

N° 214

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2013-2014

Enregistré à la Présidence du Sénat le 10 décembre 2013

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

au nom de la commission des affaires européennes (1) sur la politique agricole commune et le droit de la concurrence,

Par M. Jean BIZET,

Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : M. Simon Sutour, *président* ; MM. Alain Bertrand, Michel Billout, Jean Bizet, Mme Bernadette Bourzai, M. Jean-Paul Emorine, Mme Fabienne Keller, M. Philippe Leroy, Mme Catherine Morin-Desailly, MM. Georges Patient, Roland Ries, *vice-présidents* ; MM. Christophe Béchu, André Gattolin, Richard Yung, *secrétaires* ; MM. Nicolas Alfonsi, Dominique Bailly, Pierre Bernard-Reymond, Éric Bocquet, Mme Françoise Boog, Yannick Botrel, Gérard César, Mme Karine Claireaux, MM. Robert del Picchia, Michel Delebarre, Yann Gaillard, Mme Joëlle Garriaud-Maylam, MM. Joël Guerriau, Jean-François Humbert, Mme Sophie Joissains, MM. Jean-René Lecerf, Jean-Jacques Lozach, Mme Colette Mélot, MM. Aymeri de Montesquiou, Bernard Piras, Alain Richard, Mme Catherine Tasca

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LISTE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS	5
A. CONCERNANT LE RÉGIME DES ENTENTES ET L'EXCEPTION AGRICOLE	5
B. CONCERNANT LES RÉGIMES DES CONCENTRATIONS ET D'ABUS DE POSITION DOMINANTE	5
AVANT-PROPOS	7
I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE - PAC/CONCURRENCE - AVANTAGE CONCURRENCE	9
A. LE CADRE JURIDIQUE : AVANTAGE CONCURRENCE.....	9
1. <i>PAC et concurrence – les textes</i>	9
2. <i>L'application des textes : avantage concurrence</i>	13
a) Les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence	13
b) La confirmation de la prévalence du droit de la concurrence par la Cour de justice.....	15
B. LE CADRE POLITIQUE : AVANTAGE CONCURRENCE	17
1. <i>L'érosion des « particularités agricoles »</i>	17
a) Les fondements de l'exception agricole	17
b) La critique de l'exception agricole.....	18
c) Le maintien d'une spécificité agricole	19
d) L'influence française dans la détermination des dérogations	20
2. <i>L'antagonisme relatif entre les deux politiques</i>	21
C. LE CONTEXTE ÉCONOMIQUE ET POLITIQUE : LE CREDO CONCURRENTIEL	22
1. <i>Le recul de l'intervention publique</i>	22
a) La concurrence, fil conducteur des réformes de la PAC	22
b) Le désengagement budgétaire.....	23
2. <i>L'évolution depuis la crise économique financière</i>	24
a) L'effet de la crise sur la politique de concurrence	24
b) Le primat concurrentiel en Europe.....	26
II. LES ACCORDS ANTICONCURRENTIELS ET LE CAS PARTICULIER DES ORGANISATIONS DE PRODUCTEURS	29
A. LE RÉGIME JURIDIQUE DES ACCORDS ANTICONCURRENTIELS.....	29
1. <i>Les critères de l'entente entre entreprises</i>	29
a) Les ententes.....	30
b) La prohibition des ententes altérant le jeu de la concurrence	31
2. <i>Les spécificités présentes dans le secteur agricole</i>	32
a) Les règles de droit	32
b) Des dérogations de portée limitée.....	33
3. <i>Le strict contrôle des accords sur les prix</i>	34
a) L'analyse des accords dérogatoires au droit de la concurrence	34
b) La sanction des accords litigieux.....	35

B. LES COMPÉTENCES NOUVELLES DES ORGANISATIONS DE PRODUCTEURS	40
1 <i>le rôle des organisations de producteurs jusqu'en 2012</i>	40
a) Les organisations de producteurs.....	40
b) Les OP fruits et légumes	41
2. <i>Les innovations du « Paquet lait »</i>	43
a) L'organisation institutionnelle du secteur laitier	43
b) L'application encore décevante des possibilités ouvertes par le « Paquet lait »	45
3) <i>les dispositions de la nouvelle OCM unique</i>	47
a) Les nouvelles dispositions de l'OCM unique	47
b) Des réactions prudentes.....	48
III. LA POSITION DOMINANTE ABUSIVE ET LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS	51
A. LE RÉGIME JURIDIQUE	51
1. <i>Les critères de la position dominante abusive</i>	51
2. <i>La problématique du marché pertinent</i>	52
a) La méthode de délimitation du marché pertinent.....	52
b) Le marché pertinent - Marché national ou marché européen ?	54
3. <i>Le contrôle des concentrations</i>	56
a) Le régime juridique	56
b) La procédure.....	57
B. INTERROGATIONS ET AMÉLIORATIONS ENVISAGEABLES.....	59
1. <i>Le débat sur l'application différenciée du droit de la concurrence dans les États membres</i>	59
a) Présentation générale	59
b) La sanction des ententes et le montant des amendes	61
c) Le contrôle des concentrations et des dépendances économiques	62
2. <i>Propositions</i>	63
a) Les mesures liées à l'environnement du cadre concurrentiel	63
b) L'action de l'État.....	64
c) Les actions concernant l'application du droit de la concurrence.....	67
CONCLUSION GÉNÉRALE	69
EXAMEN EN COMMISSION	71
LISTE DES ANNEXES	75
ANNEXE 1 - LE PRIMAT CONCURRENTIEL DANS LES RÈGLEMENTS PAC	77
ANNEXE 2 -LES RÈGLES DE CONCURRENCE DANS LE RÈGLEMENT OCM UNIQUE ACTUEL	81
ANNEXE 3 - LES RÈGLES DE CONCURRENCE DANS LE NOUVEAU RÈGLEMENT OCM UNIQUE (EN COURS D'ADOPTION)	87

LISTE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS

A. CONCERNANT LE RÉGIME DES ENTENTES ET L'EXCEPTION AGRICOLE

1. Encourager la constitution des organisations de producteurs et des associations d'organisations de producteurs dans les secteurs couverts par l'exception agricole.

2. Utiliser davantage les possibilités ouvertes aux organisations de producteurs et associations d'organisations de producteurs, par le règlement OCM unique, de négocier collectivement les volumes et les prix.

3. Faire évoluer les missions des organisations de producteurs vers la création de valeur ajoutée.

B. CONCERNANT LES RÉGIMES DES CONCENTRATIONS ET D'ABUS DE POSITION DOMINANTE

➤ Concernant l'environnement juridique

4. Recenser et éliminer les « surréglementations », les dispositions législatives ou réglementaires nationales plus rigoureuses que les dispositions européennes.

5. Créer un environnement politique et administratif favorable aux entreprises. L'État doit être aux côtés des entreprises dans le jeu concurrentiel européen et mondial.

➤ Concernant l'implication de l'État dans l'application des règles de concurrence :

6. Avoir une approche mesurée de la faculté de saisine de l'Autorité de la concurrence.

7. Mener une étude comparée des pratiques « d'évocation » pour intérêt général dans le cadre de l'examen des concentrations par les Autorités nationales de concurrence en Europe.

8. Dans l'analyse des concentrations soumises à l'Autorité de la concurrence, ne pas écarter la faculté d' « évocation » des affaires pour des motifs d'intérêt général.

➤ Concernant l'application du droit de la concurrence :

9. Inciter l'Autorité de la concurrence à consulter le ministère chargé de l'agriculture dans les concentrations et les contentieux agricoles.

10. Promouvoir une approche harmonieuse de la notion de « marché pertinent » au sein du Réseau européen de la concurrence.

AVANT-PROPOS

La politique agricole commune (PAC) et la politique de concurrence sont les deux premières politiques européennes. La PAC constitue le socle historique de la Communauté économique européenne et reste le premier poste budgétaire de l'Union européenne. La politique de concurrence est la politique phare de l'Union et la première compétence exclusive de la Commission. Mais ces deux politiques ont toujours été dans une complémentarité difficile. Certains observateurs parlent même de « cohabitation orageuse », voire de « guerre larvée »¹.

Ces tensions découlent de l'interprétation et de l'emboîtement de différentes dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), notamment celles de l'article 39, définissant les objectifs de la PAC, et celles de l'article 42, souvent présenté comme organisant une sorte d'« exception agricole » au droit de la concurrence. Les observateurs parlent aussi de « régime sur mesure », de « régime dérogatoire », d'« exemption »....

Jusqu'à présent, l'enjeu de chacune des réformes de la PAC² a été de la sortir du cadre de l'économie administrée, de l'ouvrir à la culture de concurrence. Cette évolution n'a pas été linéaire. Elle n'a été ni brutale (les abandons des régimes de prix et des encadrements des productions, droits et quotas, ont toujours été progressifs), ni même constante. La réforme du secteur laitier en 2012, dit « paquet lait », donne aux organisations de producteurs le pouvoir de négocier les prix pour le compte de ses adhérents, ce qui a pu apparaître comme une consécration institutionnelle des ententes, alors qu'elles étaient sévèrement punies par ailleurs (la même année, la Commission infligeait aux fabricants de téléviseurs la plus forte amende qu'elle ait jamais prononcée (1,47 milliard d'euros pour entente, justement).

Alors, PAC et concurrence ? L'ambiguïté du départ a été renforcée par l'affirmation du primat concurrentiel, faisant naître un certain embarras chez tous les professionnels. Car, dans le même temps, les agriculteurs ont le sentiment que les réglementations, notamment environnementales, se multiplient (le verdissement de la dernière réforme de la PAC est le dernier

¹ *Institute of competition law. Revue concurrences n° 4-2008.*

² 1992 : *baisse des prix d'intervention compensée par une aide directe aux revenus.*

1994 : *accord de Marrakech, abandon des prélèvements agricoles et diminution des restitutions.*

1999 : *deuxième pilier de la PAC – développement rural – L'ancienne PAC – gestion des marchés et aides aux revenus – devient le « 1er pilier ».*

2003 : *généralisation des aides directes aux revenus, découplées des productions, conditionnalité des aides.*

2008 : *bilan de santé – abandon des quotas laitiers.*

exemple), que certains abusent de sous-traitances contestables pour s'assurer un leadership dans des filières, que les règles ne sont pas appliquées partout de la même façon, que les réformes sont à la fois excessives et vaines..., en d'autres termes, que la concurrence - de l'Europe avec le reste du monde, des agriculteurs des États membres entre eux - est inégale, voire « déloyale ». Différentes opérations, censurées par l'Autorité de concurrence française, ont eu un grand retentissement dans le milieu agricole, qu'il s'agisse de l'abattage des porcs, des prix des viandes ou des endives, et même d'une activité cidricole. Un retentissement teinté de ressentiment puisque cette rigueur donnait un sentiment d'injustice et d'impasse : la compétition était intenable mais les efforts pour se renforcer étaient stoppés.

La dernière réforme de la PAC illustre cette sorte de « PAC paradoxe ». Alors que la concurrence s'impose partout, dans les textes comme dans la vie économique, le futur règlement OCM unique mentionne « *des exceptions (au droit de la concurrence) concernant les objectifs de la PAC, les agriculteurs et leurs associations* ».

I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE - PAC/CONCURRENCE - AVANTAGE CONCURRENCE

Le débat sur l'articulation des deux politiques - PAC et politique de la concurrence - est ancien, permanent mais évolutif. Périodiquement, économistes - le plus souvent britanniques - et juristes - le plus souvent français -, institutions et autorités nationales ou européennes apportent leur contribution, leur éclairage¹. Aucun secteur n'est exclu du droit de la concurrence et la PAC ne bénéficie que de dispositions particulières. La primauté de la politique de concurrence - encore discutable et discutée lors de la création de la PAC - est aujourd'hui manifeste, même si des spécificités agricoles demeurent.

Quel que soit l'angle d'analyse suivi - juridique, politique, économique -, l'articulation des deux politiques montre clairement la primauté de la concurrence.

A. LE CADRE JURIDIQUE : AVANTAGE CONCURRENCE

1. PAC et concurrence - les textes

La construction européenne a commencé par des ambiguïtés. Il ne pouvait en être autrement entre partenaires dont l'histoire et les objectifs étaient différents. La PAC fut imposée par la France à l'Allemagne, avide de commerce et de libre-échange.

Un titre entier du TFUE - Titre III - est consacré à la PAC. Les objectifs de la PAC sont énoncés à l'article 39.1 (ex article 33), dans une rédaction identique à celle du traité de Rome en 1957.

Article 39 du TFUE
(ex-article 33 du TCE)

1. La politique agricole commune a pour but :

- a) d'accroître la productivité de l'agriculture en développant le progrès technique, en assurant le développement rationnel de la production agricole ainsi qu'un emploi optimum des facteurs de production, notamment de la main-d'œuvre,
- b) d'assurer un niveau de vie équitable à la population agricole, notamment par le relèvement du revenu individuel de ceux qui travaillent dans l'agriculture,
- c) de stabiliser les marchés,
- d) de garantir la sécurité des approvisionnements,
- e) d'assurer des prix raisonnables aux consommateurs.

¹ Voir notamment *Autorité de la concurrence - Étude thématique : agriculture et concurrence - 2013*.

Un chapitre, subdivision du titre VII dédié aux règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations, est consacré aux règles de concurrence. Ces règles sont définies aux articles 101 à 109 du TFUE. Le droit de la concurrence concerne quatre domaines :

- les accords d'entreprises - cartels, ententes - susceptibles de fausser le jeu de la concurrence - art. 101 (ancien art. 81 du TCE) ;

- l'abus de position dominante par une entreprise - art. 102 (ancien art. 82 du TCE) ;

- les aides d'État qui faussent ou menacent la concurrence - art. 107 (ancien art. 87 du TCE) ;

- le contrôle des concentrations, fusions, acquisitions, est une autre compétence de la Commission mais résulte d'un règlement (règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises).

L'articulation entre les deux politiques est définie à l'article 42 du TFUE qui dispose que les règles de la concurrence ne sont applicables à l'agriculture que « *dans la mesure déterminée par le Parlement européen et le Conseil* » et en tenant compte des objectifs de la PAC. Il est important de noter que le mot exception n'est pas utilisé.

Article 42
(ex-article 36 TCE)

Les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le Parlement européen et le Conseil dans le cadre des dispositions et conformément à la procédure prévues à l'article 43, paragraphe 2, compte tenu des objectifs énoncés à l'article 39.

Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut autoriser l'octroi d'aides :

a) pour la protection des exploitations défavorisées par des conditions structurelles ou naturelles,

b) dans le cadre de programmes de développement économique.

Ces deux précisions doivent être analysées séparément.

En premier lieu, l'article 42 confie donc au droit dérivé le soin de concilier les objectifs de la PAC avec les règles de concurrence. Il s'agit en l'espèce du règlement (CC) N° 1184/2006 du Conseil « *portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce de produits agricoles* ». Ce règlement reprend pour l'essentiel un règlement ancien adopté dès 1962 (règlement 26/62).

**Règlement (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**

Article premier

Les articles 81 à 86 du traité (nouveaux articles 101 à 106 dans le TFUE) ainsi que les dispositions prises pour leur application s'appliquent à tous accords, décisions et pratiques visés à l'article 81, paragraphe 1, et à l'article 82 du traité et relatifs à la production ou au commerce des produits énumérés à l'annexe I du traité, sous réserve des dispositions de l'article 2 du présent règlement.

Article 2

1. L'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 1er du présent règlement qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché ou qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du traité.

Il ne s'applique pas en particulier aux accords, décisions et pratiques d'exploitants agricoles, d'associations d'exploitants agricoles ou d'associations de ces associations ressortissant à un seul État membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, 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 la Commission ne constate qu'ainsi la concurrence est exclue ou que les objectifs de l'article 33 du traité sont mis en péril.

Cet article, crucial pour définir une spécificité agricole, appelle à ce stade, deux commentaires. Une analyse plus complète sera présentée dans la deuxième partie du rapport.

D'abord, comme l'observent nos collègues Jean-Paul Emorine et Gérard Bailly dans leur rapport d'information sur la régulation du secteur laitier¹, « *en apparence, les produits agricoles font l'objet d'un traitement particulier au regard du droit de la concurrence (conformément à l'article 42 du TFUE) (...). Or, le règlement d'application prévoit précisément dans son article 1er que le droit de la concurrence s'applique en matière agricole. Il prévoit des exceptions strictement encadrées.* »

Ensuite, il est important de souligner que cette dérogation ne concerne que le seul article 101 relatif aux accords et ententes, et que les autres règles de la concurrence s'appliquent donc en totalité, comme c'est le cas du contrôle des concentrations et des abus de position dominante.

En second lieu, ce régime dérogatoire n'est justifié que par la poursuite des objectifs de la PAC. Cet énoncé, simple, renvoie pourtant à des difficultés d'interprétation.

¹ « Filière laitière : à la recherche d'une nouvelle régulation » – Rapport d'information n° 73 (2009-2010) – 30 octobre 2009.

- D'une part, ces objectifs sont eux-mêmes plutôt contradictoires (« assurer un niveau de vie équitable à la population agricole » et « assurer des prix raisonnables aux consommateurs ») ou dépassés (« accroître la productivité de l'agriculture en assurant le développement notamment de la production agricole ainsi qu'un emploi optimum des facteurs de production »).

- D'autre part, ces objectifs sont plus ou moins en opposition frontale avec la politique de concurrence. Si l'amélioration de la productivité et les prix raisonnables aux consommateurs sont parfaitement cohérents, et sont même des effets directs d'une politique de concurrence, l'augmentation des revenus des agriculteurs, la stabilisation des marchés et la sécurité des approvisionnements renvoient à une sorte de protection et s'inspirent, manifestement, d'une toute autre logique.

Les observateurs qui se sont penchés sur le sujet de « PAC et droit de la concurrence » se sont souvent limités à analyser la portée de ces deux textes (l'article 42 du TFUE et le règlement 1184/2006) fondamentaux, certes, mais pas exclusifs. Les règlements PAC, en particulier le règlement relatif à l'Organisation commune des marchés, évoquent eux aussi cette articulation dans une rédaction légèrement différente de celle du règlement 1184/2006 précité, en utilisant cette fois les termes « d'exception » agricole. Le prochain règlement OCM unique qui résulte de la réforme de la PAC en cours de formalisation est encore plus clair.

Règlement CE 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007
dit « règlement OCM unique »
(voir texte complet en annexe)

Règles de concurrence

CHAPITRE 1

Règles applicables aux entreprises

Article 175

Application des articles 81 à 86 du traité

Sauf si le présent règlement en dispose autrement, les articles 81 à 86 du traité et leurs modalités d'exécution s'appliquent, sous réserve des dispositions des articles 176 à 177 du présent règlement, à l'ensemble des accords, décisions et pratiques visés à l'article 81, paragraphe 1, et à l'article 82 du traité se rapportant à la production ou au commerce des produits relevant du présent règlement.

Article 176

Exceptions

1. L'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 175 du présent règlement qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché ou qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du traité.

Nouveau règlement OCM unique dans la réforme de la PAC
(en attente de numérotation après adoption définitive – voir texte complet en annexe)

PARTIE IV
RÈGLES DE CONCURRENCE

CHAPITRE I
RÈGLES APPLICABLES AUX ENTREPRISES

Article 143

Lignes directrices de la Commission
sur l'application des règles de concurrence à l'agriculture

Sauf si le présent règlement en dispose autrement, conformément à l'article 42 du traité, les articles 101 à 106 du traité et leurs modalités d'exécution s'appliquent, sous réserve des dispositions des articles 143 bis à 145 du présent règlement, à l'ensemble des accords, décisions et pratiques visés à l'article 101, paragraphe 1, et à l'article 102 du traité se rapportant à la production ou au commerce des produits agricoles.

Afin de veiller au fonctionnement du marché intérieur et à l'application uniforme des règles de concurrence de l'Union, la Commission et les autorités de concurrence des États membres appliquent les règles de concurrence de l'Union en étroite coopération.

En outre, la Commission publie, le cas échéant, des lignes directrices en vue d'aider les autorités nationales de concurrence ainsi que les entreprises.

Article 144

Exceptions concernant les objectifs de la PAC, les agriculteurs et leurs associations

1. L'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 143 du présent règlement qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 39 du traité.

2. L'application des textes : avantage concurrence

Un principe, une exception... Les difficultés d'application sont inévitables. Il ne peut en être autrement dans les cas d'espèce.

L'application du droit de la concurrence fait intervenir trois acteurs (article 103 du TFUE) : la Commission, les autorités nationales de concurrence, et la Cour de justice de l'Union européenne.

a) Les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence

Le droit de la concurrence est une compétence exclusive de l'Union. La Commission est l'autorité compétente pour appliquer le droit de la concurrence (art. 103.1 du TFUE). L'article 176 du Règlement OCM unique précise que « la Commission, sous réserve du contrôle de la Cour de justice, a compétence exclusive pour constater, par une décision qui est publiée, pour quels

accords, décisions et pratiques les conditions prévues (pour bénéficier des exceptions aux règles de concurrence) sont remplies ». Les ententes illicites ou abus de position dominante sont sanctionnés par des amendes. Afin d'éclairer les intéressés, la Commission a donc, elle-même, développé une activité quasi normative sous forme de guides, de lignes directrices, de communications qui finissent par former une « *soft law* » qui détermine la méthode que suit la Commission pour appliquer le droit de la concurrence.

On peut citer :

- Les lignes directrices relatives à l'application de l'article 101 §3 ;
- Les lignes directrices sur le calcul des amendes ;
- Les lignes directrices de la Commission de 2004 relatives à la notion d'affectation du commerce entre États membres ;
- La communication de la Commission sur la délimitation du marché en cause du 9 décembre 1997, qui s'applique aux règlements adoptés dans le secteur de l'agriculture ;
- La communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*) du 22 décembre 2001 ;
- La communication de la Commission sur les orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes du 24 février 2009.
- etc..

