

CNIV

**ANALYSE SUCCINCTE DE L'AVIS DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE
N°18-A-04 DU 3 MAI 2018 RELATIF AU SECTEUR AGRICOLE**

La présente note a pour objet d'analyser succinctement l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 18-A-04 du 3 mai 2018 relatif au secteur agricole (ci-après, l'« **Avis** ») et plus précisément les développements de ce dernier relatifs au champ des actions dévolues aux organisations interprofessionnelles et le droit de la concurrence (points 145 à 261 de l'Avis).

Au préalable, il convient de rappeler brièvement le contexte dans lequel l'Avis est rendu. L'Autorité de la concurrence (ci-après, l'« **Autorité** ») a été saisie pour avis par le ministre de l'économie et des finances (via la DGCCRF), le 1^{er} février 2018, concernant les « *possibilités offertes aux acteurs du secteur agricole pour structurer les filières et adapter le plus efficacement possible l'offre à la demande* ». Le ministre a posé 18 questions, dont 10 portant sur le « *[c]hamp des actions dévoues aux Organisations Interprofessionnelles et droit de la concurrence* »¹. Cet Avis a été sollicité par le ministre dans l'optique de rédaction par la DGCCRF des « *lignes directrices pédagogiques visant à sécuriser les actions des filières concernées sous l'angle du droit de la concurrence* ».

Mais plus fondamentalement, la demande d'avis du ministre s'inscrit dans le contexte du projet de loi « *pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable* » dont certaines dispositions soulèvent, nous semble-t-il, des risques sérieux d'infractions aux règles de concurrence prohibant les ententes anticoncurrentielles. Comme nous l'avons déjà précisé dans nos échanges antérieurs, eu égard à la primauté du droit européen, tant que les dispositions pertinentes du règlement n° 1308/2013 relatif à l'organisation commune des marchés agricoles modifié² (ci-après le « **règlement OCM** ») ne sont pas modifiées pour prévoir des dérogations expresses aux règles de concurrence au profit des pratiques énoncées dans certaines des dispositions du projet de loi, les comportements que les OP, AOP et organisations interprofessionnelles seraient amenées à mettre en œuvre sur le fondement de ces dispositions du projet de loi seraient susceptibles d'être qualifiés de pratiques de fixation collective de prix. De telles

¹ Ces questions figurent en annexe à l'Avis. Les questions concernant les organisations interprofessionnelles figurent en Annexe n° 2 (questions n° 8 à 17).

² Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil, modifié en dernier lieu par le règlement (UE) n° 2017/2393 du Parlement et du Conseil du 13 décembre 2017, dit « règlement Omnibus » (ci-après le « **règlement Omnibus** »).

pratiques ont déjà été condamnées à de multiples reprises par les autorités de concurrence. Il convient de noter que les dispositions en question n'imposent pas lesdits comportement mais laissent aux OP, AOP et organisations interprofessionnelles une marge de manœuvre. Celles-ci seraient donc particulièrement exposées à un risque d'infraction et devraient observer la plus grande vigilance pour prévenir toute infraction non intentionnelle.

Comme attendu, l'Avis se contente de rappeler les règles du droit positif. Ce qui n'est que de pure logique puisque l'Autorité ne peut bien évidemment pas instituer des limitations ou dérogations aux règles de concurrence, notamment européennes³. L'Avis a néanmoins le mérite de donner une grille d'analyse aux acteurs concernés leur permettant de prendre conscience des risques que certains comportements pourraient soulever en l'état du droit positif au regard des règles de concurrence.

Nous analysons brièvement ci-dessous les développements de l'Avis qui sont susceptibles de présenter un intérêt pour le CNIV.

1. Confirmation de l'impossibilité pour les organisations interprofessionnelles d'adopter des mesures d'encadrement des promotions

Après avoir rappelé que le règlement OCM ne permet pas aux organisations interprofessionnelles reconnues de mettre en place des mesures de régulation des volumes (c'est-à-dire la programmation de la production et son adaptation à la demande en termes de quantités), sauf dans deux catégories de situations dérogatoires expressément prévues, dont celle concernant le secteur vitivinicole⁴, l'Autorité considère qu'il ressort de la lecture combinée des articles 157 et 210⁵ du règlement OCM que ce dernier « *ne permet pas non plus aux OI⁶ reconnues de prévoir des mesures d'encadrement des promotions* »⁷. Selon l'Autorité, « *de telles mesures seraient de nature à octroyer aux OI un rôle d'acteur économique négociant des volumes et des prix avec l'aval de la filière, ce qu'elles n'ont pas vocation à être, compte tenu des objectifs des OI mentionnés à l'article 157 du règlement OCM* »⁸. L'Autorité ajoute que « *l'encadrement des promotions par les OI, a fortiori dans le cadre d'accords dont elles demanderaient l'extension (qui deviendraient donc obligatoires)*

³ On relèvera que, comme anticipé, des représentants de la Commission européenne ont été auditionnés par l'Autorité.

