



CEDR

Comité européen de droit rural
European Council for Rural Law
Europäische Gesellschaft für
Agrarrecht und das Recht des
ländlichen Raums

**Congrès européen de droit rural – 20–23 septembre 2017
Lille (France)**

**European Congress on Rural Law – 20–23 September 2017
Lille (France)**

**Europäischer Agrarrechtskongress – 20.-23. September 2017
Lille (Frankreich)**

organisé sous la direction du C.E.D.R.
par l'Association Française de Droit Rural
organised under the direction of the C.E.D.R.
by the by the French Association for Rural Law
organisiert unter der Leitung des C.E.D.R.
durch die Französische Gesellschaft für Agrarrecht

Commission I

Rapport national pour/National report/Landesbericht

FRANCE

Rapporteur

CATHERINE DEL CONT/ enseignant – chercheur MCF HDR

Droit Privé – Membre du laboratoire DCS UMR CNRS 6197

Faculté de droit et des sciences politiques – Université de Nantes

France

Veuillez commencer à la page 2 avec votre rapport.

Please start on page 2 with your report.

Beginnen Sie bitte auf Seite 2 mit Ihrem Bericht.

Rapport :

Règles de concurrence en agriculture : Etats des lieux et perspectives françaises

L'agriculture n'est pas un espace sans concurrence ; agriculture et concurrence entretiennent depuis le Traité de Rome et la mise en oeuvre de la Pac une relation spéciale¹ et mouvementée.

S'il existe bien dans le Traité l'affirmation d'une exception agricole quant à l'application des règles de concurrence. La concurrence dans la PAC et dans la politique de concurrence obéit à des paradigmes différents et divergents :

- dans le cadre de la Pac, la concurrence est un moyen d'atteindre les objectifs de la PAC de l'article 39 du TFUE. Ainsi, la PAC et la poursuite des objectifs de la PAC peut justifier que l'on mette à l'écart l'application des règles de concurrence : c'est ce qu'exprime l'article 42 du Traité qui énonce le principe d'application exceptionnelle des règles de concurrence.

Dans le cadre de la PAC, l'efficacité économique (ou efficience) est définie par les objectifs de l'article 39 ; c'est pour cette même raison que le droit de la concurrence peut trouver à s'appliquer : le droit de la concurrence peut être un moyen d'atteindre les objectifs de la PAC. Dans le cadre du droit commun de la concurrence, l'efficience est définie à travers les conditions énoncées à l'article 101§3 du TFUE ; la concurrence doit permettre d'atteindre l'efficience économique et le bien être du consommateur ; la mise à l'écart de la concurrence ne peut se faire que dans les conditions prévues à l'article 101§ 3 du TFUE² pour atteindre des objectifs de progrès économique.

L'interprétation et l'application pour le moins restrictive qui a été faite jusqu'ici de la de l'exception en matière de concurrence tendent à en réduire le champ

¹ Expression empruntée au prof. Jannarelli, *La concorrenza e l'agricoltura nell'attuale esperienza europea : una relazione "speciale"*, in *Profili giuridici del sistema agro-alimentare tra ascesa e crisi della globalizzazione*, ed. Cacucci, Bari , 2011, p.13 à 89.

² « Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

d'application et ainsi à gommer progressivement la spécificité agricole³. Le récent règlement « OCM unique » 1308/2013 n'a nullement modifié l'articulation entre les règles de concurrence et agriculture, et plus précisément entre l'article 101 du TFUE et les pratiques et accords mis en œuvre par les OP et AOP pour la production et la commercialisation de leurs produits. Cette question est du rapport de force entre agriculture et concurrence, politique agricole et politique de concurrence, est déterminante en matière contractuelle. En effet, le périmètre de l'exception agricole conditionne non seulement l'intensité de la concentration de l'offre exercée à travers les organisations professionnelles et le rééquilibrage de la chaîne alimentaire, mais aussi la validité des contrats conclus avec l'aval, industriels transformateurs et/ou distributeurs. Le droit de la concurrence, essentiellement les règles relatives aux ententes, conditionne les comportements contractuels des acteurs de la food chain : en premier lieu, les pratiques et accords et horizontaux des producteurs et de leurs organisations ; en second lieu, les contrats verticaux de cession des produits le long de la food chain.

L'étude du droit positif français confirme tout à la fois la place centrale qu'occupe le droit de la concurrence dans l'activité agricole et la nécessité pour tous les acteurs de la filière de disposer d'une définition claire du périmètre et du contenu de l'exception agricole en matière de concurrence.

La désormais célèbre affaire Endives⁴, pendante devant la Cour de justice de l'Union, a clairement mis en lumière la nécessité de clarifier les contours de l'exception agricole et l'articulation entre PAC et concurrence afin de garantir la sécurité juridique des producteurs et de leurs organisations. La clarification est d'autant plus nécessaire que l'Autorité de concurrence fait une interprétation restrictive -en conformité avec la pratique décisionnelle de la Commission- de l'exception agricole, et contraire à l'analyse opérée par la cour d'appel de Paris⁵. **La détermination du champ d'application de l'exception agricole conditionne la validité des accords et pratiques mises en œuvre la mise par les organisations de producteurs dans le cadre de leurs missions de régularisation des prix et de concentration de l'offre par le passé, (sous**

³ Ibid. voir également ,

⁴ Décision de l'Autorité de la concurrence (ADLC) 12-D- 08 du 6 mars 2012 , Secteur de la production et de la commercialisation des endives réformé par l'arrêt du 15 mai 2014, Cour d'appel de paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca_12d08.pdf.

⁵ voir C. Del Cont, L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 mai 2014, « l'affaire endives »:quels enseignements pour l'avenir de la « relation spéciale » entre agriculture et concurrence ?, *Rivista di diritto agrario* 2015/2, éd. Giuffrè ; « Affaire Endives » suite et bientôt fin : la Cour de cassation saisit la Cour de Justice de l'Union européenne, *Réflexions sur l'arrêt du 8 décembre 2015 in Rivista di diritto agrario* 2016/2.

l'empire des règlements qui couvraient la période visée) mais aussi pour l'avenir. La détermination du périmètre de l'exception agricole conditionnera aussi la mise en oeuvre des missions des OP et la validité de s contrats pour les années avenir et l'élaboration de la future PAC 2020.

De l'étendue de l'exception agricole en matière de concurrence dépend également l'efficacité actuelle et future de la contractualisation, instrument développé par le législateur français depuis 2010 et renforcée en 2017 pour répondre aux crises aiguës et récurrentes que connaissent de nombreuses filières agricoles en France : filière lait, fruits et légumes, élevage bovin notamment. Face à la baisse constante des revenus des agriculteurs et à la disparition corrélative du nombre d'exploitations, le législateur français a institué la **contractualisation** des relations commerciales agricoles⁶. La contractualisation des relations commerciales est assise avant tout sur le **formalisme et le renforcement de la transparence contractuelle en matière de détermination des prix de cession** des productions agricoles. L'objectif poursuivi étant de renforcer le pouvoir de négociation des producteurs qui dans la food chain sont des **price takers** ⁷ **et de leur permettre d'obtenir des prix rémunérateurs, des revenus décents, ce qui est un des objectifs de la PAC**(« Assurer ainsi un niveau de vie équitable aux populations agricoles par un relèvement du revenu des agriculteurs »)⁸. La contractualisation, préconisée par l'Autorité française

⁶ Loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche, (dite LMAP), JORF n°0172 du 28 juillet 2010 désignée ci-après loi LMA. Sur la contractualisation issue de la loi LMAP de 2010, Articles L631-24 à 26 du Code rural et de la pêche maritime (désigné ci-après Code rural) dispositions modifiées par loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt n° 2014-1170 du 13 octobre 2014, JORF n°0238 du 14 octobre 2014 et l'article 94 de la loi dite « Sapin II » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016. Sur la contractualisation, voir L. Bodiguel, M. Herail, J. Dervillers, J.-P. Depasse, L. Manteau, B. Neouze, K. Oswald-Poulet, F. Robbe, Les producteurs agricoles face au marché, Revue de droit rural n° 436, Octobre 2015, dossier 16; voir également C. Del Cont, Filières agroalimentaires et contrat : l'expérience française de contractualisation des relations commerciales agricoles, Rivista di diritto alimentare, 2012/4 accessible en ligne <http://www.rivistadirittoalimentare.it/rivista/2012-04/2012-04.pdf>.

⁷ Expression utilisée dans le Rapport du Sénat sur le projet de loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche, Rapport n°436 de C. Revet et G. César au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, Mai 2010, et reprise dans le récent rapport de la TASK FORCE 2016,

⁸ Voir par exemple le récent rapport de la Task Force Agricultural Markets, *Improving market outcomes, Enhancing the position of farmers in the supply chain*, Bruxelles, novembre 2016, http://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/agri-markets-task-force/improving-markets-outcomes_en.pdf. Egalement la Résolution du Parlement européen du 7 juin 2016 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065(INI)); la Communication de la Commission « Guidelines on the application of the specific rules set out in Articles

de concurrence dans ses avis sur la crise des filières lait et fruits et légumes, comme un remède à l'atonicité des producteurs, **un mode de concentration de l'offre compatible avec les règles de droit commun de la concurrence et principalement avec le droit des ententes**⁹. Cette position de l'Autorité de la concurrence repose sur la primauté fonctionnelle du droit commun de la concurrence en matière agricole. Dans cette perspective, la concentration de l'offre exercée au moyen de la contractualisation exclut la pratique de prix de cession commun ou de prix minimum pour renforcer le pouvoir de négociation des producteurs et contrebalancer la puissance d'achat de l'aval. Le droit français de la concurrence ne consent pas aux producteurs de dérogation en matière de fixation des prix. Toute atteinte au principe de libre détermination des prix constituerait une entente par l'objet (indépendamment de toute atteinte au marché) au sens du droit interne (article L420-1 du code de commerce) et du droit européen (101 du TFUE).

A ce jour, les crises des filières n'ont nullement régressé. Bien au contraire. Le revenu des producteurs français n'a cessé de baisser et l'objectif de revenus décent pour les producteurs paraît de plus en plus difficile à atteindre en dépit de la volonté affichée du législateur national de garantir un meilleur partage de la valeur et un renforcement de la place des producteurs dans la chaîne de commercialisation. La moitié des producteurs vit avec un revenu inférieur à 350 euros par mois et le suicide est la 1^{ère} cause de mortalité des agriculteurs. Les règles de concurrence et leur application pour les autorités nationales constituent un obstacle majeur voire insurmontable à la « fin du dogme des prix bas »¹⁰.

Le présent rapport étudiera donc le rapport droit de la concurrence/ agriculture à la lumière du droit positif, la législation de la concurrence et la pratique décisionnelle de l'autorité de la concurrence. Après avoir présenté la législation de la concurrence et l'autorité nationale de la concurrence, nous nous attacherons à analyser la relation entre exception agricole et droit de la concurrence à travers « l'affaire Endives ». Puis nous envisagerons la contractualisation des relations commerciales agricoles (L632-24 du Code rural) et les instruments nationaux de contrôle des pratiques commerciales

169, 170 and 171 of the CMO Regulation for the olive oil, beef and veal and arable crops sectors », http://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_cmo_regulation/draft_guidelines%20fr.pdf, octobre 2014 ; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the regions – Food prices in Europe, COM(2008) 821 final, 9.12.2008.

⁹ Avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008^[1] relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/08a07.pdf>, et Avis n° 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier.

¹⁰ « Il faut en finir avec le dogme des prix bas », Discours d'ouverture des états généraux de l'alimentation et de l'agriculture le 20 juillet 2017.

déloyales. Ensuite nous tenterons de mettre en évidence qu'en dépit de l'affirmation constante de l'exception agricole, cette affirmation est contredite par la pratique décisionnelle de l'autorité de concurrence. Comme au niveau européen, le droit positif assure la primauté du droit de la concurrence sur la PAC. Dans un dernier point nous envisagerons les voies possibles d'une articulation entre concurrence et agriculture conforme à d'atteindre l'objectif de revenus décents pour les agriculteurs défini à l'article 39 du TFUE ni de redonner du bargaining power aux producteurs qui sont des price takers de la chaîne alimentaire.

Plan du rapport :

1- Le droit national de la concurrence et l'agriculture :

2- L' affaire endives : La difficile concentration de l'offre et le tabou des prix

3 - La contractualisation et la lutte contre les pratiques déloyales

4 - Le droit positif entre affirmation et neutralisation de la spécificité agricole

5 - Réflexions prospectives :

sécuriser la concentration de l'offre : clarifier les missions de OP et abandonner le tabou des prix (Avocat général Wahl + réforme article 209 du règlement 1308/2013)

introduction sur la concentration de l'offre, revenus décents, tabou des prix , spécificité de l'agriculture, accompagnement vers une agriculture de marché, régulateurs de la food chain « colonne vertébrale » de la chaîne et de la concentration de l'offre , approche critique à partir de la lecture de conclusions de l'avocat général .

1- Le droit national de la concurrence et l'agriculture :

1.1- La législation relatives aux comportements anticoncurrentiels

Il existe en droit français une législation de la concurrence codifiée dans le code de commerce Livre IV « de la liberté des prix et de la concurrence ». Le droit français de la concurrence relève d'une conception de la concurrence –moyen : les comportements anticoncurrentiels ne sont prohibés que s'ils sont susceptibles d'affecter le marché (effets réels ou potentiels). Il n'existe pas en droit de la concurrence d'infraction per se.

Le titre II concerne les pratiques anticoncurrentielles (comportements):

-L420-1 : ententes- la définition de l'entente est similaire voire identique au droit européen art. 101 du TFUE. Les ententes sont prohibées dès lors qu'elles ont pour effet réel ou potentiel de fausser le jeu de la concurrence. Les accords sur les prix et les quantités, constituent comme en droit européen, des ententes par l'objet.

-L420-2 : les abus de domination L420 al.1 : le droit français connaît l'abus de domination absolu (abus de position dominante) dans des termes similaires au droit européen. **L420 al.2** traite d'un particularisme français inspiré du droit allemand de la concurrence, l'abus relatif de domination appelé abus de dépendance économique. Cette disposition qui a en théorie vocation à sanctionner les abus de puissance d'achat est en réalité inefficace ; il s'agit d'une disposition de droit de la concurrence dont la finalité est a protection du marché et non des concurrents¹¹. La sanction des comportements abusifs suppose non seulement l'existence d'une situation de dépendance économique et d'un comportement abusif mais aussi une atteinte au marché. C'est pour cette raison que le législateur français a développé une législation propre aux contrats verticaux entre fournisseurs et acheteurs au titre IV (cf. infra).

1. 2- La législation relative au contrôle des concentrations : titre III (art. L430-1 et s) :

Le droit des concentrations est similaire au droit européen ; ce contrôle a été institué en France par la loi du 19 juillet 1977. La définition de la concentration économique comme la procédure sont similaires : le contrôle est un contrôle a priori avec notification préalable obligatoire pour les entreprises entrant dans le périmètre des concentrations contrôlables.

1.3. Les faits justificatifs : article L420-4 du code de commerce

Le texte prévoit des faits justificatifs , des exemptions individuelle ex post et des exemptions collectives ou par catégories d'accords ex ante qui contrairement au droit européen peuvent être invoquées pour les ententes et les abus de domination.

