

N° 4-2020

Chaîne d'approvisionnement alimentaire et répartition de la valeur : La DGCCRF publie ses lignes directrices sur l'emploi des indicateurs dans la chaîne contractuelle

DISTRIBUTION, FRANCE, DISTRIBUTION/VENTE, SECRET DES AFFAIRES, PRIX, AGRICULTURE / ALIMENTATION, FIXATION DES PRIX, PRIX BAS, PRIX ORIENTÉS SUR LES COÛTS, CONCURRENCE DÉLOYALE, CENTRALE D'ACHAT, FORMALISATION DE LA RELATION COMMERCIALE

DGCCRF, 24 juill. 2020, Lignes directrices sur la prise en compte des « indicateurs » dans la chaîne contractuelle
Cet article a fait l'objet d'une première publication dans la Lettre de la distribution et est publié par le Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Montpellier.

Jean-Michel Vertut | Jean-Michel Vertut - Avocat (Montpellier)

Concurrences N° 4-2020 | Alertes | Distribution

Faits. Assurer une meilleure répartition de la valeur créée par les filières agricoles et agroalimentaires entre tous les acteurs de la chaîne de production. Tel est notamment l'objectif de la Loi Egalim voté il y a presque deux années. Pour atteindre cet objectif, cette loi a renversé le processus de construction du prix payé aux producteurs, en s'appuyant sur les coûts de production effectifs et a imposé la prise en compte d'indicateurs de ces coûts ou des prix des produits agricoles et alimentaires, dans les contrats conclus entre les différents acteurs de la chaîne agroalimentaire.

La DGCCRF a publié le 27 juillet dernier des lignes directrices sur les indicateurs Egalim, établies en concertation avec le Ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, afin d'éclairer les acteurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire sur les modalités d'application de ce dispositif. Après un rappel de la réglementation (C. rur., art. L. 631-24 et s. et C. com., art. L. 443-4), ce document traite de sa mise en œuvre, au plan de la « prise en compte » des indicateurs. Cinq sujets sont abordés.

Traduisant la logique de fixation du prix en « *marche avant* » voulue par la loi Egalim dès le stade amont, c'est-à-dire depuis la relation entre le producteur et le premier acheteur, les points abordés ont essentiellement traités au mécanisme de « *cascade* » au stade aval de la relation fournisseur-distributeur, visé à l'article L. 443-4 C. Com. Rappelons que la « *cascade* » est aussi prévue au Code rural. Tout d'abord, à l'article L. 631-24-1, pour la prise en compte d'indicateurs au plan des critères et modalités de détermination du prix au sein des contrats pour la revente des produits agricoles par le premier acheteur ou de produits transformés comprenant un ou plusieurs produits agricoles. Cet article s'intéresse aussi à la prise en compte d'indicateurs dans le cas où le prix d'acquisition initial était déterminé. Ensuite, à l'article L. 631-24-3 prévoyant un mécanisme dans le même esprit, adapté au contexte des relations entre les producteurs et leurs coopératives agricoles, leurs OP ou AOP avec transfert de propriété, ou à celui entre les producteurs et les entreprises avec laquelle ils sont liés par contrat d'intégration.

Problèmes.

1. Peut-on considérer que le terme « *existent* » signifie que les indicateurs doivent être pris en compte dans les relations à l'aval (fournisseur-distributeur) dès lors qu'ils ont été rendus publics et sont donc accessibles à tous les opérateurs ?
2. Que signifient les termes (clarification) « *y font référence et explicitent les conditions dans lesquelles il en est tenu compte pour la détermination des prix* » ?
3. Le distributeur peut-il, en se fondant sur l'article L. 443-4 C. com., demander à son fournisseur une transparence totale sur le coût d'achat de ses matières premières agricoles (par une demande détaillée de ses prix d'achats) ?
4. Quelles sont les sanctions encourues par un premier acheteur qui s'approvisionnerait en produits agricoles auprès d'un producteur étranger et qui conclurait avec ce dernier un contrat écrit non-conforme aux dispositions des articles L. 631-24 du CRPM et L. 443-4 du C. com. ?
5. Même question pour le cas d'un opérateur autre que le producteur qui effectue une revente à son client établi à l'étranger ?