⁴ Voir points 161 à 164 de l'Avis. On notera que l'Autorité invite à recourir à ce type de mécanisme voire à l'étendre à d'autres produits bénéficiant d'une IGP ou d'une AOP (voir le point 301 de l'Avis).

⁵ « *interdisant la fixation de prix ou de quotas par les OI reconnues, ainsi que toute distorsion de concurrence qui ne serait pas indispensable pour atteindre les objectifs de la PAC poursuivis par l'activité de l'OI* ».

⁶ OI est le sigle utilisé dans l'Avis pour les organisations interprofessionnelles.

⁷ Points 166 et 169 de l'Avis.

⁸ Point 166 de l'Avis.

conduirait les OI à assurer, dans une certaine mesure, la gestion de l'offre, et à encadrer les prix de vente des produits agricoles ».

Cette position de l'Autorité :

- rend inenvisageable la proposition souhaitée par certains à ce que la réforme d'encadrement des promotions devant intervenir prochainement par voie d'ordonnance habilite les organisations interprofessionnelles à définir les modalités précises des mesures d'encadrement pour chaque filière. Cela étant dit, cela suscite également des interrogations quant à la marge de manœuvre du gouvernement en la matière, les Etats membres étant eux-mêmes soumis aux règles issues du règlement OCM⁹ et des règles de concurrence¹⁰ ;
- s'oppose à ce que les organisations interprofessionnelles puissent assurer la gestion de l'offre, même « dans une certaine mesure » en dehors des exceptions prévues dans le règlement OCM¹¹ ;
- réitère l'impossibilité pour les organisations interprofessionnelles de prendre des mesures conduisant à encadrer les prix de vente des produits agricoles.

2. Confirmation de la possibilité encadrée pour les organisations interprofessionnelles de publier des données statistiques agrégées et des indicateurs

Sur ce point, l'Avis ne fait que reprendre les pratiques décisionnelle et consultative de l'Autorité concernant les conditions de validité des diffusions d'informations en matière de coûts, de prix ou de volumes sous forme de mercuriales ou d'indices¹², qui sont en substance les suivantes :

- les informations collectées par les organisations interprofessionnelles doivent être anonymes, correspondre à des données constatées a posteriori et représenter un échantillon suffisamment important du nombre des entreprises concernées.

⁹ Aux termes de la jurisprudence européenne, lorsqu'un produit visé par l'annexe I au TFUE relève d'un règlement établissant une organisation commune de marché, ce dernier a vocation à mettre en œuvre de façon exhaustive les objectifs de l'article 39 du TFUE, de sorte que la validité des accords ou des pratiques en cause dépend, en principe, de leur compatibilité avec les mesures prévues par ce règlement.

¹⁰ Il est de jurisprudence européenne constante que, si les règles de concurrence concernent le comportement des entreprises et non pas des mesures législatives ou réglementaires des Etats membres, ceux-ci sont néanmoins tenus, en vertu du principe de coopération loyale, de ne pas porter préjudice par leur législation nationale à l'application pleine et uniforme du droit de l'Union européenne et de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises.

¹¹ Dont notamment l'article 167 du règlement OCM concernant le secteur vitivinicole.

¹² Voir les points 193 à 206 de l'Avis.

A cet égard, l'Autorité invite à ce référer au dispositif d'indicateurs de prix du CNIPT qui a été « validé » par la Commission européenne conformément au mécanisme de l'article 210 du règlement OCM. L'Autorité relève les garanties mises en place concernant la collecte des données sur la base de déclarations volontaires des vendeurs et des acheteurs dans les termes suivants :

« [L]es données avaient vocation à être collectées d'une façon hermétiquement séparée, sans permettre aux différentes sociétés participantes de connaître les déclarations des autres. Les données des producteurs seraient collectées par l'organisation les représentant au sein du CNIPT via une interface de leur site sécurisée et dédiée aux producteurs, cette même précaution étant retenue pour les acheteurs. Les données transiteraient ensuite de manière sécurisée et automatisée vers un serveur unique spécifiquement dédié où elles seraient traitées informatiquement en vue de l'élaboration des indicateurs. Les indicateurs de prix seraient donc générés de manière anonyme, en respectant un protocole sécurisé et une charte de confidentialité. Le système d'élaboration des indicateurs et les indicateurs eux-mêmes ne permettraient pas d'identifier des données stratégiques »¹³ ;

- les informations diffusées doivent présenter un caractère « constaté », être non individualisées, revêtir un caractère indicatif non obligatoire et être accessibles aux entreprises concernées de manière non discriminatoire.