Le droit européen rappelé ci-dessus est en quelque sorte dupliqué au niveau national. Le droit de l'Union européenne et le droit national prohibent, de la même façon, les pratiques anticoncurrentielles, à savoir les ententes (articles 101 du TFUE et L.420-1 du Code de commerce) et les abus de position dominante (articles 102 du TFUE et L.420-2 du Code de commerce).

Le règlement CE n° 1/2003 du Conseil institue un régime de compétences parallèles entre la Commission et les Autorités de concurrence nationales, chargées elles aussi d'appliquer les articles 101 et 102 du TFUE. En France, il s'agit de l'Autorité de la concurrence, une autorité administrative indépendante.

Le critère d'applicabilité du droit de l'Union européenne est « l'affectation sensible du commerce entre États membres », une notion précisée dans des lignes directrices de la Commission de 2004 mentionnées ci-dessus. Si cette affectation est démontrée, le droit de l'Union européenne s'applique en priorité. Seule l'existence d'une législation nationale plus

sévère (c'est le cas en France des pratiques « restrictives de concurrence ») autorise, selon la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt de 2003 *Walt Wilhelm*, une application du droit national prévalant sur le droit de l'Union.

Les Autorités nationales de la concurrence ont à leur tour été sensibles à éclairer les parties intéressées et ont développé leur propre communication. À la suite d'une série de décisions qui avaient interpellé le milieu agricole, l'Autorité de la concurrence française a ainsi publié, à partir de 2012, une série de communications très importantes destinées à éclairer les opérateurs, notamment une étude thématique sur l'agriculture et le droit de la concurrence, partie de son rapport annuel 2012, et des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations (10 juillet 2013).

Cet effort pédagogique ne doit pas faire oublier que ces Autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence ne peuvent analyser toute forme d'exemption qu'avec une grande rigueur, même si dans la fixation du montant des amendes, l'Autorité nationale française peut se prévaloir d'une relative clémence pour tenir compte des difficultés du secteur.

b) La confirmation de la prévalence du droit de la concurrence par la Cour de justice

Cet emboîtement de principes et d'exceptions strictement encadrés a, tout naturellement, donné lieu à contentieux. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) garantit une interprétation et une application uniformes du droit de la concurrence dans l'Union européenne. Selon la Commission, « la Cour a rendu au fil des années de nombreux jugements de portée historique »¹.

La jurisprudence est une application du droit et le reflet d'une époque. Aussi, ne faut-il pas s'étonner que la Cour de justice européenne ait quelque peu modifié son approche de la politique agricole commune en général et de l'exception agricole en particulier, dans un sens donnant la primauté à la concurrence, fut-ce au prix de quelques revirements de jurisprudence.

Cette rigueur n'est pas propre au droit de la concurrence.

Lors d'un précédent rapport, j'avais constaté que la notion de « préférence communautaire », absente des traités mais pratiquement consacrée par la Cour de justice en 1968, avait été reléguée au rang de simple valeur politique sans valeur juridique. Une façon de reléguer la notion de préférence communautaire au rang d'outil archaïque de protectionnisme. Elle ne peut être invoquée pour consolider une décision communautaire.

La Cour s'est également montrée particulièrement rigoureuse lorsqu'un principe fondateur de l'Union européenne est mis en cause. C'est

¹ Portail de la DG Concurrence « Agir pour les consommateurs – Les institutions européennes et la politique de concurrence ».

le cas du principe de libre circulation des marchandises. Alors que des barrages routiers empêchaient la circulation de camions de fraises espagnoles, la Cour a condamné l'État français – pas les transporteurs qui bloquaient les routes – pour manquement à ses obligations¹.

La même évolution se constate lorsque la Cour examine les dérogations au droit de la concurrence.

Le temps est loin où la Cour de justice estimait, en 1980, dans l'affaire « Maïzena » relative à l'établissement de quotas de production, que le traité avait établi « la primauté de la PAC par rapport aux objectifs du traité dans le domaine de la concurrence » et qu'elle avait reconnu au Conseil un large pouvoir d'appréciation² : « Dans l'exercice du pouvoir qui lui est reconnu par l'article 42 alinéa 1 du traité, de décider dans quelle mesure les règles de concurrence trouvent à s'appliquer dans le secteur agricole comme dans l'ensemble de la mise en œuvre de la PAC, le Conseil détient un large pouvoir d'appréciation ».

La jurisprudence de la Cour est, très clairement, beaucoup plus rigoureuse dans l'appréciation des exceptions au droit de la concurrence.

La Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt du 9 septembre 2003, Milk Marque et National Farmers' Union³, a statué qu'il convenait de faire prévaloir l'application des règles de concurrence dans le secteur agricole chaque fois que possible. Le 3 février 2011, le Tribunal de l'Union européenne, dans l'affaire du « Tabac brut espagnol »⁴, a rappelé ce même principe, en précisant même que le maintien d'une concurrence effective dans le secteur agricole faisait partie des objectifs de la PAC.

En 1974, dans un arrêt Frubo⁵, la Cour a également considéré que les dérogations au droit de la concurrence ne sont justifiées que si tous les objectifs de la PAC sont favorisés (même s'ils sont divergents !). L'affaire concernait un système de vente établi par un importateur en fruits et légumes qui imposait aux grossistes de s'approvisionner par l'intermédiaire d'une criée d'importation. La Cour a admis que si l'organisation en question permettait d'assurer la stabilité de marché, la sécurité des approvisionnements et la recherche de prix raisonnables aux consommateurs – trois des cinq objectifs de la PAC –, il n'était pas démontré qu'elle était nécessaire pour accroître la productivité de l'agriculture et assurer un niveau de vie équitable à la population agricole, « qui sont les deux premiers objectifs de la PAC », note la Cour.

¹ CJUE 9 décembre 1997 aff. c. – 265/95 – Commission c/France.

² CJCE 29 octobre 1980 – aff 139/79 – Maïzena contre Conseil.

³ CJCE, 9 septembre 2003, *The Queen et The Competition Commission, Secretary for Trade and Industry, c/Milk Marque Ltd, National Farmers Union*, - aff. C-137/00.

⁴ Trib. UE, 3 février 2011, *Compañía española de tabaco en rama, SA (Cetarsa) contre Commission européenne*, T-33/05.

⁵ CJCE 15 mai 1975 – aff 71-74 – Frubo c/Commission.

À l'exact opposé, dans un arrêt « viandes bovines françaises »¹, le juge européen a admis qu'un accord sur les mécanismes de fixation des prix pouvait être considéré comme ayant pour objectif d'assurer un niveau de vie équitable à la population agricole, mais ne pouvait s'analyser comme visant une stabilisation des marchés.

Tous les observateurs relèvent que le primat concurrentiel s'est imposé. « *Le débat sur l'éventuelle primauté d'une politique sur une autre a clairement tourné à l'avantage de la politique de concurrence.* »² Pour le médiateur des contrats agricoles, « *les entorses de la PAC à la politique de concurrence sont de plus en plus rares et de plus en plus contrôlées, le mouvement jurisprudentiel est clair : la concurrence prend le dessus* ».

B. LE CADRE POLITIQUE : AVANTAGE CONCURRENCE

1. L'érosion des « particularités agricoles ».

a) Les fondements de l'exception agricole

Si aucun secteur n'est exclu du droit de la concurrence, quelques-uns bénéficient de dispositions spécifiques en raison, justement, de leurs particularités. Ces particularités sont évoquées clairement dans le cas de la politique des transports (art. 91 du TFUE – « *compte tenu des aspects spéciaux des transports...* »), mais de façon beaucoup moins nette dans le cas de la PAC. L'article 39 précise juste dans son alinéa 2 que « *dans l'élaboration de la PAC et des méthodes spéciales qu'elle peut impliquer, il sera tenu compte a) du caractère particulier de l'activité agricole (...); b) de la nécessité d'opérer graduellement des ajustements opportuns* »...

Les particularités de l'activité agricole sont mieux précisées dans les lignes directrices de la Communauté concernant les aides d'État dans le secteur agricole³ : « *Dans l'élaboration de la PAC (...) il faut tenir compte du caractère particulier de l'activité agricole découlant de la structure spéciale de l'agriculture et des disparités structurelles et naturelles entre les diverses régions agricoles, de la nécessité d'effectuer des adaptations progressivement, et du fait que l'agriculture est un secteur étroitement lié à l'économie dans son ensemble* ».

On conviendra que l'argumentation est plutôt légère – « *la structure spéciale de l'agriculture* », « *un secteur étroitement lié à l'économie dans son ensemble* »...

¹ Tribunal de première instance des Communautés européennes – Arrêt du 13 décembre 2006 – FNCB / Commission 217/03.

² Michel Debroux – PAC et droit et politique de la concurrence – Les raisons d'une cohabitation orageuse – Revue Concurrence n° 4 – 2008.

³ Commission – Lignes directrices de la Communauté concernant les aides d'État dans le secteur agricole 2007-2013 – 2006/C 319/01 – JOCE 27.12.2006).

L'exception agricole, si mal justifiée dans le traité et le droit dérivé, repose sur deux types de considérations. Tout d'abord, l'activité agricole présente des singularités économiques souvent décrites : la dépendance aux aléas climatiques, la faible capacité de stockage due à la périssabilité, l'interdépendance des secteurs (céréales/viande), l'atomisation et l'inélasticité de l'offre, le déséquilibre patent entre les producteurs et les acheteurs (de type pyramide comme c'est le cas dans le secteur laitier : 70 000 producteurs ; 100 fabricants ; 5 acheteurs - distributeurs). Ensuite, les objectifs poursuivis par la PAC et ses règlements d'application sont trop exigeants pour être satisfaits par le marché et le jeu de la libre concurrence : l'autosuffisance alimentaire, la stabilité des marchés, la sécurité des produits, la multifonctionnalité de l'activité agricole (la vie dans les zones rurales, les paysages, l'environnement...).

b) La critique de l'exception agricole

Toutes ces considérations sont régulièrement balayées par les opposants à la PAC et à l'exception agricole. Les premiers arguments, pertinents au niveau du secteur, le sont beaucoup moins lorsqu'on descend au niveau des filières : il n'y a pas de stockage dans la filière fruits et légumes, mais on peut stocker les céréales et le lait en poudre ; l'aléa climatique est évident pour les cultures, mais beaucoup moins pour l'élevage ; la disparité des forces, patente dans le secteur laitier, est beaucoup moins nette pour le sucre.... Les seconds arguments seraient tout autant irrecevables. L'autosuffisance alimentaire ? Il y a des pays qui importent leur alimentation et ne souffrent pas de faim ! La stabilité des marchés ? Des outils classiques existent pour s'en prémunir, de type marché à terme. La sécurité et l'hygiène ? Une normalisation serait suffisante sans qu'il soit besoin d'y consacrer un budget de 50 milliards par an. Quant aux externalités, il s'agit de justifications *a posteriori* et d'objectifs très éloignés d'une politique agricole.

Certains analystes anglo-saxons notent avec un certain cynisme que, « pour qu'une exemption sectorielle existe, il faut que les caractéristiques de ce secteur soient tellement spéciales et que le poids de ses membres soit si fort qu'une exemption, faite sur mesure, est inévitable »¹. En d'autres termes, la prétendue particularité agricole n'existe que parce que les agriculteurs sont plus puissants que d'autres.

On notera d'ailleurs que l'« exception agricole », longtemps mise en avant par l'Europe pour soustraire l'agriculture des négociations commerciales internationales, a été définitivement enterrée en 1994. « L'accord signé le 15 avril 1994 à Marrakech a mis fin à l'« exception agricole » qui prévalait jusque-là, c'est-à-dire la non application des règles du GATT. Les produits

¹ Institut Goyder - *European Community Competition Law - Oxford 2003 - repris dans OCDE - Droit et politique de concurrence dans l'UE - 2005 - Rapport du secrétariat de l'OCDE.*

agricoles sont désormais explicitement inclus dans le champ des produits dont les échanges doivent se conformer aux disciplines multilatérales »¹.

Cette argumentation – cette dénonciation en règle et sans appel – a un incontestable écho au sein des institutions européennes et des États membres qui considèrent que « *l'agriculture est une industrie comme les autres* », selon l'expression du directeur de l'Autorité de la concurrence des Pays Bas, et qui, par conséquent, doit suivre et respecter les mêmes règles que les autres. En d'autres termes, ce qui fonde et légitime l'exemption agricole repose sur des prétendues particularités du secteur qui sont, elles-mêmes, vigoureusement dénoncées.

c) Le maintien d'une spécificité agricole

Sans nier la pertinence de certaines critiques, le maintien de la PAC et de l'exemption agricole sont un choix politique – maintenir une agriculture en Europe –, économique et, pourquoi le nier, humain.

La PAC d'origine était, dans son ensemble, un cas tout à fait particulier qui échappait largement aux conditions de concurrence courantes. Cette PAC n'existe plus, et l'agriculture est pleinement entrée dans l'ère de la concurrence, mais des spécificités demeurent, justifiant des exceptions à l'application du droit de la concurrence.

Jusqu'en 2013, les dérogations au droit de la concurrence s'appliquaient principalement à trois secteurs : les fruits et légumes, la vigne et le secteur laitier. Chacun de ces secteurs a en effet une spécificité propre. La filière fruits et légumes est caractérisée par la périssabilité des productions et la très grande dépendance aux aléas climatiques. La vigne s'inscrit dans une tradition millénaire. « *Je vis dans un territoire qui vit de la vigne depuis des siècles. Dans certains endroits, la pierre a été concassée à la main pour planter des pieds de vigne* », rappelait Simon Sutour, président de notre commission des affaires européennes, en présentant sa proposition de résolution européenne sur le maintien des droits de plantation². Un pan de l'économie et des milliers de personnes ne peuvent être sacrifiés d'un trait de plume, au prétexte d'appliquer une doctrine économique. Le secteur laitier est caractérisé, au moins en France, par une atomisation des éleveurs, totalement dépendants de leurs acheteurs C'est pour renforcer leur pouvoir de négociation qu'un dispositif dérogatoire au droit commun de la concurrence – avec la reconnaissance d'une capacité à négocier collectivement les prix – a été mis en place.

L'exception agricole garantit le maintien d'une agriculture plurielle.

¹ MM. Jean Bizet, Robert Bret, Hubert Haenel, Roland Ries – *La préférence communautaire* – Sénat n° 112 (2005-2006).

² Réunion de Commission 23 janvier 2013

d) *L'influence française dans la détermination des dérogations*

L'influence française fut décisive lors de la création de la PAC. Elle demeure dans la détermination des exemptions au droit de la concurrence et dans cette reconnaissance d'une spécificité agricole.

S'il faut reconnaître que les États les plus libéraux se sortent plutôt bien de la compétition européenne dans le domaine agricole, ces mêmes pays ne sont pas les derniers à revendiquer des exceptions lorsque leurs intérêts sont en jeu. L'Allemagne, par exemple, a été la première à dénoncer le projet d'abandon du régime des droits de plantation dans le secteur de la vigne, pourtant adopté quelques mois auparavant à la majorité des États membres. La pure logique économique, défendue par la Commission, voulait libérer les droits de plantation pour adapter le secteur aux conditions de la concurrence mondiale.

Mais, une fois le mouvement de contestation lancé par l'Allemagne, la France a pris le relais et a sans doute été le fer de lance politique et technique de la remise en cause du projet européen d'abandon des droits de plantation. Cette perspective aurait éliminé en quelques années les producteurs traditionnels qui travaillent sur les flancs des coteaux dans des conditions difficiles et aurait nié des dizaines d'années d'efforts pour améliorer la qualité des productions. Le Sénat, sous l'impulsion de Gérard César et de Simon Sutour, président de la commission des affaires européennes, a mené à son tour cette bataille du bon sens¹. Cette ténacité a payé puisque le régime de contrôle des droits a été finalement allégé mais maintenu.

La même énergie a été déployée sur le plan politique et technique pour aménager des dérogations au secteur laitier, et certains considèrent même que « *si le paquet lait est européen, il a été ficelé par la France* ».

Dans les deux cas, les Français ont tenu une très grande place dans la rédaction des solutions de compromis préparés par les « groupes de haut niveau ». Une formule souvent utilisée par la Commission dans les questions difficiles, voire conflictuelles, qui, sans abandonner son pouvoir d'initiative, s'appuie ainsi sur les travaux des États membres. La France a tenu un rôle essentiel dans ces groupes en proposant des dispositions européennes de conciliation assez voisines des demandes françaises.

Enfin, lors de la négociation de la PAC, les eurodéputés français de la COM Agri, notamment Michel Dantin, avec l'appui du ministre Stéphane Le Foll, député européen lui aussi avant d'être ministre, se sont battus pour imposer *in fine* cette exception agricole, finalement adoptée par tous.

Oui, il existe bien une particularité agricole et c'est l'honneur de quelques-uns d'y croire encore et de le rappeler.

¹ Proposition de résolution européenne n° 286 (2012-2013) présentée par MM. Gérard César et Simon Sutour sur le régime des autorisations de plantation de vigne.

2. L'antagonisme relatif entre les deux politiques

On ne saurait nier que ces deux politiques s'opposent sur plusieurs points majeurs.

Sur un plan historique, leur genèse même les oppose presque naturellement. La PAC, portée par la mission régaliennne de nourrir les hommes fut, d'emblée, une politique organisée, voire administrée ; l'influence française, déterminante au moment de la rédaction du premier traité, amplifia cette tendance à la régulation. Tandis qu'avec la prospérité qui a suivi les débuts de la construction européenne, le consumérisme et la confiance dans les vertus de la concurrence – et son binôme, le libre échange – se renforçaient chaque année et à chaque élargissement un peu plus. Ainsi, l'Union européenne faisait sauter les monopoles, sanctionnait les ententes, contrôlait les concentrations et les aides d'État...

Sur un plan économique, la politique de concurrence est totalement orientée vers la satisfaction du consommateur, tandis que la PAC a globalement été construite autour du producteur. Les réformes de la PAC n'ont pas changé cette priorisation et l'ont même renforcé (les droits à paiement unique sont versés aux agriculteurs et non à la production alimentaire)

En interne même au sein de la Commission, les deux politiques relèvent de deux directions différentes qui ont deux visions du secteur agricole. D'un côté, la DG Concurrence souhaite que le droit de la concurrence s'applique au secteur agricole de façon aussi stricte qu'aux autres secteurs, de l'autre, la DG Agriculture est plus sensible à la situation des agriculteurs et accueille favorablement l'exception agricole, affaiblie ces dernières années. Les deux directions sont présentes dans les trilogues ultimes chargés de parvenir à un texte de compromis avant l'adoption finale des règlements par le législateur européen. Pas plus que le Conseil, la Commission n'est unie sur ces sujets et les trilogues sont parfois difficiles.

La même dualité existe en France, entre la DGCCRF – Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes –, le ministère chargé de l'économie et le ministère chargé de l'agriculture. « *La DGCCRF a une vision particulière du marché. Elle s'intéresse à l'impact des opérations sur le consommateur. Elle favorise l'aval par rapport à l'amont. Il faut affaiblir l'amont (les producteurs) pour défendre l'aval. Pourtant, dans beaucoup de situations dénoncées, l'impact réel pour le consommateur final était très faible* », entend-on au ministère de l'agriculture. « *Le ministère de l'agriculture n'entend rien au droit de la concurrence* », rétorque-t-on à la DGCCRF. N'entend rien et souvent n'exprime rien.... « *Dans la plupart des affaires de contentieux, l'Autorité de la concurrence ne connaît que la DGCCRF. Nous ne sommes même pas auditionnés* », déplore le ministère de l'agriculture.

Il faut certainement nuancer cet antagonisme. Lors de son audition au Sénat dans le cadre de la préparation du premier rapport sur la réforme de la PAC, M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, rappelait le rôle du droit de la concurrence dans la protection des producteurs. « *C'est une évidence qui a tendance à être oubliée mais le droit de la concurrence, qui contribue au bien-être des consommateurs, peut aussi contribuer à la protection des producteurs* ».

C'est le cas lorsque des concurrents étrangers s'entendent au détriment des producteurs français, notamment lors d'un cartel, sanctionné en 1999, bloquant les importations de sucre produit par Béghin Say. En 2010, dans une affaire dite des phosphates¹, la Commission a condamné une entente entre entreprises qui concernait la vente de phosphates alimentaires utilisés dans l'alimentation animale. L'accord collusoire a duré 12 ans et a touché 12 États membres. En France, la victime était les éleveurs français et la FNSEA. L'amende a été de 59,85 millions d'euros.

« *Le droit de la concurrence permet également de protéger les producteurs indépendants face à des concentrations excessives ou vérifier que les producteurs ne sont pas placés en situation de dépendance économique...* ». Plus simplement, il convient de rappeler que lorsque l'Autorité est saisie pour contrôler des pratiques de position dominante et de dépendance économique, la saisine vient presque toujours des producteurs eux-mêmes.

C. LE CONTEXTE ÉCONOMIQUE ET POLITIQUE : LE CREDO CONCURRENTIEL

1. Le recul de l'intervention publique

a) La concurrence, fil conducteur des réformes de la PAC

La PAC d'origine est à la fois marquée par les circonstances économiques de l'époque et par l'influence française. C'est une politique orientée vers le soutien aux productions mais très administrée, régulée, protectrice. La PAC repose sur deux leviers : la fixation des prix officiels (prix objectifs, prix minima, prix d'entrée des importations, prix d'intervention..) et l'intervention publique, communautaire, sur les marchés pour faciliter, voire garantir l'écoulement des productions en cas de chute des prix et/ou d'excédents.

Les effets pervers des régulations excessives et les élargissements successifs - à commencer, bien sûr, par l'adhésion du Royaume-Uni en 1975 - ont eu raison de cette PAC historique. Toutes les réformes de la PAC ont consisté à transformer un secteur administré en une activité soumise aux lois du marché en abandonnant les formes classiques d'encadrement des

¹ *Décision du 20 juillet 2010 relative à une procédure d'application de l'article 101 du TFUE - Aff. COMP/38 866 phosphates pour alimentation animale - JOUE - 9 avril 2011.*

productions (type quotas) et en limitant au maximum l'intervention sur les marchés. Le but était que les producteurs répondent aux signaux des marchés (les prix) et cessent de s'ajuster aux prix officiels et aux garanties publiques artificielles.