Le droit français des exemptions vise aussi expressément le secteur agricole

L420-I 1° : L'exemption individuelle peut résulter de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire : « Ne sont pas soumises aux dispositions des [articles L. 420-1](#) et [L. 420-2](#) les pratiques qui résultent de

¹¹ Voir sur cette question le récent avis de l'Autorité de la concurrence relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement de la distribution, 15-A-06, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/15a06.pdf>

l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application » .

Pour bénéficier d'une telle exemption , le texte invoqué doit être directement à l'origine de la pratique et celle-ci ne doit résulter que de la mise en oeuvre de ce texte. Dans le secteur agricole, ce dispositif bénéficie essentiellement, aux accords interprofessionnels étendus relevant du titre III du livre VI du Code rural. Dans son avis 02-A-12¹², Conseil a ainsi rappelé, lorsqu'il a évalué la compatibilité de ce type de contrat adopté sur le fondement de l'article L. 611-4 du Code rural avec les règles de concurrence, et notamment la possibilité qu'il bénéficie d'une exemption sur le fondement de l'article L. 420-4, I, 1o du Code de commerce, que cette disposition était d'interprétation stricte.

Le Conseil a également précisé qu'il se réservait la possibilité d'apprécier si les atteintes à la concurrence qui résulteraient de l'application de ce type d'accord ne sont pas manifestement excessives au regard de ce qui apparaîtrait nécessaire pour faire face à la gestion de la crise à laquelle il entend répondre ; le Conseil a constaté « que plusieurs dispositions du contrat-cadre ne résultaient pas directement de l'article L. 611-4 du Code rural, dans la mesure où ces dispositions, d'une part, s'écartaient du soutien des cours par l'adaptation de l'offre en qualité et en volume et, d'autre part, ne visaient pas à fixer un prix de cession au premier acheteur mais à maintenir un écart de prix minimal entre deux qualités de fruits ».

L420-I 2° Ne sont pas non plus soumises aux dispositions des **articles L420-1 et 2 les pratiques** « dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, **pour les produits agricoles ou d'origine agricole**, sous une même marque ou enseigne, **les volumes et la qualité** de production ainsi que la politique commerciale, **y compris en convenant d'un prix de cession commun** ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles **sont indispensables** pour atteindre cet objectif de progrès. » Cette 2nde possibilité d'exemption concerne toutes les entreprises et est formulées dans des termes similaires au §3 de l'article 101 du TFUE. Il présente toutefois une particularité qui concernent précisément les agriculteurs et plus précisément les produits agricoles vendus sous signe de qualité. Notons que ce texte autorise la vente à prix commun de cession. Il faut toutefois souligner que ce texte n'est pas appliqué car les autorités de concurrence ont

¹² Avis 02-A-12 du 1er octobre 2002 relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, des Finances et de l'Industrie sur un contrat-cadre relatif à la situation du marché de la pêche et nectarine.

toujours interprété (en droit européen et national) cette exemption de manière restrictive (cf. infra la jurisprudence en la matière)¹³. Cette exemption a été appréhendée à travers l'article 420-4 II qui concerne les accords collectifs¹⁴. Les premiers textes adoptés sur le fondement de cette disposition concernaient des pratiques mises en œuvre dans le secteur agricole : décret no 96-499 du 7 juin 1996 concernant les accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité dans le domaine agricole autorisant les accords passés entre producteurs sous un même label agricole visant à adapter l'offre à la demande par un développement coordonné de la production ; et, du décret no 96-500 du 7 juin 1996 relatif aux accords entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise autorisant les accords destinés à résorber la surcapacité pour rétablir l'équilibre du marché.

Ces exemptions ont toujours fait l'objet d'une interprétation particulièrement stricte de sorte qu'elles n'ont pas trouvé à s'appliquer au cours des dernières années¹⁵.

En dehors de ces dispositions, le droit français ne prévoit pas de traitement de faveur particulier en matière de cartes pour le secteur agricole. Il n'existe pas non plus d'autorité spécifique chargée de l'application du droit de la concurrence au secteur agricole. L'autorité de la concurrence a vocation à traiter l'ensemble des questions de concurrence.

1.3. L'autorité de la concurrence (ADLC) et l'agriculture :

L'autorité de la concurrence a vocation à traiter l'ensemble des questions de concurrence elle est donc aussi en charge de l'application des règles de concurrence au secteur agricole.

Le conseil de la concurrence devenu en 2009 Autorité de la concurrence a eu, au cours de la dernière décennie, une activité importante en la matière tant sur le terrain de son activité consultative, qu'en matière de contrôle des concentrations et de sanctions des pratiques anticoncurrentielles. Notons que l'ADLC a consacré en 2012 l'étude thématique de son rapport annuel à « Agriculture et concurrence »¹⁶. Le thème choisi par l'autorité n'est nullement anodin puisque 2012 est l'année où ont été rendues des décisions importantes en matières

¹³ vin de Cognac par exemple.

¹⁴ Cf L'étude thématique « agriculture et concurrence » de l'ADLC, 2012, p .78 à 80, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/etude_thema_2012.pdf

¹⁵ L'exigence de la démonstration du caractère indispensable des restrictions rend l'application très difficile.

¹⁶ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/etude_thema_2012.pdf

d'agriculture : la décision « Farines »¹⁷ et la célèbre et très controversée décision « Endives »¹⁸ qui fera l'objet de développements spécifiques infra.

1.3.1. Les missions exercées par l'ADLC :

1.3.1.1. une activité consultative intense : L'Autorité a tout d'abord rendu un certain nombre d'avis sur autosaisine ou saisine des pouvoirs publics ou d'organisations professionnelles dans lesquelles elle préconise des instruments juridiques à mettre en place pour renforcer la position des producteurs dans la food chain conforme au droit commun des ententes. Il s'agit en premier lieu de la contractualisation (développée infra), de la concentration des opérateurs et ensuite des structures collectives et du développement des signes de qualité¹⁹.

L'activité de l'autorité a également une importance centrale dans la mise en oeuvre de la contractualisation puisque tous les projets d'homologation ou d'extension d'accords cadres ou de contractualisation obligatoire doivent être soumis pour avis à l'ADLC²⁰. L'étude de ces avis (cf. infra) montre que l'autorité ne fait pas une application spécifique du droit des ententes à l'agriculture. Elle confirme le « tabou des prix » et la prohibition des clauses de price fixing. Les producteurs, reconnus comme étant des price takers et fortement atomisés, sont toutefois considérés comme des opérateurs économiques juridiquement et économiquement indépendants : ils doivent en conséquence fixer individuellement leur prix lors de la vente avec leur contrepartie, industriel-transformateur ou distributeur. Les préconisations de l'ADLC en matière de contractualisation ont d'ailleurs été suivies par le législateur français qui a institué en 2010 la « contractualisation » de la 1ère mise en marché des produits agricoles (L632-24 du Code rural). Ces avis ont un effet « normatif » pour les opérateurs économiques qui dépasse les seuls destinataires de l'avis : les opérateurs vont se conformer à l'avis de l'autorité qui privilégie la logique concurrentielle sur la spécificité agricole.

¹⁷ Décision n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des farines alimentaires

¹⁸ Décision de l'Autorité de la concurrence (ADLC) 12-D- 08 du 6 mars 2012 , Secteur de la production et de la commercialisation des endives réformé par l'arrêt du 15 mai 2014, Cour d'appel de paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca_12d08.pdf

¹⁹ cf . rapport précité p. 126 et les avis Lait et Fruits et légumes précités.

²⁰ L'Autorité doit obligatoirement être consultée lorsqu'un projet de texte législatif ou réglementaire envisage de réglementer les prix ou de restreindre la concurrence (articles [L. 410-2](#) et [L. 462-2](#)).

1.3.1.2. une activité de contrôle des concentrations importante :

L'ADLC a dans tous ses avis soulignés, à juste titre, la fragmentation et l'atonicité de la production agricole ; atonicité qui explique pour partie leur faible pouvoir de négociation et justifie que face à la puissance d'achat se constitue une concentration de l'offre contrebalançant le déséquilibre structurel entre amont et aval.

De manière générale, l'ADLC soutient le mouvement de concentration des structures horizontales (notamment des coopératives) et d'intégration verticale. A ce jour, la quasi-totalité des opérations de concentration a été validée: « L'Autorité soutient le mouvement de consolidation et de regroupements au sein du secteur agricole, et s'est montrée notamment ouverte aux concentrations impliquant des coopératives agricoles. En effet, comme elle l'a relevé dans son avis 09-A-48 précité, s'agissant du secteur laitier, la concentration et l'intégration verticale favorisées par le regroupement des coopératives et leurs acquisitions d'actifs dans les secteurs de la distribution et de la transformation permettent de renforcer le pouvoir de négociation des producteurs et de mieux valoriser leurs produits »²¹ .

1.3.1.3. une activité contentieuse centrée sur les ententes illicites et principalement « lorsqu'elles tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ».

Sont ainsi concernées, en premier lieu, les pratiques visant à l'établissement d'un prix unique ou minimal de vente des produits agricoles ; l'adoption de barèmes de prix, y compris indicatifs. Pour l'ADLC, le prix indicatif « peut avoir pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence, puisque de tels dispositifs introduisent une rigidité dans le mécanisme de détermination des prix »²². Les décisions Farines et Endives rendues en 2012 ont été largement discutées et contestées par les opérateurs et nombre de commentateurs. Dans les 2 affaires, les producteurs et leurs associations ont été sanctionnées pour entente illicite. Ces 2 décisions ont fait l'objet d'appel devant la Cour d'appel de Paris. Dans l'affaire Farines, la décision de l'autorité a été partiellement réformée. L'affaires Endives, entièrement réformée par la Cour d'appel de Paris, a fait l'objet d'un pourvoi en cassation de la part de l'Autorité. La Cour de cassation devant la divergence manifeste d'interprétation de l'exception agricole en matière de concurrence a saisi la cour de justice par voie de question préjudicielle. L'avocat général Wahl a rendu ses conclusions le 6 avril 2017. Cette affaire « endives » qui dépasse le cadre national, a clairement mis en évidence la nécessité de définir le périmètre de l'exception agricole en matière

²¹ Ibid p. 122 ; voir les chiffres actualisés sur le site de l'ADLC

²² Rapport thématique précité, p. 124 ; voir les décisions 12-D-08, paragraphe 589, 03-D-36, 05-D-10, 07-D-16, 12-D-08 et 12-D-09.

de concurrence (cf. infra). De la solution apportée par la Cour dépend l'activité des organisations de producteurs et de leurs associations et donc l'intensité et l'efficacité de la concentration de l'offre.

1.3.2. La doctrine de l'ADLC : la primauté de la concurrence sur la spécificité agricole

L'étude de la pratique décisionnelle ainsi que des avis et rapport de l'ADLC montre que la spécificité de l'agriculture n'est pas véritablement prise en considération. La pratique de l'ADLC est conforme à la tendance générale des autorités de concurrence européenne et nationale à gommer les spécificités sectorielles en matière de concurrence. De manière générale, la spécificité agricole est prise en considération au stade de la détermination de la sanction des pratiques et non au stade de la constatation des griefs²³. La doctrine de l'ADLC, en tous points conforme avec la pratique décisionnelle de la Commission, traduit une primauté fonctionnelle de la logique concurrentielle. Primauté qui se manifeste clairement dans la décision Endives étudiée infra, mais aussi plus généralement dans l'attachement au maintien de la prohibition des clauses de prix commun ou de prix plancher ou minimum (comme dans l'affaires Endives) mais aussi dans le cadre de la contractualisation. Cette primauté se traduit également dans la conception retenue par les autorités des autres pays européens²⁴ et adoptée par le législateur français²⁵ et européen²⁶ de la contractualisation comme « 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 »²⁷. La contractualisation est appréhendée et conçue comme un instrument dont la finalité est proconcurrentielle, favoriser la compétitivité des entreprises agricoles ; en aucune manière il n'est fait référence aux objectifs de la PAC. Les pratiques et décisions des producteurs, la concentration de l'offre mises en œuvre par les OP et leurs associations sont donc en toutes logiques appréciées à l'aune du droit commun de la concurrence. Toute pratique de prix commun de cession, de diffusion de barème de prix même indicatif est donc considéré

²³ Ibid, conclusion.

²⁴ ECN (European competition network), Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector, May 2012, http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf

²⁵ Voir l'exposé des motifs de la loi LMAP du 27 juillet 2010.

²⁶ Conception retenue par la Commission européenne dans les lignes directrices « Guidelines on the application of the specific rules set out in Articles 169, 170 and 171 of the CMO Regulation for the olive oil, beef and veal and arable crops sectors », https://ec.europa.eu/agriculture/producer-interbranch-organisations/guidelines_fr

²⁷ Avis 07-A-08, point 44. Et rapport thématique précité p.127.

comme une entente illicite par l'objet et ce indépendamment du déséquilibre structurel qui caractérise la filière de commercialisation. Il n'y a donc pas, dans la pratique de l'ADLC, de ligne de fracture entre le droit européen du droit de la concurrence appliqué à l'agriculture et le droit interne. L'ADLC n'admet de prix de cession commun ou de négociation commune que lorsque les producteurs ont déjà opéré un transfert de propriété ; le prix commun sans transfert de propriété est toujours constitutif d'une entente illicite par l'objet.

2. « L'affaires Endives » : la nécessaire clarification de l'exception agricole ou comment articuler objectifs de la PAC et concurrence.

Le contentieux Endives montre que la conciliation des missions dévolues aux organisations professionnelles avec le droit de la concurrence, et notamment le droit des ententes, est particulièrement difficile.

L'affaire « Endives » ou les décisions hollandaises « Onion »²⁸ ont montré combien il est difficile de faire coïncider les objectifs de la PAC avec ceux de politique de concurrence. Les autorités française et hollandaise de concurrence ont fait prévaloir les règles de concurrence et la prohibition des clauses de fixation de prix et de limitation des quantités produites sur les objectifs de régularisation de la production et des prix, et sur l'objectif de garantie de revenus équitables aux agriculteurs. L'Autorité hollandaise, dans l'affaire du « Cartel des oignons », a considéré que la mise en place de quotas de production n'était pas nécessaire pour atteindre les objectifs de la PAC, et surtout, que leur effet potentiel d'augmentation des prix pour le consommateur final était contraire à l'un des objectifs de la PAC qui est d'assurer des prix raisonnables au consommateur final ; c'est l'intérêt du consommateur, défini comme l'obtention de prix bas, qui a prévalu. En d'autres termes, le conflit entre objectifs de la PAC (stabiliser les marchés, garantir des revenus équitables au producteur, garantir des prix raisonnables au consommateur final) est arbitré en faveur de l'objectif qui constitue aussi une des finalités cardinales du droit de la concurrence, le bien-être du consommateur entendu comme l'obtention de prix bas.

Pour l'Autorité, les mesures qui visent à « assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande notamment en quantité et en qualité ; optimiser les coûts de production et régulariser les prix à la production »²⁹ ne peuvent se traduire par des accords de prix minimum ou commun ou encore de limitation de la production car de tels accords sont en soi anticoncurrentiels et

²⁸ Voir les décisions de la Cour d'appel de Rotterdam du 20 mars 2014 sur le « Cartel des oignons » confirmant la position de la Dutch Competition Authority, ROT 12/4807, 12/4808, 12/4810 et 12/4844, para 26.

