

Jurisprudence commentée

RLC 3152

La marge de manœuvre des fédérations professionnelles et organisations interprofessionnelles dans la mise en œuvre de la clause de renégociation de prix pour les produits alimentaires rappelée par la CEPC



Par Jean-Michel VERTUT⁽¹⁾
Avocat à la Cour
Chargé
d'enseignement
à l'Université de
Montpellier

Saisie par une fédération professionnelle, la Commission d'examen des pratiques commerciales était interrogée sur les bonnes pratiques de mise en œuvre du mécanisme de la clause de révision de prix institué par l'article L. 441-8 du code de commerce. À l'occasion d'un avis rendu public le 5 décembre 2016, la CEPC fournit quelques éléments de réponse.

CEPC, avis n° 16-17, 22 sept. 2016

Par souci de prise en compte de la volatilité du prix de matières premières agricoles, la loi Hamon⁽²⁾ a introduit dans le code de commerce un article L. 441-8 qui dispose que les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente des produits figurant sur la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 442-9 du code de commerce, complétée, le cas échéant, par décret (en fait certains pro-

duits alimentaires), dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires, comportent une clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la baisse. Cette clause, définie « *par les parties* » au contrat, précise les conditions de déclenchement de la renégociation et fait référence à un ou plusieurs « *indices publics* » des prix des produits agricoles ou alimentaires. Un compte rendu de cette négociation est établi, selon des modalités définies par décret (v. C. com., art. D. 441-7). Le périmètre de cette obliga-

(1) Cet article a également fait l'objet d'une publication au sein de la Lettre de la distribution, janvier 2017.

(2) L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation.

tion a été élargi en 2015 par la loi Macron⁽³⁾ aux contrats d'entreprise en matière de MDD.

Un dispositif à mise en œuvre assez complexe

La mise en œuvre de ces dispositions suppose le choix par les parties d'indices pertinents, pour apprécier les fluctuations du prix des matières premières (lait, céréales, oléagineux). L'article L. 441-8 du code de commerce prévoit alors que « *des accords interprofessionnels ainsi que l'observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires peuvent proposer, en tant que de besoin et pour les produits qu'ils visent, des indices publics qui peuvent être utilisés par les parties, ainsi que les modalités de leur utilisation permettant de caractériser le déclenchement de la renégociation* ». C'est dans ce contexte qu'une fédération professionnelle de fournisseurs de produits concernés par l'obligation de renégociation, a interrogé la CEPC afin de savoir s'il lui était loisible de faire part aux entreprises de distribution clientes de ses adhérents, de ses préconisations sur les modalités d'application de l'article L. 441-8 et plus précisément quant aux indices à prendre compte pour apprécier les fluctuations tarifaires, quant à un seuil chiffré de variations de l'indice choisi et quant à la diffusion d'un modèle de compte-rendu de la négociation. Vu la technicité du sujet, pareil support de la fédération peut apparaître très appréciable, dans la mesure où il permet une économie de moyen pour les parties dans le processus de contractualisation, notamment pour les fournisseurs qui ne sont pas toujours des multinationales de l'agroalimentaire souvent dotées de directions commerciales, financières ou juridiques, aptes à délivrer de telles données, voire à les négocier.

L'avis ne nous renseigne pas sur le niveau de la filière auquel intervient la fédération en question (production agricole *stricto sensu*, industrie agroalimentaire) bien que l'emploi du terme de « fédérations professionnelle de fournisseurs » et non de « producteurs », nous incline à penser qu'il s'agit d'un stade intermédiaire. De même, l'avis ne nous indique pas si les préconisations sont aussi envisagées ou effectuées auprès des adhérents, bien que cela semble assez probable, dans la mesure où la fédération s'interroge sur de telles préconisations en direction des clients des adhérents, ce qui suppose à tout le moins que ces derniers en aient été au préalable informés. La démarche envisagée a l'allure d'une pratique « horizontale » (préconisation de la fédération auprès des adhérents), et « verticale » (préconisation à l'attention des clients des fournisseurs adhérents de la fédération). Les interrogations de la fédération sont donc compréhensibles au re-

(3) L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

gard des préoccupations de concurrence qu'elles peuvent suggérer. Bien qu'unilatérales – préconisation n'est pas synonyme de concertation – ces préconisations pourraient conduire à l'emploi d'indices communs pour mesurer les fluctuations dont la négociation vise à répondre aux effets, de même qu'à un niveau commun de déclenchement de la négociation.

Une démarche risquée

Souvenons-nous, dans le domaine voisin de la contractualisation LMAP⁽⁴⁾ en matière de produits agricoles rendue obligatoire par accord interprofessionnel étendu (C. rur. et de la pêche, art. L. 631-24), de la position de l'Autorité de la concurrence (l'« ADLC ») à propos des clauses relatives aux modalités de détermination du prix, à savoir que « *l'élaboration et la diffusion d'indicateurs ou d'indices ne sont compatibles avec le droit de la concurrence, français et communautaire, que si elles ne conduisent pas à une application pure et simple de recommandations émises par l'interprofession* »⁽⁵⁾. Dans ce même avis n° 11-A-03, point 86, l'ADLC a également rappelé les termes de son avis n° 10-A-28 du 13 décembre 2010 relatif à deux projets de décrets imposant la contractualisation dans des secteurs agricoles, à savoir que la diffusion d'indices de tendance, notamment prévisionnels, « *ne peut être maintenue que si elle dissuade clairement les acteurs de la filière, appelés à contracter entre eux, d'appliquer purement et simplement les recommandations de l'interprofession, que ce soit en prix de départ ou en indicateurs de tendance* ».

