

Le 9 mai 2021

**OBSERVATIONS DE L'AFEC SUR LA PROPOSITION DE LOI VISANT A
PROTEGER LA REMUNERATION DES AGRICULTEURS**

INTRODUCTION

L'Association Française d'Étude de la Concurrence (« *AFEC* ») est une association indépendante, créée en 1952, qui réunit, comme membres indépendants, des magistrats, avocats, juristes d'entreprises et d'associations professionnelles, professeurs de droit et d'économie, économistes et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF. L'AFEC est l'association nationale membre de la Ligue Internationale de la Concurrence. Elle a notamment pour objet d'étudier toutes les modifications qui pourraient être apportées à la législation et à la réglementation en vue d'améliorer les conditions de la concurrence.

Les observations ci-dessous du groupe de travail¹ n'engagent en rien les membres de l'AFEC à titre individuel mais constituent une synthèse des opinions diverses échangées lors des travaux du groupe de travail.

Le présent document porte uniquement sur la proposition de loi visant à protéger la rémunération des agriculteurs présentée à l'initiative de Monsieur Grégory Besson-Moreau, député, et enregistrée le 4 mai 2021 sous le numéro 4134 à la Présidence de l'Assemblée nationale (ci-après la « *PPL* »).

L'AFEC est bien évidemment à la disposition des pouvoirs publics et, en particulier de Monsieur le député Besson-Moreau afin de poursuivre ces échanges sur les propositions de texte, et notamment pour formuler d'éventuelles suggestions de modifications rédactionnelles dans une optique de critique constructive.

* * *

¹ Le groupe de travail était codirigé par Mathilde Boudou, Hervé Delannoy, Michel Ponsard et Laurent Vallette Viillard et composé de Dominique Andrieux, Jérémy Bernard, Thierry Boillot, Muriel Chagny, Yves Collin, Ines Daulouede, Stephan Denoyes, Thomas Deschryver, Anne Laure Hélène Desylouse, Jean Louis Fourgoux, Clémence de Gastines, Delphine Glories, Laetitia Gosselet, Estelle Groff, Clément Hubert, Martina Isola, Pauline .de Lanzac, Olivier Leroy; Romain Maulin, Jeanne Siquin, Lauren Mechri, Gilles Rota, et Ophélie Sommé

A titre liminaire, l'AFEC souhaite rappeler que cette proposition de loi vise à rééquilibrer les relations commerciales entre les différents acteurs de la chaîne alimentaire et agro-alimentaire. L'AFEC partage naturellement cet objectif visant à améliorer la rémunération des agriculteurs. Toutefois, les moyens choisis ne lui paraissent pas adaptés alors même qu'ils peuvent entraîner de lourdes sanctions à l'encontre des acteurs économiques visés par ce projet de loi dont le domaine d'application est particulièrement large.

L'AFEC constate que ce nouveau texte viendrait s'ajouter à une réglementation déjà lourde et difficile à mettre en œuvre, comme l'a notamment souligné Madame Isabelle de Silva, Présidente de l'Autorité de la concurrence, devant la Commission des affaires économiques du Sénat le 24 mars 2021 en indiquant :

« Il y aurait matière à réfléchir sur le poids des règles en matière de négociation commerciale, est ce que c'est le bon outil ? On est face à un système redoutablement complexe. C'est une vraie réflexion sur le choix de l'outil pour atteindre l'objectif »².

La PPL s'inscrit d'ailleurs à contre-courant de la volonté de simplification du droit des pratiques restrictives portée par l'ordonnance de refonte du 24 avril 2019, alors même que son champ d'application apparaît très (trop ?) large en visant les « produits alimentaires » et non les produits agricoles.

Au regard des réserves exprimées ci-après en termes de liberté de la concurrence notamment, l'AFEC considère qu'il serait indispensable que la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale saisisse d'urgence au moins l'Autorité de la concurrence pour apprécier les préoccupations suscitées à cet égard par la PPL.