Cette mutation repose sur une foi totale dans les vertus de la concurrence.

Il y a un fondement théorique ancien à cette croyance. La concurrence est l'aiguillon qui favorise « la richesse des nations », pour reprendre le titre du fameux livre d'Adam Smith. Elle est le gage de l'efficacité économique tant pour la production des biens et services que pour l'allocation des ressources. L'analyse économique montre que, en libre concurrence, les prix sont voisins du coût marginal de production des producteurs les plus efficaces. Pour rester sur le marché, les autres producteurs n'ont pas d'autre choix que devenir plus efficaces à leur tour ou se différencier. Ainsi la concurrence ouvre l'offre, améliore la qualité des produits, et, surtout, conduit naturellement à faire baisser les prix. La concurrence est le moyen et la condition de la compétitivité. Cette baisse est aussi une condition de l'allocation optimum des ressources économiques. Elle crée du pouvoir d'achat pour le consommateur qui consomme ainsi davantage non seulement le bien visé mais peut aussi en consommer d'autres.

Toute la foi dans la politique de concurrence est résumée dans cette formule répétée, martelée dans l'Union européenne comme en France: « *La concurrence concourt au bien-être du consommateur* ». ¹

D'une façon générale, tous les observateurs de la PAC sont d'accord pour dire que ce qu'on qualifiait de régime privilégié a pris fin dans le secteur agricole. Le commissaire européen Dacian Cioloș lui-même écrivait, dans une tribune publiée dans le Monde du 12 avril 2012 : « *ces dernières années, les pouvoirs publics se sont désengagés des marchés agricoles. Ce secteur est entré dans le droit général de la concurrence* ».

b) Le désengagement budgétaire

- Le désengagement budgétaire de l'Union européenne

Ce désengagement se constate moins par le niveau global du budget de la PAC – pratiquement stable sur longue période (en euros courants) – que par la baisse régulière des crédits d'intervention. En 20 ans, la PAC a été radicalement transformée. L'intervention et la gestion publique des marchés, qui représentaient 80 % de l'ancienne PAC, n'en représentent plus que moins de 5 %. L'intervention, au cœur de l'ancienne PAC, n'est plus qu'une survivance de cette dernière. Même son libellé a changé dans le budget 2014. Le chapitre qui lui est consacré – anciennement intitulé « Intervention » – est

¹ Voir notamment l'audition de M. Bruno Lasserre, président de l'autorité de la Concurrence par le groupe de travail du Sénat sur la réforme de la PAC, 22 juin 2010

devenu en 2014 « Améliorer la compétitivité du secteur agricole grâce aux interventions sur les marchés agricoles ».

Budget PAC et crédits d'intervention (en millions d'euros courants)

	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Budget PAC	55 214	55 614	56 345	57 949	56 343	55 681
Crédit d'intervention	7 006	4 314	3 532	3 515	2 772	2 496
% intervention dans budget PAC	12,7 %	7,8 %	6,2 %	6 %	4,9 %	4,5 %

Source : budgets annuels de l'UE. 2009-2012 : budgets exécutés ; 2013/2014 : budgets prévisionnels

- Le désengagement budgétaire des États membres

La baisse des aides nationales, sur longue période, est tout aussi nette, même si l'évolution récente est plus heurtée, la crise économique ayant imposé des soutiens sectoriels ponctuels.

Aides d'États à l'agriculture (en millions d'euros courants)

	(1997)*	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
UE (15/27/28)	18 473	11 830	10 057	10 158	11 087	11 017	10 156	9 014	8 722
France	4 327	2 312	1 404	1 356	1 430	1 565	1 569	1 697	1 331
Allemagne	2 021	1 457	1 309	1 207	891	1 164	866	758	888
Pays-Bas	2 021	839	720	422	699	697	755	654	593
Royaume-Uni	1 733	1 142	657	711	603	503	492	426	318
Pologne	np	1 046	1 062	1 142	550	714	645	675	680

* 1997 : 15 États membres

Source : Commission européenne, DG Compétition, –Studies and reports– State aids (tableaux par pays et par secteur)

2. L'évolution depuis la crise économique financière

a) L'effet de la crise sur la politique de concurrence

Cette confiance dans la libre concurrence a culminé à la fin du XX^e siècle au moment même où les doutes sur la compétitivité européenne commençaient à apparaître. La crise financière et économique qui a débuté en 2007 a ébranlé la plupart des économies occidentales. A-t-elle ébranlé la confiance dans le « modèle » libéral incarné par les vertus du marché et de la libre concurrence ? La période est propice aux surenchères, aux imprécations, aux dénonciations. Sans doute les contestations du libéralisme

sont-elles plus nombreuses et plus écoutées. Sans doute quelques doutes se sont exprimés çà et là¹. Mais la foi dans la libre concurrence reste intacte.

Alors que le pic de la crise est passé, la tentation est grande de la considérer comme une simple péripétie due aux excès de la finance. Plus vite elle sera passée et plus vite elle sera oubliée. L'excès en question était en l'espèce celui de la sphère financière, des primes exorbitantes et des prêts inconsidérés, accordés avec des prises de risques excessives.

Ce serait là une grave erreur. L'Europe doit se préparer à de grandes déconvenues si elle se contente d'accuser quelques chasseurs de primes. Dans tous les secteurs, la ligne est bien mince entre le gestionnaire avisé qui sait rationner les coûts et améliorer des rendements, et l'aventureux qui commence à prendre trop de risques et qui finit par en faire prendre aux autres. Les crises de l'ESB et le « *horsegate* » de 2013 sont, eux aussi, dus au « excès de la concurrence ». La mission d'information du Sénat sur la filière « viandes » en France et en Europe, présidée et rapportée par nos collègues Bernadette Bourzai et Sylvie Goy-Chavent, a recensé des pratiques illicites et douteuses conduisant à des distorsions de concurrence².

Mais il manque sans doute une analyse d'historien, de philosophe, un théoricien capable de conduire une analyse pertinente de cette période, de « penser » le fonctionnement de l'économie et, d'une façon générale, le monde tel qu'il est devenu. Cette question déborde du cadre de ce modeste rapport, alors qu'elle est, de toute évidence, centrale. Les élections européennes de mai 2014 pourraient être l'ultime rappel à la raison. La foi européenne demande un peu plus d'exigence et de réflexion que d'éteindre les incendies.

Pas plus que les autres, l'Union européenne n'a mené cette analyse. C'est moins la concurrence qui a été suspectée que la dérégulation excessive du secteur financier qui a été mise en cause. Mais comme les autres, l'Union européenne s'est aussi adaptée aux circonstances.

Dans la pure logique libérale, les crises sont des moments de sélection d'où émergent les plus compétitifs, et les aides publiques ne font que maintenir artificiellement des entreprises peu efficaces. Pourtant, devant le risque d'écroulement du système bancaire global – le risque systémique – la Commission a aménagé sa doctrine en acceptant une bouffée d'aides publiques temporaires, le plus souvent sous forme de garanties de prêts, de recapitalisation ou de bonifications d'intérêts. La singularité de ces aides massives est qu'elles ont été accordées par des États qui n'avaient rien à prêter et qui, pour la plupart, étaient déjà en déficit... Mais puisque

¹ Cf l'audition de M. Alan Greenspan, ancien dirigeant de la Banque centrale des États-Unis – la FED – par le Sénat américain en octobre 2008. Question : « Pensez-vous que votre idéologie (selon laquelle) les marchés de libre concurrence sont les mécanismes les plus efficaces pensez-vous que cette idéologie n'est pas juste, qu'elle ne fonctionne pas ? » Réponse : « Exactement. »

² Sénat n° 784 (2012-2013).

« nécessité fait loi », « les préoccupations de concurrence passaient au second plan face au risque d'effondrement du système financier »¹.

Cette parenthèse fut de courte durée. Dès 2009, une fois que les risques de défaillance ont été considérés comme maîtrisés, la Commission est revenue à une politique plus traditionnelle d'aides sélectives, assorties de conditions économiques et structurelles classiques. Ensuite, elle a montré une grande rigueur dans le contrôle de l'autre volet de la politique de concurrence : le contrôle des ententes, des concentrations et des abus de position dominante. La rigueur du contrôle qualitatif venait en quelque sorte compenser l'assouplissement des règles dans le domaine des aides publiques.

b) Le primat concurrentiel en Europe

À maintes reprises, la Commission a confirmé sa foi totale dans les vertus de la concurrence.

Le rapport sur la politique de concurrence 2010², premier rapport consacré essentiellement à la crise financière, rappelle les bénéfices attendus d'une politique de concurrence.

« La politique de concurrence aura pour défi majeur, au cours des prochaines années, de soutenir aussi efficacement que possible la stratégie Europe 2020 pour l'emploi et une croissance intelligente, durable et inclusive (...) La politique de concurrence est tout à fait en mesure d'apporter une telle contribution, car elle est un élément moteur important pour améliorer le fonctionnement des marchés, en permettant une allocation efficace des ressources et une augmentation de la productivité et de l'innovation. (...) La politique de concurrence et les réformes visant à renforcer la concurrence doivent donc faire partie intégrante de la gouvernance économique. »

Le rapport 2011³ consacre d'importants développements à la concurrence appliquée au secteur agroalimentaire.

« L'année 2011 fut une année de turbulences (...) Dans ce contexte économique, une concurrence équitable continue d'être une condition (...) qui contribue à la reprise de l'économie européenne et à la prospérité à l'échelle mondiale (...)

« En quoi la concurrence améliore-t-elle le bien-être des consommateurs ? L'exemple pratique du secteur agroalimentaire.

(...) La contribution effective de la défense et du respect des règles de concurrence à l'amélioration du bien-être des consommateurs est parfaitement illustrée par le secteur agroalimentaire (...). À partir de la mi-2007, les prix des denrées alimentaires ont augmenté sensiblement à tous les niveaux de la chaîne d'approvisionnement alimentaire (...) La volatilité des prix (...) s'est également accrue simultanément.

¹ Frédéric Marty, *les leçons de la crise quelles évolutions dans la mise en œuvre des règles de concurrence par la Commission européenne, février 2012.*

² Commission – Rapport sur la politique de concurrence 2010 - COM (2011) 328 – 10.06.2011.

³ Commission – Rapport sur la politique de concurrence 2011 - COM (2012) 253 – 30.05.2012.

« La Commission a mis en place plusieurs plateformes (...) sur les pratiques contractuelles entre entreprises (...), sur la surveillance des prix des denrées alimentaires, et sur la compétitivité de l'industrie agroalimentaire.

(...) « La réforme de la PAC lancée par la Commission en 2011 a également d'importantes répercussions sur la concurrence dans ces secteurs. Les règles de la PAC, en particulier, jouent un rôle clé dans la concurrence au niveau de la partie de la chaîne d'approvisionnement alimentaire située en amont. Bien que les articles 101 et 102 du TFUE s'appliquent aux produits agricoles, la proposition de PAC maintient certaines dérogations au premier de ces articles, en dépit de l'objectif général consistant à orienter davantage la PAC vers le marché.

« Le caractère inégal du pouvoir de négociation a également fait l'objet de discussions dans le cadre de la réforme de la PAC. (...) Afin de remédier à la faiblesse du pouvoir de négociation, la proposition de PAC prévoit un renforcement du rôle des associations de producteurs dans l'ensemble des secteurs de la production agricole. (...) Les autorités de la concurrence veillent au bon fonctionnement des marchés du secteur agroalimentaire au profit des consommateurs (...) Les prix élevés des denrées alimentaires résultent de plusieurs facteurs sortant du cadre de la politique de concurrence. (...) Néanmoins, le droit de la concurrence joue un rôle important dans la garantie du bon fonctionnement des marchés alimentaires pour le consommateur.

(...) « Les Autorités Nationales de Concurrence (ANC) jouent un rôle clé dans l'application du droit de la concurrence dans ce secteur.(...) Parallèlement aux ANC, la Commission s'est, elle aussi, attachée à faire respecter les règles de concurrence dans le secteur agroalimentaire, notamment en enquêtant sur les ententes illégales et en infligeant des amendes à leurs membres, de même que par son action dans le domaine du contrôle des concentrations. (...) Le secteur agroalimentaire connaît actuellement une mondialisation et une consolidation (...). Cette consolidation est notamment observée dans le secteur laitier, dans lequel la Commission a donné son feu vert à trois projets de concentration. »

Le rapport 2012¹ revient aux fondamentaux, au rôle de la politique de concurrence dans la réalisation du marché unique et de son potentiel de croissance.

« Depuis son lancement, le processus d'extension du marché unique est allé de pair avec le développement de la politique de concurrence de l'UE (...). Sans une politique de la concurrence efficace, le marché unique ne peut réaliser tout son potentiel. (...) Rien ne pourrait empêcher les États membres de fausser les échanges et la concurrence en accordant une multitude de subventions (...). L'affaiblissement de la politique de concurrence de l'UE porterait atteinte au marché unique au détriment du potentiel de croissance de l'UE (...) Dans le même temps, la politique de concurrence est également primordiale pour permettre à l'Union de lutter contre les abus de position dominante, les ententes et les pratiques concertées qui sont préjudiciables aux consommateurs.

(...) Dans le cadre de l'examen de la réforme de la PAC, des députés européens ont invité la Commission à se pencher de plus près sur la question du pouvoir de négociation des producteurs à l'égard des détaillants dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Bien que n'ayant relevé aucun problème particulier de concurrence dans le secteur de la distribution (...), la Commission a lancé, en décembre 2012, une étude visant à évaluer l'incidence de la structure du marché de la distribution sur la diversité de choix »

¹ Commission – Rapport sur la politique de concurrence 2012 - COM (2013) 257 – 07.05.2013.

Ce choix est partagé par l'ensemble des institutions européennes, comme l'exprime, sans ambiguïté, le Comité économique et social européen : « *la politique consistant à ne rien changer en matière de concurrence malgré la crise s'est révélée judicieuse* »¹.

Toutes les réformes de la PAC ont eu pour arrière-fond d'assurer la libre concurrence et d'éviter toute distorsion de concurrence.

Cet objectif, au centre de la réforme de 2003, est rappelé dans la réforme de 2013. Dans le document préparatoire présenté par la Commission en 2010², le mot « compétitivité » est utilisé à 12 reprises, le mot « alimentation »... une seule fois dans le titre.

Dans les trois textes principaux qui forment la réforme de la PAC, le déséquilibre est encore plus probant (alimentation : 5 ; concurrence : 30)...

Malgré cela, le règlement prochain sur l'OCM unique maintient cette « exception agricole ». Le mot est sans doute excessif. Il est vraisemblable que l'exception agricole n'existe plus. En revanche, quelques aménagements demeurent.

¹ *Avis du CESE sur le rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2012 - & 14 - 16.10.2012.*

² *Commission – Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au CESE et au Comité des régions – La PAC à l'horizon 2020 – alimentation – ressources naturelles et territoires – relevé les défis de l'avenir – COM (2010) 672 final (18.11.2010).*

II. LES ACCORDS ANTICONCURRENTIELS ET LE CAS PARTICULIER DES ORGANISATIONS DE PRODUCTEURS

Les accords anticoncurrentiels sont strictement interdits par le droit national et par le droit européen de la concurrence. Les critères permettant de conclure à l'illicéité d'une entente sont ceux applicables pour tous les domaines économiques. Ainsi, toutes les fois où les dérogations du secteur agricole ne seront pas applicables, il conviendra d'appliquer les articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce aux accords conclus par des acteurs du domaine de l'agriculture.

A. LE RÉGIME JURIDIQUE DES ACCORDS ANTICONCURRENTIELS

1. Les critères de l'entente entre entreprises

Le régime des accords anticoncurrentiels est défini à l'article 101 du TFUE.

Article 101 du TFUE

(ancien article 81 du TCE)

« 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. 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 à 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 ».

a) Les ententes

Une entente est une pratique qui implique une pluralité d'opérateurs qui vont être à l'origine d'une collusion, à savoir une entente secrète au détriment d'un tiers (concurrents, clients, ou consommateurs). Elle ne doit pas être confondue avec les pratiques unilatérales de type abus de position dominante qui ne nécessite l'action que d'une seule entreprise.

La liberté des opérateurs est indispensable pour que l'économie de marché fonctionne de manière saine. La perte d'autonomie sur le marché va déterminer l'existence, ou non, d'une collusion. Le marché considéré est, selon la terminologie de la Commission, le « marché pertinent ». Cette notion sera présentée dans la troisième partie du rapport. La définition du marché pertinent n'entre toutefois en ligne de compte que pour apprécier si l'entente a des **effets** anticoncurrentiels. Si elle a un **objet** anticoncurrentiel, l'entente est d'emblée prohibée.

La perte d'autonomie des opérateurs est matérialisée par un concours de volontés entre les entreprises. Les articles 101 du TFUE et 420-1 du Code de commerce mentionnent trois formes :

- les décisions d'associations, quelle que soit leur forme juridique - associations de fait, associations sans but lucratif, groupements d'intérêt économique, organisations professionnelles, fédérations ;

- les accords : ils concernent aussi bien les contrats au sens du droit civil que les contrats nuls, expirés ou conclus sans respecter les formes de validité des contrats. Les vices de formes ou de consentement n'ont pas d'incidence au stade de la détermination de l'entente anticoncurrentielle ;

- les pratiques concertées : il s'agit des formes de coordination pratiques entre entreprises qui n'ont pas été poussées jusqu'à la réalisation d'un accord proprement dit¹. Des indices graves, précis et concordants suffisent à attester d'une concertation entre opérateurs (mail, déjeuners, téléphone).

¹ CJCE, 1975, *Suiker Unie*, 40/73, *cartel du sucre* ;

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union¹ a créé une quatrième forme : les « infractions complexes et continues » consistant en une forme imbriquée d'accord et de pratique concertée.

b) La prohibition des ententes altérant le jeu de la concurrence

« Pour apprécier si un accord doit être considéré comme altérant le jeu de la concurrence, il convient de l'apprécier dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux »². On examine alors la nocivité d'un accord sur les concurrents actuels ou potentiels, et sur le consommateur. Il existe deux types d'ententes.

Les cartels sont des ententes secrètes dont la nocivité, liée à la restriction sur la concurrence, est indiscutable. En effet, elles ont pour *unique objet* de tricher dans le jeu normal de l'économie de marché par la fixation des prix, la détermination du volume de production, la répartition des marchés géographiques et de la clientèle ou par le gel de l'innovation. La restriction de concurrence existe donc du fait de la nature même du comportement.

Les ententes par contrat, contrairement aux cartels, manifestent, par définition, un concours de volonté. En revanche, la restriction de concurrence est moins évidente, car l'objet même du comportement n'est pas nécessairement de tricher au jeu de l'économie de marché. La restriction sur la concurrence doit être prouvée à l'aide d'éléments concrets afin de déterminer s'il existe des clauses anticoncurrentielles illicites.

Il convient de s'interroger en premier lieu sur l'objet de l'accord. En effet, à partir du moment où il a été établi que l'objet même de l'accord était de fausser le jeu de la concurrence, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets anticoncurrentiels, en raison de la restriction grave de concurrence que cela provoque. De telles pratiques sont prohibées car elles entraînent des réductions de production, des hausses de prix ainsi qu'une réduction du bien-être du consommateur.

On distingue deux types d'entente en fonction des opérateurs économiques impliqués : les ententes horizontales et les ententes verticales.

Les ententes horizontales visent tout accord conclu entre deux ou plusieurs concurrents situés au même niveau de la chaîne économique du marché. Dans cette catégorie, les pratiques suivantes sont interdites en raison de leur objet restrictif de la concurrence : les pratiques de fixation des prix, les pratiques de limitation de production et les pratiques de partage de marchés et de la clientèle.

¹ CJCE, 1999, ANIC, affaire du cartel du polypropylène.

² Lignes directrices relatives à l'application de l'article 101 §3 (applicables également pour l'article 101 §1). En droit français, des pistes sont contenues dans le Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence de 2003 intitulé « Objet, effet et intention anticoncurrentiels ».

Les ententes verticales concernent les accords conclus entre opérateurs économiques situés à un niveau différent de la chaîne de production (par exemple un producteur et un transformateur ou un grossiste). Au sein de cette catégorie d'accords, les pratiques qui restreignent la concurrence du fait de leur objet même comprennent : l'imposition de prix de revente fixes ou minimaux et les restrictions de vente limitées à un territoire donné.

En application de la règle dite « *De minimis* », la Commission considère que les accords, pratiques concertées et associations d'entreprises qui sont d'une « importance mineure », ne restreignent pas sensiblement la concurrence entre États membres. Deux cas sont concernés par cette qualification : soit la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord, lorsque celui-ci est passé entre des entreprises concurrentes ; soit la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui ne sont pas concurrentes.

Toutes les ententes ne sont pas prohibées. L'exception générale de l'article 101 §3 vise les ententes entre entreprises et pratiques concertées qui visent à améliorer la production ou la distribution sans imposer aux entreprises des restrictions qui ne seraient pas indispensables aux objectifs ni entraîner la possibilité d'éliminer la concurrence.

2. Les spécificités présentes dans le secteur agricole

a) Les règles de droit

Le Règlement n° 1184/2006 pose, dans son article premier, le principe de l'application des règles de concurrence contenues dans les articles 101 et 102 du TFUE au secteur agricole, sous réserve des dispositions de l'article 2. L'article 2 du même règlement, qui ne concerne que l'article 101 §1 du TFUE, prévoit qu'il est possible de déroger aux règles de concurrence du droit commun dans les trois cas suivants :

- si les accords font partie intégrante d'une organisation nationale de marché¹ (ONM), la conclusion d'accords et de pratiques concertées dans le secteur agricole peut être autorisée ;

¹ La Cour de Justice dans l'arrêt CJCE, 13 nov. 1964, *Commission c/ Grand-Duché du Luxembourg et Royaume de Belgique*, aff. jointes 90 et 91/63 - CJCE, 10 déc. 1974, *Charmasson c/ Min. éco. et fin.*, aff. 48/74, définit une organisation nationale de marché comme étant "un ensemble de moyens de droit plaçant sous le contrôle de l'autorité publique la régulation du marché des produits concernés en vue d'assurer, par l'accroissement de la productivité et par un emploi optimum des facteurs de production et notamment de la main d'œuvre, un niveau de vie équitable aux producteurs, la stabilité des marchés, la sécurité des approvisionnements et des prix raisonnables aux consommateurs".