Solutions.

Première question : dans une logique de sécurité juridique, le terme « *existent* » signifie que les opérateurs peuvent facilement avoir accès aux indicateurs mentionnés.

Deuxième question : La réponse se fait en trois temps. D'abord, la DGCCRF rappelle que le terme « *prix* », au sens de l'article L. 443-4 C. com., vise le « *prix tarif* » tel qu'il résulte du « *document contractuel* » que constituent les CGV du fournisseur (article L. 441-1 C. com.), socle unique de la négociation commerciale, de même que le prix convenu à l'issue de la négociation commerciale dans le cadre des conventions uniques (articles L. 441-3 et L. 441-4 C. com.) pour tous secteurs et pour les conventions portant sur des produits de grande consommation. Il en est de même pour les conventions des articles L. 441-7 et L. 443-2 C. com. Cette précision apportée, qui n'est que le rappel du texte, la DGCCRF se penche sur la détermination des indicateurs à prendre en compte dans le cas des « *produits alimentaires comportant plusieurs produits agricoles* » (produits transformés). Sur un plan général, elle rappelle que le choix des indicateurs revient avant tout aux opérateurs. Ces derniers sont les mieux placés pour déterminer les indicateurs correspondant le mieux aux produits qu'ils « *fabriquent* », à charge pour eux de pouvoir « *justifier que le choix* » de ces indicateurs est « *effectivement pertinent* ». La balle est dans le camp des fabricants. Plus spécifiquement pour les indicateurs à prendre en compte dans le cas des produits alimentaires transformés, la DGCCRF opte pour une « *optique pragmatique et opérationnelle* » « *conforme à l'esprit de la loi Egalim* ». Cet esprit de la loi, traduit dans l'article L. 443-4 C. com., sera ainsi rappelé par la DGCCRF, dans sa réponse à la troisième question : « *l'article L. 443-4 du code de commerce exige que soient référencés les indicateurs dans la chaîne contractuelle, que la filière soit responsabilisée et que tout au long de la chaîne d'approvisionnement, les contrats aval indiquent soit les indicateurs prévus dans le contrat entre le producteur et son acheteur, soit les indicateurs des prix des produits agricoles concernés. Il s'agit de l'objectif majeur des états généraux de l'alimentation et de la loi Egalim. Il s'agit notamment de s'assurer que chaque co-contractant n'augmente pas exagérément ses marges au détriment de l'amont qui ne verrait pas se répercuter la valeur jusqu'à son niveau* ». A cette fin, « *seuls les produits agricoles principaux doivent être référencés et pris en compte dans la détermination du prix* ». Les opérateurs pourraient ainsi mentionner les indicateurs retenus « *par ordre d'importance* » ou « *réellement déterminants* » dans la construction du prix. Le choix des indicateurs retenus devra être « *explicité et justifié* » dans le contrat (donc dans les CGV, puisque celles-ci sont considérées comme un contrat dans la réponse à la première question et, quoi qu'il en soit, parce que l'article L. 443-4 C. com. oblige à y expliciter ce

choix ; dans la convention unique, etc.). Enfin, est admise la situation dans laquelle il ne serait pas possible d'expliciter les indicateurs ou, plus concrètement, celle dans laquelle le vendeur « *ne pourrait pas tenir compte des indicateurs* » - on suppose référencés - pour des « *raisons légitimes* ».

Troisième question : la DGCCRF indique que c'est à l'opérateur qui détermine le prix de ses produits de se référer soit aux indicateurs choisis dans les contrats précédents soit, en l'absence de ces indicateurs, aux indicateurs qu'il considère comme les plus pertinents et le justifier dans ce cas. Mais pas de transparence excessive à ce sujet sur la détermination de leurs prix par les industriels. La loi n'exige pas de donner la formule de prix ou la construction précise des coûts de production, mais simplement de fournir des indicateurs et d'explicitier comment il en est tenu compte.