²⁹ Article 3 du règlement 1184/2007 intégré dans le règlement 1234/2007, article 122.

sont constitutifs d'ententes par l'objet, et de surcroît le droit dérogatoire en vigueur prohibait les clauses de détermination des prix³⁰.

La Cour d'appel de Paris a suivi un raisonnement inverse fondé sur la primauté des objectifs de la PAC et la spécificité agricole. Pour elle, ces mesures relevaient des missions légales des organisations professionnelles qui s'inscrivent dans le cadre de la PAC et ont pour objet la réalisation des objectifs de la PAC tels que la stabilisation des marchés, la programmation et l'adaptation de la production en quantité et en qualité, et la garantie de revenus équitables pour les producteurs.

2.1. Deux conceptions de l'exception agricole en matière de concurrence :

2.1.1. La décision de l'ADLC : la primauté des règles de concurrence

Le 6 mars 2012, l'Autorité de la concurrence infligeait aux producteurs d'endives et à leurs organisations professionnelles une amende de 3,6 millions d'euros pour entente complexe et continue sur le marché français de l'endive de 1995 à 2010 sur le fondement des articles L420-1 et 101 du TFUE. L'ensemble des pratiques mises en œuvre constituait une entente généralisée sur les prix³¹ et non, comme le soutenaient les parties, une mise en œuvre des missions légales conférées aux organisations professionnelles dans le cadre général de la PAC et des règlements relatifs à l'Organisation commune de marché (OCM)³².

La décision a alors suscité nombre d'interrogations et d'inquiétudes non seulement dans chez les professionnels concernés (qui ont tous interjeté appel) mais aussi dans l'ensemble du secteur agricole et ce pour plusieurs raisons :

- elle intervient dans un contexte de crise des filières agricoles et plus précisément de la filière des fruits et légumes, crise sur laquelle l'Autorité de concurrence s'était déjà prononcée dans un avis de 2008³³ (une baisse des revenus des producteurs, baisse en grande partie due au déséquilibre structurel entre l'amont et l'aval de la filière. Les acheteurs -industriels et grande distribution - exercent des pressions sur les prix auxquelles les producteurs ne

³⁰ Voir par exemple le point 593 de la décision précitée.

³¹ Voir p.50 de la décision le grief notifié aux parties.

³² Règlement UE 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés de produits agricoles et abrogeant les règlements CE 922/72, 234/79, 1037/2001 et 1234/2007.

³³ Avis 08-A-07 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/08a07.pdf>

peuvent résister en raison de leur atomicité et du caractère périssable de leurs productions³⁴) ;

- elle intervient alors que les projets de réforme de la PAC et de l'OCM unique³⁵ tendaient à renforcer le rôle des organisations de producteurs et à clarifier les règles de concurrence en vue de permettre à ces organisations professionnelles de planifier et d'ajuster la production à la demande du marché, en particulier en termes de qualité et de quantité³⁶ ;

- les producteurs et leurs associations ont vu dans cette décision une remise en cause des missions légales de régulation de l'offre que leur conféraient les textes communautaires et nationaux et donc du régime dérogatoire aux règles de concurrence institué par le règlement OCM.

Une lecture attentive de la décision et des communiqués (ainsi que des avis et décisions antérieurs et postérieurs de l'ADLC)³⁷ montre que, pour l'Autorité française, le secteur agricole est par principe soumis au droit commun de la concurrence et que les dérogations prévues par la Politique agricole commune

³⁴ Voir sur ce point l'avis 08-A-07 précité et la décision de l'ADLC. De manière générale, le déséquilibre structurel entre l'amont et l'aval de la filière a été mis en évidence dans de nombreux rapports et études tant au niveau national qu'europpéen : Voir par exemple : l'étude thématique de l'ADLC sur agriculture et concurrence in Rapport annuel de l'ADLC 2012, spécialement p.90, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/etude_thema_2012.pdf ; la Communication de la Commission au Parlement européen du 9 décembre 2007 COM(2008) 821 final : « "the asymmetry of bargaining power between agricultural producers and the rest of the supply chain has kept producer margins in the agricultural sector under strong pressure. In response, agricultural producers have adopted a wide range of strategies, including the creation of producer groups and cooperatives, the development of contractual arrangements with processors and retailers, and the development of high-value added quality products, for instance by participation in voluntary certification schemes. These schemes are useful for producers in rebalancing the asymmetry of bargaining power in the food supply chain as well as for consumers and the environment..." ».

³⁵ COM (2011) 626 du 12.10.2011), destiné à remplacer le règlement (CE) N° 1234/2007 (consolidé par le document COM (2010) 799), http://ec.europa.eu/agriculture/cap-post-2013/communication/index_fr.htm ; voir le Rapport EU Competition framework: specific rules for the food chain in the new CAP, juin 2012, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/474541/IPOL-AGRI_NT%282012%29474541_EN.pdf.

³⁶ Voir "Europe 2020" (COM (2010) 2020), http://ec.europa.eu/agriculture/cap-post-2013/debate/report/summary-report_fr.pdf ; COM (2010) 672, 18.11.2010, http://ec.europa.eu/agriculture/cap-post-2013/communication/index_fr.htm).

³⁷ Avis et décisions citées dans le corps de la décision mais aussi l'étude thématique 2012 citée supra.

doivent être interprétées de manière restrictive³⁸ conformément à la jurisprudence communautaire qui est abondamment citée. Il est ainsi rappelé dans les développements consacrés à l'applicabilité des règles de concurrence au secteur agricole que : « les règles de concurrence prévues tant par le droit de l'Union que par le droit interne s'appliquent au secteur agricole dont elles reconnaissent cependant certaines spécificités »³⁹ et que « le maintien d'une concurrence effective sur les marchés des produits agricoles fait partie des objectifs de la PAC ⁴⁰ ». On retrouve la même affirmation de la soumission du secteur agricole au droit commun de la concurrence dans le communiqué et les fiches annexes⁴¹ : « loin d'être un frein à leur développement, le droit de la concurrence peut, au contraire, accompagner les producteurs et les aider à renforcer leur pouvoir de négociation face aux acteurs de la grande distribution. Il admet l'emploi d'outils utiles (contractualisation, indicateurs de tendance, marchés à terme, etc.) qui permettent aux producteurs d'avoir une meilleure visibilité et prévisibilité dans la gestion de leurs exploitations ». De même, dans la fiche annexe n°1, il est rappelé que « dans une économie de marché, le droit de la concurrence s'applique à l'ensemble des secteurs économiques. Le secteur agricole est en un à part entière, les règles de concurrence lui sont donc applicables ». C'est à travers cette grille de lecture que l'Autorité a examiné la licéité des pratiques des opérateurs au regard des règles de concurrence, et considéré qu'elles ne pouvaient entrer dans le champ d'application des exceptions propres au secteur agricole⁴². L'ADLC a dans un premier temps examiné les pratiques et leur objet au regard de l'article 101 du Traité pour s'interroger ensuite sur une possible exemption. En d'autres termes, le raisonnement suivi par l'ADLC fait primer le droit commun de la concurrence : elle s'interroge tout d'abord sur la conformité des pratiques et décisions des OP/AOP avec le droit de la concurrence, et dans un second temps, elle s'interroge sur le point de savoir si ces pratiques entrent ou pas dans le cadre de leurs missions, missions qui sont considérées comme des « dérogations spéciales » et d'interprétation stricte.

³⁸ Sur l'applicabilité du droit commun de la concurrence au secteur agricole, voir les points 234 à 256 de la décision ; pour un panorama de la question voir les références citées supra note 9.

³⁹ Point 238.

⁴⁰ Point 241 reprenant la désormais célèbre formule de l'arrêt de la Cour Milk Marque Ltd, C-137/00 du 9 septembre 2003.

⁴¹ De manière alors inhabituelle, l'Autorité a accompagné la publication de la décision et du communiqué de presse de fiches annexes : ces fiches énoncent « les solutions privilégiées par l'ADLC » proposées au secteur agricole : la contractualisation, la concentration structurelle au sein de grandes coopératives, ou encore l'intégration verticale.

⁴² Points 550 à 552.

S'agissant du maintien d'un prix de vente à la production pour l'ensemble des variétés d'endives et de l'encadrement des offres promotionnelles : l'ADLC fait grief aux OP et AOP de s'être entendus pour fixer un prix commun de vente à l'aval pour toutes les catégories d'endives, cette entente reposant également sur la coordination des offres promotionnelles dans le temps. Elle a considéré cette coordination comme la manifestation de leur volonté de conforter un prix minimum dans la durée. Autrement dit, il était reproché aux organisations professionnelles d'avoir, sous couvert de leurs missions et compétences légales, conclu des conventions de gestion de l'offre portant sur des dénaturations forcées pour assurer le maintien du prix minimum fixé en commun⁴³. l'ADLC fait grief aux OP et AOP de s'être entendus pour fixer un prix commun de vente à l'aval pour toutes les catégories d'endives, cette entente reposant également sur la coordination des offres promotionnelles dans le temps. Il était reproché aux organisations professionnelles d'avoir, sous couvert de leurs missions et compétences légales, conclu des conventions de gestion de l'offre portant sur des dénaturations forcées pour assurer le maintien du prix minimum fixé en commun⁴⁴. Ces organismes sont sortis des limites de leur mission car la fixation collective de prix minimum n'est ni autorisée par l'OCM ni par le code rural et qu'ils ont contrevenu aux articles 101 du TFUE et L420-1 du Code de commerce. Pour l'ADLC, ces pratiques ne sont pas nécessaires à la régularisation des prix et « il existe d'autres moyens moins anticoncurrentiels pour atteindre cet objectif ». L'ADLC rappelle que la fixation d'un prix commun n'est possible que lorsque les producteurs transfèrent la propriété de leur production à l'OP, l'OP agissant comme une seule et unique entité économique et juridique dans sa relation avec les acheteurs. En revanche, lorsqu'il n'y a pas de transfert de propriété, l'OP est un simple mandataire des producteurs et en conséquence, le prix doit être individualisé et négocié entre chaque producteur et l'acheteur ; la fixation de prix commun constituerait une entente au sens du droit commun de la concurrence.

S'agissant des concertations relatives aux quantités d'endives mises sur le marché :

Pour l'Autorité en revanche ces accords de gestion de l'offre étaient constitutifs d'ententes illicites ayant un objet anticoncurrentiel : la fixation collective de prix et de quotas de production. L'Autorité a rejeté en première instance toutes les justifications avancées par les parties pour bénéficier de l'exemption de l'article 101 §3⁴⁵. Elle a

⁴³ Exposé du grief point 352 ; pour un exposé des faits voir point 74 à 144.

⁴⁴ Exposé du grief point 352 ; pour un exposé des faits voir point 74 à 144.

⁴⁵ Les parties demandaient également le bénéfice de l'exemption sur le fondement du droit interne (article L 420-4 I alinéa 1) .

ainsi, en premier lieu, écarté la contribution de la gestion de l'offre au progrès économique en se fondant sur la notion du progrès économique en matière agricole définie par elle dans sa pratique décisionnelle et consultative. « En matière agricole la notion de progrès économique s'articule principalement autour de deux objectifs : la satisfaction des consommateurs et la qualité des produits »⁴⁶. De plus, « le progrès économique ne pourrait « se limiter à la seule amélioration de la situation des producteurs de fruits et légumes ». Comme l'a établi la jurisprudence communautaire notamment dans les décisions *Conserves de champignons* et *Viandes Bovines françaises*⁴⁷, les concertations et les limitations de quantités en vue d'orienter les prix ne sauraient contribuer à promouvoir le progrès économique. En d'autres mots, la réalisation de l'objectif de garantie de revenus équitable aux agriculteurs ne saurait constituer un progrès économique au sens du droit commun de la concurrence. En second lieu, elle a ensuite été écarté l'argument relatif à la nécessaire mise en œuvre des conventions de gestion de l'offre : il n'est pas démontré en quoi ces pratiques étaient indispensables pour atteindre le progrès allégué. Pour l'ADLC, ces mesures ne relèvent pas du droit dérogatoire ; elles ne relèvent pas de la mise en œuvre des objectifs de la PAC mais ont pour objet de faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à la fixation de prix de marché.

La mission de régularisation des prix est interprétée par l'ADLC à la lumière des règles de droit commun de la concurrence ; elle ne saurait déroger aux règles de détermination des prix et en particulier à la prohibition des clauses de price fixing de l'article 101 du TFUE, prohibition maintenue également à l'article 209 du règlement 1308/2013.

S'agissant de la mise en place du système d'échanges d'informations Infocl@r comme outil de contrôle des prix :

Elle a considéré le système Infocl@r comme un outil d'échanges d'informations sur les prix servant de support à la coordination et à la pérennité des pratiques tarifaires en cause, y compris la concertation sur les volumes. Il est anticoncurrentiel car « il est uniquement admis qu'une OP puisse diffuser des données passées, anonymes » et laissant à chaque producteur la liberté de fixer

⁴⁶ Point 574.

⁴⁷ Décision *conserves de champignons* 75/77/CEE du 8 janvier 1975, IV/27 039 ; décisions VBF précitées COMP/C.38.279/F3, JOUE L 209, p. 12, point 130.

individuellement son prix⁴⁸. Elle en déduit que les OP ont dépassé leur mission légale. C'est la position inverse qui sera suivie par la Cour d'Appel. Pour la Cour la mise en place de cet outil était « à l'évidence rendue nécessaire par l'exécution des missions légales des organismes, et plus généralement par la légitime préoccupation d'un suivi fiable du marché des endives ».

La cour d'appel a infirmé la totalité de la décision. La motivation retenue mérite une attention toute particulière car elle met en lumière la nécessité de clarifier le périmètre de l'exception agricole et l'articulation entre PAC et concurrence : « en l'état des textes et de la jurisprudence applicables pendant la période visée, il n'est pas démontré que les organisations mises en cause sont sorties des limites de leurs missions légales qui, dans le cadre de la PAC, leur sont attribuées afin d'opérer une gestion adéquate de l'offre des légumes en cause au moyen tant d'une régularisation des prix dont, à ce jour les limites au regard des règles de concurrence n'apparaissent pas fixées de manière incontestable, que la mise sur le marchés des quantités d'endives ».

2.1.2. La décision de la Cour d'appel de Paris : la primauté des objectifs de la PAC sur les règles de concurrence

Dans son arrêt du 15 mai 2014, la Cour d'appel de Paris a en effet réformé dans son intégralité la décision de l'Autorité de la concurrence » considérant que le grief d'entente complexe et continue sur le marché français de l'endive ne pouvait être retenu. Cet arrêt traduit une profonde divergence d'analyse et d'interprétation des règles de concurrence applicables à l'agriculture et du régime dérogatoire institué dès 1962 par le droit dérivé, le règlement 26/62⁴⁹ (codifié par le règlement 1184/2006), les règlements portant organisation commune de marché, et le droit français (les articles 551 du Code rural en vigueur au moment des faits reprochés).

Le raisonnement suivi par les juges d'appel repose entièrement sur la reconnaissance de l'existence d'une exception agricole en matière de

⁴⁸ Point 440.