- si les accords sont nécessaires à la réalisation des objectifs de la PAC énoncés à l'article 39 du TFUE ;

- les accords, décisions et pratiques conclus par des exploitants agricoles ou dans le cadre d'associations d'exploitants agricoles ressortissants d'un seul État membre : ces accords ne doivent cependant pas comporter d'obligation de pratiquer un prix déterminé, mais concerner 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 la Commission ne constate qu'ainsi la concurrence est exclue ou que les objectifs de l'article 39 du traité sont mis en péril ».

Par ailleurs, d'autres dérogations sont possibles :

- chaque organisation commune de marché (les OCM spécifiques à un secteur agricole apparaissant à l'annexe I du TFUE) a la possibilité de définir et d'autoriser des pratiques anticoncurrentielles pour lesquelles il sera possible de suspendre les règles de concurrence de droit commun, mais seulement pour faire face à un déséquilibre révélant l'inadéquation temporaire du libre jeu de l'offre et de la demande. Il s'agit de l'hypothèse de l'application des règles spécifiques de gestion des OCM, apparaissant dans le règlement n° 1234/2007 ;

- l'exemption des ententes de l'article 101 §3 du TFUE. Cette dérogation est applicable à tous les domaines économiques, elle s'applique donc également au secteur de l'agriculture. Cependant dans le secteur agricole, les conditions de l'article 101 §3 interprétées strictement sont rarement réunies, notamment pour les pratiques d'encadrement des prix. En effet en pratique, il est difficile pour les entreprises qui se sont vu refuser le bénéfice d'une dérogation sur la base de l'article 2 du règlement n° 1184/2006 d'obtenir une dérogation sur la base de l'article 101 §3 du Traité.

b) Des dérogations de portée limitée

La portée de la dérogation relative aux ONM a été réduite considérablement par la couverture de certains secteurs agricoles par des OCM spécifiques : en effet, à partir du moment où il existe une OCM spécifique, l'ONM est inapplicable.

La portée de la dérogation relative aux objectifs de la PAC a également été réduite. Depuis la décision Frubo de la Commission du 25 juillet 1974, un accord sera licite seulement s'il est le seul et le meilleur moyen pour atteindre les objectifs de la PAC, et s'il favorise la réalisation de l'ensemble de ses objectifs. Or, cette condition est très difficile à remplir.

Par ailleurs, une analyse de la pratique des autorités compétentes permet d'affirmer que la portée de ces dérogations et exceptions est limitée. Dans l'affaire des viandes bovines françaises en 2003, la Commission a d'abord examiné le contenu et la portée de l'accord litigieux au sens de

l'article 101 §1, et seulement dans un second temps si l'accord entrait dans le champ des exceptions du règlement n° 1184/2006. De même, dans l'affaire Frico Domo en 1995¹, la Cour de justice a statué dans le sens d'un examen des conditions de l'article 101 §1 avant d'examiner si la pratique pouvait bénéficier de l'exception du règlement n° 1184/2006. Enfin, dans l'affaire n° 07-D-16, Collecte et commercialisation des céréales, le Conseil de la concurrence a déclaré suivre ce même raisonnement.

En outre, le contrôle des ententes est particulièrement rigoureux lorsque les accords concernent la fixation de prix.

3. Le strict contrôle des accords sur les prix

Les aménagements du droit de la concurrence applicables à l'agriculture sont contrôlés par les Autorités nationales et européenne. Ce contrôle est particulièrement strict lorsque les accords portent directement ou indirectement sur les prix. Toute dérogation est interprétée de façon stricte. Tout accord litigieux est sévèrement sanctionné.

a) L'analyse des accords dérogatoires au droit de la concurrence

Il n'est pas rare que des accords dérogatoires au droit commun de la concurrence - mais réguliers - contiennent des dispositions sur les prix. Ces dispositions sont interprétées de façon très stricte.

Ainsi, le règlement OCM unique autorise, en vertu de ses articles 3 et 5, une dérogation aux règles de concurrence selon laquelle les Organisations de producteurs (OP) et les associations d'organisations de producteurs (AOP) peuvent « régulariser » les prix à la production. Mais, pour la Commission européenne, consultée à ce sujet en 2006, cette dérogation ne signifie pas « fixer » les prix à la production, et les pratiques autorisées pour les OP et AOP ne peuvent pas consister en un accord collectif sur les prix.

De même, dans l'avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes, l'Autorité de la concurrence précise que même si le règlement « OCM unique » autorise les organisations collectives à « régulariser les prix à la production », cet objectif de régularisation autorise la diffusion de mercuriales, c'est-à-dire des listes de prix des denrées alimentaires qui rendent compte de l'évolution du marché, mais la diffusion de « prix recommandés » ou de « prix imposés » est une pratique qui est interdite en raison de ses effets anticoncurrentiels incontestables.

¹ CJCE, 12 déc. 1995, *Hendrik evert Dijkstra e. a. c/ Friesland Coöperatieve BA (Frico Domo)*, aff. C-319/93, C-40/94 et C-244/94

L'« affaire » des indicateurs de tendances de prix proposés par l'interprofession laitière – le CNIEL – est révélatrice d'un certain embarras des autorités françaises.

Depuis 1997, le CNIEL communiquait des recommandations de prix trimestrielles, non obligatoires, mais qui servaient de référence au niveau des centres régionaux et des acteurs de la filière (éleveurs et fabricants). Ces recommandations étaient acceptées par les acteurs du secteur : le collecteur s'en servait pour établir le prix à payer mensuellement à son producteur.

Sous l'impulsion du conseiller agricole de la présidence de la République de l'époque – comme l'a révélé un des principaux acteurs de cette affaire lors de son audition –, la DGCCRF a adressé au président du CNIEL une lettre, le 21 avril 2008, lui enjoignant de cesser cette pratique car elle pouvait être assimilée à une entente sur les prix, prohibée par le droit de la concurrence de l'Union européenne. Ce revirement apparaît comme le révélateur d'une volonté politique d'appliquer strictement les règles de concurrence au secteur laitier en France.

Même si les industriels fabricants, gênés par des formules de prix qui les conduisaient à payer le prix du lait plus cher que leurs concurrents européens, avaient fait part de leur intention de dénoncer cet accord, l'abandon de ces indices de référence a fortement déstabilisé l'ensemble de la profession qui pouvait, jusque-là, s'enorgueillir d'avoir réussi un dialogue constructif, une médiation entre partenaires aux attentes opposées. Peu d'interprofessions peuvent présenter un tel bilan.

Le vide laissé par cette renonciation brutale a été comblé de façon plutôt rocambolesque par un amendement à la loi de finances pour 2009, proposé par un député, Marc Le Fur, mais présenté par le Gouvernement. L'article 141 de la loi n° 1425 du 28 décembre 2008 de finances pour 2009 ajoute un nouvel article L.632-14 au Code rural permettant au CNIEL d'élaborer non plus des « recommandations » mais des « indices de tendances » des prix du lait.

b) La sanction des accords litigieux

Toute forme d'entente sur les prix est sanctionnée par les Autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence. Les contentieux sur ce thème sont nombreux. Il est proposé une sélection d'arrêts récents concernant des ententes portant sur la libre circulation des marchandises et les prix ou seulement sur les prix. Les arrêts sont présentés ici de façon sommaire et sont davantage commentés en annexe.

● **L'affaire « viandes bovines françaises » :**

L'arrêt Viandes Bovines françaises¹ fait suite à une décision de la Commission condamnant un accord – écrit puis oral – conclu par des fédérations françaises d'éleveurs et d'abatteurs du secteur bovin.

L'accord litigieux comportait deux volets : un « engagement provisoire de suspension des importations » et un accord sur les prix avec, notamment, des prix minima d'achat des vaches de réforme². Entrave à la libre circulation et entente sur les prix... deux entraves à la concurrence particulièrement graves aux yeux de la Commission.

La Commission, après avoir rappelé le principe d'interdiction des ententes et rejeté l'argument de la pression des éleveurs de terrain (en droit de la concurrence, le vice du consentement n'est pas retenu pour établir l'absence d'un accord), a constaté la présence d'une restriction de concurrence au sens de l'article 81 §1 du TCE (actuel article 101 §1 du TFUE), en raison de l'objet de l'accord qui visait à fixer des prix minima. La Commission s'est livrée à une analyse des conditions des dérogations prévues dans le règlement n° 26 (actuel règlement 1184/2006) :

- la première condition concerne les ententes "*qui font partie intégrante d'une organisation nationale des marchés*". Cette dérogation est inapplicable en l'espèce dès lors que la viande bovine est couverte par une organisation commune des marchés ;

- la deuxième condition concerne les ententes "*nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du traité*", et ne s'applique pas non plus. En vertu de cette disposition, l'entente échappe au champ d'application de l'article 81 TCE actuel article 101 TFUE, s'il est démontré qu'elle est « nécessaire à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du traité ». Depuis l'arrêt Frubo de la Cour de justice, la dérogation ne s'applique que dans le cas où tous les objectifs sont favorisés. Or, après une analyse des cinq objectifs au cas par cas, la Commission conclut que l'accord n'apparaît pas nécessaire pour atteindre au moins quatre objectifs de la PAC. Seul l'objectif consistant à « assurer un niveau de vie équitable à la population agricole » est rempli par l'accord, puisqu'il s'agissait de fixer un prix minimal à un niveau supérieur à celui du marché. La dérogation n'est donc pas applicable en l'espèce ;

¹ Tribunal de première instance des Communautés européennes – Arrêt du 13 décembre 2006 – FNCB / Commission 217/03.

² Cette disposition, il est vrai très dérogatoire au regard du droit de la concurrence, s'explique par le contexte de l'époque. Sous l'effet de la crise de l'ESB, la consommation de viande bovine avait considérablement chuté, entraînant une forte baisse des prix au point que les prix de vente des animaux de consommation étaient devenus inférieurs au prix de retrait (achat pour destruction) communautaire. Ce décalage entre ce prix de retrait, plus élevé que le prix de vente, était incompréhensible pour les éleveurs et entraînait même des importations imprévues: les éleveurs allemands envoyaient leurs bêtes en France pour disposer des prix de retrait plus favorables !

- la troisième condition concerne « *les ententes entre exploitants agricoles, (...) dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou la vente de produits agricoles (...), à moins que la Commission ne constate qu'ainsi la concurrence est exclue ou que les objectifs de l'article 33 du traité sont mis en péril* ». Cette condition ne s'appliquait pas non plus puisque l'accord portait sur le prix.

En conclusion, aucune des dérogations n'est applicable. Par conséquent, l'accord n'échappe pas au champ d'application de l'article 81 §1 du TCE (actuel article 101 §1 du TFUE) et les fédérations ont été condamnées par décision de la Commission à une amende pour infraction aux règles de concurrence. Les fédérations ont saisi le juge européen et ont été déboutées. La sanction de la Commission a été confirmée. Le fait que l'infraction ait été double - sur la liberté de circulation et sur les prix - et portait sur des sujets particulièrement sensibles, a certainement pesé dans la sanction. L'amende globale se monte à 10,89 millions d'euros. Elle a été payée.

● **La décision « endives »** (décision du 6 mars 2012 n° 12-D-08 relative à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur des produits de la commercialisation des endives) :

L'Autorité de la concurrence a condamné une entente sur la fixation des prix entre les producteurs d'endives. L'entente a regroupé une dizaine d'organisations de producteurs et sept organisations représentatives. L'entente concerne l'ensemble de la production endivière française, et plus particulièrement celle des régions du Nord Pas-de-Calais et Picardie. Les pratiques anticoncurrentielles ont consisté en un plan global de fixation de prix de vente *a minima* des endives. L'objectif poursuivi était donc le contrôle des prix des endives vendues par les producteurs aux grossistes et aux distributeurs. Les pratiques ont débuté en 1998 et certaines ont été poursuivies jusqu'en 2012.

Les pratiques anticoncurrentielles ont consisté en : la diffusion régulière d'une consigne de prix minimum par catégorie d'endives ; une gestion des volumes d'endives mis en vente par des opérations de dénaturations obligatoires (destruction des marchandises) qui avaient lieu lorsque le cours de l'endive descendait sous un certain seuil afin de maintenir le prix de l'endive décidé en commun ; un système d'échanges d'informations via un outil informatique qui permettait de suivre les prix pratiqués par les producteurs et de contrôler qu'ils étaient bien conformes aux prix décidés collectivement.

De plus, les producteurs avaient conscience du caractère illicite de ces pratiques, comme l'atteste un courriel d'un syndicat agricole et l'opposition d'un producteur. La DGCCRF aurait également averti les acteurs de la filière que le secteur agricole n'échappait pas au droit de la concurrence (même si les intéressés considèrent qu'ils respectaient les compétences prévues par l'OCM, qui donne aux AOP la possibilité de régulariser les prix).

Ces pratiques constituent une infraction condamnée par l'article 101 du TFUE et sont une atteinte grave au droit de la concurrence. Dans sa décision, l'Autorité de la concurrence se prévaut toutefois d'une application souple de ce droit en tenant compte de l'impact limité des pratiques anticoncurrentielles sur le consommateur (la grande distribution a toujours pu négocier les prix durant toute la durée des pratiques anticoncurrentielles) et de la situation économique des producteurs. Le montant final des sanctions s'est élevé à 3,6 millions d'euros.

À ce jour, l'affaire est en appel devant la Cour d'appel de Paris. Si les endiviers continuent d'avancer l'idée que l'OCM reconnaît aux AOP la capacité de déterminer la régularisation des prix, l'argument le plus convaincant concerne le cumul des sanctions pour certains producteurs. L'amende, fixée globalement à 3,6 millions d'euros, est répartie entre onze organisations et associations de producteurs (France endives/Perle du Nord, Nord alliance...). Du fait de la multi-appartenance, certains producteurs pourraient aussi être condamnés à payer deux, trois, voire jusqu'à six amendes. Le ministère public aurait demandé de réduire sensiblement l'amende globale (montant divisé par trois ou quatre). Le ministère de l'économie aurait même suggéré une amende symbolique. Le délibéré est attendu pour mars 2014.

● **La décision sur les entreprises d'abattage de porc** (Décision n° 13-D-03 du 13 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier) :

L'Autorité de la concurrence a condamné huit abatteurs de porc ainsi que deux organismes professionnels pour pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur de l'abattage de porc et de sa commercialisation. La condamnation porte sur des ententes interdites par l'article 101 du TFUE et restrictives de concurrence.

Les pratiques anticoncurrentielles concernent trois situations :

- cinq abatteurs se sont concertés pour diminuer de façon coordonnée leurs volumes d'abattage de porcs avec pour objectif la baisse du prix sur le marché du porc breton (au détriment des éleveurs) ;

- le Syndicat national du commerce de porcs (SNCP) a diffusé, entre décembre 2004 et août 2009, des consignes de prix à ses adhérents dans le but de contrer les promotions organisées par la grande distribution, invitant les abatteurs à ne pas accepter de vendre leur viande porcine aux enseignes de la grande distribution en-deçà d'un certain prix de référence ;

- enfin, un groupement de producteurs a même été jusqu'à déterminer un prix de vente minimum sur la viande.

Ces pratiques ont été sanctionnées par l'Autorité de la concurrence comme étant constitutives de pratiques anticoncurrentielles interdites par l'article 101 du TFUE. Comme dans la décision « endives », l'Autorité a pris

en compte la non-contestation des griefs et les difficultés économiques de la filière. Le montant total de l'amende s'élève à 4,57 millions d'euros.

Il convient d'observer que cette décision de l'Autorité de la concurrence fait suite à une saisine des producteurs de porcs et que cette entente sur le prix pénalisait à la fois le consommateur final et le producteur primaire. L'amende a été payée par quelques organisations, tandis que certains abatteurs ont fait appel de la décision, en raison d'un traitement considéré comme inégalitaire entre contrevenants.

• **L'affaire des farines en sachet** (Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires) :

L'affaire concerne deux situations. Il y avait, d'une part, une entente entre meuniers français et allemands - « un pacte de non-agression mutuelle » - visant à limiter les importations entre les deux pays en les maintenant à un niveau fixé par avance (15 000 tonnes), et, d'autre part, une entente entre meuniers français visant à fixer un prix, limiter la production, et se répartir la clientèle de la farine vendue en sachets dans la grande distribution. Un meunier allemand avait dénoncé l'entente à laquelle il avait participé afin de bénéficier de la procédure de clémence qui permet de réduire les sanctions pécuniaires.

Le cartel franco-allemand ayant été clairement établi par plusieurs réunions, s'étant prolongé six ans, ayant porté sur les entraves aux échanges intracommunautaires, et ayant ainsi entravé l'interpénétration économique et le commerce entre États membres, « constitue l'une des infractions les plus graves aux règles de concurrence ». Il a été sanctionné à hauteur de 95 millions d'euros. L'entreprise à l'origine de la dénonciation a été exonérée, tandis que les « meneurs » ont vu leurs sanctions augmentées de 10 %.

L'entente portait sur les prix et le partage du marché français (avec croquis à l'appui). L'autorité a relevé la gravité de cette entente qui a permis aux meuniers français « de manipuler les principaux paramètres de la concurrence causant aux consommateurs un dommage important du fait de sa durée très longue », de verrouiller le marché, éliminant ainsi toute forme de concurrence. La sanction s'est élevée à 146,9 millions d'euros.

Au total, l'amende se monte à 242 millions d'euros.

B. LES COMPÉTENCES NOUVELLES DES ORGANISATIONS DE PRODUCTEURS

1 le rôle des organisations de producteurs jusqu'en 2012

a) Les organisations de producteurs

Une organisation de producteurs (OP) est un groupement de producteurs, créé à leur initiative, mais à statut particulier et à missions particulières.

L'OP est constituée à l'initiative d'un ensemble d'agriculteurs qui se regroupent en visant des objectifs fixés par un règlement européen. Même si les objectifs ont changé depuis le premier règlement de 1972¹, l'idée générale est de structurer le secteur de production, de favoriser le regroupement de l'offre, afin de rééquilibrer les relations commerciales qu'ils entretiennent avec les acteurs économiques de l'aval de leur filière. Toutes les formes de regroupement sont possibles : sociétés coopératives, associations, sociétés commerciales, groupements d'intérêt économique, mais le regroupement doit s'effectuer sur une base volontaire.

Le statut particulier vient de la reconnaissance des OP. En France, par arrêté ministériel, après avis de la commission nationale technique du Conseil supérieur de l'orientation de l'économie agricole et alimentaire (CSOEAA), organisme consultatif paritaire placé auprès du ministre en charge de l'agriculture, les OP doivent satisfaire à un certain nombre d'exigences : de taille - estimée sur le nombre de producteurs ou sur la valeur de la production commercialisée -, de garanties professionnelles, etc...

L'OP doit contribuer à la réalisation des objectifs fixés par la réglementation européenne et prouver son utilité par l'ampleur et l'efficacité des services offerts à ses membres. Une OP doit être capable d'exercer effectivement les activités qui lui sont confiées par ses membres. La structure doit avoir notamment pour objet la valorisation de la production agricole de ses membres, l'amélioration de la qualité des produits, le renforcement de l'organisation commerciale des producteurs, ou encore la pérennisation de la production sur un territoire déterminé. Les OP ont un rôle de réduire les coûts de production et de régulariser les prix à la production. Il s'agit également de renforcer la capacité de négociation des producteurs agricoles dans le cadre strict du respect du droit de la concurrence.

¹ Les principales étapes du régime des OP sont : 1972 (règlement du Conseil n° 1035/72), 1996 (règlement du Conseil n° 2200/96), 2003 (règlement de la Commission n° 1432/2003) et 2007 (règlement n° 1182/2007). L'évolution est marquée par la diminution du rôle de l'intervention communautaire - le retrait destruction par exemple-, en évoluant vers la limitation quantitative et l'amélioration qualitative des productions. La protection de l'environnement est également un nouvel axe apparu en 1996.

Les OP opèrent deux grandes catégories de fonctions :

- la définition de règles pour adapter l'offre à la demande, instaurer une transparence des transactions, mettre en œuvre la traçabilité et promouvoir des méthodes de production respectueuses de l'environnement ;
- la commercialisation en totalité ou en partie de la production de leurs membres ou la mise à disposition de leurs membres des moyens nécessaires à la commercialisation de leur production.

Depuis 1996, une OP reconnue peut constituer un « fonds opérationnel » destiné à financer des « programmes opérationnels » pluriannuels. Le fonds est financé par l'organisation de producteurs ainsi que la participation financière de l'UE et des États membres.

À la demande d'une OP, un État membre peut « étendre les règles » c'est-à-dire rendre obligatoire, pour une période de temps limitée, certaines règles convenues dans le cadre de cette organisation pour d'autres producteurs non membres de la région ou dans laquelle elle opère.

Aujourd'hui, le Code rural et de la pêche maritime prévoit des règles encadrant le régime des OP dans de nombreux secteurs de production, même si assez peu d'OP ont été créées, à l'exception de quelques secteurs qui bénéficient d'un régime particulier prévu par l'OCM unique : fruits et légumes, tabac vin, huile d'olive et coton.

b) Les OP fruits et légumes

Les OP fruits et légumes structurent incontestablement la filière. La caractéristique du secteur est la périssabilité des produits et une structure de marché très particulière : l'offre est atomisée avec un très grand nombre de producteurs, mais la demande l'est presque autant. Il y a très peu de gros transformateurs (confituriers). Il existe environ 200 OP dans le secteur des fruits et légumes, dont 7 seulement sont des OP non commerciales. Les OP fruits et légumes présentent plusieurs singularités.

