serait de nature anticoncurrentielle... N'oublions pas en effet que la Commission européenne – et les autres autorités de concurrence – veillent au grain en la matière ! ■

(14) Proposition de loi aujourd'hui en partie reprise dans le projet de loi *Sapin II*.