Quatrième et cinquième questions : dans le cas de l'approvisionnement en produits agricoles d'un premier acheteur auprès d'un fournisseur étranger, la DGCCRF estime que les dispositions des articles L. 631-24 et suivants du CRPM et L. 443-4 C. com. peuvent ainsi être considérées, sous réserve de l'appréciation souveraine des juges, comme des lois de police applicables à toute situation présentant des éléments de rattachement au territoire français (lieu d'établissement de l'acteur économique en France, marché français concerné pour l'écoulement des marchandises, etc.). En flux inverse, c'est à dire en cas de revente à un client établi à l'étranger par un opérateur qui n'est pas producteur (un transformateur par exemple), l'article L. 443-4 s'applique et les CGV de l'opérateur, lorsqu'elles sont disponibles, doivent mentionner les indicateurs (sauf dans le cas d'appel d'offres émanant d'organismes étrangers, l'achat à intervenir n'ayant pas lieu sur la base des CGV).

Analyse. Notre parti pris est celui de souligner, de manière générale, les points intéressants au plan pratique de ces lignes directrices, regroupées par idées clés, malgré l'impression qu'elles pourraient parfois donner, mais peut-être injustement, d'enfoncer des portes ouvertes.

Multiplicité des sources d'indicateurs. C'est ce que nous retenons de la réponse à la première question, qui interroge sur la condition du caractère « *public* » des indicateurs, pour pouvoir – et devoir – être pris en compte. Ce caractère ne résulte pas, expressément, du texte lui-même. On se souvient pourtant qu'un tel caractère avait été prévu à l'article L. 441-6 I al. 6 C. com. issu de la loi Sapin II, à propos du ou des indices « *publics* » de coût de production en agriculture et de prix de vente aux consommateurs des produits alimentaires auxquels il pouvait être fait référence pour la fixation des critères et modalités de détermination du « *prix prévisionnel moyen proposé par le vendeur au producteur de ces produits agricoles* », devant être mentionné aux conditions générales de vente. Néanmoins, ce dispositif, dont les effets n'ont pas été remarquables, préfigurant l'actuel article L. 443-4, était d'une portée plus limitée, puisqu'il ne se rapportait qu'aux produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles non transformés « *devant faire l'objet d'un contrat écrit* » (contrats dit « LMAP » comme pour le lait de vache) et ne visait que le contenu des CGV et non aussi, notamment, la convention unique. Dorénavant, la condition d'existence des indicateurs, probablement moins sujette à débat que celle de leur publicité, est satisfaite lorsque que les opérateurs peuvent facilement y avoir accès. La fourniture d'exemples par la DGCCRF de la provenance de ces indicateurs existant est appréciable (diffusion par une interprofession, par l'OFPM ou tout autre organisme ; contenu du contrat avec le producteur) et l'on peut conclure à une grande multiplicité dans les sources d'indicateurs. Mais attention, cet avantage de multiplicité a son revers : celui de rendre fautif les opérateurs qui n'auront pas pris en compte des indicateurs qui pourtant « existent ». Autrement dit, l'absence de prise en compte des indicateurs dans les CGV et le contrat ne sera « excusable » que par leur inexistence. L'argument de la méconnaissance d'un indicateur qui, peu connu, était pourtant accessible, risque d'être peu audible en cas de contrôle. De même et en raison des sanctions encourues, l'on peut craindre que certains opérateurs utilisent, pour la bonne forme, des indicateurs certes existants, mais inadaptés et donc inefficaces. En relation avec ce dernier cas de figure, l'on pourrait d'ailleurs débattre sur le point de savoir, à l'occasion d'une relation donnée, si un indicateur bien que diffusé, mais de fait véritablement inadapté ou devenu tel (indicateur trop général ou peu actualisé par exemple) par rapport à la finalité recherchée par la loi, qui est celle de la valorisation ou de la revalorisation du prix, peut être considéré comme un indicateur réellement existant. Certaines clauses pourraient éventuellement appréhender la substitution d'indicateurs en pareil cas. Toute approche utilitaire ne devrait en tout cas pas être