En outre, l'AFEC constate que la PPL soulève de sérieuses difficultés d'articulation avec le droit actuel des pratiques restrictives et que celles-ci requièrent de nombreuses clarifications. Si celles-ci n'étaient pas apportées par le texte dans sa version définitive, il faudrait à tout le moins que la DGCCRF délivre un éclairage, voire une recommandation avant sa mise en œuvre.

La PPL suscite, comme évoqué, de fortes réserves et appelle les observations suivantes.

I. Observations sur l'Article 1

En résumé, l'article 1^{er} de la PPL entend imposer en matière de contrats de vente de produits agricoles entre un producteur et son premier acheteur (i) la contractualisation par écrit, sauf exception prévue par décret (ii) la stipulation d'une formule de révision automatique du prix et (iii) une durée minimale de trois ans.

² http://videos.senat.fr/video.2190450_60592763f2e0b.audition-de-mme-isabelle-de-silva-presidente-de-lautorite-de-la-concurrence?timecode=1500000

(i) Sur l'obligation de conclure un contrat par écrit

L'AFEC ne s'étonne pas de l'inversion du principe actuellement applicable, notamment en raison du fait que cette contrainte existait déjà dans certains secteurs et de ses liens avec le Règlement OCM unique.

En théorie, l'obligation de conclure un contrat écrit est saluée en ce qu'elle permettrait d'apporter une protection pour la partie la plus faible. Toutefois, en pratique une telle protection reste relative dans la mesure où les pratiques restrictives pourront toujours être imposées en dehors du contrat.

L'AFEC souligne enfin que l'obligation de principe pourrait être difficilement applicable par les plus petits acteurs du secteur, notamment en raison du coût important que la préparation d'un contrat écrit implique. Cette réserve pourrait néanmoins être nuancée par l'existence d'une exception applicable en dessous d'un seuil de chiffre d'affaires déterminé par décret³.

(ii) Sur la formule de révision automatique du prix

Sur ce point, l'interprétation du texte par l'AFEC a suscité des interrogations. En effet, la rédaction mériterait une clarification sur le caractère obligatoire de la stipulation de révision automatique du prix dans le contrat écrit.

En outre, l'AFEC s'interroge sur l'efficacité de ce dispositif par rapport à l'objectif de protection de la rémunération des agriculteurs. Il sera en effet difficile pour les plus petits agriculteurs d'établir seuls une formule de révision qui se révèle complexe.

L'AFEC craint à cet égard, que les syndicats agricoles, pour venir en aide à leurs membres, proposent eux-mêmes les formules de révisions de prix ou encore que les agriculteurs se réfèrent directement à un indice général publié par l'INSEE, ce qui ne manquerait pas de mettre à mal la concurrence en raison du risque d'alignement des variations de prix généré.

Au surplus, l'AFEC note que l'automatisme peut avoir un effet pervers en cas d'évolution des prix à la baisse.

Enfin, il est prévu que le principe de la contractualisation s'appliquera à tous les contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2022, ce qui laissera très peu de temps aux opérateurs pour s'adapter aux complexités de ce nouveau cadre, sachant que la loi ne sera probablement pas votée avant l'été 2021, et qu'il faudra attendre les décrets d'application et les accords professionnels.

³ A noter que cette exception vise certainement à rester en conformité avec le droit européen (article 148 du règlement OCM tel que modifié par le règlement Omnibus, concernant les livraisons de lait cru à un transformation) qui prévoit que si le premier acheteur est une micro, petite ou moyenne entreprise au sens de la recommandation 2003/361/CE, le contrat et/ou l'offre de contrat n'est pas obligatoire, sans préjudice de la possibilité pour les parties d'avoir recours à un contrat type établi par une organisation interprofessionnelle.

(iii) Sur la durée minimale de trois ans

L'AFEC considère que la durée minimale imposée de trois ans constitue une atteinte à la liberté contractuelle qui est de principe en droit français. En tout état de cause, l'instauration d'une durée minimale ne saurait faire échec à l'application des règles prévues en cas d'inexécution de ses obligations par une partie ou en cas de survenance d'un cas de force majeure.