D'une part, leur reconnaissance par l'État est obligatoire dans les conditions posées à l'article 125 ter du règlement OCM unique, dès lors que conditions d'activité, de périmètre etc... sont remplies et que les objectifs précisés par la réglementation européenne sont visés. Deux types d'OP peuvent être reconnus : les OP de commercialisation qui assurent elles-mêmes la commercialisation des produits des adhérents, et les OP de mise sur le marché, dont le rôle est moins important. Le règlement OCM unique actuel précise que l'État doit contrôler que l'OP n'est pas en position dominante. L'idée étant que, dès lors que l'OP peut bénéficier de fonds publics, l'État et l'UE ne pouvaient pas, en plus, les subventionner. (Cette clause a été supprimée dans le nouveau règlement OCM unique).

D'autre part, elles peuvent bénéficier d'aides publiques nationales et européennes dans les conditions fixées aux articles 103 bis et 103 ter du

règlement OCM unique, et mettre en œuvre des « programmes opérationnels » pour gérer les situations de crise.

Ensuite, l'État peut étendre les règles de l'OP à l'ensemble du secteur (y compris aux non-membres de l'OP), comme le prévoit l'article 125 septies du règlement OCM unique. Une OP - comme une association d'organisation de producteurs (AOP) - est jugée représentative si elle regroupe au moins 50 % des producteurs et 60 % de la production de la circonscription économique considérée.

Enfin, s'agissant précisément du droit de la concurrence, leurs accords bénéficient de clauses dérogatoires au droit de la concurrence dans les conditions fixées à l'article 176 bis du règlement OCM unique.

**Règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007
dit « règlement OCM unique »**

article 176 bis

relatif aux accords et pratiques concertées dans le secteur des fruits et légumes

1. L'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues, ayant pour objet l'exercice des activités visées à l'article 123, paragraphe 3, point c), du présent règlement.

(...)

4. Les accords, décisions et pratiques concertées ci-après sont déclarés, en tout état de cause, incompatibles avec la réglementation communautaire (...):

d) les accords, décisions et pratiques concertées qui comportent la fixation de prix, sans préjudice des activités exercées par les organisations interprofessionnelles dans le cadre de l'application de dispositions spécifiques de la réglementation communautaire.

Le régime des OP fruits et légumes distingue les OP avec transfert de propriété, dites OP commerciales, et celles sans transfert de propriété (dites OP non commerciales). Les OP peuvent être utiles pour mener des actions de recherche, établir des actions de commercialisation sur les calibres des fruits par exemple, etc.

Cette distinction est capitale pour la suite. Jusqu'en 2012, les capacités de négociation collective sont limitées par le cadre juridique européen. Lorsqu'il y a transfert de propriété comme c'est le cas pour les coopératives, la négociation collective des contrats est possible. Lorsqu'il n'y a pas de transfert de propriété, la négociation collective n'est pas possible. Il peut y avoir une négociation individuelle pour le compte de l'adhérent mais pas de négociation collective. Bien évidemment, les producteurs ne peuvent s'entendre sur les prix.

Les particularités s'étendent aux interprofessions.

Dans le cadre de l'OCM unique, cinq secteurs sont visés : les fruits et légumes, le tabac, le vin, l'huile d'olive et le coton. Chacun dispose d'une ou plusieurs organisations interprofessionnelles ayant un bus précis. Celles-ci peuvent consister, entre autres, à concentrer et coordonner l'offre et la commercialisation des produits des producteurs membres, à adapter la production et la transformation aux exigences du marché, et à promouvoir la rationalisation et l'amélioration de la production et de la transformation de ces produits.

Les États membres ont cependant la possibilité de reconnaître des organisations interprofessionnelles dans d'autres secteurs sur le fondement de leur droit interne. En France, ce fut à l'origine le cas, par exemple, de l'organisation interprofessionnelle laitière regroupant les producteurs et les transformateurs dans le cadre du Centre national interprofessionnel de l'économie laitière (CNIEL).

La Commission européenne considère que les organisations interprofessionnelles ne rentrent pas dans la catégorie des « associations d'exploitants agricoles ou associations de ces associations » au sens de l'article 176, paragraphe 1 du règlement OCM unique, ce qui signifie qu'en l'absence de dérogations spécifiques prévues dans le cadre de ce règlement, l'article 101 du TFUE s'applique à ces organisations interprofessionnelles. Par conséquent, les accords et pratiques mis en œuvre par une organisation interprofessionnelle sont à analyser au regard de l'article 101 du TFUE et de la disposition correspondante du droit interne, et non au regard des dispositions du règlement OCM unique.

2. Les innovations du « Paquet lait »

a) L'organisation institutionnelle du secteur laitier

La crise et la réforme de l'organisation du secteur laitier ont été présentées à plusieurs reprises¹. Il suffit de rappeler que le secteur a dû faire face à trois événements majeurs pour la filière :

- la très forte volatilité des prix en Europe entre 2007 et 2009 (dépassant, dans certains pays, + 50 %, puis - 50 % l'année suivante !);
- l'abandon des quotas laitiers, décidé en 2003, prévu pour le 1^{er} avril 2015 ;

¹ Voir notamment :

- Rapport d'information de M. Jean Bizet sur le prix du lait dans les États membres de l'Union européenne - Sénat - n° 481 (2008-2009).
- Rapport d'information de MM. Jean-Paul Emorine et Gérard Bailly sur l'avis de l'Autorité de la concurrence relatif au fonctionnement du secteur laitier - Sénat - n° 73 (2009-2010).
- Rapport de M. Jean Bizet sur le rôle des organisations de producteurs dans la négociation du prix du lait - Sénat - n° 721 (2011-2012).

- l'abandon du système de recommandation des prix établi jusqu'en 2008 par l'interprofession laitière.

En quelques années, le secteur, en France, perdait donc ses repères - en quantités et en prix - et les concurrences devenaient toujours plus vives avec les producteurs des États voisins.

Sur le plan institutionnel, l'adaptation s'est faite en suivant différentes voies :

- **une première voie, nationale**, comportant deux éléments.

D'une part, la transition vers la fin des quotas laitiers s'est faite par la contractualisation. En France, la loi LMAP n°2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche instaure, pour toutes les filières agricoles, via l'article 631-24 du Code rural, la capacité pour le Gouvernement d'imposer pour une filière donnée une obligation de formaliser par écrit la relation contractuelle entre producteurs et acheteurs. La loi énumère une liste de clauses. En application de la loi LMAP, le décret 2012-1753 du 30 décembre 2010 met en place une obligation d'engagement contractuel écrit et formalisé, d'une durée minimale de cinq ans, entre producteurs de lait et leurs acheteurs de la filière laitière plus particulièrement.

D'autre part, concernant les prix, le système des recommandations de prix, établi par le CNIEL, a été remplacé par un système moins directif et purement informatif d'« indices de tendances » (nouvel article L632-14 du Code rural introduit par la Loi de finances pour 2009). Cette disposition a été notifiée à la Commission européenne. Cette dernière a considéré que le dispositif n'appelait pas d'observation au regard du droit de la concurrence en octobre 2013).

- **Une deuxième voie, européenne**, par le règlement n° 261/2012 du 14 mars 2012, modifiant la section « secteur du lait et des produits laitiers », organisée par le règlement n° 1234/2007 (dit OCM unique). Ce règlement, appelé « Mini paquet lait », est le résultat des travaux d'un « groupe de haut niveau » rassemblant les experts des États membres. Ce règlement confirme le principe de contractualisation (adopté en France quelques mois auparavant !) mais surtout, apporte des innovations déterminantes sous l'angle du droit de la concurrence. Le règlement prévoit :

- d'une part, la reconnaissance des organisations de producteurs (OP) et de leurs associations pour le secteur laitier, et leur **possibilité de négociier**, au nom des agriculteurs qui en sont membres, le **prix** et les volumes du lait cru des contrats de livraison aux transformateurs ;

- d'autre part, à destination des interprofessions, un dispositif de **dérogation au principe de prohibition des ententes** figurant à l'article 101 §1 TFUE, à la condition que les accords conclus aient été notifiés à la

Commission et qu'elle n'ait pas déclaré, dans les trois mois après la notification, leur incompatibilité aux règles de l'Union européenne.

En France, le décret n° 2012-512 du 19 avril 2012, élaboré en application des règlements n° 1234/2007 et n° 261/2012, permet la reconnaissance des OP et des AOP dans le secteur du lait de vache. Une OP doit justifier soit d'un nombre minimum de 200 membres producteurs, soit d'un volume minimum de 60 millions de litres de lait commercialisé.

Ainsi, une **autorisation explicite des ententes dans le secteur laitier** sous forme de négociation contractuelle sur les prix du lait et sur les volumes figure désormais à l'article 126 quater du règlement n° 1234/2007.

Une OP reconnue pourra désormais négocier le contrat de vente avec le transformateur, au nom des agriculteurs qui en sont membres, qu'il y ait ou non transfert de propriété du lait cru. Trois conditions doivent être réunies : il faut que le volume de lait cru faisant l'objet de ces négociations n'excède pas 3,5 % de la production totale de l'Union- ce qui correspond à peu près au marché laitier breton, 33% de la production nationale de l'État membre dans lequel est produit le lait cru, et 33 % de la production nationale de l'État membre où est livré le lait cru. Les négociations ne doivent cependant pas permettre la fixation de prix, y compris à titre indicatif ou de recommandation. Par ailleurs, pour que la négociation ait lieu, le producteur doit avoir donné mandat à l'OP de façon formelle.

Le « Paquet lait » a ainsi résolu les principaux problèmes juridiques qui existaient pour les deux types d'organisation de producteurs que sont les OP « non commerciales » n'ayant pas procédé à un transfert de propriété du lait, et les OP « commerciales » ayant procédé à un transfert de propriété, assimilables à des coopératives. La possibilité de former des OP dans le secteur laitier confère aux producteurs de lait la faculté de négocier concrètement les contrats avec les industriels laitiers, faculté qu'ils ne possédaient pas au sein de simples « groupements ».

b) L'application encore décevante des possibilités ouvertes par le « Paquet lait »

Le précédent rapport sur le rôle des organisations de producteurs dans la négociation du prix du lait avait recensé quelques-unes des difficultés d'application :

- la difficulté pratique de la constitution de l'OP, de sa reconnaissance par l'État et, surtout, d'obtenir, matériellement, les mandats de négociation des contrats de vente auprès des adhérents ;

- les difficultés humaines liées à un certain individualisme des éleveurs, aux réticences, aux regroupements sous cette forme ; Pour de nombreux éleveurs, « *l'adhésion à une OP entrave la liberté individuelle et empêche de faire des coups* » :

- les freins des structures collectives existantes - groupements professionnels, associations et syndicats ;

- les freins plus ou moins puissants mis par certains industriels fabricants, peu disposés à négocier les contrats, en particulier les prix, avec une organisation - à moins que ce soit avec une « organisation maison ».

Le premier bilan après un an d'expérience est plutôt nuancé. La contractualisation est acquise et pleinement bénéfique. Elle a fait cesser la pratique singulière, et même humiliante, de la « paye de lait » (où la facture était préparée par l'acheteur !). Le contrat oblige les parties - éleveurs et producteurs - à se parler, à partager leurs difficultés notamment avec la distribution en aval. Le contrat donne de la visibilité. Même s'il convient de rappeler que la contractualisation n'est pas une obligation, le collecteur a pour seule obligation de proposer un contrat écrit, avec une durée de cinq ans. L'éleveur reste libre de ses choix. Un tiers des éleveurs reste sans contrat.

En revanche, le bilan des OP est plus incertain. Les OP, dans tous les secteurs, donnent de la visibilité aux producteurs. Il y a bien la reconnaissance d'une organisation, d'une force potentielle, et sans doute, l'espoir de peser collectivement face aux acheteurs. Mais le nombre d'OP est encore faible. On compte, fin novembre 2013, 31 OP dans le secteur laitier (par comparaison, il existe 200 OP dans le secteur des fruits et légumes). L'objectif, selon le ministère de l'agriculture, serait d'environ 100 OP. Sur les 31 OP du secteur laitier, trois sont avec transfert de propriété - une coopérative, un groupement d'intérêt économique et une SAS.

Dans la quasi-totalité des cas, les OP regroupent des éleveurs qui livrent à un seul collecteur (Lactalis/Bongrain...). Le modèle pratique est bien le modèle de l'« OP maison » (ex : deux « OP Lactalis » et une « OP Bongrain » en Bretagne) à l'influence nécessairement réduite. « *OP maison-OP bidon* » ? s'était interrogé notre collègue Yannick Botrel lors d'une réunion de notre commission, le 16 juillet 2013. Il n'y a pratiquement pas d'OP géographique, régionale - à l'exception d'une OP dans la région de Sancerre - qui auraient nécessairement plus de poids et pourraient jouer, le cas échéant, de la concurrence entre collecteurs.

Le pouvoir des négociations des OP est resté très faible, voire symbolique. « *Le paquet lait a reconnu un droit, mais il n'y a pas eu de pouvoir de négociation des prix* », estime le médiateur des contrats. « *Les collecteurs industriels veulent faire baisser les prix, résistent énormément à la négociation. En outre, la crise économique générale bloque tout* ».

Tous les observateurs du secteur considèrent que la capacité de peser sur les prix restera faible. Seules des associations, des organisations de producteurs (AOP) pourraient, le cas échéant, avoir une influence. Dès lors que les OP actuelles sont des OP de collecteurs (les « OP maison »), on conviendra qu'elles n'en prennent pas le chemin.

3) les dispositions de la nouvelle OCM unique

a) Les nouvelles dispositions de l'OCM unique

La réforme de la PAC modifie le régime des OP (voir textes complets en annexe).

Cette réforme apporte plusieurs modifications.

Le régime de reconnaissance des OP est étendu à plusieurs autres secteurs. La capacité de négociation collective est étendue aux OP céréales, viande bovine et huile d'olive. Elle s'étend aux contrats de livraison avec des clauses de volume et de prix (sans aller jusqu'à la fixation des prix). La négociation des volumes – non des prix – est également ouverte aux jambons sous signe de qualité. Les seuils de marché fixés pour l'OP lait pour la limite de reconnaissance de l'OP (33 % du marché national et 3,5 % du marché de l'Union européenne), n'ont pas été repris. Les nouveaux seuils sont fixés à 15 % du marché national. Une diminution de seuil très favorablement accueillie par le DG concurrence « *Le lait était une erreur. Le pourcentage de 33 % avait été fixé arbitrairement. Ce n'est pas soutenable à terme* ».

Le texte supprime l'obligation de contrôle préalable d'absence de position dominante avant la reconnaissance de l'OP.

« L'OP lait » reste à part mais la nouvelle OCM sanctuarise les dispositions du « Paquet lait », conçu en son temps pour accompagner la transition vers l'abandon des quotas laitiers. Le terme fixé par le règlement 261/2012 était au 30 juin 2020. Le nouveau règlement OCM unique pérennise ces dispositions.

Le régime dérogatoire au droit de la concurrence est fixé au nouvel article 145 du règlement. Il renforce le rôle d'examen de la Commission (les modifications par rapport au texte actuel sont en italique)

Article 145

Accords et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues

1. L'article 101, paragraphe 1, du *TFUE* ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues au titre de l'article 108 du présent règlement, ayant pour objet l'exercice des activités mentionnées à l'article 108, paragraphe 1, point c), et *paragraphe 2, point c)*, du présent règlement et, en ce qui concerne les secteurs de l'huile d'olive et des olives de table et du tabac, les activités mentionnées à l'article *109 quinquies* du présent règlement.

2. Le paragraphe 1 s'applique uniquement lorsque :

a) les accords, décisions et pratiques concertées ont été notifiées à la Commission;

b) si cette dernière, dans un délai de deux mois à compter de la communication de tous les éléments d'appréciation nécessaires, n'a pas déclaré l'incompatibilité de ces accords, de ces décisions ou de ces pratiques concertées avec la réglementation *de l'Union*. *Si la Commission estime qu'ils sont incompatibles avec la réglementation de l'Union, elle établit ses conclusions sans recourir à la procédure visée à l'article 162, paragraphes 2 et 3.*

3. Les accords, décisions et pratiques concertées *visées au paragraphe 1* ne peuvent entrer en vigueur avant que le délai de *deux mois* prévu au paragraphe 2, point b), soit écoulé.

4. Les accords, décisions et pratiques concertées sont déclarés, en tout état de cause, incompatibles avec la réglementation de l'Union s'ils :

a) peuvent entraîner toute forme de cloisonnement des marchés à l'intérieur de l'Union ;

b) peuvent nuire au bon fonctionnement de l'organisation des marchés ;

c) peuvent créer des distorsions de concurrence qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs de la politique agricole commune poursuivis par l'activité de l'organisation interprofessionnelle ;

d) comportent la fixation de prix ou de quotas ;

e) peuvent créer des discriminations ou éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits concernés.

5. Si la Commission constate, après l'expiration du délai de deux mois visé au paragraphe 2, point b), que les conditions d'application du paragraphe 1 ne sont pas remplies, elle prend, *sans recourir à la procédure visée à l'article 162, paragraphe 2 ou 3*, une décision déclarant que l'article 101, paragraphe 1, du traité s'applique à l'accord, à la décision ou à la pratique concertée en cause.

La décision de la Commission ne s'applique pas avant la date de sa notification à l'organisation interprofessionnelle concernée, sauf si cette dernière a donné des indications inexacts ou a abusé de l'exemption prévue au paragraphe 1.

6. Dans le cas d'accords pluriannuels, la notification de la première année est valable pour les années suivantes de l'accord. Toutefois, dans ce cas, la Commission, de sa propre initiative ou à la demande d'un autre État membre, peut à tout moment déclarer qu'il y a incompatibilité.

7. La Commission peut adopter des actes d'exécution définissant les mesures nécessaires à une application uniforme du présent article. Ces actes d'exécution sont adoptés en conformité avec la procédure d'examen visée à l'article 162, paragraphe 2.

b) Des réactions prudentes

Ces avancées ne suscitent, pour le moment, qu'un accueil réservé de la part des observateurs.

La DG concurrence reste réservée voire hostile, avançant même les effets pervers de les premières expériences. « *Lorsque les éleveurs ont voulu négocier ensemble, au moment de la crise du secteur laitier, les acheteurs français sont allés voir ailleurs en important le lait !* ». Si l'on excepte quelques cas isolés, ce supposé effet pervers de la négociation collective n'est d'ailleurs nullement confirmé par les statistiques du commerce extérieur.

Dans l'ensemble, la capacité de négociation collective est perçue comme une avancée positive. Mais certains secteurs visés ne profiteront sans doute pas de cette possibilité. Dans le cas des céréales, il y a une relation directe avec le collecteur et le système fonctionne ainsi sans problème. Quelques OP existent déjà dans le secteur bovin mais la moitié des éleveurs n'ont pas adhéré. La relation directe avec le maquignon reste privilégiée. Il est peu probable qu'il y ait une évolution.

Il y a, au fond, deux réserves de fond. La première est que les OP ne parviendront pas à négocier les prix. La seconde est le sentiment diffus que la réforme institutionnelle ne changera rien aux mentalités individualistes des agriculteurs.

Il y a bien un paradoxe français, souvent relevé à Bruxelles : « *les dérogations ont été demandées par la France mais les Français n'en profitent pas* ».

Les OP devront faire la preuve de leur utilité. Lorsqu'il était président du CNIL, M. Henri Brichard avait indiqué au Sénat : « *C'est une des plus belles occasions historiques de donner aux éleveurs la possibilité de modifier le partage dans la valeur ajoutée et de peser dans la chaîne alimentaire* ». Sans doute faudra-t-il attendre des OP de deuxième génération qui orienteront leurs adhérents dans cette voie. Des OP orientées vers l'aval, vers la fabrication et vers la commercialisation, en prise directe avec le consommateur.

La DG Concurrence, pourtant fortement hostile aux innovations du « Paquet lait » et au rôle des OP dans le secteur laitier, a même proposé des innovations intéressantes. « *Les regroupements de producteurs ont eu des effets pervers lors de la crise du lait, ils ont voulu vendre ensemble, et les acheteurs sont allés voir ailleurs en achetant le lait dans d'autres pays. Vendre ensemble n'est pas soutenable à terme. En revanche, il est bon d'avoir des activités ensemble qui apporte des efficacités concurrentielles. Cela peut concerner la distribution, l'emballage, tout ce qui est bon pour créer de la valeur ajoutée et diminuer les coûts, et ainsi rester sur le marché et résister à la grande distribution.* »¹ Cet appel à contribution à innovation ne vient pas d'un quelconque révolté qui voudrait « faire plier » les industriels, mais de la DG Concurrence elle-même.

La France n'est pas la seule à avoir des OP. Elles ont été développées bien avant la France, mais ne suscitent pas les mêmes appréhensions. « *S'il y a des problèmes de constitution, ce n'est pas un problème de droit* », explique la DGCCRF. « *C'est un problème de mentalité, un problème sociologique. Il y a en France des réticences particulières, tant dans la constitution des OP que dans leur*

¹ Entretien avec la DG Concurrence – 9 juillet 2013.

mission et leur poids. Dans les États membres qui ont une logique industrielle, les coopératives et toutes les OP sont fortes ».

Des OP fortes et aux missions élargies, tel peut être le cadre fixé des OP de deuxième génération.

III. LA POSITION DOMINANTE ABUSIVE ET LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

A. LE RÉGIME JURIDIQUE

1. Les critères de la position dominante abusive

Le régime est fixé à l'article 102 du TFUE.

Article 102 du TFUE

Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Il convient de rappeler que dans ce domaine, il n'y a pas d'« exception agricole » et que l'article 102 s'applique à l'agriculture comme à tout autre secteur.

L'abus de position dominante est une pratique unilatérale : elle ne suppose pas la réunion de plusieurs opérateurs économiques qui agissent de façon coordonnée. Les articles 102 TFUE et L. 420-2 du Code de commerce sanctionnent non pas la position dominante, mais l'utilisation abusive que la ou les entreprises qui la détiennent peuvent en faire.