bannie, si l'on veut que la démarche ait un sens. Reste enfin à savoir si cette dernière situation pourrait être appréhendée par le cas visé dans la dernière problématique de la deuxième question (V. infra) et qui, selon la DGCCRF « *fait concrètement référence à l'hypothèse dans laquelle un vendeur ne pourrait pas tenir compte des indicateurs pour des raisons légitimes* ». A voir.

Multiplicité des situations de « prise en compte ». Cette multiplicité ressort de la structure de la deuxième réponse, elle-même multiple.

Multiplicité d'abord dans les supports de la négociation pour la détermination du prix, annoncé dans le tarif ou convenu à l'issue de la négociation et mentionné dans l'accord négocié, à savoir CGV et conventions, elles aussi multiples (conventions du régime général pour le cas où un produit agricole ou alimentaire ne serait pas classifié en « PGC », conventions PGC, conventions MDD, convention du régime spécifique pour certains produits agricoles dont la liste est fixée à l'article D. 441-2 du C. com.).

Multiplicité ensuite dans les choix d'indicateurs offerts aux opérateurs - et donc liberté de ces derniers - à charge pour eux de pouvoir justifier « *dans le contrat* » (y compris dans les CGV que la DGCCRF désigne comme « *document contractuel* » - voir aussi le texte de l'article L. 443-4 C. com.), de la pertinence du choix opéré. Les opérateurs devront faire preuve de réalisme sur la question. Ils sont d'ailleurs invités à une approche « *pragmatique et opérationnelle* » qui doit être « *conforme à l'esprit de la loi Egalim* ».

Multiplicité enfin dans les choix de traitement des situations complexes, où l'objectif de la loi asservit les moyens employés. Cela s'illustre, exemple à l'appui, à l'occasion du choix des indicateurs devant être pris pour référence, explicités et pris en compte dans le cas des produits transformés à base de produits agricoles. En pareil cas, l'obligation ne portera que sur les indicateurs relatifs aux produits agricoles principaux entrant dans la composition du produit alimentaire. Mais il est un cas de figure plus complexe, qui correspond à l'hypothèse où il ne serait pas possible d'expliciter les indicateurs ou celui dans lequel le vendeur « *ne pourrait pas tenir compte des indicateurs* » pour des « *raisons légitimes* ». On devine ici une logique d'exception. Il faut alors considérer que ce vendeur « *pourrait dans ses CGV* » - ce qui semble signifier que le silence est sur ce point permis - « *préciser les raisons légitimes justifiant que les indicateurs n'ont pas été pris en compte dans la détermination de son prix* ». Quoi qu'il en soit, le défaut de prise en compte des indicateurs dans la détermination de « *son prix* » par le vendeur « *devra être expressément expliqué et justifié dans le contrat (les CGV, les conventions uniques, etc.)* ». Nous ne nions pas être troublés par cette dernière référence aux CGV, au vu de notre précédente remarque. Quoi qu'il en soit, nous retiendrons, puisque cela est indiqué dans l'article L. 443-4 du C. com et repris dans les lignes directrices, que dès lors que les indicateurs sont utilisés dans le contrat - ce qui répond tout de même l'exigence de principe - leur utilisation devra y être explicitée. Le contrat par la suite établi devra ainsi expliquer et motiver une telle entorse à la règle, par la mise en avant de raisons légitimes. On pressent le contrôle des motifs d'une situation que le législateur ne souhaite plus, à savoir notamment un prix déconnecté des coûts. La situation est à risque et quelques précisions complémentaires et exemples auraient permis de mieux l'appréhender : Que pourrait-on entendre par raisons légitimes ? *Quid* d'indicateurs existant au plan des principes, mais inadaptés au cas particulier, car de caractère trop générique ou ne reflétant pas l'actualité des données économiques du moment (*Rappr.* L. Pouchard, *Stopper la « crise du prix payé aux éleveurs »*, La France Agricole, 2 sept. 2020, évoquant les demandes des éleveurs du Massif central au Ministre de l'Agriculture, de mise en place d'un « *outil officiel d'observation du marché bovin regroupant l'ensemble des indicateurs économiques utiles aux négociations, actualisés chaque semaine* », ou la publication sur Twitter par la Fédération Nationale Bovine, des indicateurs hebdomadaires de marché) ? Qu'en est-il pour les innombrables fruits et légumes non produits en France et revendus à l'état ou entrant dans la fabrication de produits transformés, etc.