Au demeurant, la durée minimale retenue n'apparaît pas en adéquation avec les pratiques actuelles de certains secteurs (par exemple le secteur des fruits et légumes) pour lesquels les contrats sont habituellement conclus pour des durées inférieures en corrélation avec des cycles de production beaucoup plus courts. Pour ces produits, la durée du contrat de vente devrait plutôt être calée sur la campagne du produit concerné, tout en encourageant (sans l'imposer) la conclusion de contrats-cadre de durée plus longue permettant d'établir une relation pérenne entre les producteurs et les acheteurs. C'est ce qu'a préconisé l'Autorité de la concurrence dans son avis 18-A-04 du 3 mai 2018 relatif au secteur agricole (para 139 et 140 reproduit ci-dessous⁴).

-
- ⁴ Aut. conc., avis 18-A-04 du 3 mai 2018 relatif au secteur agricole, para 135 à 140 : « **135.** L'Autorité de la concurrence, et avant elle, le Conseil de la concurrence ont eu l'occasion de souligner à de nombreuses reprises, à partir de 2008, les bénéfices de la contractualisation. Il s'agit d'un mécanisme de partage de risque entre le vendeur et l'acheteur, le premier s'assurant contre les situations où les cours sont inférieurs au prix mentionné dans le contrat, le second s'assurant contre les situations inverses. **136.** Dans l'étude thématique de 2012, « Agriculture et concurrence », l'Autorité a ainsi estimé que « la formalisation de leurs relations contractuelles est de nature à constituer un gage de prévisibilité économique et de sécurité juridique accru. La contractualisation est, dans cette mesure, de nature à permettre aux agriculteurs de réagir aux variations brutales des cours et de mieux prévoir le niveau de leurs revenus sur une période de un à cinq ans. Elle peut aussi, en fonction du niveau des garanties retenu, constituer un élément de rééquilibrage du pouvoir de négociation contractuelle entre l'amont et l'aval, en réintroduisant une certaine équité contractuelle dans une logique proconcurrentielle ». **137.** Le règlement Omnibus a introduit dans le règlement OCM différentes dispositions de nature à favoriser le développement de la contractualisation, en permettant notamment à un producteur, une OP ou une AOP d'exiger que la première transaction avec un acheteur fasse l'objet d'un contrat écrit et/ou d'une offre écrite de contrat par son premier acheteur dans tous les secteurs (article 168 du règlement OCM), y compris dans le secteur laitier (article 148 du règlement OCM), lorsque l'État membre n'a pas rendu ces possibilités obligatoires en droit interne. [...] **138.** Toutefois, ainsi que l'Autorité l'a précisé dans son étude thématique précitée, « l'effectivité de [la contractualisation] dépend fortement de l'adhésion des acteurs au dispositif retenu et son efficacité économique est subordonnée au contenu des contrats ainsi qu'aux modalités de leur négociation ». Ainsi, à l'occasion d'un avis rendu dans le secteur des fruits et légumes, secteur dans lequel la contractualisation entre les producteurs et leurs premiers acheteurs avait été rendue obligatoire, l'Autorité a souligné la nécessité de prévoir un cadre contractuel adapté à la spécificité du secteur agricole concerné, voire à la spécificité de chaque produit, au risque à défaut que cette dernière ne soit pas mise en place. **139.** L'Autorité a relevé que « Le décret n° 2010-1754, en imposant une proposition de contrat pour tout achat et une durée minimale de 3 ans, a toutefois eu un effet contraire à celui escompté. Initialement, le fait d'imposer un cadre légal visait à protéger les producteurs. Toutefois, ce cadre s'est révélé trop contraignant pour les producteurs, qui ne peuvent pas avoir de visibilité sur 3 ans. L'Autorité préconise dès lors de revenir à une durée de contrat calée sur la campagne, soit une durée d'un an, tout en encourageant également la conclusion de contrats-cadre de durée plus longue permettant d'établir une relation pérenne entre les producteurs et les acheteurs ». Le Médiateur des relations commerciales agricoles a de même estimé au cours de son audition que « Dans le secteur fruits et légumes par exemple, la filière a très vite rejeté la contractualisation, notamment en raison des durées de contrat trop longues ». La Confédération paysanne a partagé ce constat au cours de son audition : « La contractualisation n'a pas très bien fonctionné dans le secteur des fruits et légumes, en raison de la durée minimale de 3 ans des contrats, qui comportent par ailleurs la mention des volumes, alors que dans ce secteur, la prévisibilité sur les volumes produits est faible. ». **140.** Par ailleurs, dans le secteur ovin, secteur dans lequel la contractualisation avait également été rendue obligatoire, la contractualisation a de la même façon été abandonnée. »