⁴⁹ Règlement du 4 avril 1962 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, règlement CE 1184/2006^{L1} du 24 Juillet 2006^{L1} portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, JOCE du 4.08.2006.

concurrence. Pour ce faire, la Cour dresse tout d'abord un panorama du « régime juridique général du secteur agricole considéré au regard du droit de la concurrence » pour affirmer la primauté des objectifs de la PAC sur les règles de concurrence : « la primauté des objectifs de la PAC a été rappelée de manière constante par la jurisprudence communautaire ».

La Cour se fonde d'une part sur les articles 39, 40 et 42 du TFUE et, d'autre part, sur le règlement 1184/2006 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles (qui, rappelons-le, a procédé à la codification du règlement 26/62). Il faut souligner que sont énoncés non seulement les articles 1 et 2 du règlement mais aussi les considérants 2 à 5. La lecture combinée des considérants et des articles 1 et 2 du règlement confirme la spécificité de l'agriculture et son régime dérogatoire au droit commun ainsi que la nécessité d'accorder « principe de faveur » aux associations de producteurs. Aux termes des considérants 3 et 4 « les règles de concurrence ...doivent être appliquées dans la mesure à la production et commerce des produits agricoles dans la mesure où leur application n'entrave pas le fonctionnement des organisations nationales de marché et ne met pas en péril la réalisation des objectifs de la PAC ; « il convient d'accorder une attention particulière à la situation des associations d'exploitants...à moins qu'une telle action n'exclue la concurrence ou ne mette en péril les objectifs de la PAC ».

Ainsi la Cour met en évidence qu'il existe une continuité au moins politique⁵⁰, sinon juridique, entre l'article 42 du TFUE et le règlement et non une rupture ; elle contredit ainsi l'interprétation – retenue par la Commission et les tribunaux - selon laquelle le règlement a renversé le schéma dérogatoire de l'article 42 pour y substituer un principe d'applicabilité des règles de concurrence au secteur agricole, ne laissant place qu'à des exceptions résiduelles. C'est dans cette perspective que sont ensuite exposées les exceptions à l'application de l'article 101 du Traité⁵¹. Pour la Cour, « il résulte

⁵⁰ Les considérants sont formulés dans les mêmes termes dans le règlement 26/62 et le règlement 1134/2006.

⁵¹ - les exceptions instituées par le règlement 1184/2006 relatives aux accords, décisions et pratiques qui font partie d'une organisation nationale de marché, aux accords, décisions et pratiques qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs de la PAC, et à certains accords, décisions et pratiques d'agriculteurs ou associations d'exploitants appartenant à un pays de l'Union dès lors que ces accords ne comportent pas l'obligation de pratiquer un prix déterminé et n'excluent pas la concurrence ;

- et celles propres au secteur des fruits et légumes auquel les professionnels de l'endive appartiennent : les articles 175 et 176 du règlement OCM unique 1234/2007⁵¹ : aux termes de l'article 175, les règles de concurrence sont applicables aux produits agricoles sous réserve d'application des exceptions prévues par l'article 176 rédigé dans les mêmes termes que l'article 2 du règlement 1184/2006⁵¹. L'article 176 relatif aux accords et décisions d'associations de producteurs exclut du bénéfice

de l'ensemble⁵² de ce rappel des textes applicables dans le domaine de la PAC que les règles de concurrence relatives notamment aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 101 du Traité ...ne s'appliquent à la production et au commerce des produits agricoles, secteur dont la spécificité est expressément reconnue, que dans la mesure où leur application ne met pas en péril la réalisation des objectifs de la PAC et n'entrave pas le fonctionnement des organisations nationales de marché dont les mécanismes de régulation, sont comme cela est exposé dans les développements qui vont suivre, dérogatoires au droit commun de la concurrence ». **Elle appréhende de manière globale, systémique et substantielle de la spécificité agricole en matière de concurrence et de la primauté des objectifs de la PAC.** Il s'agit d'un renversement de la logique « application de principe des règles de concurrence / exceptions » sur laquelle repose la pratique décisionnelle européenne et nationale. En d'autres termes, **la cour opère un changement de paradigme dans l'application et l'articulation de la PAC et du droit commun de la concurrence** et partant, rejette l'applicabilité de principe du droit commun de la concurrence fondée sur le règlement 26/62. Les règles de concurrence (en l'espèce le droit européen et français des ententes) ne s'appliquent à ce « secteur dont la spécificité est expressément reconnue » par les textes, qu'à la double condition : d'une part, que cette application ne mette pas en péril les objectifs de la PAC, et d'autre part, qu'elle n'entrave pas le fonctionnement des organisations nationales de marché.

La spécificité l'agriculture et la fonction sociale de la politique agricole commune doivent être prises en considération quant à l'application des règles de concurrence, conformément à l'article 42 du Traité et au considérant 3 du règlement.

S'agissant de la fixation des prix et des offres promotionnelles :

Elle considère dans un premier temps qu'il n'est pas démontré que les organisations ont outrepassé leurs missions, bien au contraire. Pour valider les fixations de prix minimum, la Cour s'appuie tout d'abord sur les articles 14 et 15 de la loi française du 8 août 1962⁵³ qui permettait aux groupements de producteurs « d'édicter des règles destinées à organiser et à discipliner la production et la mise en marché et à réguler les cours, notamment par la fixation d'un prix de retrait » ; elle en déduit que la loi autorisait les organisations de

de l'exemption, dans les mêmes termes que le règlement 1184/2006, les accords qui comportent l'obligation de pratiquer un prix déterminé. En d'autres, le droit dérogatoire exclut la fixation de prix communs ou clause de price fixing.

⁵² Souligné par nous.

⁵³Loi 62-933 du 8 août 1962, <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000313972&categorieLien=cid>.

producteurs à fixer un prix minimum appelé prix de retrait en dessous duquel les produits pouvaient être retirés du marché. Au niveau communautaire, les règlements OCM successifs⁵⁴ ont depuis 1972 attribué aux OP pour mission de « promouvoir la concentration de l'offre et la régularisation des prix au stade de la production »⁵⁵ et à « fixer des prix de retrait »⁵⁶. Selon la Cour, la réglementation applicable au moment des faits reprochés autorisait les pratiques de fixation des prix minimum de production et de première cession par les organisations professionnelles.

La Cour retient ensuite deux arguments intéressants et inhabituels.

En premier lieu, concernant les prix minima, la Cour considère que les missions confiées aux OP et AOP pour la réalisation des objectifs de la PAC par les règlements OCM et les dispositions du Code rural applicables au secteur « tendent notamment à assurer un niveau de vie équitable à la population agricole et à stabiliser les marchés ». En outre, elle relève que les pratiques incriminées ont été mises en place « dans un contexte caractérisé par de sérieuses et persistantes difficultés de prix à la production » dont « le bas niveau n'était pas de nature à assurer un revenu équitable, objectif qui est précisément assigné à la PAC ». C'est l'argument invoqué par les organisations requérantes qui est ici retenu. En d'autres termes, les juges s'appuient sur l'objectif de garantie d'un revenu équitable pour conforter la régularisation des prix par la fixation de prix de retrait. La réalisation de ce seul objectif de l'article 39 pourrait donc justifier une dérogation au droit des ententes. C'est là une position originale et en rupture avec l'interprétation restrictive et rigoureuse qui est faite de l'exception agricole. D'une part, les tribunaux n'ont jamais accordé d'exemption pour les accords comportant des prix déterminés même en période de crise et de baisse des cours : sont exclus du bénéfice des exemptions les accords qui comportent un prix déterminé ou des limitations concertées de la production⁵⁷.

S'agissant des concertations relatives aux quantités :

Pour la juridiction d'appel, les conventions de gestion de l'offre relève du droit dérogatoire. Les règlements OCM et le Code rural ont confié aux organisations de producteurs la mission de régulariser les prix. A l'appui de cette analyse, la Cour s'appuie ici encore tout d'abord sur les règlements OCM successifs applicables. Ces textes ont donné mission aux OP du secteur des fruits et légumes « d'assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande notamment en quantité et en

⁵⁴ Articles L 551-1 et L 552-1 du Code rural, abrogés en 2010.

⁵⁵ Article 13 du règlement CE 1035/72 du 18 mai 1972.

⁵⁶ Article 15 du règlement précité .

⁵⁷ Voir par exemple la décision C-123/83 Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC)/Clair, 30 janvier 1985.

qualité ; optimiser les coûts de production et régulariser les prix à la production »⁵⁸.

Les juges estiment que les consignes de dénaturation ne sont pas contraires au droit de la concurrence mais rentrent dans le cadre des missions légales, expressément assignées aux OP et AOP par le droit dérogatoire, de mise en œuvre des objectifs de la PAC et notamment de régularisation des prix. Les concertations sur les quantités sont analysées comme des « mesures de prévention et de gestion des crises menaçant la rémunération des producteurs » ; c'est ici encore à l'objectif de garantie de revenus équitables pour producteurs qui est visé.

La Cour estime que les dispositions de l'OCM et du Code rural qui permettaient aux AOP de fixer un prix de retrait « incluait nécessairement la fixation d'un prix minimum ». Elle souligne, en conclusion sur ce point, qu'« en l'état des difficultés d'interprétation » sur l'étendue exacte et les limites des missions de régulation des prix dans le cadre dérogatoire, il n'est pas établi « que la diffusion de consignes de prix minimum était, en toutes circonstances, nécessairement et définitivement prohibée ».

S'agissant de la mise en place du système d'échanges d'informations Infocl@r comme outil de contrôle des prix : la mise en place de cet outil était « à l'évidence rendue nécessaire par l'exécution des missions légales des organismes, et plus généralement par la légitime préoccupation d'un suivi fiable du marché des endives ».

Dans cette affaire, la divergence d'analyse entre l'Autorité et la Cour d'appel portait précisément sur l'articulation des missions légales des organisations professionnelles avec le droit des ententes. Cette profonde divergence d'analyse qui oppose l'Autorité française de concurrence et la Cour d'appel de Paris⁵⁹ dépasse l'appréciation des missions légales des organisations de producteurs ; elle porte, plus fondamentalement, sur la reconnaissance de la spécificité agricole. Plus encore, cette divergence a pour objet la -toujours délicate- question de l'articulation ou de la hiérarchisation de deux politiques essentielles de l'Union européenne, la politique agricole commune et la politique de

⁵⁸ Article 3 du règlement 1182/2007 intégré dans le règlement 1234/2007, article 122.

⁵⁹ Divergence d'analyse entre l'ADLC et la Cour d'Appel de Paris que l'on retrouve en partie dans la décision « Farines », Décision 12-D-09 du 13 mars 2012 relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12d09.pdf> ; arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 novembre 2014 frappé d'un pourvoi en cassation, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca_12d09_farines.pdf.

concurrence⁶⁰. L'ADLC ayant formé un pourvoi contre la décision, la Cour de Cassation a rendu une décision le 8 décembre 2015. Elle porte également sur le « tabou des prix » et le paradigme du bien être du consommateur défini comme la garantie de prix bas. La pratique de prix commun, examinée à travers le principe de primauté des objectifs de la PAC, peut-elle être considérée comme un instrument de renforcement du pouvoir de négociation face à la grande distribution permettant d'atteindre un des objectifs essentiels de la PAC ?

2.1.3. L'arrêt de la Cour de cassation :

Par un arrêt du 8 décembre 2015⁶¹, la Cour de Cassation saisie d'un pourvoi formé par l'Autorité de la concurrence contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans la fameuse « Affaire endives »⁶², a sursis à statuer et saisi la Cour de justice de l'Union européenne par voie de question préjudicielle.

Considérant que le litige « pose une difficulté sérieuse quant à l'interprétation des règlements communautaires portant organisation commune des marchés, dans ce secteur, et l'étendue des dérogations « spécifiques » aux règles de concurrence qu'ils sont susceptibles de contenir dans leurs dispositions relatives aux OP et AOP, notamment au regard de l'objectif de régularisation des prix à la production assigné à ces organisations et la possibilité qu'ont ces organismes de mettre en place des prix de retrait », la Haute juridiction a décidé de saisir la Cour de justice. Elle lui a posé les deux questions suivantes :

Elle lui a posé les deux questions suivantes :

« 1°/ Des accords, décisions ou pratiques d'organisations de producteurs, d'associations d'organisations de producteurs et d'organisations professionnelles, qui pourraient être qualifiés d'anticoncurrentiels au regard de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), peuvent-ils échapper à la prohibition prévue par cet article du seul fait qu'ils

⁶⁰ Voir Jannarelli, *La concorrenza e l'agricoltura nell'attuale esperienza europea : una relazione "speciale"*, in *Profili giuridici del sistema agro-alimentare tra ascesa e crisi della globalizzazione*, précité ; *EU Competition framework: specific rules for the food chain in the new CAP*, rapport précité.

⁶¹ Arrêt n° 1056 du 8 décembre 2015, Chambre commerciale, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cass_endives_12d08.pdf.

⁶² Arrêt du 15 mai 2014, Cour d'appel de Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca_12d08.pdf; Décision de l'Autorité de la concurrence (ADLC) 12-D- 08 du 6 mars 2012 , Secteur de la production et de la commercialisation des endives, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=12D08>, voir C.Del Cont , L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 mai 2014, « l'affaire endives »:quels enseignements pour l'avenir de la « relation spéciale » entre agriculture et concurrence ? in *Rivista di diritto agrario*, 2015, Fascicolo II, p.84 à 109.

pourraient être rattachés aux missions dévolues à ces organisations dans le cadre de l'organisation commune du marché et ce, alors même qu'ils ne relèveraient d'aucune des dérogations générales prévues successivement par l'article 2 des règlements (CEE) n° 26 du 4 avril 1962 et (CE) n°1184/2006 du 24 juillet 2006 et par l'article 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du 22 octobre 2007 ?

2°/ Dans l'affirmative, les articles 11, § 1, du règlement (CE) n° 2200/1996, 3, § 1, du règlement (CE) n° 1182/2007, et 122, alinéa 1er, du règlement (CE) n° 1234/2007, qui fixent,

« parmi les objectifs assignés aux organisations de producteurs et leurs associations, celui de régulariser les prix à la production et celui d'adapter la production à la demande, notamment en quantité, doivent-ils être interprétés en ce sens que des pratiques de fixation collective d'un prix minimum, de concertation sur les quantités mises sur le marché ou d'échange d'informations stratégiques, mises en oeuvre par ces organisations ou leurs associations, échappent à la prohibition des ententes anticoncurrentielles, en tant qu'elles tendent à la réalisation de ces objectifs ? ».

La Cour de cassation prend tout d'abord soin de rappeler l'existence de l'exception agricole en matière d'application des règles de concurrence en se fondant sur le droit dérivé ; « les règles de concurrence s'applique à la production et au commerce des produits agricoles » sous réserve des dérogations générales à l'application de l'article 101§1 du TFUE⁶³.

La Cour de cassation prend soin de relever que ces textes « énoncent que, face à une demande sans cesse plus concentrée, le regroupement de l'offre au sein des OP, qui sont les éléments de base de l'organisation commune des marchés, apparaît comme une nécessité économique pour renforcer la position des producteurs sur le marché ». Elle rappelle également les « objectifs » de ces organisations : « assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande, promouvoir la concentration de l'offre et la mise en marché de la production de ses membres, réduire ou optimiser les coûts de production et régulariser les prix à la production »⁶⁴.