La définition a été donnée par les arrêts de la Cour de justice de 1978, *United Brands*, et de 1979, *Hoffmann-La Roche*, comme étant « le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des

consommateurs ». Les « Orientations » de la Commission publiées en 2009¹ précisent la position dominante à l'aide du « pouvoir de marché », c'est-à-dire de la capacité pour une entreprise d'augmenter ses prix, pendant une longue période, sans subir de pressions concurrentielles suffisantes. Les parts de marché ne sont pas suffisantes en elles-mêmes pour déterminer la position dominante, seule une détention de moins de 40 % des parts de marché est susceptible d'écarter la qualification. Il faut également examiner la structure du marché et les barrières à l'entrée du marché.

Les abus de position dominante prennent principalement deux formes :

- l'éviction d'un concurrent : les abus d'éviction, considérés comme les plus graves, sont des pratiques visant à évincer un concurrent du marché en cause. L'éviction du marché peut se réaliser par des accords exclusifs, des techniques de fidélisation qui dressent des « barrières à l'entrée du marché » et écartent les concurrents. Les ventes liées, comme le refus de fournitures, sont également des abus d'éviction, car elles contribuent à empêcher l'entrée de nouveaux concurrents sur ce marché connexe ;

- la pratique de prix dits « prédateurs » entre également dans cette catégorie d'abus. Elle consiste pour une entreprise à pratiquer des prix bas sur une courte période, renonçant ainsi à ses bénéfices ou supportant des pertes de façon délibérée dans le but d'évincer les concurrents qui sont, par définition, incapables de réagir à des prix aussi bas.

2. La problématique du marché pertinent

La définition du marché pertinent concerne les deux grands volets du droit de la concurrence – les ententes et les abus de position dominante, mais dans des proportions inégales. La définition du marché pertinent, relativement accessoire dans le cadre des ententes², est déterminante dans l'appréciation des abus de position dominante et des concentrations.

a) La méthode de délimitation du marché pertinent

Cette notion est tellement cruciale qu'elle a été, pour la première fois, définie précisément dans le futur règlement OCM unique.

¹ *Orientations pour l'application de l'article 142 du traité aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes* – 24 février 2009.

² *La définition du marché pertinent dans le cadre des ententes n'entre souvent en compte que pour apprécier s'il existe des effets anticoncurrentiels. Dès lors qu'une entente présente un objet anticoncurrentiel, la délimitation du marché pertinent n'est pas réellement utile puisque l'illicéité de l'entente est inhérente à l'accord.*

Article 143 bis du nouveau règlement OCM unique

La définition du marché en cause permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et s'articule autour de deux dimensions cumulatives :

a) le marché de produits en cause: aux fins du présent chapitre, on entend par "marché de produits" le marché comprenant tous les produits considérés comme interchangeables ou substituables par le consommateur en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auxquels ils sont destinés ;

b) le marché géographique en cause: aux fins du présent chapitre, on entend par "marché géographique" le marché comprenant le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, notamment parce que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

Le marché pertinent est composé de deux éléments : le marché de produits et le marché géographique. On cherche à définir un ensemble concurrentiel le plus homogène possible. Pour déterminer quel est le produit en cause, les Autorités chargées du contrôle se fondent sur un critère de substituabilité : le consommateur est-il susceptible de se tourner vers un produit de substitution en cas d'augmentation durable du prix du produit ? L'analyse est très fine : le marché des pommes, par exemple, distingue les pommes de table ou pommes à couteau et les pommes à usage industriel (compotes). Dans le secteur de la viande, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'il existait autant de marchés distincts que d'espèces d'animaux abattus ; elle a distingué le marché des porcs et des truies, qui correspond plutôt aux porcs de réforme.

Un marché géographique comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens ou des services en cause, qui peut être distingué de zones géographiques voisines ayant des conditions de concurrence différentes.

L'appréhension de marché pertinent est rendue difficile par la combinaison d'une analyse du produit et du marché géographique. Dans le secteur agricole et alimentaire, il existe des spécificités fortes, des habitudes de consommation nationales qui empêchent de définir des règles claires. Ces difficultés sont régulièrement évoquées, comme ce fut le cas lors de l'audition de M. Bruno Lasserre dans le cadre de la préparation de l'examen du projet de loi sur la consommation.

Extrait du compte rendu de l'audition de M. Bruno Lasserre par la commission des affaires économiques du Sénat en date du 3 juillet 2013

Mme Marie-Noëlle Lienemann. - Pouvez-vous nous préciser comment vous définissez les marchés pertinents dans la mise en œuvre du droit de la concurrence ? Cette définition semble différente selon les pays, ce qui peut pénaliser les producteurs français, par exemple dans le cas des marchés du lait et dans celui des endives. La délimitation d'un marché pertinent autour du seul roquefort entraîne une segmentation du marché des fromages en France.

M. Bruno Lasserre. - La définition du marché pertinent est le préliminaire de tout notre travail. Elle se fonde sur deux critères : les produits et le périmètre géographique. Il s'agit d'une simple photographie, que nous réalisons avec le plus d'objectivité possible, de la substituabilité entre les produits sur le marché, vue depuis le consommateur comme depuis le producteur. Dans le cas de l'alimentation, il existe des goûts nationaux, ce qui peut conduire à une restriction des échanges. S'agissant du lait, nous avons soutenu les mesures du « paquet lait ». Enfin, le marché des endives a fait l'objet d'une entente : les producteurs se disaient concurrents alors qu'ils se rencontraient en secret pour coordonner leurs prix. Ceux qui s'étaient regroupés ouvertement dans une association de producteurs titulaire d'une marque n'ont pas été sanctionnés.

Mme Marie-Noëlle Lienemann. - En déclarant que les goûts sont nationaux, vous risquez de définir un marché trop étroit et de fragiliser les capacités des producteurs.

M. Bruno Lasserre. - Notre position est pourtant plus modérée que celle de la commission européenne : alors que celle-ci veut reconnaître une association de producteur seulement si elle n'a pas de position dominante, nous estimons que c'est l'abus de position dominante qui doit être condamnée et pas la position dominante elle-même. S'agissant des marchés pertinents, nous nous contentons de constater la situation existante ; lorsque le prix du roquefort augmente, par exemple, l'amateur ne se reporte pas sur un autre produit.

b) Le marché pertinent – Marché national ou marché européen ?

L'une des difficultés de la délimitation sera de considérer le périmètre du marché pertinent, local, national ou européen.

L'appréhension du marché pertinent est un travail extrêmement complexe. Des lignes directrices ne suffisent pas vraiment à harmoniser les pratiques. Même si le droit est européen, le contexte économique et historique est national. Les appréciations changent selon les pays, selon les années, et selon les objets (le périmètre n'est pas nécessairement le même selon que l'on est dans le cadre du contrôle des ententes ou dans celui du contrôle des concentrations).

Chaque cas est un cas particulier c'est d'ailleurs la base même de l'approche du marché pertinent. Et chaque pays a son lot de contradictions. Chacun sait par exemple que le Royaume-Uni est le pays du libre-échange, le champion de la concurrence. Le marché est ouvert... Mais les Anglais ne consomment que du lait anglais. Ainsi, une analyse de concentration dans ce

secteur au Royaume-Uni relèverait du marché national. « *Dans l'affaire Arla/Milk link au Royaume Uni, la fusion a renforcé leurs positions sur le marché national. Nous allons imposer de revendre* » explique la DG concurrence. Si la concentration avait eu lieu dans les pays nordiques, le marché aurait été beaucoup plus large parce que les consommateurs sont prêts à acheter des produits d'autres pays. En France, « *les consommateurs sont moins nationalistes qu'ils le prétendent* », commente la DG Concurrence.

Autre cas de figure : le marché pertinent peut être, spontanément, de façon naturelle, le marché européen. C'est le cas, par exemple, aux Pays Bas comme le commente l'Autorité de la concurrence du pays. « *Comme toutes les autorités de la concurrence, nous regardons le marché : si les ventes sont en Europe, le marché pertinent est européen, si elles sont dans le pays seulement, le marché pertinent est national. Mais nous sommes un petit pays, nous avons une tradition de commerce et les entreprises traversent facilement les frontières* ».

A l'inverse, certains sujets n'intéressent que quelques pays. Le ministère de l'agriculture français s'était ainsi interrogé sur la pratique du contrôle de la position dominante, un des critères préalables à la reconnaissance des organisations de producteurs. Il y eut une enquête pour savoir comment le critère était appliqué en Europe. « *Pour beaucoup d'États membres, c'était une question qu'ils n'avaient jamais eue. C'était un sujet très français* » commente le ministère chargé de l'agriculture. Le critère a d'ailleurs été abandonné dans la réforme de la PAC. On pourra d'ailleurs relever que la réponse apportée par le président de l'Autorité de la concurrence à la question de notre collègue Marie-Noëlle Lienemann comparant la modération de l'Autorité française à la sévérité de la Commission qui contrôle la position dominante, est assez discutable dans la mesure où ce contrôle des OP relève en pratique des Autorités nationales et qu'il était, en fait, partout pratiquement abandonné ...

À l'inverse, certains sujets, que l'on pourrait spontanément qualifier de nationaux, ont été considérés comme européens par l'Autorité de la concurrence.

L'affaire des recommandations - nationales - du prix du lait illustre cette « remontée », ce « recadrage » d'une disposition nationale dans un cadre européen.

L'avis 09-A-48 de l'Autorité de la concurrence du 2 octobre 2009, relatif au fonctionnement du secteur laitier, a établi que la pratique de recommandations de prix effectuée par le CNIEL affectait le commerce entre États membres de façon sensible, selon un raisonnement basé sur les marchés connexes. Même si la recommandation des prix se faisait au niveau national et à destination d'acteurs nationaux, l'Autorité a tenu compte de l'importance de la part française de la production de lait dans l'Union européenne (17 %). Elle a estimé, en conséquence, que même si le lait à l'état brut ne faisait pas l'objet de beaucoup d'échanges entre États membres, il en allait différemment des marchés situés en aval, à savoir les marchés du

fromage ou de la poudre de lait. L'Autorité en a déduit que l'interdépendance du marché français avec ceux des autres États membres était bien réelle, et qu'il y avait par conséquent « *affectation sensible du commerce entre États membres* » du fait de la pratique des recommandations de prix du lait.

On déduit du raisonnement de l'Autorité de la concurrence l'existence de trois situations distinctes pour déterminer l'affectation du commerce entre États membres à l'aide d'un raisonnement basé sur le marché pertinent :

- dans le cas d'une pratique d'entente réalisée au niveau régional seulement, il est possible qu'il n'y ait pas d'affectation sensible du commerce entre États membres. Une analyse approfondie de la région concernée sera nécessaire afin de déterminer si le droit de l'Union européenne s'applique ;

- si l'accord est réalisé au niveau régional, mais qu'il n'est que la poursuite d'une pratique nationale, il y a alors affectation sensible du commerce entre États membres. Dans l'arrêt Wouters du 19 février 2002, la Cour de justice de l'Union européenne a admis qu'une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre a pour effet, par sa nature même, de consolider les cloisonnements nationaux, provoquant ainsi une entrave aux échanges économiques entre États membres, contraire à l'esprit des traités européens ;

- enfin, dans le cas où une pratique régionale affecte les régions frontalières, ou qu'elle affecte les marchés connexes ayant un effet sur le commerce entre États membres, une analyse des seuils prévue par la communication de la Commission sur les accords d'importance mineure sera alors nécessaire pour déterminer si le droit de l'Union européenne s'applique.

3. Le contrôle des concentrations

a) Le régime juridique

Le contrôle des concentrations est le quatrième volet¹ du droit européen de la concurrence. Il n'est cependant pas défini par le traité, mais par un règlement, en l'espèce le règlement CE n° 139/2004 du 30 janvier 2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. Ce règlement rappelle que les concentrations « *doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté* ».

¹ Le troisième volet – dans l'ordre du traité- concerne les aides d'État. C'est un tout autre sujet qui est souvent traité de façon distincte des autres volets – entente/plus de position dominante/concentration – comme c'est le cas du présent rapport.

Le régime rappelle aussi le partage des compétences entre la Commission européenne et les Autorités nationales de concurrence en fonction des chiffres d'affaires des entreprises concernées par la concentration¹.

Dans le domaine agricole, même s'il existe des sociétés agroalimentaires « de dimension communautaire » au sens du règlement précité, la plupart des concentrations relèvent du droit national. Le contrôle des concentrations s'inscrit dans le cadre légal défini par les articles L430-1 à L430-10 du Code de commerce et par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME).

Devant les difficultés d'interprétation des règles sur les concentrations, l'Autorité de la concurrence a publié, en 2013, de nouvelles lignes directrices, une sorte de guide à vocation pédagogique à destination des entreprises².

Rappelons qu'il n'y a pas d'« exception agricole » dans l'application du droit de la concurrence aux concentrations et au contrôle des abus de position dominante (l'« exception agricole » ne s'applique qu'aux ententes).

Même si l'agriculture suit le régime de droit commun, les lignes directrices consacrent toutefois de longs développements aux coopératives agricoles « *dotées d'un régime particulier (...) situées à mi-chemin entre les deux formes polaires que sont les marchés et les organisations* » et dont les « *spécificités justifient sur certains points une analyse spécifique du droit de la concurrence* »³.

b) La procédure

Les opérations de concentration suivront par conséquent les procédures normales appliquées aux entreprises. Le régime est la notification et le contrôle préalable par l'Autorité de la concurrence compétente en fonction des seuils de chiffres d'affaires. L'autorisation peut être subordonnée à des engagements de la part de l'entreprise.

Les concentrations sont soumises à l'Autorité de la concurrence si le chiffre d'affaires total en France réalisé par les entreprises parties à la concentration est supérieur à 150 M€/50 M€ (les seuils sont différents pour le commerce de détail). Les opérations sont alors notifiées auprès de l'Autorité de la concurrence, avant leur réalisation.

Le contrôle de l'Autorité de la concurrence suit plusieurs phases :

¹ La méthode d'évaluation est complexe. Ces seuils sont déterminés en couplant le nombre d'entreprises impliquées, le chiffre d'affaires mondial, le chiffre d'affaires total dans chaque État membre, le chiffre d'affaires par entreprise dans chaque État membre... Une opération de « dimension communautaire » (avec par exemple un chiffre d'affaires mondial de 5 milliards d'euros) relève du contrôle de la Commission.

² Autorité de la concurrence – Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations – 10 juillet 2013. Cette nouvelle version révisé les premières lignes directrices adoptées en décembre 2009.

³ Voir détails dans Lignes directrices relatives aux concentrations – point D. 661 à 679.

- la notification, précédée d'une pré-notification « *qui permet à l'entreprise d'échanger avec le service des concentrations de l'Autorité de la concurrence et d'échanger sur les questions que soulève l'opération* ». Viennent ensuite les phases d'instruction proprement dites ;

- une phase 1 au terme de laquelle l'Autorité se prononce sur l'opération en la subordonnant éventuellement à des engagements lorsque l'opération est susceptible d'avoir des effets concurrentiels ;

- la phase 2 concerne les examens approfondis. Au terme de cette procédure, l'Autorité peut autoriser l'opération en la subordonnant à la réalisation d'engagements ou d'injonctions imposées aux parties, ou l'interdire ;

- Une fois la décision de l'Autorité rendue, le ministre peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence.

Cette fonction de contrôle est illustrée dans une décision de 2011, liée à la prise de contrôle de la coopérative Elle-et-Vire par le groupe Agrial.

La décision Agrial (Décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle-et-Vire par le groupe coopératif Agrial) :

En 2009, la société coopérative Agrial avait acheté l'activité cidricole d'Elle-et-Vire. Il s'agissait alors d'une initiative d'Elle-et-Vire dans une stratégie de recentrage. Cette acquisition n'entrait pas dans le champ d'application du droit de la concurrence (pour des raisons de seuil). En 2011, la société Agrial engage cette fois une opération de fusion/concentration en procédant à la reprise du reste des activités d'Elle-et-Vire. Agrial soumet alors son projet à l'examen de l'Autorité de la concurrence qui examine les deux actions au titre du respect du droit de la concurrence en matière de contrôle des concentrations.

L'Autorité de la concurrence a considéré que cette concentration était susceptible de restreindre la concurrence sur deux points :

- d'une part, le risque de verrouillage du marché de la distribution des produits d'agrofourriture auprès des producteurs laitiers. La grande majorité des producteurs de lait passaient par Elle-et-Vire pour la collecte de leur lait, suite à la concentration, ils n'auront pas d'autre choix que de rejoindre la coopérative Agrial pour assurer leurs débouchés. Or, la coopérative Agrial pourrait conditionner la collecte de lait à une obligation préalable, pour les exploitants agricoles, d'acheter leurs semences, engrais, produits phytosanitaires et aliments pour bétail auprès de son réseau de distribution ;

- d'autre part, le renforcement de la position dominante sur le marché du cidre. Agrial a déjà une part de marché très importante sur le

marché du cidre en France, l'acquisition des cidreries d'Elle-et-Vire constitue donc un risque de renforcer la position dominante du groupe sur ce marché.

L'Autorité de la concurrence a autorisé cette opération sous réserve du respect des engagements de la société Agrial. Agrial s'est engagée à modifier ses statuts et à laisser aux exploitants agricoles la possibilité de s'approvisionner, pour l'alimentation de leurs animaux et autres produits d'agrofourriture, auprès des distributeurs de leur choix. S'agissant du risque d'abus de position dominante sur le marché du cidre, Agrial s'est engagée à revendre les deux cidreries acquises en 2009 situées sur les communes de Condé-sur-Vire (50) et Cahagnes (14) avec l'ensemble des actifs et des contrats nécessaires au fonctionnement de celles-ci.

Le paradoxe de cette affaire est que l'Autorité de la concurrence a sanctionné une opération sur une branche - l'activité cidricole - qui n'intéressait personne et que l'opérateur s'est trouvé en position dominante sans le vouloir vraiment. Sans compter que céder une très modeste filiale cidricole alors que sept grandes - méga - enseignes (Carrefour, Leclerc, Intermarché...) se partagent l'essentiel du marché de la consommation... Mais ces enseignes se font concurrence et, comme on peut le lire dans le rapport sur la concurrence de 2012, « *(la Commission) n'a relevé aucun problème particulier de concurrence dans le secteur de la distribution* ». Même si le droit de la concurrence est rigoureusement appliqué dans les deux cas, les entreprises restent convaincues qu'il y a deux poids deux mesures...

B. INTERROGATIONS ET AMÉLIORATIONS ENVISAGEABLES

1. Le débat sur l'application différenciée du droit de la concurrence dans les États membres

a) Présentation générale

A priori, la question peut paraître saugrenue, voire déplacée. Toutes les Autorités chargées de la concurrence interrogées sur ce sujet récusent toute différence en rappelant que les règles de concurrence sont définies par le traité. Elles sont seulement définies séparément pour le secteur agricole. Ces règles déterminent dans quelle mesure le droit de la concurrence doit s'appliquer à ce secteur. « *Il n'y a pas de différence, nous appliquons les mêmes règles, les mêmes concepts* ». D'ailleurs, la Commission publie régulièrement des lignes directrices chargées d'évacuer toutes les difficultés.

En outre, des procédures de concertation sont prévues au niveau européen, dans le cadre du Réseau européen de concurrence (REC), animé par la Commission. Le REC intervient à la fois pour clarifier les compétences entre Autorités nationales et Commission dans les cas litigieux, et pour établir une coordination entre Autorités nationales. Ce système est sans doute perfectible. « *En pratique, on ne voit pas cette coordination. Toutes les*

Autorités regardent systématiquement du côté des consommateurs, mais pour les producteurs, les approches peuvent être différentes », estime la COPA-COGECA.

Même si l'exercice paraît difficile, un cabinet anglo-saxon a même établi un classement des Autorités de la concurrence dans une « *global competition review* », qui évalue les performances des Autorités de concurrence. Le cabinet adresse un questionnaire sur les procédures en cours, les amendes infligées, les équipes, le budget, etc... Il s'appuie aussi sur les commentaires - le feedback - des observateurs, avocats, économistes, journalistes. Tout cet ensemble est paramétré et donne un classement. Trois, quatre, à cinq étoiles...

La DG Concurrence a elle aussi son propre classement. « *L'Autorité de la concurrence allemande est l'une des plus actives et des plus dures. Elle tire sur tout ce qui bouge* ». L'Autorité espagnole est également très sévère, mais elle est haïe par tout le monde. Mauvais point. L'Autorité française est très appréciée. « *Elle sait de quoi elle parle et a une approche du monde agricole très correcte* ». Elle bénéficie d'ailleurs des 5 étoiles et figure même parmi les « agences d'élite » dans la « *global competition review* ».

Pourtant, l'Autorité de la concurrence française, comme toute Autorité de contrôle, est parfois jugée sévèrement par les intéressés qui déplorent son approche rigoureuse, peu sensible aux difficultés quotidiennes des entreprises confrontées à une concurrence toujours plus vive : « *L'Autorité de la concurrence dicte sa loi* »¹ - « *Le droit de la concurrence en accusation* »². Les commentaires sont même parfois sévères. Pour un chef d'entreprise un peu amer de son expérience, « *Vous avez quinze minutes pour proposer des engagements à l'Autorité de la concurrence. Elle ne s'intéresse pas aux entreprises* ».

L'Autorité se défend pourtant de tout dogmatisme dans l'application des règles de concurrence. Dans son rapport annuel 2012, l'Autorité de la concurrence consacre une importante étude thématique à l'agriculture. Elle y évoque « *une approche pragmatique et concrète* » des marchés pertinents, « *évalue le comportement des acteurs au cas par cas* », en prenant soin de « *trier le bon grain de l'ivraie en sanctionnant de façon proportionnée les différentes formes d'ententes anticoncurrentielles* » (selon qu'il s'agit d'entente sur les prix de la production ou d'autres formes de coordination susceptibles d'engendrer un progrès économique).

Que penser de ces divergences ?