De surcroît, la durée minimale pourrait produire un effet pervers en ce qu'elle contraindrait dans certains cas la partie la plus faible à rester prisonnière d'un contrat qu'elle jugerait lui être préjudiciable.

L'AFEC considère en conséquence qu'en toute hypothèse, la durée minimale devrait être limitée au contrat cadre, mais ne devrait pas s'appliquer aux contrats d'application.

Enfin, l'articulation avec le règlement OCM⁵, tel que modifié, devra être précisée dans la mesure où pour certains contrats (notamment en matière de lait cru), ce texte n'autorise les Etats membres à prévoir une durée minimale qu'à trois conditions⁶ (à savoir que (i) *le contrat est conclu entre un agriculteur et le premier acheteur*, (ii) *la durée minimale imposée ne peut être inférieure à six mois* et (iii) *ne doit pas entraver le bon fonctionnement du marché intérieur*). Or, il est souligné que la durée minimale de trois ans s'applique à tous les contrats de vente.

II. Observations sur l'Article 2

En résumé, l'article 2 de la PPL propose d'introduire deux nouveaux articles dans le Code de commerce (i) l'article L. 441-1, lequel impose de spécifier dans les conditions générales de vente les matières premières agricoles utilisées et leur prix d'achat et (ii) l'article L. 441-7-1, lequel prévoit que la convention écrite devra également comporter les informations relatives au prix des matières premières agricoles, ces éléments étant exclus de la négociation commerciale, ainsi qu'une clause de révision automatique de la part des prix qui résulte du coût de la matière première agricole.

Comme déjà évoqué, la PPL est pourvu d'un champ d'application extrêmement large. Cela pose une difficulté quant à son articulation à d'autres dispositions relatives aux CGV et à la convention récapitulative

(i) Sur l'article L. 441-1 du Code de commerce

L'AFEC est unanime pour considérer que l'obligation de transparence accrue introduite par cette disposition pose de nombreuses difficultés. D'une part, la divulgation de la composition des produits inquiète par rapport à la protection du secret des affaires et, d'autre part la divulgation du prix d'achat laisse craindre en l'état un risque majeur pour la concurrence, en ce que cela permettrait assez aisément de reconstituer le détail du prix des produits alimentaires et ainsi conduire à un alignement voire à des ententes anticoncurrentielles.

⁵ Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil, JOUE n° L. 347, 20 décembre 2013, p. 671.

⁶ *Ibid.*, art. 148, para. 4, al. 2, pt. a), ii).

Au demeurant, dans ses lignes directrices sur la mise en œuvre de la loi EGALIM de juillet 2020, à la question de savoir si « [l]e distributeur [pouvait], en se fondant sur l'article L. 443-4 du code de commerce, 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) ? », la DGGCRF répondait que « [l]a loi ne vise pas à une transparence excessive sur la détermination du prix des industriels (révélant ainsi leurs marges et leurs stratégies industrielles) et l'opérateur n'a pas besoin de connaître les détails de la construction des prix de son co-contractant. En ce sens, 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 ».

(ii) Sur l'article L. 441-7-1 du Code de commerce

L'AFEC estime que le champ d'application de ce nouvel article pourrait être précisé, dans la mesure où, il n'est pas certain qu'il puisse s'appliquer à l'ensemble des contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur.

L'AFEC constate que cet article risque de susciter des contradictions avec les dispositions existantes au titre de l'application des indicateurs prévus aux articles L.631-24 et suivants du Code rural et la pêche maritime et à l'article L.443-4 du Code de commerce et de la renégociation prévue par l'article L.441-8 de ce même code.