Devant la Cour de cassation, la Commission européenne a adopté une position qui n'a nullement clarifié le débat et a conduit à la question préjudicielle. Elle reconnaît tout d'abord l'existence de « dérogations spécifiques » aux OP et AOP contenues dans les différents règlements portant organisation commune de marchés. Elle affirme ensuite qu'il doit être tenu compte de ces dérogations spécifiques dans l'application de « certaines interdictions des règles de concurrence » : « certains comportements spécifiques, qui pourraient

⁶³ Les règlements 26/62, 1184/2006 et les articles 175 et 176 du règlement 1234/2007 Le point de départ de son raisonnement n'est pas, contrairement à la Cour d'appel, l'article 42 du Traité qui affirme la l'exception générale en matière d'application des règles de concurrence.

⁶⁴ Page 7 de l'arrêt du 8 décembre 2015.

normalement être considérés comme étant anticoncurrentiels, peuvent relever de ces dérogations spécifiques pour échapper à l'interdiction »⁶⁵. Elle ajoute que « les mécanismes de prix minimum convenus au sein des principales AOP, se situent en dehors des tâches spécifiques prévues par l'organisation commune du marché et ne peuvent pas être considérés comme couverts par ces « dérogations spécifiques » ». Elle reconnaît la spécificité des missions des OP et leur nécessaire exclusion du champ d'application du droit des ententes mais n'en tire aucune conséquence sur le terrain des missions légales en matière de prix. Si cette analyse reconnaît que les missions des OP et AOP relèvent du droit dérogatoire - de l'exception agricole-, elle ne permet pas de cerner les contours de la mission de régularisation des prix à la production. Elle ne permet nullement de trancher entre les conceptions opposées de l'ADLC et de la Cour d'appel en matière d'articulation de la PAC et du droit de la concurrence.

Les interprétations divergentes qui soumises à la cour de cassation ont soulevé une difficulté sérieuse quant à l'interprétation des règlements relatifs à l'OCM et à l'étendue des dérogations spécifiques aux règles de concurrence des missions des organisations de producteurs notamment en matière de prix. Plus précisément, se pose la question de savoir si les actions des OP et AOP peuvent échapper à la prohibition des ententes du seul fait de leur rattachement aux missions légales qui leur sont dévolues dans le cadre de l'OCM et ce en dehors de toute dérogation générale⁶⁶. En cas de réponse affirmative à cette première interrogation, se pose la question de savoir si l'objectif de régularisation des prix à la production et d'adaptation de la production à la demande, notamment en quantité, échappent à la prohibition des ententes en tant qu'elles tendent à la réalisation des objectifs fixés aux OP par les textes. En d'autres termes, **les actions de régularisation des prix mises en œuvre par les OP sont-elles exclues de la prohibition des ententes parce qu'elles relèvent de la réalisation des missions légales qui leur sont attribuées dans le cadre de la PAC et en vue de la réalisation des objectifs de la PAC ?**

Les réponses de la Cour de Justice sont attendues non seulement par les producteurs français mais aussi par l'ensemble du monde agricole européen. La décision, qui devrait intervenir d'ici la fin de l'année, est peu prévisible. Les conclusions de l'avocat général rendues le 6 avril 2017 ne permettent pas de préjuger du contenu de la décision.

⁶⁵ Voir p.8 de l'arrêt.

⁶⁶ Prévues par les articles 2 des règlements 26/62, 1184/2006 et l'article 176 du règlement 1234/2007.

2.1.4. Les conclusions de l'avocat général Wahl ⁶⁷: apports et ambiguïtés

Il est tout d'abord rappelé de manière générale que les OP et AOP ont, entre autres missions, pour objectif général d'adapter la production à la demande, de réduire les coûts de production et de régulariser les prix à la production. Ainsi, les OP et AOP sont amenées à jouer un rôle déterminant en matière de centralisation de la commercialisation des produits de leurs membres et constituent par essence des lieux de concertation collective.

Sur la première question : (§45)Le raisonnement suivi est particulièrement intéressant ; il réfute le raisonnement suivi dans la 1^{ère} question posée « car cette question repose sur la prémisse selon laquelle les comportements en cause sont a priori anti concurrentiels ». La PAC est par définition hors du champ d'application de la concurrence, dès lors, il ne faut plus parler de « dérogation » au droit de la concurrence mais d'exclusion : « il est question en l'espèce d'une *exclusion* à cette application, découlant de la nécessaire poursuite des missions confiées aux acteurs clefs des OCM. En effet, dans la mesure – et uniquement dans cette mesure – où il est avéré que les pratiques mises en œuvre dans le cadre d'une OCM sont, in fine, strictement nécessaires à la réalisation de ces missions, l'application des règles en matière de concurrence, et notamment celles relatives aux ententes anticoncurrentielles, doit être d'emblée exclue. Contrairement à la position défendue par certains intervenants, les comportements en cause ne peuvent dès lors être, a priori, considérés comme « anticoncurrentiels », pour la simple raison qu'ils ne se déploient pas dans un espace soumis à la concurrence »⁶⁸. Les comportements soumis au juge doivent donc être appréciés en termes d'exclusion de la l'application de l'article 101 et non sous l'angle d'une dérogation à l'application de cette disposition (§56).

Revenant sur la soumission des mesures prises par les OP ou AOP aux règles de concurrence, il est souligné qu'il ne suffit pas qu'elles concourent à la réalisation des missions qui leur sont confiées pour être soustraites à l'application du droit de la concurrence. Après avoir rappelé que les OP et AOP ont vocation à la concentration de l'offre et à la commercialisation de la production de leur adhérents, l'avocat général précise que l'exclusion du champ de l'article 101 du TFUE ne concerne que les OP de commercialisation et non les OP de Gouvernance. Plus précisément, pour pouvoir être soustraites au droit de la concurrence, il faut que les pratiques en cause aient été adoptées au sein de structure en charge de la gestion de la production et de la commercialisation. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, les pratiques mises en place au sein de l'OP ou AOP sont considérées comme des décisions adoptées par une entité économique unique. Il n'y a donc pas lieu à application de la concurrence ni à son exclusion. Il n'y a là aucune dérogation en réalité aux règles de concurrence ; il n'y a jamais d'entente au sein d'une même entité économique(

⁶⁷ <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-04/cp170039fr.pdf>

⁶⁸ §51

§101) ; c'est le cas type des Op qui prennent la forme coopérative. Pour qu'une entente soit constituée il faut un concours de volontés de plusieurs agents économiquement autonomes. Selon l'avocat général, l'exclusion de l'article 101 ne trouverait à s'appliquer que lorsque l'OP commercialise directement et la production de ses adhérents, ceux-ci ayant confié la gestion et la négociation de leur production à l'organisation de 1^{er} ou de 2nd niveau.

En revanche, (§102) « les pratiques se déployant *entre* OP ou AOP, au sein d'entités non chargées de la commercialisation de leurs membres, voire celles entre une OP/AOP et d'autres types d'acteurs sur le marché concerné, ne peuvent échapper à cette application, puisque ces pratiques se déploient entre entités économiques supposées indépendantes ».

Sur la base de ces considérations, il propose à la Cour « de répondre à la première question préjudicielle que des accords, des décisions ou des pratiques d'OP, d'AOP et d'organisations professionnelles peuvent, bien qu'ils ne relèvent d'aucune des dérogations générales prévues successivement à l'article 2 des règlements n° 26 et n° 1184/2006 et à l'article 176 du règlement n° 1234/2007, être soustraits à l'interdiction des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, dans le cas où il est vérifié que ces comportements, premièrement, s'imposent ou sont permis pour l'accomplissement de la tâche confiée à l'OP, à l'AOP ou à l'organisation professionnelle en charge effective de la commercialisation des produits concernés et, deuxièmement, sont pris dans le cadre et en conformité avec la réglementation relative à l'OCM concernée » (§106).

Sur la seconde question : l'attention de l'avocat général se concentre sur les pratiques reprochées aux parties.

S'agissant de la fixation collective de prix c'est à dire entre OP ou AOP ou entre celles-ci et d'autres entités, c'est-à-dire dans la configuration externe, ces pratiques « devraient, en toute hypothèse, se voir appliquer le droit de la concurrence, étant précisé qu'il est bien acquis que des pratiques de fixation des prix sont considérées, par leur objet même, comme étant nuisibles au bon fonctionnement de la concurrence » (§121). Et de rappeler au point 124 que « ou entre celles-ci et d'autres entités, c'est-à-dire dans la configuration externe, devraient, en toute hypothèse, se voir appliquer le droit de la concurrence, étant précisé qu'il est bien acquis que des pratiques de fixation des prix sont considérées, par leur objet même, comme étant nuisibles au bon fonctionnement de la concurrence ». L'argumentation laisse perplexe : après avoir affirmé la primauté de la PAC sur les règles de concurrence, l'avocat général redimensionne à la baisse le champ de l'exception, et dans une certaine mesure le vide d'une partie de son utilité et de sa substance en matière de renforcement du pouvoir de négociation, de concentration de l'offre et de régularisation des prix. Le contenu des missions de stabilisation des prix se trouve réduit aux instruments admis par le droit commun de la concurrence : « Cette mission de

stabilisation/régulation des prix peut, par exemple, prendre la forme de diffusion par l'OP ou AOP concernée de données rendant compte de l'évolution du marché, mais elle ne peut, en aucun cas, se matérialiser par un barème de prix recommandés. Cette mission peut également aboutir à ce que les OP ou AOP concernées émettent certaines recommandations en vue d'agir sur les volumes des produits qui seront mis sur le marché » (§125). Le raisonnement peut apparaître surprenant mais il est en tout point conforme à la doxa, au « tabou », des prix, du droit de la concurrence : la fixation d'un prix minimum est toujours contraire à l'article 101 du TFUE, qu'elle émane d'une seule OP ou AOP ou de plusieurs OP et AOP.

S'agissant des concertations sur les quantités mises sur le marché : de telles mesures sont admissibles dans une configuration interne lorsqu'elles tendent à la régulation de la production et à la stabilisation des prix. En revanche, dans une configuration externe, de telles pratiques ne peuvent être soustraites à l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

S'agissant enfin de l'échange d'informations stratégiques, il est également traité à travers la distinction configuration interne/externe : l'échange d'informations stratégiques relève, selon l'av. général, des missions des OP/AOP : ces missions impliquent nécessairement des échanges de telles informations en interne de sorte que les règles de concurrence n'ont pas à s'appliquer. Ces règles sont applicables aux échanges externes, c'est à dire entre OP et AOP. Il reconnaît toutefois qu'il convient de prendre en considération la particularité du secteur agricole : « Cependant, des échanges d'informations peuvent être considérés comme conformes aux règles de la concurrence dans certaines circonstances : caractère peu concentré du marché, informations publiques et agrégées ainsi que l'existence d'informations non assimilables à des barèmes de prix et/ou ne permettant pas de reconstituer l'ensemble des coûts des opérateurs. Cependant, des échanges d'informations peuvent être considérés comme conformes aux règles de la concurrence dans certaines circonstances : caractère peu concentré du marché, informations publiques et agrégées ainsi que l'existence d'informations non assimilables à des barèmes de prix et/ou ne permettant pas de reconstituer l'ensemble des coûts des opérateurs » (§144 et 145).

En conclusion, l'avocat général propose de répondre à la cour de cassation de la manière suivante :

1/ Des accords, des décisions ou des pratiques d'organisations de producteurs, d'associations d'organisations de producteurs et d'organisations professionnelles peuvent, bien qu'ils ne relèvent d'aucune des dérogations générales prévues successivement à l'article 2 des règlements n° 26 du Conseil, du 4 avril 1962, portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, et (CE)

n° 1184/2006 du Conseil, du 24 juillet 2006, portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, et à l'article 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil, du 22 octobre 2007, portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur (règlement OCM unique), **être soustraits à l'interdiction des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, dans le cas où il est vérifié que ces comportements, premièrement, s'imposent ou sont permis pour l'accomplissement de la tâche confiée à l'organisation de producteurs, à l'association d'organisations de producteurs ou à l'organisation professionnelle en charge effective de la commercialisation des produits concernés et, deuxièmement, sont pris dans le cadre et en conformité avec la réglementation relative à l'organisation commune de marchés concernée.**

2/ L'article 11, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 2200/96 du Conseil, du 28 octobre 1996, portant organisation commune des marchés dans le secteur des fruits et légumes, l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1182/2007 du Conseil du 26 septembre 2007 établissant des règles spécifiques pour le secteur des fruits et légumes, modifiant les directives 2001/112/CE et 2001/113/CE ainsi que les règlements (CEE) n° 827/68, (CE) n° 2200/96, (CE) n° 2201/96, (CE) n° 2826/2000, (CE) n° 1782/2003 et (CE) n° 318/2006, et abrogeant le règlement (CE) n° 2202/96, et l'article 122, premier alinéa, du règlement n° 1234/2007, qui **fixent, parmi les objectifs assignés aux organisations de producteurs ou associations d'organisations de producteurs et à leurs associations, celui de régulariser les prix à la production et celui d'adapter la production à la demande, doivent être interprétés en ce sens que des pratiques de fixation collective d'un prix minimum ne peuvent en aucun cas être d'emblée soustraites à l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. S'agissant des pratiques d'échanges d'informations stratégiques portant sur les prix mises en œuvre par ces organisations ou leurs associations, elles n'échappent pas davantage à la prohibition des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE au seul motif qu'elles sont susceptibles de contribuer aux objectifs généraux assignés aux organisations de producteurs et à leurs associations.** Pour que tel soit le cas, il appartient notamment à la juridiction nationale de vérifier que la pratique en cause, premièrement, s'impose ou est permise pour l'accomplissement de la tâche spécifiquement confiée à l'organisation de producteurs ou à l'association d'organisations de producteurs **en charge effective de la commercialisation des produits concernés et, deuxièmement, a été prise dans le cadre et en conformité avec la réglementation relative à l'organisation commune de marchés concernée.**

Les conclusions ne permettent pas de prédire l'issue du litige mais elles appellent quelques remarques. Tout d'abord, elles oscillent entre affirmation de l'exception agricole (éliminant le raisonnement fondé sur la dérogation

générale/ dérogations spécifiques) et de la primauté de la PAC sur la concurrence et affaiblissement de cette même exception. S'agissant de l'appréciation des pratiques, l'avocat général se contente de reprendre l'argumentation de la doctrine concurrentielle en matière de prix sans s'interroger sur la spécificité économique du secteur ni même sur la lettre de la prohibition des clauses de price fixing de l'article 176 du règ.1234/2006 (aujourd'hui l'article 209 du règlement 1308/2013) ne prohibe que la pratique de prix identiques et non la pratique de prix minimum. Le prix minimum suppose que le producteur conserve une marge de décision dans la fixation de son prix de vente.