Sur ce point, l'Autorité souligne que la Commission a « validé » les indicateurs du CNIPT de prix moyen au stade de la mise en marché des transactions passées, qui avaient vocation à être réalisés sur la base des transactions effectuées la semaine précédente¹⁴.

Elle insiste également sur le fait que les indicateurs et indices diffusés par les organisations interprofessionnelles ne doivent présenter aucun caractère normatif :

« L'élaboration et la diffusion d'indicateurs ou d'indices ne sont compatibles avec le droit de la concurrence national et européen, que si elles ne conduisent pas à une application pure et simple de recommandations émises par l'interprofession. Chaque opérateur économique doit ainsi être libre d'individualiser des 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 »¹⁵.

¹³ Point 197 de l'Avis.

¹⁴ Point 200 de l'Avis.

¹⁵ Point 204 de l'Avis.

3. Possibilité pour les organisations interprofessionnelles reconnues d'établir des clauses types de répartition de la valeur portant notamment sur les gains et les pertes enregistrées sur le marché¹⁶

Après avoir rappelé que l'instauration de ces clauses types ne concerne que la relation commerciale entre agriculteurs (ou associations d'agriculteurs) et leurs premiers acheteurs, qu'elle s'inscrit dans la logique de stabilisation du revenu des producteurs et qu'elle peut produire des incitations économiques négatives¹⁷, l'Autorité formule quelques observations générales sur ces clauses ainsi que les « *nécessaires limites qu'elles doivent respecter afin de ne pas générer de risque au regard des règles de concurrence* »¹⁸.

Là encore l'Autorité ne fait que reprendre les principes issus de ses pratiques décisionnelle et consultative relative aux pratiques de fixation de prix dans le cadre d'organisation professionnelles ou interprofessionnelles¹⁹ :

- la clause type de doit pas présenter un caractère normatif ;
- la diffusion de cette clause par les organisations interprofessionnelles ne doit pas s'apparenter à une recommandation de prix ;
- la formulation de la clause ne doit pas aboutir *in fine* à une fixation collective des prix ;
- l'utilisation de cette clause par les acteurs de la filière ne doit pas aboutir à une uniformisation des prix.

¹⁶ On observera que l'Association nationale des industries alimentaires (ANIA) a déclaré à l'Autorité qu'elle « *ne souhaitait pas la mise en place de clauses de répartition de la valeur au niveau des OI, comme prévu dans le règlement Omnibus, ce qui n'est pas du tout adéquat par rapport à la diversité des entreprises* » (point 211 de l'Avis).

¹⁷ Point 226 de l'Avis : « *D'un point de vue économique, de tels mécanismes d'indexation doivent cependant être utilisés avec précaution. En effet, des mécanismes qui neutraliseraient une part trop importante de l'impact des variations des coûts de production sur les revenus des producteurs pourraient induire des risques, tels que la création d'un aléa supplémentaire pesant sur les acheteurs des produits agricoles, une éventuelle incitation des acheteurs à limiter leurs acquisitions auprès des producteurs français de nature à entraîner une baisse de la compétitivité des producteurs français par rapport aux producteurs européens, et une diminution de l'incitation des producteurs à optimiser leur processus de production. À contrario, un partage de la valeur prenant en compte les possibilités de valorisation par le premier acheteur peut conduire à limiter l'incitation des premiers acheteurs à valoriser au mieux leur production, puisqu'une augmentation du prix négocié avec son client ne leur bénéficierait que partiellement* ».

¹⁸ Point 220 de l'Avis.

¹⁹ Point 228 de l'Avis.

L'Autorité considère que les clauses types de répartition de la valeur ne pourraient pas faire l'objet d'une extension, car elles ne figurent pas parmi les actions des organisations interprofessionnelles énumérées à l'article 164§4 du règlement OCM²⁰.

4. Réserves de l'Autorité quant à la mise en place de fonds sectoriels

L'Autorité considère que la création de fonds sectoriels, financés par une cotisation spécifique, dont l'objet serait d'apporter un soutien à l'exportation et au revenu des producteurs, peut induire des risques d'atteinte à la libre concurrence en cas d'entrave aux importations et de cloisonnement des marchés nationaux ou d'échanges d'informations stratégiques entre concurrents susceptibles de favoriser la collusion. L'Autorité estime en outre que, d'un point de vue économique, « *de tels fonds sont susceptibles d'avoir un effet inflationniste sur les prix à l'aval par une répercussion du surprix par les redevables* ». Bien entendu, elle rappelle que la mise en place de tels fonds doit faire l'objet d'une analyse *in concreto* (curieusement, uniquement « *au regard d'informations détaillées sur l'organisation, le fonctionnement et le financement du fonds* » et non au vu également du fonctionnement des marchés concernés et le jeu de la concurrence)²¹ et ne font donc pas l'objet d'une interdiction *per se*.

* * *
*

²⁰ Point 231 de l'Avis.

²¹ Point 234 de l'Avis.