L'AFEC constate également que le nouveau texte complexifie encore la formalisation des accords au sein de la chaîne agro-alimentaire alors même que cette formalisation est obligatoire et lourdement sanctionnée.

Comme indiqué ci-dessus, on peut également s'interroger sur l'articulation entre cette nouvelle convention et celle prévue à l'article L.441-4 du Code de commerce applicable aux produits de grande consommation. La notion de produits alimentaires prévue dans la PPL recoupe en partie celle de produits de grande consommation.

Les acteurs économiques ayant besoin de sécurité juridique, il paraît donc indispensable, à tout le moins, de prévoir l'articulation entre le texte de cette proposition de loi et la date butoir applicable à la convention unique au titre des articles L. 441-3 et suivants du Code de commerce.

Enfin, l'introduction d'une clause de révision automatique du prix convenue dans les conventions pourrait obliger les distributeurs à modifier fréquemment leurs prix de vente aux consommateurs, ce qui rendrait les prix moins lisibles. En outre, cette obligation pourrait avoir ici encore des effets pervers en cas de baisse des prix.

III. Observations sur l'Article 3

En résumé, l'article 3 de la PPL propose la création d'un comité de règlement des différends commerciaux agricoles (CRDCA) compétent en cas d'échec de la médiation introduite devant le médiateur des relations commerciales agricoles (MRCA), lequel se verra attribuer des pouvoirs étendus tels que notamment un pouvoir d'injonction et d'astreinte, de mesures conservatoires ou de modification du contrat.

Cette proposition suscite également de vives réserves de la part de l'AFEC, à l'exception du choix de confier le soin de connaître des recours, non pas au juge administratif, mais bien au juge judiciaire qui est effectivement le juge naturel des relations entre opérateurs privés.

Il est permis de s'interroger sur la nécessité et faisabilité de cette nouvelle institution s'ajoutant à de très nombreuses autres, au risque de brouiller les frontières entre procédures sanctionnatrices et voies de régulation (CEPC et surtout médiateur des relations agricoles) et d'exposer les acteurs économiques à des contradictions entre les décisions de ce comité et celles des institutions existantes.

L'AFEC considère que le CRDCA risque de se heurter à un manque de ressources qui peut entraîner des difficultés majeures dans son fonctionnement alors que cette création ne pourra pallier les limites rencontrées par les institutions juridictionnelles ou consultatives existantes. L'AFEC pense qu'il serait préférable de renforcer les moyens et les pouvoirs de ces institutions existantes. Aux côtés des juridictions commerciales, la CEPC serait l'instance naturelle pour connaître de ces différends ainsi que dans le domaine des relations agricoles, le médiateur.

L'AFEC souhaite souligner que la nature et le fonctionnement du CRDCA devront impérativement être précisés, de même que l'articulation avec les autres organes appelés à intervenir (DGCCRF, CEPC...). On peut s'étonner et même s'inquiéter que le CRDCA soit appelé tout à la fois à adopter des lignes directrices sur le contenu des règles de droit en même temps qu'à les sanctionner. L'AFEC s'inquiète également du manque de précision sur le respect du contradictoire, et des droits de la défense. L'AFEC constate en particulier que le délai d'un mois prévu pour résoudre les litiges risque de faire peser sur ce comité une très forte tension alors que son secteur d'intervention couvre un champ d'application très vaste qui laisse présager un nombre de saisines important.

Enfin, le pouvoir de saisine donné au médiateur en cas d'échec de la médiation surprend et semble contraire à l'idée même d'une médiation, un médiateur se devant de rester neutre et de permettre aux parties de trouver une issue alternative à l'action judiciaire.

IV. Observations sur l'Article 5

Sur ce point, l'AFEC souhaite souligner que les publicités hors magasins pour les opérations de dégagement de produits agricoles seront soumises à une autorisation après avis de l'interprofession concernée (et non une simple déclaration), ce qui laisse présager une procédure relativement longue pour des produits pourtant périssables.

En outre, la notion d' « avis » devrait également être précisée de manière à savoir s'il s'agit d'un avis consultatif ou d'un avis conforme.

Il n'y a aucune observation particulière sur les **Articles 4 et 6** de la PPL.