Il semble que le schéma de concentration de l'offre retenu soit celui proposé jusqu'à présent par l'ADLC : les négociations collectives sur les prix et la fixation de prix commun supposerait un transfert de propriété des productions contrairement à la solution retenue dans le paquet lait et codifiée dans le règlement OCM 1308/2013. Soulignons toutefois que dans l'avis du 14 février 2014 (relatif aux producteurs de légumes), elle a proposé d'étendre cette possibilité aux secteurs des fruits et légumes, considérant qu'elle « pourrait constituer une incitation à la concentration de l'offre en permettant de dépasser les réticences à l'intégration plus forte » que pourraient constituer l'adhésion à des OP ou AOP avec transfert de propriété, ou bien encore la concentration structurelle⁶⁹⁷⁰.

Enfin, on peut souligner que la distinction entre configuration interne/ externe peut fortement limiter l'efficacité de la concentration de l'offre, de la stabilisation des marchés et de la régularisation des prix dans un contexte de déséquilibre structurel entre les producteurs et leurs acheteurs aval. Une telle position s'inscrit dans la philosophie « market oriented » du règlement 1308/2013 et de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence ; en revanche, elle ne semble pas répondre aux attentes exprimées dans le rapport final de Task force marchés agricoles de novembre 2016.

⁶⁹ Possibilité qu'elle avait toujours écartée tant dans sa pratique contentieuse que consultative (notamment dans l'avis 08-A-07 du 7 mai 2008) qualifiant ces accords d'ententes par l'objet et suggérant le recours à la contractualisation et à la concentration structurelle pour renforcer le pouvoir de négociation des producteurs.

⁷⁰ Avis 14- A-03 du 14 février 2014 relatif à une saisine de la fédération des producteurs de légumes, point 101, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14a03.pdf> .

Rappel du schéma concurrence/agriculture dans le règ. 1308/2013, art. 209 « Exceptions concernant les objectifs de la PAC, les agriculteurs et leurs associations »(qui reprend deux des trois dérogations initialement prévues dans les règlements 26/62 (puis 1184/2006) et 1234/2007)⁷¹ **concernant l'hypothèse est relative aux seuls agriculteurs et à leurs associations :** l'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des exploitants agricoles, associations d'exploitants agricoles ou associations de ces associations ou des organisations de producteurs reconnues au titre de l'article 152 du règlement⁷², dans la mesure où ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles, à moins que les objectifs de l'article 39 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne soient mis en péril. On retrouve ici l'exception de faveur accordée à l'associationnisme agricole et dont la finalité a toujours été de remédier à la fragmentation des exploitations et à la faiblesse de leur pouvoir économique face à leurs contractants amont et aval ; exception qui existe aussi et depuis des décennies dans beaucoup de pays non européens comme les Etats-Unis, le Japon, le Canada...⁷³.

Une part substantielle de ces modalités de mise en œuvre de la concentration de l'offre nécessaire pour atteindre les objectifs de la PAC se trouve toujours neutralisée l'article 209§1 in fine : la dérogation ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées qui comportent une obligation de pratiquer un prix déterminé ou en vertu desquels la concurrence est exclue. Cette interdiction se rencontre encore dans l'article 210 relatif aux accords et pratiques des organisations interprofessionnelles reconnues.

⁷¹ A été supprimée l'hypothèse devenue obsolète relative aux organisations nationales de marché.

⁷² Ou des associations d'organisations de producteurs reconnues au titre de l'article 156 du règlement.

⁷³ Pour un panorama de ce principe de faveur, voir A. Reich, *The Agricultural Exemption in Antitrust Law: A Comparative Look at the Political Economy of Market Regulation*, Texas International Law Journal, Summer 2007, Vol. 42 Issue 3, p. 843.

La prohibition des clauses de fixation de prix a été maintenue dans les mêmes termes y compris pour les pratiques et accords horizontaux des agriculteurs et de leurs associations. Pourtant, sa suppression aurait pu constituer un instrument clé du renforcement du pouvoir de négociation et de la concentration de l'offre des producteurs à travers les organisations professionnelles et d'atteindre l'objectif de revenus équitables prévu à l'article 39. La possibilité de pratiquer des prix communs reste donc limitée aux seuls secteurs du lait, de l'huile d'olive, de la viande bovine et des grandes cultures arables⁷⁴.

Le maintien de la prohibition est une manifestation éclatante de la primauté des règles de concurrence sur la politique agricole commune. La persistance de ce « tabou des prix » en matière agricole confirme la tendance de plus en plus prégnante des autorités de concurrence européennes à gommer les spécificités sectorielles, particulièrement en matière agricole : « ces particularités pour importants qu'elles soient, ne justifient pas d'exception aux principes cardinaux qui structurent la mise en œuvre des règles de concurrence dans le reste de l'économie »⁷⁵

De la réponse qui sera adoptée par la Cour dépend aussi l'efficacité des instruments de rééquilibrage et de lutte contre les pratiques déloyales dans les relations commerciales agricoles mises en place par le législateur français au cours de la dernière décennie.

3. Le cadre des relations commerciales agricoles dans le droit positif français

La loi n° 2016-1691 dite loi Sapin 2 du 9 décembre 2016, dans ses dispositions relatives à l'agriculture, et plus particulièrement relatives aux relations commerciales, vise aux renforcements de la position des agriculteurs dans la supply food chain. Plus précisément, elle a pour objectif affiché de contrebalancer l'asymétrie de pouvoir de négociation des producteurs et in fine de permettre une meilleure répartition de la valeur. On notera que ces objectifs sont ceux que le législateur français avait déjà assignés à la contractualisation

⁷⁴ Pour une appréciation critique l'étendue de la suppression de la prohibition des clauses de price fixing dans le secteur laitier, voir la percutante analyse d'A. Jannarelli, "Tabù" dei prezzi agricoli nella disciplina della concorrenza. Considerazioni critiche sul reg. n. 261 del 2012 in materia di latte e prodotti lattiero-caseari, in Rivista di diritto agrario, éd.Giuffrè, 2012/I, p.179.

⁷⁵ Autorité de la concurrence in Etude thématique précitée, p.143.

issue de la loi LMAP du 27 juillet 2010 modifiée par la loi d'avenir de 2014, codifiées dans le Code rural aux articles L632-24 et suivants. Objectifs réaffirmés dans les dispositions de la loi Hamon (2014) relatives aux relations commerciales (clause de renégociation) L441- 8 du Code de commerce⁷⁶. Ces

⁷⁶ Article L441-8 modifié par l'[ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 - art. 2](#) 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](#), complétée, le cas échéant, par décret, 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, précise les conditions de déclenchement de la renégociation et fait référence à un ou plusieurs indices publics des prix des produits agricoles ou alimentaires. 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.

La renégociation de prix est conduite de bonne foi dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale et du secret des affaires, ainsi que dans un délai, précisé dans le contrat, qui ne peut être supérieur à deux mois. Elle tend à une répartition équitable entre les parties de l'accroissement ou de la réduction des coûts de production résultant de ces fluctuations. Elle tient compte notamment de l'impact de ces fluctuations sur l'ensemble des acteurs de la chaîne d'approvisionnement. Un compte rendu de cette négociation est établi, selon des modalités définies par décret.

Le fait de ne pas prévoir de clause de renégociation conforme aux deux premiers alinéas du présent article, de ne pas respecter le délai fixé au troisième alinéa, de ne pas établir le compte rendu prévu au même troisième alinéa ou de porter atteinte, au cours de la renégociation, aux secrets de fabrication ou au secret des affaires est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 470-2. Le maximum de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Le présent article ne fait pas obstacle à toute autre renégociation, dans le respect des [articles L. 441-7](#) et L. 442-6.

Le présent article est également applicable aux contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la conception et la production, selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur, de produits mentionnés au premier alinéa.

objectifs de rééquilibrage du pouvoir de négociation, de transparence, et meilleur partage de la valeur (revenus décents pour les producteurs) sont également des objectifs affichés par le législateur européen lors de la réforme de la PAC 2014 et la préparation de la future réforme de la PAC (cf le rapport de novembre 2016 de la Task force et les considérants du futur règlement Omnibus)⁷⁷. Reprenant la philosophie antérieure de la contractualisation de la loi LMAP de 2010, qui a servi de matrice au règlement lait 262/2012 codifié dans le règlement OCM1308/ 2013, le texte propose d'amplifier les mécanismes déjà mis en place par le droit français relations commerciales agricoles (de 1^{ère} mise en marché) et/ou dans le droit des relations commerciales entre fournisseurs (industriels/ transformateurs ou importateurs) et structures de la distribution du code de commerce (article L441-6 et suivants du code de commerce). Les règles relatives à la contractualisation (commercialisation des produits agricoles) reposent sur le formalisme contractuel et l'information contractuelle en vue de satisfaire à l'objectif de transparence et de garantir une plus grande sécurité juridique aux opérateurs et en particuliers aux acteurs les plus vulnérables dans la filière. Il s'agit, à travers les mécanismes mis en œuvre de satisfaire à la transparence et à la loyauté des relations commerciales qui sont des conditions nécessaires au fonctionnement du marché ; la transparence étant une condition de concurrence. Mais les règles de concurrence sont aussi la mesure de la validité juridique et de l'efficacité de la contractualisation. Le contenu du contrat est conditionné par les règles de concurrence européennes et nationales en matière d'ententes et notamment d'entente sur la fixation des prix. L'avis préalable obligatoire de l'Autorité de la concurrence avant toute extension d'un accord homologué ou avant tout décret imposant la contractualisation des relations commerciales agricoles en est une manifestation évidente. Une lecture

⁷⁷ Task Force Agricultural Markets, *Improving market outcomes, Enhancing the position of farmers in the supply chain*, Bruxelles, novembre 2016, http://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/agri-markets-task-force/improving-markets-outcomes_en.pdf ; Egalement la Résolution du Parlement européen du 7 juin 2016 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065(INI)) ; la Communication de la Commission « Guidelines on the application of the specific rules set out in Articles 169, 170 and 171 of the CMO Regulation for the olive oil, beef and veal and arable crops sectors », http://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_cmo_regulation/draft_guidelines%20_fr.pdf, octobre 2014 ; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the regions – Food prices in Europe, COM(2008) 821 final, 9.12.2008.

⁷⁷ En France, la distribution est particulièrement concentrée et dispose d'une puissance d'achat qui exerce une forte pression directe et indirecte sur les prix. En raison de la pression exercée sur les industriels par la distribution, les industriels exercent à leur tour une forte pression sur les prix et les conditions commerciales consenties aux agriculteurs.spécialement p. 14.

attentive des avis de l'Autorité de la concurrence permet de mesurer le poids des règles et de la « doctrine » de la concurrence sur la contractualisation⁷⁸.

C'est le droit de la concurrence qui détermine pour l'heure—dans l'attente de la décision de la Cour de justice dans l'affaire Endives- **le contenu des accords et pratiques des producteurs et de leurs associations (OP et coopératives)**. En effet, la contractualisation repose sur une architecture à double niveau renforcée par la loi Sapin 2: elle s'appuie sur les organisations collectives horizontales pour la négociation et la conclusion d'accords cadres, mais les ventes in fine sont conclues par chaque producteur conformément à la doctrine de la concurrence qui exige que chaque opérateur économique juridiquement indépendant détermine librement ses prix⁷⁹.

2.1. La contractualisation issue de la LMAP modifiée par la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt (« loi d'avenir »).

Il s'agit d'une contractualisation des relations commerciales entre les producteurs agricoles et leurs premiers acheteurs, contractualisation qui a servi de matrice pour le paquet lait en 2012 et la contractualisation dans la filière lait codifiée à l'article 149 du règ. 1308/2013. L'article L. 631-24 du code rural 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. A ce jour, seuls 3 secteurs sont entrés dans la contractualisation : le secteur de la viande ovine⁸⁰, du lait de vache et des fruits et légumes.

Si la contractualisation de 1ère mise en marché a été rendue obligatoire, le contrat doit nécessairement contenir des clauses relatives à la déterminabilité et/ou de détermination du prix, aux conditions commerciales et à la durée de la relation commerciale ⁸¹, c'est à dire relatives aux éléments qui concourent à la

⁷⁸ Cf. C. Del Cont, La contractualisation des relations commerciales agricoles, précité.

⁷⁹ En ce sens voir le rapport de l'ADLC précité sur agriculture et concurrence ; les avis rendus sur la filière dinde. Exigence rappelée par l'Avocat général Wahl dans ses conclusions du 6 avril 2017 dans l'affaire Endives.

⁸⁰ Voir l'avis de l'ADLC 11-A-03 du 15 février 2011.

⁸¹ L'article L. 631-25 énonce : « 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 ;

formation des prix. Le contrat doit aussi depuis la loi Hamon du 17 mars 2014 contenir une clause de renégociation prévue à l'article L441-8 du code de commerce.

L'Autorité de la concurrence dans les avis rendus sur les projets de décrets et d'arrêtés d'homologation a rappelé que les clauses de détermination et de révision des prix des contrats-types doivent se conformer au cadre dessiné par les règles de droit commun de la concurrence en matière de prix (hormis pour le lait qui bénéficie de conditions particulières déterminées par le règlement 1308/2013). Concernant le contrat type de l'accord Ovin, L'Autorité de la concurrence, dans son avis sur l'accord, a relevé le risque d'atteinte au droit de la concurrence de telles stipulations. Elle a en effet mis en garde les opérateurs sur le caractère anticoncurrentiel de prix minima garantis par l'interprofession⁸². Elle rappelle, suivant en cela les avis et décisions rendus en matière agricole, que « la diffusion d'indicateurs de référence ne doit pas s'assimiler à des recommandations de prix » et que « chaque opérateur économique doit être libre d'individualiser ses prix compte tenu de ses charges, de ses coûts divers à partir d'informations relatives au passé et en utilisant, le cas échéant des indicateurs de tendance, dès lors qu'ils ne présentent aucun caractère normatif émis par l'interprofession »⁸³. Dans le contrat dinde, elle a également relevé que la clause d'indexation prix d'achat par les transformateurs et de variation des prix des matières premières présente « un risque effectif pour l'exercice de la concurrence » et rappelle que « ce type de clause ne doit pas devenir le support de pratiques anticoncurrentielles en matière de prix »⁸⁴. Les informations utilisées pour l'indexation du prix de vente ne doivent pas provenir d'indices de référence diffusés par l'organisme interprofessionnel à ses membres⁸⁵.

Comme pour la filière ovine, ce sont les clauses relatives à la détermination du prix et donc à la sécurisation des revenus des producteurs qui semblent poser des problèmes au regard des règles de concurrence et singulièrement du droit des ententes. Ces difficultés introduisent un risque juridique source d'insécurité pour les opérateurs de nature à freiner l'essor de la contractualisation. Cela

-
- – ou de rédiger ces clauses en méconnaissance du I de l'article L. 631-24 ; (...)
».

⁸² Point 84.

⁸³ Points 85 et 87.

⁸⁴ Point 57.

⁸⁵ Enfin, l'Autorité rappelle que l'organisme doit pas avoir connaissance des prix pratiqués par les opérateurs car cela pourrait conduire à un alignement des prix de vente et voire déboucher sur des pratiques d'entente pour faire respecter un prix commun prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce, point 62 de l'avis précité.

explique sans doute, au moins pour partie à en croire les organisations et syndicats professionnels, le faible nombre de filières entrées dans le processus de contractualisation. En dépit de la contractualisation, le producteur doit donc fixer un prix individuellement avec son acheteur, ce qui n'est pas de nature à rééquilibrer son pouvoir de négociation. La contractualisation apporte davantage de transparence mais ne sécurise pas les revenus. L'article L632-24 a été complété par la loi Sapin 2 qui introduit de nouvelles obligations pour renforcer le rôle des OP et accroître la transparence de la formation des prix et des marges.