En l'espèce, la démarche de la fédération ne s'inscrit pas dans la logique d'un accord interprofessionnel, comme le relève d'ailleurs la CEPC : « (...) *des préconisations faites par une fédération professionnelle de fournisseurs aux distributeurs ne sauraient être considérées comme des « accords interprofessionnels » au sens de l'article L. 441-8 alinéa 2 du code de commerce* ». La fédération ne peut donc inscrire son action dans le cadre de la possibilité expressément ouverte aux organisations interprofessionnelles, par la voie d'accords interprofessionnels, de proposer des indices publics qui peuvent être utilisés par les parties, ainsi que les modalités de leur utilisation permettant de caractériser le déclenchement de la renégociation. Cela étant, la formulation purement indicative employée par l'article L. 441-8, alinéa 2 du code de commerce n'impose nullement de référence dans le contrat aux indices éventuellement proposés dans des accords interprofessionnels ou par l'Observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires, et ne proscriit la proposition d'indices autres par une fédé-

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

(5) Aut. conc., avis n° 11-A-03, 15 févr. 2011, relatif à un accord interprofessionnel dans le secteur ovin, pt. 87.

ration professionnelle par exemple, pour autant que ces derniers soient « publics » et sous la réserve du sens à donner à ce qualificatif (indice officiel et/ou publié ou simplement mis à la disposition du public, et/ou régional et/ou national et/ou européen ?)⁽⁶⁾. La démarche de la fédération, bien qu'unilatérale, questionne en effet sous l'angle tant des « pratiques » professionnelles lorsqu'il s'agit d'indices et de seuil de déclenchement à l'adresse des seuls membres de la fédération, que des pratiques « interprofessionnelles » lorsque les préconisations sont effectuées de l'amont vers l'aval. La prudence s'impose donc. Les solutions rendues par l'ADLC dans l'univers des interprofessions sont ici transposables. C'est donc sans surprise que la CEPC est d'avis que « *La part éventuellement prise par une fédération professionnelle à la mise en œuvre du dispositif de l'article L. 441-8 doit s'effectuer dans le respect (...) du droit des pratiques anticoncurrentielles. Il en résulte que les préconisations formulées par la fédération professionnelle quant aux modalités d'application et notamment l'indice de référence ou le seuil de déclenchement de la renégociation doivent rester de simples préconisations que les parties à la relation contractuelle sont libres de prendre en compte ou non* ».

Quid du modèle de compte-rendu

À l'occasion questionnée sur la diffusion par la fédération d'un modèle de compte-rendu de la négociation, la CEPC répond qu'« *elle n'est envisageable qu'à la condition d'être conforme aux modalités définies par décret, comme prévu à l'article L. 441-8, et résultant de l'article D. 441-7 du code de commerce et sous réserve, là encore que ce modèle ne prive pas les parties à la relation commerciale de la liberté qui doit être la leur et que la loi a entendu préserver* ».

Quel enseignement retenir ?

Celui d'un degré de liberté – faible et non sans risque – dont disposent les fédérations professionnelles dans l'aide qu'elles peuvent apporter à leurs adhérents pour la mise en œuvre de l'article L. 441-8, quand bien même

pour éviter à ces derniers et/ou leurs clients, de tomber sous le coup de la nouvelle pratique abusive instaurée par la loi Sapin II au sein de l'article L. 442-6 et consistant à « *imposer (...) une clause de renégociation du prix, en application de l'article L. 441-8, par référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention* ». L'enfer est pavé de bonnes intentions et cet avis tient donc lieu de mise en garde.

Gardons enfin en mémoire que, saisie pour avis par le ministre à propos d'un accord interprofessionnel conclu le 1^{er} décembre 2010 au sein de l'interprofession du bétail et des viandes⁽⁷⁾ et qui prévoyait que les contrats pris en application de cet accord devaient préciser les clauses de détermination et de révision des prix des produits concernés par lesdits contrat, l'ADLC marquait sa méfiance envers la démarche et rappelait « *qu'aucun prix fixe ne devrait figurer de manière uniforme dans les contrats. Si beaucoup de producteurs espèrent que la contractualisation débouchera sur des prix minima garantis par l'interprofession, l'Autorité considère que la diffusion d'indicateurs de référence ne doit pas s'assimiler à des recommandations de prix* ». Même si, en l'espèce, la seule préconisation d'indices et de seuils chiffrés de variation pour le déclenchement de la négociation ne suffit pas en soi à déterminer le prix de vente des produits alimentaires concernés, l'ADLC par le passé s'est refusée à bénir de telles référence aux yeux des acteurs, au risque sinon de les encourager à les utiliser. Les avertissements à l'adresse des organisations interprofessionnelles, qui agissent pourtant dans un cadre réglementaire aménagé à l'effet de la contractualisation, valent aussi pour les fédérations professionnelles à l'occasion de leurs pratiques. De surcroît, l'avis de la CEPC est aussi un rappel utile quant à la marge de manœuvre dont disposent les organisations interprofessionnelles à l'occasion de la mise en œuvre de la clause de revoyure de l'article L. 441-8, alinéa 2 du code de commerce. La prudence passe alors par une certaine retenue dans la démarche, y compris pour les entreprises dans la manière d'employer les données qu'elles se verraient adresser dans ce cadre. ■

(6) V. à ce propos une approche la notion d'indices publics au sein de l'alinéa 4 de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime modifié par la loi n° 2016-1691, dite loi Sapin II, pour une application au 1^{er} avril prochain.

(7) Aut. conc., avis n° 11-A-03, précité.