Là encore, il paraît nécessaire de distinguer l'appréciation des ententes et la fixation des amendes et l'analyse du contrôle des concentrations

¹ Selon la formule d'Agrapresse n° 3408 - 22 juillet 2013.

² Roussin, *Grandes cultures* - 5 février 2013.

b) La sanction des ententes et le montant des amendes

Toutes les Autorités de la concurrence paraissent extrêmement rigoureuses lorsqu'il s'agit de sanctionner des ententes, notamment celles entravant le commerce entre États membres et les ententes portant sur les prix.

L'Autorité française ne paraît pas parmi les plus sévères des Autorités nationales. Elle fait valoir qu'elle applique en effet des sanctions différenciées selon les situations. Dans le cas du cartel des endives, l'amende prononcée a été de 3,6 millions d'euros. Une somme qui peut paraître importante pour les producteurs considérés mais qui sanctionnait une pratique vieille de quatorze ans. Les producteurs d'endives donnaient, clairement, des indications sur les prix et les volumes. Le ministère avait lui-même mis en garde à plusieurs reprises les producteurs de l'illégalité de leur pratique, même si cette coopération entre producteurs était une façon de rééquilibrer les rapports avec la grande distribution.

L'Autorité de la concurrence estime qu'elle a fait preuve de mesure, prenant en compte le déséquilibre commercial avec les acheteurs et, au bout du compte, le faible impact de l'entente sur la rémunération finale des producteurs.

Certaines amendes ont été plus lourdes. On peut penser, par exemple, à la condamnation à plus de 10 millions d'euros des fédérations bovines dans l'affaire d'une entente sur les prix des vaches de réforme, mais la sanction a été prononcée par la Commission européenne elle-même, confirmée par le juge européen et non par l'Autorité de la concurrence.

D'ailleurs, cette « clémence » est loin d'être générale. Quelques mois seulement après avoir insisté sur son indulgence, l'Autorité de la concurrence décidait, dans l'affaire des farines, de sanctionner l'entente franco-allemande à hauteur de 95 millions d'euros, et l'entente entre meuniers français à hauteur de 146 millions d'euros. Deux amendes lourdes qui sanctionnent deux des pires infractions aux règles de concurrence : l'atteinte à la libre circulation et l'entente sur les prix.

Les sanctions imposées dans d'autres pays peuvent être très importantes. Une visite à l'Autorité de la concurrence néerlandaise a été assez éclairante sur ce point. On peut penser, par exemple, aux 14 millions d'euros imposés aux producteurs de poivrons qui s'étaient simplement entendus pendant trois ans sur les surfaces à planter, ou aux 9 millions d'euros imposés aux producteurs d'oignons blancs qui s'étaient entendus sur les volumes échangés. Une dernière affaire concerne les plants d'oignons. Dans ce dernier cas, l'entente n'a duré qu'une seule année et ne portait que sur les surfaces ensemencées. La sanction prononcée a été pourtant de 4 millions d'euros. Dans ces différents cas, l'effet sur les prix n'était qu'indirect. Les sanctions ont été importantes alors que les pratiques avaient eu cours sur une période beaucoup moins longue que dans les affaires

françaises. En Espagne, deux décisions concernent les producteurs de vin et de fruits et légumes. Pour le vin, une association s'est vue condamnée à une amende de 500 000 euros pour une pratique de 8 ans. Pour les fruits et légumes, les amendes allaient de 50 000 à 200 000 euros pour chaque producteur.

Troisième constat : l'appréciation du contrôle des concentrations est un tout autre sujet, beaucoup plus difficile.

c) Le contrôle des concentrations et des dépendances économiques

La DG concurrence reconnaît que en dépit de règles communes, certaines autorités sont plus dures que d'autres. L'Autorité de la concurrence se place volontiers en défenseur des producteurs, en particulier des petits producteurs. Comme le présente M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence lors d'une audition au Sénat¹ :

« Le droit de la concurrence permet de protéger les producteurs indépendants qui contribuent à l'animation de la concurrence contre les renforcements de position dominante. Un exemple récent en témoigne, celui de la fusion entre Tereos et Quartier français. Tereos est une coopérative de coopératives rassemblant 12 000 producteurs qui a très vite grandi, au point de devenir le premier groupe sucrier français et le deuxième au niveau européen, ce qui montre d'ailleurs que les agriculteurs français peuvent devenir des acteurs puissants. Afin d'éviter la constitution d'un monopole sur l'île de la Réunion, l'entreprise a présenté des engagements, que l'Autorité a acceptés. Tereos cèdera donc notamment des actifs de conditionnement et de stockage. Mais, pour le reste, cette fusion ne posait pas de problème de concurrence et elle a donc été rapidement autorisée par l'Autorité ».

« Le contrôle des concentrations permet également de vérifier que les producteurs ne sont pas placés en situation de dépendance économique vis-à-vis d'un acheteur. Ainsi, la société Bigard, qui a fusionné avec Socopa, a dû céder début 2009 cinq abattoirs dans le nord et l'est de la France afin d'éviter la création d'une puissance d'achat plaçant les fournisseurs de bovins (coopératives, négociants ou éleveurs) en situation de dépendance économique. »

Elle met en exergue le faible nombre d'oppositions ou même d'accords assortis d'engagements aux projets de concentration qui lui sont soumis. *« Entre mars 2009 et juillet 2013, il y a eu 50 opérations de contrôle relatives à des fusions de coopératives, des entreprises communes, des acquisitions, qui ont fait l'objet d'une décision de l'Autorité de la concurrence. Sur les 50, il n'y a eu des problèmes que dans trois cas. Dans 47 autres cas, les décisions ont été autorisées sans engagement des entreprises »*, avance l'Autorité de la concurrence.

Du côté des entreprises, les réactions sont plus mitigées. Les entreprises regrettent le temps où les concentrations relevaient du ministère de l'économie et des finances. *« Il y avait plus de marge de manœuvre »*, entend-on souvent. Et pas seulement en raison de l'implantation locale, déconcentrée de la DGCCRF en régions. Selon un haut responsable de la

¹ Audition de M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, par le groupe de travail du Sénat sur la réforme de la PAC - 22 juin 2010.

DGCCRF, « *Avant la réforme de 2008, le ministère avait le dernier mot sur les dossiers de concentration. Les observations de la DGCCRF comptaient et les relations directes avec le ministre pouvaient compter aussi. Dans la procédure actuelle, il y a un avis du commissaire du gouvernement. Mais l'avis pèse moins qu'avant.* »

Le très faible nombre d'oppositions et d'accords conditionnels ne doit pas faire illusion. Pour les familiers de ces procédures, « *tout est déblayé dans la phase de pré-notification* ».

2. Propositions

S'agissant d'un droit européen sacro-saint, comme c'est le cas pour le droit de la concurrence – ou à peine adopté par le législateur européen après dix-huit mois de négociation – comme c'est le cas du règlement OCM unique –, il ne peut être question d'envisager des bouleversements marquants. En outre, ce droit est appliqué par une Autorité administrative indépendante sous le contrôle du juge, et il serait mal venu d'interférer dans ses analyses et ses décisions. Pourtant, quelques mesures paraissent envisageables, toutes inspirées du même mot d'ordre : puisque nos entreprises sont dans la concurrence, il faut jouer la concurrence jusqu'au bout et faire en sorte de renforcer la compétitivité de nos entreprises. A cette fin, quelques pistes de réflexion méritent d'être ouvertes.

a) Les mesures liées à l'environnement du cadre concurrentiel

La première concerne le droit lui-même. Dans un contexte de concurrence exacerbée, il paraît inutile de « charger la barque » en adoptant et en conservant des dispositions nationales plus rigoureuses que les dispositions européennes. Cette surréglementation est souvent évoquée dans nos réunions de commission des affaires européennes et critiquée à juste titre.

En matière agricole, c'est le cas, par exemple, des BCAE – Code de bonnes conduites agroenvironnementales – qui s'ajoutent aux dispositions européennes sur la conditionnalité des aides. Concernant le droit de la concurrence *stricto sensu*, le Code du commerce comporte par exemple la notion de « pratiques restrictives de concurrence » qui constitue une spécificité du droit français par rapport au droit européen de la concurrence. Un exemple sans doute mal choisi puisque, dans le cas évoqué, l'adaptation des pratiques restrictives est destinée à rééquilibrer les relations commerciales et est par conséquent très utile, mais un exercice de droit comparé – national et européen – serait opportun pour déceler les dispositions plus contestables.

La seconde concerne l'environnement des entreprises. Ce rapport d'information a été préparé par des consultations en Allemagne et aux Pays Bas. Il y a incontestablement des pays où tout l'appareil d'État est au service

de la compétitivité et des entreprises. Si rien ne permet de dire que ce n'est pas le cas en France, en revanche, il y a des signes indiquant que c'est le cas ailleurs.

L'expérience des Pays-Bas, analysée par nos services économiques dans ce pays, est édifiante sur ce point. « *La règle implicite est que l'on fait des contrôles mais on n'embête pas les entreprises. On contrôle les ententes mais on n'est pas trop pointilleux sur les positions et les abus de position dominante. Il y a des géants économiques ici (Unilever). Il en va de même du côté de l'administration. Les entreprises peuvent même négocier leurs impôts et le prévoir sur plusieurs années. L'appareil d'État est bienveillant envers les entreprises.* »

L'obsession compétitive est aussi la marque de nos partenaires allemands. Tout l'appareil d'État est au service de cet objectif, devenu stratégie. Quand deux ministres participent à un colloque franco-allemand, l'un parlera de terroirs, l'autre des entreprises. Les performances allemandes reposent sur cette obsession à être compétitif, à profiter des moindres opportunités. En sept ans, les exportations agricoles allemandes en Europe ont progressé deux fois plus vite que les françaises, elles ont triplé en Pologne (aux coûts salariaux encore moins élevés).

Ce volet sur l'environnement de nos entreprises dépasse le cadre de ce rapport mais sa leçon est pourtant centrale. L'État doit accompagner nos entreprises. Il doit être à leurs côtés et non être perçu en adversaire. Certains pays sont parvenus à cette osmose. Le message industriel doit être simple : « *battez-vous, l'État est à vos côtés* ».

b) L'action de l'État

La deuxième piste de réflexion concerne ce que l'on pourrait appeler de façon provocatrice, le retour de l'État dans la politique de concurrence.

Il peut sembler paradoxal, s'agissant du droit de la concurrence qui reflète une conception libérale de l'économie, d'évoquer le recours à l'État. Néanmoins, deux pistes méritent d'être évoquées.

La première piste concerne les saisines de l'Autorité de la Concurrence. L'État semble s'être un peu désengagé de l'application de la politique de concurrence en laissant entièrement le domaine aux mains de la Commission et de l'Autorité de la concurrence. De peur de déroger aux règles de concurrence, l'État multiplie les saisines pour avis de l'Autorité de la concurrence sur la plupart des textes¹. Ces saisines se fondent dans la plupart des cas sur l'article L-462-1 du Code de commerce² qui dispose

¹ Voir notamment :

Avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière des fruits et légumes, Avis n° 10-A-28 du 13 décembre 2010 relatif à la contractualisation, Avis n° 11-A-11 du 12 juillet 2011 sur les contrats dans les filières d'élevage.

² Article 462-1 du code de commerce :

que l'Autorité de la concurrence donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement et peut être consultée par les commissions parlementaires. Il est vrai que le Parlement a, lui aussi, saisi l'Autorité sur différents sujets, mais n'utilise de la faculté qui lui est offerte qu'avec parcimonie¹. La Loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche - LMAP - du 27 juillet 2010 ouvre également la voie à de nombreuses saisines pour avis de l'Autorité de la concurrence, en préalable aux mécanismes de contractualisation. Certaines saisines se fondent d'ailleurs sur l'article L.632-4 alinéa 4 du Code rural et de la pêche maritime².

La multiplication des saisines pour avis donne à l'Autorité un rôle qu'elle n'a pas - quasiment un rôle de colégislateur -, et qu'elle ne demande pas à avoir. L'État doit prendre ses responsabilités et ne pas chercher à « ouvrir le parapluie » dès qu'une difficulté s'annonce. Imagine-t-on le député Marc Le Fur et le ministre Michel Barnier demander l'avis de l'Autorité de la concurrence avant de proposer le retour aux indices de tendance préparés par le CNIEL ? (Compte tenu de la dénonciation du système de « recommandations de prix », l'avis sur la publication d'« indices de tendance » aurait d'ailleurs été certainement défavorable !...). Le législateur et l'État doivent prendre leurs responsabilités, quitte à prendre le risque d'être critiqués et sanctionnés par la suite. Dans cette affaire des indicateurs de tendance, la profession a longtemps craint que cette disposition, très voisine de l'ancien système, soit sanctionnée par la Commission européenne. Cela n'a pas été le cas. En octobre 2013, soit quatre ans après l'adoption du dispositif, la Commission a admis sa compatibilité avec les règles du droit de la concurrence. Il fallait, simplement, oser. Et aller contre le courant dominant de l'époque favorable à la dérégulation totale.

Il convient sans doute d'alléger cette pratique, de réduire les consultations devenues avec le temps sans doute trop systématiques. Quelques aménagements législatifs sont parfois utiles, comme ce fut le cas

L'Autorité de la concurrence peut être consultée par les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence.

Elle donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Elle peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge.

¹ L'Autorité de la concurrence a été saisie le 10 septembre 2010 par la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat d'une demande d'avis sur le cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit. En décembre 2013, l'Assemblée nationale a saisi l'Autorité de la concurrence « afin qu'elle rende un avis sur la question de la gestion privatisée des autoroutes par les sociétés concessionnaires d'autoroutes ».

² Avis n° 11-A-14 du 26 septembre 2011 relatif à un accord interprofessionnel du secteur viticole.

récemment dans le domaine des jeux et des paris¹. Dans la plupart des cas, il suffit de rappeler que les saisines sont facultatives.

Deuxième, piste, ce désengagement de l'État est encore plus net s'agissant du contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence. La procédure prévoit une disposition qui permet au ministre chargé de l'économie d'évoquer l'affaire en cours d'examen, et de statuer *in fine* sur l'opération pour des raisons d'intérêt général : « *Une fois la décision de l'Autorité rendue, le ministre peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence* ». Cette faculté est parfois présentée comme « la phase 3 » de la procédure de contrôle.

En pratique, l'intervention du ministère dans le cours de la procédure n'est pas rare mais reste mesurée. En général, le ministère intervient pour obtenir le sursis à paiement des sanctions pécuniaires mais ne va pas jusqu'à décider à la place de l'Autorité de la concurrence, comme il en a le pouvoir. Son rôle est plus important lorsqu'il y a un recours devant le Conseil d'État (sur la décision de concentration) ou devant la Cour d'appel (sur le montant des sanctions en cas d'entente). L'appel oppose alors l'entreprise ou les entreprises et l'Autorité de la concurrence. Le ministère apparaît alors comme tiers. À plusieurs reprises, le ministère a demandé des sanctions symboliques alors que l'Autorité de la concurrence était sur une position beaucoup plus rigoureuse (3,4 millions d'euros pour l'affaire des endives, 176 millions d'euros pour l'affaire des farines). Le paradoxe est qu'il faut attendre l'ouverture d'un contentieux pour que le ministère soit écouté. Il y a certainement des voies d'amélioration à rechercher en ce sens.

Ce droit d'évocation pour motif d'intérêt général n'a jamais été actionné. « *L'État a voulu créer une autorité indépendante. Il l'a. La phase 3 est l'arme nucléaire* », selon l'expression d'un haut responsable de la DGCCRF. Avec l'expérience, il serait sans doute utile de penser plutôt à une riposte graduée.

D'autres États, pourtant très libéraux n'ont pas cette réserve. Les procédures d'examen des concentrations sont pratiquement les mêmes dans les États membres, mais l'application est différente. Selon l'analyse de la DGCCRF, « *En Allemagne, l'Autorité de la concurrence interdit plus souvent les concentrations qu'en France mais la chancellerie utilise beaucoup plus son pouvoir de décision finale. Il n'est pas rare qu'une concentration interdite par l'Autorité de la concurrence ait été finalement autorisée par l'État* ». « *L'Autorité de la concurrence est très rigoureuse mais quand il le faut, l'État intervient pour décider autrement* ».

¹ La loi sur la consommation supprime l'obligation de saisine de l'Autorité de la concurrence pour les conventions déterminant le « droit au pari ». Cette suppression correspondait d'ailleurs à un souhait exprimé par l'Autorité de la concurrence elle-même.

Une étude comparée des pratiques « d'évocation » par les États membres pourrait certainement éclairer le ministre du redressement productif. Pour le dire simplement, **l'État doit s'affirmer**.

c) Les actions concernant l'application du droit de la concurrence

Deux sujets peuvent être évoqués.

Il y a, en premier lieu, une certaine souplesse du droit de la concurrence.

L'Autorité de la concurrence rappelle à juste titre que certaines dérogations au droit de la concurrence sont ouvertes mais ignorées.

« Les agriculteurs qui préfèrent rester indépendants peuvent :

– mettre en commun leurs équipements de production et de stockage jusqu'à 20 % de parts de marché,

– décider de faire appel à un courtier commun afin qu'il négocie un volume plus important de leurs produits avec les transformateurs et obtenir ainsi de meilleurs prix, dans la limite de 15 % de parts de marché,

– enfin, dans des cas exceptionnels, par exemple pour assurer le lancement d'un nouveau produit ou d'une nouvelle marque, des négociations collectives entre producteurs sont autorisées »¹.

Ce rappel peut être retourné à l'Autorité elle-même. Car cette dernière dispose d'une certaine liberté dans l'appréciation des règles dont elle n'use pas toujours. On pourra citer, par exemple, le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011, relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires qui précise, dans son article 7, que « (ce communiqué) engage l'Autorité, qui doit déterminer les sanctions pécuniaires qu'elle impose de façon cohérente. Il lui est donc opposable, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné ».

Ainsi, l'Autorité de la concurrence peut, elle aussi, retenir « des circonstances particulières ou des raisons d'intérêt général ». Il ne semble pas qu'elle le fasse souvent. Il pourrait être fait plus ample utilisation de cette faculté. Il en va de même de la procédure de type « engagements » en cas de contrôle des concentrations.

Le second sujet concerne l'approche du marché pertinent. On a vu combien cette notion était centrale pour déterminer les effets des ententes et la portée des concentrations, qui s'appréhendent par rapport au concept de « marché pertinent », examiné au cas par cas, pour apprécier le pouvoir de marché de la future entité.

¹ Audition de M. Bruno Lasserre – Sénat – 22 juin 2010 *op cit*.

Mais y aurait-il deux poids, deux mesures ? Au terme de cette analyse sur le marché pertinent, la conclusion est plutôt paradoxale. Le marché français est un grand marché. C'est sa force, mais aussi sa faiblesse. Le « marché pertinent » est, naturellement, le marché national. Le marché hollandais est un petit marché. C'est sa faiblesse, mais c'est aussi sa force car le « marché pertinent » est, naturellement, le marché européen.

D'ailleurs, le rythme de la vie économique n'est pas celui du droit. On retiendra par exemple cette approche du marché pertinent concernant le secteur de l'abattage. En 2010, l'Autorité de la concurrence considérait que *« la viande fraîche est livrée à des abattoirs qui sont situés au maximum à 300 km des sites d'élevage. La concurrence doit par conséquent s'apprécier au niveau local lorsque l'objectif est de protéger la concurrence au niveau des acheteurs »*. 300 km... Deux ans plus tard, les abattoirs bretons sont asséchés par la concurrence des abattoirs allemands et les porcs font 1 500 km avant d'être abattus...

L'appréciation des marchés pertinents doit prendre en compte cette évolution des concurrences et accepter que, sauf exception, le marché pertinent est européen. En conservant une approche hexagonale, la France ne regarde pas assez loin.

Doit-on se poser la question de faire évoluer la définition du marché pertinent - que ce soit dans les esprits ou sur un plan juridique ? Il paraît indispensable qu'il y ait une harmonisation entre les Autorités de la concurrence. La Commission s'y est engagée, le Conseil l'a proposé, le législateur a fait des avancées en ce sens en adoptant une définition dans le nouveau règlement OCM unique. Il faut travailler à cette harmonisation. Tout repli sur soi ne peut être que suicidaire.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La France a des atouts exceptionnels – terre, climat, eau, diversité, énergie – mais ne semble pas capable de les valoriser. Elle se croit plus forte qu'elle n'est. Ou plutôt, qu'elle n'est plus. La France a une agriculture plurielle. Chacune a sa place et son utilité, celle des champs de betteraves et de colza et celle des montagnes et des ceintures de ville, l'agriculture de compétition et ses « fermes-valoir », vitrines de la « qualité France ». Le temps n'est plus où les agro-managers et les bio-écologistes s'invectivaient. Ces deux agricultures, tout aussi fondamentales, sont en voie de se réconcilier. Il faut maintenant qu'elles jouent à fond leurs atouts.

Ce rapport a montré la complexité de l'articulation entre PAC et droit de la concurrence. Pourtant, les propositions sont simples :

- les spécificités du droit de la concurrence concernent avant tout des secteurs où les agriculteurs sont dispersés. Il faut les aider à profiter des opportunités qui leur sont offertes de se regrouper. Il y eut les OP fruits et légumes. Il y a les OP lait. Il y aura, nous l'espérons, des OP de deuxième génération, plus fortes et plus ambitieuses, qui permettront aux agriculteurs de ces secteurs de gagner en valeur ajoutée ;

- lorsqu'il n'y a pas de spécificité, l'État doit s'affirmer davantage et être aux côtés des entreprises ;

- il faut encore et toujours travailler à l'harmonisation au niveau européen.

Le droit de la concurrence et ses spécificités peuvent et doivent les y aider : lorsque des dérogations au droit de la concurrence sont possibles, les agriculteurs doivent en profiter au maximum. Lorsque la loi de la libre concurrence s'impose, il faut alors jouer la carte de la concurrence à fond.