2.2. Les contrats cadres de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016, l'article L632-24 du code rural

Le nouvel article L632-24 du code rural introduit de nouvelles obligations en matière d'information sur les prix: certaines concernent « contractualisation » de 1^{ère} mise en marché, d'autres s'imposent dans les relations entre industriels et distributeurs.

2.2.1. Les 3 obligations nouvelles applicables au 1^{er} avril 2017 (négociation producteurs/1^{er} acheteur)

2.2.1.1. L'obligation de faire référence à des indices publics dans les contrats LMAP :

Ces contrats doivent désormais faire référence à 3 indices publics : les indices de coûts de production qui doivent refléter la diversité des systèmes et des conditions de productions ; des indices des prix des produits agricoles ou alimentaires ; des indices de prix de produits fabriqués par l'acheteur. Les contrats peuvent faire référence à des indices établis par l'observatoire des prix et des marges, l'Insee, ou par des organisations professionnelles. Il faut noter que le législateur exige que chaque opérateur reste libre du choix de son indice pour la conclusion du contrat de vente. Les membres d'une même fédération professionnelle ne devraient donc pas pouvoir s'accorder sur le choix d'un indice : un tel accord (sauf en matière de lait ?) serait qualifier d'entente illicite au regard de la jurisprudence interne (cf. les avis de l'ADLC cités supra) et européenne.

Il convient ici de souligner que le législateur a inclus la référence aux coûts de production pour lutter contre la vente de productions à des prix inférieur à ce coût. Il s'agit en quelque sorte de trouver une méthode de calcul de « prix plancher » qui ne soit pas un prix minimum ni un prix commun de cession compatible avec les exigences actuelles du droit commun interne et européen des ententes. Soulignons que dans ses conclusions, l'Avocat général

semblait admettre la licéité de la diffusion de coûts de production par les OP.

2.2.1.2. L'obligation de négociation préalable avec les OP :

L631-24 : « Lorsque la conclusion ou la proposition de contrats écrits a été rendue obligatoire soit par un décret mentionné au sixième alinéa du présent I, soit par un accord interprofessionnel mentionné au III 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.

La conclusion de la négociation est formalisée par un accord-cadre écrit, signé entre l'acheteur et l'organisation de producteurs ou l'association d'organisations de producteurs concernée. »

Ce texte a un **champ d'application assez limité** ; il ne concerne que les OP non commerciales, sans transfert de propriété, autorisées par le règlement 1308/2013 à l'article 149 à négocier des accords au nom et pour le compte de leurs membres (Art.D551-129 du Code rural). Ne sont donc visées que **les OP de la filière laitière**.

Les opérateurs qui achètent du lait directement à des producteurs membres d'une OP ont désormais une double obligation :

-l'obligation de conclure un accord cadre avec l'OP avant la signature de tout contrat individuel avec un de ses membre (auparavant, l'acheteur n'avait qu'une obligation de proposer un contrat ; ce contrat doit toujours contenir toutes les clauses obligatoires prévues dans la loi LMAP)

-l'obligation d'informer tous les mois l'OP sur les indices et les données utilisés pour déterminer le prix d'achat à chaque producteur, et les éléments figurant sur les factures individuelles en cas de mandat de facturation.

Cette obligation de conclure un contrat cadre devrait en théorie renforcer le rôle des OP et AOP de la filière laitière, le mécanisme est toutefois complexe et ne semble pas satisfaire les producteurs. Les contrats ayant été conclu le 1^{er} avril, il est encore trop tôt pour faire un premier bilan.

2.2.1.2. L'encadrement des mandats de facturation : ce mandat est désormais soumis à des conditions de validité⁸⁶.

2.2.2. Les obligations d'indiquer un prix prévisionnel dans les contrats commerciaux régis par les articles L441-6 et suivants du Code de commerce :

Afin de renforcer la transparence de la formation des prix et des marges tout au long de la chaîne alimentaire, le législateur a imposé aux vendeurs de produits agroalimentaires⁸⁷ d'indiquer un prix prévisionnel moyen dans les CGV⁸⁸ (conditions générales de vente qui constituent la grille tarifaire socle unique de la négociation commerciale avec l'aval⁸⁹). L'objectif est de tenter d'articuler les contrats de 1^{ère} mise en marché et les contrats de vente entre fournisseurs et distributeurs. C'est une première étape, ou un succédané, de conventions tripartites sur les prix au long de la filière en vue de garantir des prix couvrants au moins les coûts de production. Lors des crises de l'été 2015, le ministère de l'agriculture avait tenté de mettre en place des contrats tripartites (producteurs/industriels transformateurs/ distributeurs) pour la filière porcine. Cette tentative, qui a échoué en raison des intérêts divergents des opérateurs, comportait des risques concurrentiels d'entente verticale sur les prix comme l'a rappelé la Commission européenne.

On peut s'interroger sur l'efficacité d'une telle mesure quant au renforcement de la place des producteurs dans la chaîne de distribution. Quelle est la définition du « prix d'achat prévisionnel moyen » ? Quel

⁸⁶ « 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. »

⁸⁷ la détermination des produits concernés est encore à préciser.

⁸⁸ 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](#) du code rural et de la pêche maritime, soit d'un accord interprofessionnel étendu prévu au III du même article L. 631-24, indiquent le prix prévisionnel moyen proposé par le vendeur au producteur de ces produits agricoles. Cette obligation s'applique, le cas échéant, lorsque le vendeur est une société mentionnée à l'article [L. 521-1](#) du même code. Les critères et modalités de détermination du prix prévisionnel mentionné au présent alinéa peuvent faire référence à un ou plusieurs indices publics de coût de production en agriculture et à un ou plusieurs indices publics des prix de vente aux consommateurs des produits alimentaires. Ces indices sont fixés de bonne foi entre les parties et peuvent être spécifiques au contrat ou établis par accord interprofessionnel.

⁸⁹ Cf. article L441-6 du Code de commerce.

ajustement entre ce « prix d'achat prévisionnel moyen » et le prix effectivement payé aux producteurs ?

La contractualisation présentée comme le « renforcement du dispositif contractuel dans le secteur agricole » et l'instrument indispensable pour favoriser la stabilisation des prix et des marchés dans le respect des règles de concurrence⁹⁰, le vecteur d'une « politique agricole renouvelée »⁹¹ accompagnant le passage d'une agriculture administrée à une agriculture de marché compétitive, n'a pas à ce jour permis de contrebalancer l'asymétrie de pouvoir de marché entre amont et aval de la chaîne. Les nouvelles obligations instituées par la loi Sapin permettront-elles d'atteindre cet objectif ? On peut en douter. Les raisons de ce manque d'efficacité sont à rechercher, à notre sens, dans la soumission du dispositif contractuel au droit commun de la concurrence. Les mécanismes de détermination du prix soumis à la prohibition des clauses de price fixing (sauf en matière laitière) ne permettent pas de réaliser une véritable concentration de l'offre. Conjuguée à l'incertitude qui pèse sur la définition de l'exception agricole et des missions de stabilisation des marchés et de régularisation des prix qui pèsent sur les organisations de producteurs, peu de filières s'engagent dans la voie de la contractualisation. L'application du droit commun de la concurrence aux contrats de 1^{ère} mise en marché affaiblit la reconnaissance de la spécificité agricole opérée par le législateur. Le poids du droit de la concurrence pèse sur la substance des accords (modalité de détermination du prix).

4. Conclusion :

Le droit français des ententes en matières agricoles ne diffère nullement du droit de la concurrence européen en la matière. L'autorité de concurrence tout en affirmant la primauté des règles de concurrence fait en réalité prévaloir le droit de la concurrence sur la spécificité agricole (cf. l'affaire Endives) ; comme l'a rappelé l'autorité dans nombre d'avis et dans son rapport thématique, la spécificité agricole n'est pas prise en considération au stade de la qualification des pratiques mais de la sanction ; la spécificité sectorielle (non seulement factuelle mais aussi juridique et politique au sens du Taité art. 39 et 42TFUE) est ainsi neutralisée.

⁹⁰ Avis de l'Autorité de la concurrence n°10-A-28 du 13 décembre 2010 précité, p.1.

⁹¹ Expression utilisée par le Ministre de l'agriculture B. Lemaire lors d'une présentation de la loi en avril 2010 devant la Fédération nationale des producteurs de lait.

Le droit français a qui a servi de matrice aux contrats laitiers (art. 149 du TFUE) pourrait encore voir certaines de ses dispositions nationales influencer, inspirer , le droit européen s'agissant de la prévention des pratiques commerciales déloyales dans les relations commerciales agricoles : les obligations nouvelles de la loi Sapin 2 (Cf. supra) relatives à la transparence et à l'information sur les prix tout au long de la chaîne alimentaire, notamment la référence aux coûts de production, rejoignent les préoccupations de la Task Force énoncées dans son rapport ⁹².

Il faut cependant souligner que les mécanismes de contractualisation et de prévention et sanction des pratiques commerciales déloyales ne sont pas de nature à rééquilibrer le pouvoir dans la supply chain ; le contrat ne peut contrebalancer les déséquilibres structurels qui caractérise les rapports entre les producteurs et leurs acheteurs. Pour l'instant, la contractualisation ne peut constituer qu'un remède marginal, un outil de transparence et de connaissance des marchés ; la contractualisation ne permet pas aux producteurs de véritablement l'offre.

La prohibition de la pratique de prix communs et l'incertitude quant à la définition et au périmètre des missions de régularisation des prix et des marchés par les OP fait obstacle à l'émergence d'une concentration de l'offre efficace reposant sur des **OP jouant un rôle de régulateur, de colonne vertébrale, de la filière alimentaire. Pour renforcer la place des producteurs et atteindre l'objectif de revenus décents, il faut passer d'une concentration molle et invertébrée de l'offre à une concentration de l'offre reposant sur les missions légales des OP telles que définies à l'article 152 du règlement 1308/2013 ; il convient également d'abandonner le tabou des prix et de redimensionner l'article 209 du règlement 1308/2013.**

En effet, dans le cadre du règlement 1308/2013, l'exercice des missions légales paraît encore - sinon davantage - susceptible d'entrer en conflit avec le droit dérogatoire et les finalités du droit de la concurrence. D'une part, les missions des organisations professionnelles telles qu'énoncées à l'article 209 sont plus limitées, en tous les cas plus floues, qu'à l'article 152 et 156 ; d'autre part, le texte exclut toujours les accords qui comportent l'obligation de pratiquer un prix déterminé. Aux termes de l'article 209, l'article 101§1 ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des organisations reconnues au titre de l'article 152 ou 156 « dans la mesure où ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation des produits à moins que les objectifs de l'article 39 du traité ne soient mis en péril ». En revanche, l'article 152

⁹²https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/agri-markets-task-force/improving-markets-outcomes_en.pdf, précité, spécialement p.34.

c) points i, ii et iii énonce que les organisations poursuivent les objectifs suivants : assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande, notamment en termes de qualité et de quantité (souligné par nous) ; concentrer l'offre et mettre sur le marché la production, y compris via une commercialisation directe ; optimiser les coûts de production...et stabiliser les prix (souligné par nous) à la production. **Leurs missions définies particulièrement au point c) devraient leur permettre de devenir des forces structurantes des marchés de produits agricoles tant au niveau de la production que la commercialisation.**

Au regard du droit positif, on doit pourtant s'interroger : les missions définies dans cet article 152 sont compatibles avec les exigences posées par les règles de concurrence et l'interprétation faite jusqu'ici par la jurisprudence de l'exception agricole ? Le champ d'application de la dérogation définie dans l'article 209 à travers l'expression « dans la mesure où ces accords concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation des produits » englobe-t-elle la programmation de la production y compris en quantité, la stabilisation des prix à la production ? Quelles sont les modalités de concentration de l'offre qui peuvent être déployées alors que l'obligation de pratiquer un prix commun est toujours exclue ? L'épilogue de l'affaires endives devrait apporter une réponse : quelle que soit l'issue de l'affaires, elle doit conduire le législateur européen à donner plus de sécurité juridique aux producteurs et réformer la PAC afin de garantir une effectivité de la primauté des objectifs de la PAC et la l'exception agricole.

La préparation devrait se concentrer sur la clarification des missions des OP et l'abandon du tabou des prix. La future PAC devrait permettre d'en finir avec les prix bas. Elle pourrait a minima étendre les dispositions de l'article 149 (lait) : **prévoir des négociations tarifaires entre producteurs membres d'OP, même lorsqu'elles sont constituées sans transfert de propriété, condition nécessaire de la concentration de l'offre et d'un meilleur partage de la valeur entre amont et aval de la chaîne.**

Pour ce faire, il faut **clarifier et/ou supprimer la prohibition des clauses de price fixing** : à notre sens, celle-ci ne devrait s'appliquer qu'aux organisations de producteurs ayant une fonction normative, de gouvernance dans lesquelles les producteurs s'engagent à vendre leur production à un tiers à un prix déterminé et identique ; une telle coordination de comportements entre agriculteurs agissant sur le marché dans la relation avec le tiers acquéreur est constitutive d'une entente illicite entrant dans le champ d'application de l'article 209§1 ; c'est la

solution retenue par la droit suédois de la concurrence⁹³. En revanche, les organisations ayant pour objet de mettre sur le marché les produits et se comportant donc comme une entreprise unique devrait pouvoir pratiquer des prix communs qu'il y ait ou non transfert de propriété⁹⁴. Les structures associatives, qu'elles prennent ou non la forme de coopératives, qui procèdent directement à la vente de la production de leurs adhérents avec comme objectif d'obtenir le prix le meilleur et le plus rémunérateur ne devraient pas relever de la prohibition de l'article 209⁹⁵. La prohibition de clauses de prix depuis le règlement 26/62 était pleinement justifiée par la mise en œuvre de la PAC et les soutiens aux prix ; l'intervention sur les prix par les agriculteurs et leurs associations auraient mis en péril la réalisation de la politique agricole et notamment des objectifs de stabilisation des prix et des marchés. Ce n'est plus le cas aujourd'hui : le passage d'une politique agricole administrée à une politique agricole de marché « market oriented » rend cette justification caduque au moins pour les accords horizontaux des producteurs et de leurs associations. Le maintien de la prohibition ne tient compte ni des profondes évolutions de la PAC ni du déséquilibre structurel et croissant de la chaîne alimentaire au détriment des producteurs. **L'abandon de la**

⁹³ Le Swedish competition act de 2008 , dans l'article 4 du chapitre 2 relatif aux « Exemptions from the prohibition on anti-competitive cooperation between undertakings » prévoit que la dérogation ne s'applique pas aux accords de fixation directe ou indirecte de prix des produits lorsque la vente est réalisée directement entre les membres et le tiers acquéreur , « The paragraph does not apply to agreements that selling prices are directly or indirectly fixed for goods when the sale takes place directly between the member and a third party », <http://www.kkv.se/globalassets/english/competition/the-swedish-competition-act.pdf>.