Confidentialité préservée de la construction du prix. La réponse à la troisième question n'appelle pas ici de plus amples commentaires. Qui dit indicateurs dit indications mais pas inquisition. La loi ne doit pas servir d'alibi pour la satisfaction d'objectifs étrangers à ceux qui sont les siens, tels que rappelé par la DGCCRF dans sa réponse (*Rappr. nos obs. RLDC, n° 79, janvier 2019, p. 13 et s.*).

Applicabilité éployée. A l'occasion de la réponse donnée à la quatrième et cinquième questions, la DGCCRF opte pour une application large de la réglementation dans le cadre de contrats commerciaux internationaux. Certes, l'article L. 631-24 du CRPM, en son point I, vise les contrats de vente de produits agricoles « *livrés* » sur le territoire français et précise qu'ils sont régis par les dispositions du présent article. Mais il est vrai que l'article L. 443-4 ne vise pas expressément ce critère de la livraison sur le territoire français, même s'il renvoie à l'article L. 631-24 du CRPM, mais en son seul point III, qui ne traite pas de ce sujet. Se pose alors la question de la combinaison des deux articles et/ou celle de l'autonomie du point III de l'article L. 631-24 CRPM par rapport au point I de ce même article, lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article L. 443-4 du C. com. On note pourtant que la DGCCRF rappelle que l'objectif de la loi Egalim est la responsabilisation de « *l'ensemble des acteurs de la chaîne agroalimentaire française sur le prix payé aux producteurs* », ces derniers ayant généralement été perçus, nous semble-t-il, comme les producteurs français, outre qu'ils font eux aussi partie de « *l'ensemble des acteurs* ». En outre et à tout le moins pour les produits importés, et notamment du « *végétal* », la référence dans le point III de l'article L. 631-24 CRPM aux interprofessions, à l'OFPM ou à France Agrimer, dans le cadre de l'élaboration des indicateurs ne milite-t-elle pas pour des indicateurs applicables à des produits des seules filières françaises de métropole et d'outre-mer ? La loi Egalim n'avait-elle pas pour objectif de corriger les abus dans la répartition de la valeur entre les acteurs amont du monde agricole français et les opérateurs de l'aval, et non de protéger, si noble en soit la cause, les agriculteurs des autres pays. A moins peut-être que la préservation de notre agriculture passe aussi par la revalorisation des agricultures étrangères, et pour le coup le renchérissement des achats fait à l'étranger ? Mais nous spéculons.

Quoi qu'il en soit et malgré les éclaircissements procurés par la DGCCRF, le talon d'Achille de ce dispositif demeure pour l'heure sa relative complexité. La période de rodage s'avère longue. Bien que vertueux, il reste encore difficile à mettre en œuvre, tant au plan des indicateurs à élaborer le cas échéant puis à choisir, qu'à celui de la capacité de ces derniers à satisfaire les différents intervenants dans la chaîne d'approvisionnement, et notamment les plus puissants lorsqu'il s'agit de discuter du partage du gâteau. N'oublions pas non plus l'importance des coûts de transaction que vont devoir supporter les acteurs sur ces sujets complexes. La montée en compétence technique - et bien plus encore la bonne volonté des acteurs et la communication entre ces derniers - sera aussi une condition indispensable à la réussite de la nouvelle construction du prix.