⁹⁴ Voir l'évolution de l'opinion de l'ADLC sur la question du nécessaire transfert de propriété pour pratiquer des prix de cession commun dans l'avis 14- A-03 du 14 février 2014 relatif à une saisine de la fédération des producteurs de légumes, point 101, <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/14a03.pdf>.

⁹⁵ Dans ce cas de figure, l'association ne fait que mettre en œuvre l'un des buts énoncés à l'article 152§1 c)ii : « concentrer l'offre et mettre sur le marché la production de leurs membres y compris par commercialisation directe ».

⁹⁶ C'est également la position retenue par OCDE : “Commercialisation agreements may raise some concern about possible price-fixing activity. However, arrangements whereby farmers selling through a co-operative receive proportionally the same realised price for their products cannot be considered as cartel-like behaviour. If it were otherwise, it would probably be impossible for agricultural cooperative marketing arrangements to benefit from the exemption laid down in Article 2(1) of regulation 26 or to be found compatible with Article 81 EC”, in *Competition and Regulation in Agriculture: Monopsony Buying and Joint Selling*, 2004, p.189 <http://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>.

prohibition dans les relations horizontales pourrait au contraire contribuer à la réalisation des objectifs de la politique agricole : garantir un revenu décent à la population agricole en améliorant le pouvoir de négociation face aux acheteurs aval – industriels et distributeurs toujours plus concentrés- ; en permettant aux organisations de producteurs d'exercer pleinement et en toute sécurité juridique leurs missions légales de rationalisation et de concentration de l'offre, stabiliser les prix à la production telles qu'énoncées à l'article 152 du règlement . C'est d'ailleurs l'analyse faite par la Cour d'appel de Paris dans l'affaires endives : les pratiques relatives au prix (prix minimum, prix de retrait, prix cliquet) mis en œuvre par les organisations professionnelles relevaient de leurs missions légales et concouraient tout à la fois à la sécurisation des revenus et à la concentration de l'offre⁹⁷. Des motivations similaires ont conduit à l'introduction du régime spécifique des articles 169 à 171 : « le but de la dérogation est de renforcer le pouvoir de négociation des producteurs dans les secteurs concernés vis-à-vis des opérateurs en aval afin de garantir des conditions de vie équitables aux producteurs et un développement viable de la production »⁹⁸.

En situation de libre concurrence, les opérateurs économiques doivent déterminer librement et de manière indépendante leur comportement sur le marché, et dans cette perspective les accords sur les prix portent atteinte à cette autonomie de décision. Mais **en matière agricole les spécificités de la production et de la structure de la chaîne alimentaire contredisent l'autonomie des producteurs appréhendés individuellement** ; c'est le regroupement au sein d'associations et /ou de coopératives qui leur permet de ne plus être de simples price-takers et de recouvrer un peu de pouvoir de négociation et de décision dans les relations avec l'aval. Notons par ailleurs, que les clauses de price fixing dans un secteur caractérisé par l'inélasticité de l'offre n'a pas d'incidence négative sur le marché et le niveau de prix pour le consommateur final⁹⁹.

Depuis 1922, le droit antitrust nord américain autorise les accords d'agriculteurs et d'associations d'agriculteurs à pratiquer des accords

⁹⁷ Pour une analyse comparée des deux décisions, voir L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 mai 2014, « l'affaire endives » : quels enseignements pour l'avenir de la « relation spéciale » entre agriculture et concurrence ?, précité.

⁹⁸ Draft guidelines précitées, §26.

⁹⁹ S.P. King, Collective Bargaining in Business: Economic and Legal Implications in 36 University of New South Wales Law Journal 2013, p.107; American Bar Association, Federal Statutory Exemptions from Antitrust Law, 2007, p.103s

comportant des prix communs pour contrer la fragmentation des producteurs, l'asymétrie de pouvoir économique et la pression exercée par l'aval sur les producteurs. Le Capper Volstead¹⁰⁰, toujours en vigueur aujourd'hui, a institué une dérogation au Sherman Act en faveur de «l'associationnisme agricole» dans le but de contrebalancer l'asymétrie de pouvoir de négociation entre les producteurs et l'aval de la chaîne. Ces accords horizontaux dérogoires au droit antitrust bénéficient d'une présomption de licéité (des études ont montré que la fixation de prix par les agriculteurs permet de concentrer l'offre efficacement et peut contribuer en définitive à mieux répartir la marge de profit sans avoir d'effet négatif sur le consommateur final)¹⁰¹. La littérature économique a montré que la question de la fixation des prix se pose dans des termes spécifiques en matière agricole : "In the case of a classic cartel, the adverse market effects are a lower output quantity, which further increases a dead-weight loss due to the seller market power, and additional price increase imposed on consumers. In contrast, agricultural output control allows agricultural producers to eliminate unnecessary commodity losses due to agricultural over-supply and also to decrease (and ideally eliminate) the costs of producing the volume that cannot be absorbed by the market at the acceptable price level. Consequently, this helps agricultural producers attain a fair level of price, which is the level of price that covers their production costs. The overall societal benefit is maintaining a viable agricultural production"¹⁰².

Une véritable reconnaissance de la spécificité agricole dans les relations commerciales agricoles implique un changement de paradigme dans l'application des règles de concurrence à l'agriculture : faire primer les objectifs de la PAC sur la politique de concurrence et (re)donner aux organisations de producteurs les moyens d'exercer une concentration efficace de l'offre. C'est sur cette question fondamentale que devra se concentrer la réflexion sur la prochaine réforme de la PAC 2020. C'est la condition de la pérennité d'une agriculture européenne constituée d'une

¹⁰⁰ P. Carstensen, *Agricultural Cooperatives and the Law: Obsolete Statutes in a Dynamic Economy*, in 58 *South Dakota Law Review* 2013, p. 465; Jesse, Johnson, Marion, and Manchester, *Interpreting and Enforcing Section " of the Capper-Volstead Act*, in *American Journal of Agricultural Economy*, 1982, p. 431 et s ; Frederick, *Antitrust Status of Farmer Cooperatives : the story of Capper Volstead Act*, USDA Cooperative information report, n°59

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Y. Bolotova, *Agricultural Production Restrictions and Market Power: An Antitrust Analysis*, Selected Paper prepared for presentation at the Southern Agricultural Economics Association's 2015 Annual Meeting, Atlanta, Georgia, 2015, 9-10

pluralité et d'une diversité d'agriculteurs et d'agricultures, capables de répondre aux défis de la sécurité alimentaire et du changement climatiques ainsi qu'aux attentes sociales du citoyen consommateur européen soucieux d'une juste rémunération des producteurs.

Résumé :

L'agriculture n'est pas un espace sans concurrence ; agriculture et concurrence entretiennent depuis le Traité de Rome et la mise en oeuvre de la Pac une relation spéciale¹⁰³ et mouvementée.

S'il existe bien dans le Traité l'affirmation d'une exception agricole quant à l'application des règles de concurrence. La concurrence dans la PAC et dans la politique de concurrence obéit à des paradigmes différents et divergents :

- dans le cadre de la Pac, la concurrence est un moyen d'atteindre les objectifs de la PAC de l'article 39 du TFUE. Ainsi, la PAC et la poursuite des objectifs de la PAC peut justifier que l'on mette à l'écart l'application des règles de concurrence : c'est ce qu'exprime l'article 42 du Traité qui énonce le principe d'application exceptionnelle des règles de concurrence.

Dans le cadre de la PAC, l'efficacité économique (ou efficience) est définie par les objectifs de l'article 39 ; c'est pour cette même raison que le droit de la concurrence peut trouver à s'appliquer : le droit de la concurrence peut être un moyen d'atteindre les objectifs de la PAC. Dans le cadre du droit commun de la concurrence, l'efficience est définie à travers les conditions énoncées à l'article 101§3 du TFUE; la concurrence doit permettre d'atteindre l'efficience économique et le bien être du consommateur ; la mise à l'écart de la concurrence ne peut se faire que dans les conditions prévues à l'article 101§ 3 du TFUE pour atteindre des objectifs de progrès économique.

L'interprétation et l'application pour le moins restrictive qui a été faite jusqu'ici de l'exception en matière de concurrence tendent à en réduire le champ d'application et ainsi à gommer progressivement la spécificité agricole. Le récent règlement « OCM unique » 1308/2013 n'a nullement modifié l'articulation entre les règles de concurrence et agriculture, et plus précisément entre l'article 101 du TFUE et les pratiques et accords mis en œuvre par les OP et AOP pour la production et la commercialisation de leurs produits. Cette question est du rapport de force entre agriculture et concurrence, politique agricole et politique de concurrence, est déterminante en matière contractuelle. En effet, le périmètre de l'exception agricole conditionne non seulement l'intensité de la concentration de l'offre exercée à travers les organisations professionnelles et le rééquilibrage de la chaîne alimentaire, mais aussi la validité des contrats conclus avec l'aval, industriels transformateurs et/ou distributeurs. Le droit de la concurrence, essentiellement les règles relatives aux ententes, conditionne les comportements contractuels des acteurs de la food chain : en premier lieu, les pratiques et accords et horizontaux des producteurs

¹⁰³ Expression empruntée au prof. Jannarelli, *La concorrenza e l'agricoltura nell'attuale esperienza europea : una relazione "speciale"*, in *Profili giuridici del sistema agro-alimentare tra ascesa e crisi della globalizzazione*, ed.Cacucci, Bari , 2011, p.13 à 89.

et de leurs organisations ; en second lieu, les contrats verticaux de cession des produits le long de la food chain.

L'étude du droit positif français confirme tout à la fois la place centrale qu'occupe le droit de la concurrence dans l'activité agricole et la nécessité pour tous les acteurs de la filière de disposer d'une définition claire du périmètre et du contenu de l'exception agricole en matière de concurrence.

La désormais célèbre affaire Endives¹⁰⁴, pendante devant la Cour de justice de l'Union, a clairement mis en lumière la nécessité de clarifier les contours de l'exception agricole et l'articulation entre PAC et concurrence afin de garantir la sécurité juridique des producteurs et de leurs organisations ; clarification d'autant plus nécessaire que l'Autorité de concurrence fait une interprétation restrictive – en conformité avec la pratique décisionnelle de la Commission – de l'exception agricole, et contraire à l'analyse de la cour d'appel de Paris. **La détermination du champ d'application de l'exception agricole conditionne la validité des accords et pratiques mises en œuvre la mise par les organisations de producteurs dans le cadre de leurs missions de régularisation des prix et de concentration de l'offre par le passé, (sous l'empire des règlements qui couvraient la période visée) mais aussi pour l'avenir. La détermination du périmètre de l'exception agricole conditionnera aussi la mise en œuvre des missions des OP et la validité de s contrats pour les années à venir et l'élaboration de la future PAC 2020.**

De l'étendue de l'exception agricole en matière de concurrence dépend également l'efficacité actuelle et future de la contractualisation, instrument développé par le législateur français depuis 2010 et renforcée en 2017 pour répondre aux crises aiguës et récurrentes que connaissent de nombreuses filières agricoles en France : filière lait, fruits et légumes, élevage bovin notamment. La contractualisation des relations commerciales est assise avant tout sur le **formalisme et le renforcement de la transparence contractuelle en matière de détermination des prix de cession** des productions agricoles. L'objectif poursuivi étant de renforcer le pouvoir de négociation des producteurs qui dans la food chain sont des **price takers et de leur permettre d'obtenir des prix rémunérateurs, des revenus décents, ce qui est un des objectifs de la PAC** (« Assurer ainsi un niveau de vie équitable aux populations agricoles par un relèvement du revenu des agriculteurs »). La contractualisation, préconisée par l'Autorité française de concurrence dans ses avis sur la crise des filières lait et fruits et légumes, comme un remède à l'atomicité des producteurs, **un mode de concentration de l'offre compatible avec les règles de droit commun de la**

¹⁰⁴ Décision de l'Autorité de la concurrence (ADLC) 12-D- 08 du 6 mars 2012, Secteur de la production et de la commercialisation des endives réformé par l'arrêt du 15 mai 2014, Cour d'appel de Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca_12d08.pdf.

concurrence et principalement avec le droit des ententes¹⁰⁵. Cette position de l'Autorité de la concurrence repose sur la primauté fonctionnelle du droit commun de la concurrence en matière agricole.

A ce jour, les crises des filières n'ont nullement régressé. Bien au contraire. Le revenu des producteurs français n'a cessé de baisser et l'objectif de revenus décent pour les producteurs paraît de plus en plus difficile à atteindre en dépit de la volonté affichée du législateur national de garantir un meilleur partage de la valeur et un renforcement de la place des producteurs dans la chaîne de commercialisation. La moitié des producteurs vit avec un revenu inférieur à 350 euros par mois et le suicide est la 1^{ère} cause de mortalité des agriculteurs. Les règles de concurrence et leur application pour les autorités nationales constituent un obstacle majeur voire insurmontable à la « fin du dogme des prix bas »¹⁰⁶.

Le présent rapport étudiera donc le rapport droit de la concurrence/agriculture à la lumière du droit positif, la législation de la concurrence et la pratique décisionnelle de l'autorité de la concurrence. Après avoir présenté la législation de la concurrence et l'autorité nationale de la concurrence, nous nous attacherons à analyser la relation entre exception agricole et droit de la concurrence à travers « l'affaire Endives ». Puis nous envisagerons la contractualisation des relations commerciales agricoles (L632-24 du Code rural) et les instruments nationaux de contrôle des pratiques commerciales déloyales. Ensuite nous tenterons de mettre en évidence qu'en dépit de l'affirmation constante de l'exception agricole, cette affirmation est contredite par la pratique décisionnelle de l'autorité de concurrence. Comme au niveau européen, le droit positif assure la primauté du droit de la concurrence sur la PAC et notamment fait obstacle à une véritable concentration de l'offre par les producteurs et leurs associations. Dans un dernier point nous envisagerons les voies possibles d'une articulation entre concurrence et agriculture permettant d'atteindre l'objectif de revenus décents pour les agriculteurs défini à l'article 39 du TFUE ni de redonner du bargaining power aux producteurs qui sont des price takers de la chaîne alimentaire.

A l'heure où se discute la nouvelle PAC 2020, il importe de mettre en évidence que l'actuelle application et interprétation des règles de concurrence au niveau national et européen ne permet pas d'atteindre l'objectif de revenus décents pour les agriculteurs défini à l'article 39 du TFUE ni de redonner du bargaining power aux producteurs qui sont des price takers de la chaîne alimentaire. Le tabou des prix communs de cession et l'absence de sécurité juridique quant à la définition des missions des OP au regard du droit des ententes fait obstacle à

¹⁰⁵ Avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/08a07.pdf>, et Avis n° 09-A-48 du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier.

¹⁰⁶ « Il faut en finir avec le dogme des prix bas », Discours d'ouverture des états généraux de l'alimentation et de l'agriculture le 20 juillet 2017.

l'émergence d'une concentration de l'offre contrebalançant le pouvoir des industriels et de la grande distribution. **Les producteurs et leurs organisations ne peuvent être de véritables acteurs de la régulation du marché (au sens de l'article 152 du règlement 1308/2013) alors même qu'ils devraient être la colonne vertébrale de la food chain.**