EXAMEN EN COMMISSION

La commission des affaires européennes s'est réunie le mardi 10 décembre 2013 pour l'examen du présent rapport. À l'issue de la présentation faite par le rapporteur, M. Jean Bizet, le débat suivant s'est engagé :

M. Yannick Botrel. – Je le dis sincèrement : j'apprécie beaucoup la qualité de ce rapport. Il y a quelques années, lors du débat sur la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP), le ministre d'alors, M. Bruno Le Maire, avait parlé de contractualisation et d'organisation de la production. Il souhaitait limiter à 400 le nombre de producteurs par OP, de crainte de provoquer un conflit avec le droit européen. Ce débat est dépassé, puisque l'Union européenne admet désormais le principe de l'organisation des producteurs sans limite de nombre de participants.

Les OP actuelles ne parviendront pas à négocier des prix : elles ont affaire à forte partie. Cependant l'exemple des légumes du littoral Nord de la Bretagne montre que les OP de deuxième génération peuvent fonctionner : les coopératives de Paimpol et de Tréguier, actives, puissantes, ont regroupé un grand nombre de producteurs et forment le seul organisme de ce type reconnu par les pouvoirs publics. Sans maîtriser, bien sûr, l'ensemble de la filière, elles agissent jusqu'au conditionnement et la valorisation des produits et négocient avec des opérateurs qui livrent les marchés allemand, autrichien, néerlandais et suisse. Voilà un exemple à suivre.

Les Pays-Bas sont très vigilants concernant leur agriculture. Le ministère de l'agriculture a fusionné avec celui de l'économie et tous les ministères concernés leur ont cédé leurs compétences, en incluant l'agroalimentaire – qui a fait l'objet de la création d'un office consacré aux marchés extérieurs du secteur. Comme l'avait fait remarquer notre collègue M. André Ferrand, la diplomatie commerciale du pays est subordonnée à cet opérateur ; tout converge au service de cette politique. En France, nous en sommes loin et ces mêmes compétences sont disséminées entre cinq ministères...

Les producteurs français ont tendance, quand ils s'expriment, à privilégier la notion de bassin laitier par rapport à la dimension nationale : où se situe le « marché pertinent » ?

La surréglementation n'est pas un problème particulier à l'agriculture. La très mauvaise habitude française de durcir les textes communautaires donne l'impression d'une contrainte européenne excessive et provoque la défiance de nos concitoyens vis-à-vis de l'Union. Il faut y sensibiliser le Gouvernement et le Parlement.

Je note enfin le grand pragmatisme des Allemands en matière d'application des principes de la concurrence.

M. Jean-Paul Emorine. – Le sujet est délicat et s'il y a évolution de la perception des OP au niveau européen, je m'en réjouis. Nous avons eu l'expérience de la crise du lait, avec des monopoles face à des professionnels mal organisés. Au Danemark, une entreprise concentrait 80 % de la collecte du lait...

La difficulté, en France, est d'intégrer l'ensemble des syndicats professionnels dans les OP. Il faut pourtant favoriser la concentration : face à sept groupes d'achat, pourquoi n'aurions-nous pas huit ou dix OP ? Je note que dans la situation actuelle, où les coopératives représentent 40 % des industries agroalimentaires, tout le monde a sa part de responsabilité...

La contractualisation doit pouvoir intégrer l'esprit de la concurrence. C'est plus facile dans le secteur du lait, mais cela commence aussi à se produire dans la viande ; les céréales constituent un autre cas.

L'État devrait-il reprendre du pouvoir ? Qui, des politiques ou des autorités indépendantes, doit décider ? N'oublions pas du reste que M. Bruno Lasserre, nommé président du Conseil de la concurrence, vient de la DGCCRF ! Les autorités administratives sont là pour appliquer les politiques de l'Union européenne et des gouvernements successifs. L'État reprend la main quand il le veut.

Je suis plutôt libéral et le principe de la concurrence me convient, mais des concentrations sont nécessaires. Trop souvent elles n'ont lieu, en matière agricole, que lorsque le président de la coopérative, vieilli, se voit sans successeur !

Nous pourrions élargir le débat sur la façon de préserver le revenu de nos agriculteurs. Les Américains disposent d'une assurance pouvant couvrir leurs revenus jusqu'à 120 %, ce qui est anti-concurrentiel. Des assurances contre les aléas climatiques et sanitaires seraient à encourager : c'est ce que l'Europe nous demande de développer.

M. Jean Bizet. – Nous nous rejoignons tous sur ces questions.

La contractualisation est du ressort du droit interne, tandis que les OP relèvent du droit européen. La constitution des organisations de producteurs est possible dans la limite de 3,5 % de la référence laitière européenne et à 33 % du marché national, ce qui permettrait de gros regroupements. Il y a eu une évolution.

Les services de M. Almunia n'ont pas été aimables avec la France ; il est vrai que l'action conjointe de MM. Barnier et Le Maire leur avait tordu le bras en leur imposant la possibilité des OP laitières. Mais la sanctuarisation du « mini-paquet lait » a fait école, dans le secteur céréalier notamment. Cela tarde encore dans la filière bovine : vous connaissez les rapports de force avec les marchands de bestiaux... Chez moi, une OP spécialisée dans une

race particulière avait passé contrat il y a une vingtaine d'années avec un grand distributeur ; j'avais alors insisté pour que les agriculteurs conservent la propriété du cahier des charges. Cela leur a donné un pouvoir de négociation total. Ce distributeur n'a plus jamais contractualisé depuis avec qui que ce soit sans exiger au préalable la propriété du cahier des charges.

Les OP de deuxième génération n'auront pas plus de pouvoir pour négocier les prix, mais elles en auront pour négocier le partage de la valeur ajoutée grâce à leur maîtrise accrue de l'ensemble de la filière. Les services de M. Almunia souhaitent, pour parvenir à cela, que l'on aille au-delà du simple regroupement de vendeurs, ce qui suppose que la mentalité des agriculteurs évolue. Pour le reste, je m'associe aux propos de M. Emorine.

La commission à l'unanimité autorise la publication du rapport.

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE 1 - Le primat concurrentiel dans les règlements PAC

ANNEXE 2 - Les règles de concurrence dans le règlement OCM unique actuel

ANNEXE 3 - Les règles de concurrence dans le nouveau règlement OCM unique (en cours d'adoption)

ANNEXE 1

LE PRIMAT CONCURRENTIEL DANS LES RÈGLEMENTS PAC

- Proposition de règlement paiements directs

Considérant 17 – Il convient de préciser que les dispositions (relatives aux aides d'État) et l'octroi des aides n'entraîne pas de distorsions de concurrence.

Considérant 46 – Afin d'éviter toute concurrence déloyale (entre États membres), il convient de conférer des compétences d'exécution à la Commission.

Article 22 & 4 – Valeur des droits de paiement et convergence

Les critères objectifs sont établis de manière à éviter toute distorsion du marché et de concurrence.

Cette formule « éviter toute distorsion du marché et de concurrence » est utilisée à cinq reprises dans le corps du texte : art. 17 – paiements directs nationaux complémentaires en Roumanie et en Bulgarie ; art. 22 – valeur des droits de paiement ; art. 23 – réserve nationale ; art. 27 – Transfert des droits à paiement ; art. 28 – valeur des droits à paiement.

Règlement OCM unique

Considérants

(39) Il est important de prévoir des mesures de soutien de nature à renforcer les structures de concurrence dans le secteur vitivinicole.

(59bis) Pour certains secteurs et produits (...) les dénominations de vente constituent des éléments importants pour la détermination des conditions de la concurrence.

(67) Il convient de protéger les appellations d'origine et les indications géographiques (...) Pour favoriser une concurrence loyale, il convient que cette protection concerne également les produits ne relevant pas du présent règlement

(71) Certaines mentions sont employées de manière traditionnelle dans l'Union et fournissent au consommateur des informations sur les particularités et la qualité des vins (...). Afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, d'assurer une concurrence équitable (...) il convient que ces mentions traditionnelles puissent bénéficier d'une protection de l'Union.

« (84 ter) (...) Afin de maintenir une concurrence effective sur le marché du lait et des produits laitiers (...).

« (89) Il convient que les États membres soient en mesure d'assurer l'application des décisions prises par les organisations interprofessionnelles. Les pratiques susceptibles de fausser le jeu de la concurrence devraient toutefois rester hors du champ d'application de ces décisions.

« (120 bis) En raison de la spécificité du secteur agricole, qui dépend du bon fonctionnement de l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, y compris de

L'application effective des règles de concurrence (...) tout au long de la chaîne d'approvisionnement alimentaire (...).

« (121) Il convient de prévoir que les règles de concurrence relatives aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 101 du traité, ainsi qu'aux abus de position dominante, s'appliquent à la production et au commerce des produits agricoles (...).

« (122) Il convient de prévoir une approche particulière dans le cas des organisations de producteurs (...) à moins qu'une telle action commune n'exclue la concurrence

« (123) (...) Il convient de suivre une approche particulière concernant certaines activités des organisations interprofessionnelles pour autant que celles-ci (...) ne faussent pas ou n'éliminent pas la concurrence (...).

« (142) (...) il convient de recourir à la procédure consultative pour l'adoption des actes d'exécution du présent règlement en ce qui concerne les questions de concurrence (...).

Droit positif

« Article 47 – Assurance-récolte

« 4. L'aide en faveur de l'assurance-récolte n'entraîne aucune distorsion de la concurrence sur le marché de l'assurance.

« Article 49 – Distillation

« 3. L'alcool qui résulte de la distillation (...) est utilisé exclusivement à des fins industrielles ou énergétiques de manière à éviter une distorsion de concurrence.

« Article 50 – Pouvoirs délégués

« 2. b) les États membres peuvent, pour les vins élaborés (...), et sans préjudice des conditions d'une concurrence loyale, établir des listes de variétés à raisins de cuve à exclure (...).

« Article 105- Négociations contractuelles dans le secteur laitier

« 6. (...) l'autorité de concurrence (...) peut décider (...) que des négociations spécifiques menées par l'organisation de producteurs devraient être rouvertes ou ne devraient avoir lieu en aucun cas, dès lors qu'elle le juge nécessaire afin d'éviter l'exclusion de la concurrence (...).

« Art 105 bis régulation de l'offre pour les fromages AOP/IGP

« 8. La Commission peut à tout moment adopter des actes d'exécution exigeant qu'un État membre abroge les règles qu'il a établies (...) si la Commission constate que lesdites règles (...) constituent une entrave à la concurrence ou une distorsion de la concurrence dans une partie importante du marché intérieur, ou compromettent le libre-échange (...).

« Article 108 – Organisations interprofessionnelles

« 1. Les États membres peuvent (...) élaborer des contrats types (...) pour la vente de produits agricoles (...) en tenant compte de la nécessité de garantir des conditions de concurrence équitables et d'éviter les distorsions du marché.

« 2. (...) Les États membres peuvent reconnaître les organisations interprofessionnelles qui (...) élaborent des contrats types (...) pour la vente du lait cru (...) en tenant compte de la nécessité de garantir des conditions équitables de concurrence et de prévenir les distorsions de marché.

« 5. (...) l'autorité de concurrence (...) peut décider dans des cas particuliers (...) que des négociations spécifiques menées par l'organisation de producteurs devraient être rouvertes ou ne devraient avoir lieu en aucun cas, dès lors qu'elle le juge nécessaire afin d'éviter l'exclusion de la concurrence (...).

« Article 113 quater – Négociations contractuelles dans le secteur de la viande bovine

« 5. (...) l'autorité de concurrence (...) peut décider dans des cas particuliers (...) que des négociations spécifiques menées par l'organisation de producteurs devraient être rouvertes ou ne devraient avoir lieu en aucun cas, dès lors qu'elle le juge nécessaire afin d'éviter l'exclusion de la concurrence (...).

ANNEXE 2

LES RÈGLES DE CONCURRENCE DANS LE RÈGLEMENT OCM UNIQUE ACTUEL

Règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007
dit « règlement OCM unique »

PARTIE IV

RÈGLES DE CONCURRENCE

CHAPITRE 1

RÈGLES APPLICABLES AUX ENTREPRISES

Article 175

Application des articles 81 à 86 du traité

Sauf si le présent règlement en dispose autrement, les articles 81 à 86 du traité et leurs modalités d'exécution s'appliquent, sous réserve des dispositions des articles 176 à 177 du présent règlement, à l'ensemble des accords, décisions et pratiques visés à l'article 81, paragraphe 1, et à l'article 82 du traité se rapportant à la production ou au commerce des produits relevant du présent règlement.

Article 176

Exceptions

C1 1. L'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 175 du présent règlement qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché ou qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du traité.

En particulier, l'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques d'exploitants agricoles, d'associations d'exploitants agricoles ou d'associations de ces associations ressortissant à un seul État membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, 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 la Commission ne constate qu'ainsi la concurrence est exclue ou que les objectifs de l'article 33 du traité sont mis en péril.

2. Après avoir consulté les États membres et entendu les entreprises ou associations d'entreprises intéressées, ainsi que toute autre personne physique ou morale dont l'audition lui paraît nécessaire, la Commission, sous réserve du contrôle de la Cour de justice, a compétence exclusive pour constater, par une

décision qui est publiée, pour quels accords, décisions et pratiques les conditions prévues au paragraphe 1 sont remplies.

La Commission procède à cette constatation soit d'office, soit sur demande d'une autorité compétente d'un État membre ou d'une entreprise ou association d'entreprise intéressée.

3. La publication de la décision visée au paragraphe 2, premier alinéa, mentionne les noms des parties intéressées et reprend l'essentiel de la décision. Elle tient compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Article 176 bis

Accords et pratiques concertées dans le secteur des fruits et légumes

1. L'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues, ayant pour objet l'exercice des activités visées à l'article 123, paragraphe 3, point c), du présent règlement.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique que :

a) si les accords, décisions et pratiques concertées ont été notifiés à la Commission ;

b) si la Commission, dans un délai de deux mois à compter de la communication de tous les éléments d'appréciation nécessaires, n'a pas déclaré l'incompatibilité de ces accords, décisions ou pratiques concertées avec la réglementation communautaire.

3. Les accords, décisions et pratiques concertées ne peuvent entrer en vigueur avant que le délai prévu au paragraphe 2, point b), ne soit écoulé.

4. Les accords, décisions et pratiques concertées ci-après sont déclarés, en tout état de cause, incompatibles avec la réglementation communautaire :

a) les accords, décisions et pratiques concertées qui peuvent entraîner toute forme de cloisonnement des marchés à l'intérieur de la Communauté ;

b) les accords, décisions et pratiques concertées qui peuvent nuire au bon fonctionnement de l'organisation des marchés ;

c) les accords, décisions et pratiques concertées qui peuvent créer des distorsions de concurrence et qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs de la politique agricole commune poursuivis par l'activité de l'organisation interprofessionnelle ;

d) les accords, décisions et pratiques concertées qui comportent la fixation de prix, sans préjudice des activités exercées par les organisations interprofessionnelles dans le cadre de l'application de dispositions spécifiques de la réglementation communautaire ;

e) les accords, décisions et pratiques concertées qui peuvent créer des discriminations ou éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en question.

5. Si la Commission constate, après l'expiration du délai de deux mois visé au paragraphe 2, point b), que les conditions d'application du paragraphe 1 ne sont pas remplies, elle prend une décision déclarant l'article 81, paragraphe 1, du traité applicable à l'accord, à la décision ou à la pratique concertée en cause.

La décision de la Commission ne s'applique pas avant la date de sa notification à l'organisation interprofessionnelle intéressée, sauf si cette dernière a donné des indications inexactes ou a abusé de l'exemption prévue au paragraphe 1.

6. Dans le cas d'accords pluriannuels, la notification de la première année est valable pour les années suivantes de l'accord. Toutefois, dans ce cas, la Commission, de sa propre initiative ou à la demande d'un autre État membre, peut à tout moment déclarer qu'il y a incompatibilité.

Article 177

Accords et pratiques concertées dans le secteur du tabac

1. L'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues du secteur du tabac, mis en œuvre pour la réalisation des objectifs visés à l'article 123, point c), du présent règlement, à condition que :

a) les accords et les pratiques concertées aient été notifiés à la Commission ;

b) la Commission, dans un délai de trois mois à compter de la réception de tous les éléments d'appréciation nécessaires, n'ait pas déclaré l'incompatibilité de ces accords ou de ces pratiques concertées avec la réglementation communautaire en matière de concurrence.

Lesdits accords et pratiques concertées ne peuvent être mis en œuvre pendant ce délai de trois mois.

2. Les accords et les pratiques concertées sont déclarés contraires aux règles communautaires en matière de concurrence dans les cas où :

a) ils peuvent entraîner toute forme de cloisonnement des marchés à l'intérieur de la Communauté ;

b) ils peuvent nuire au bon fonctionnement de l'organisation des marchés ;

c) ils peuvent créer des distorsions de concurrence qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs de la politique agricole commune poursuivis par l'action interprofessionnelle ;

d) ils comportent la fixation de prix ou de contingents, sans préjudice des mesures prises par les organisations interprofessionnelles dans le cadre de l'application de dispositions particulières de la réglementation communautaire ;

e) ils peuvent créer des discriminations ou éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en question.

3. Si la Commission constate, après l'expiration du délai de trois mois visé au paragraphe 1, point b), que les conditions d'application du présent chapitre ne sont pas remplies, elle prend, sans l'assistance du comité visé à l'article 195, paragraphe 1, une décision déclarant l'article 81, paragraphe 1, du traité applicable à l'accord ou à la pratique concertée en cause.

La prise d'effet de cette décision ne peut pas être antérieure au jour de sa notification à l'organisation interprofessionnelle intéressée, sauf si cette dernière a donné des indications inexactes ou a abusé de l'exemption prévue au paragraphe 1.

Article 178

Effet contraignant des accords et des pratiques concertées sur les tiers dans le secteur du tabac

1. Les organisations interprofessionnelles du secteur du tabac peuvent demander que certains de leurs accords ou certaines de leurs pratiques concertées soient rendus obligatoires, pour une période limitée, pour les opérateurs individuels et les groupements du secteur économique concerné non adhérents aux branches professionnelles regroupées en leur sein, dans la zone où elles exercent leurs activités.

Aux fins de l'application de l'extension des règles, les organisations interprofessionnelles représentent au moins deux tiers de la production et/ou du commerce en question. Dans le cas où le projet d'extension des règles couvre un champ d'application interrégional, les organisations interprofessionnelles justifient d'une représentativité minimale, pour chacune des branches regroupées, dans chacune des régions concernées.

2. Les règles dont l'extension peut être demandée sont appliquées depuis au moins une année et portent sur l'un des objets suivants :

- a) la connaissance de la production et du marché ;
- b) la définition de qualités minimales ;
- c) l'utilisation de méthodes culturales compatibles avec la protection de l'environnement ;
- d) la définition de normes minimales en matière de conditionnement et d'emballage;
- e) l'utilisation de semences certifiées et le contrôle de qualité des produits.

3. L'extension des règles est subordonnée à l'approbation de la Commission.

Article 179

*Modalités d'application concernant les accords et les pratiques concertées dans le
secteur des fruits et légumes et du tabac*

La Commission peut adopter les modalités d'application des articles 176 bis, 177 et 178, y compris les règles relatives à la notification et à la publication.

ANNEXE 3

LES RÈGLES DE CONCURRENCE DANS LE NOUVEAU RÈGLEMENT OCM UNIQUE (EN COURS D'ADOPTION)

**Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil
portant organisation commune des marchés des produits agricoles (règlement
"OCM unique")**

(COM(2011)0626 - COM(2012)0535)

PARTIE IV

RÈGLES DE CONCURRENCE

CHAPITRE I

RÈGLES APPLICABLES AUX ENTREPRISES

Article 143

*Lignes directrices de la Commission sur l'application des règles de concurrence à
l'agriculture*

Sauf si le présent règlement en dispose autrement, *conformément à l'article 42 du traité*, les articles 101 à 106 du traité et leurs modalités d'exécution s'appliquent, sous réserve des dispositions des articles *143 bis* à 145 du présent règlement, à l'ensemble des accords, décisions et pratiques visés à l'article 101, paragraphe 1, et à l'article 102 du traité se rapportant à la production ou au commerce des produits agricoles.

Afin de veiller au fonctionnement du marché intérieur et à l'application uniforme des règles de concurrence de l'Union, la Commission et les autorités de concurrence des États membres appliquent les règles de concurrence de l'Union en étroite coopération.

En outre, la Commission publie, le cas échéant, des lignes directrices en vue d'aider les autorités nationales de concurrence ainsi que les entreprises.

Article 143 bis

Le marché en cause

La définition du marché en cause permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et s'articule autour de deux dimensions cumulatives :

a) le marché de produits en cause: aux fins du présent chapitre, on entend par "marché de produits" le marché comprenant tous les produits considérés comme interchangeables ou substituables par le consommateur en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auxquels ils sont destinés ;

b) le marché géographique en cause: aux fins du présent chapitre, on entend par "marché géographique" le marché comprenant le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, notamment parce que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

Article 143 ter

Position dominante

Aux fins du présent chapitre, on entend par "position dominante" le fait pour une entreprise d'être dans une situation de puissance économique lui donnant le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.

Article 144

Exceptions concernant les objectifs de la PAC, les agriculteurs et leurs associations

1. L'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 143 du présent règlement qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 39 du traité.

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 106 du présent règlement, ou des associations d'organisations de producteurs reconnues au titre de l'article 107 du présent règlement, 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 soient mis en péril.

Le présent paragraphe 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.

2. *Les accords, décisions et pratiques concertées qui remplissent les conditions visées au paragraphe 1 ne sont pas interdits, et aucune décision préalable à cette fin n'est nécessaire. Dans toutes les procédures nationales ou de l'Union concernant l'application de l'article 101 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 101, paragraphe 1, du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue. Il incombe à la partie qui invoque le bénéfice des exemptions prévues au paragraphe 1 d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies.*

Article 145

Accords et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues

1. L'article 101, paragraphe 1, du *TFUE* ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues au titre de l'article 108 du présent règlement, ayant pour objet l'exercice des activités mentionnées à l'article 108, paragraphe 1, point c), et *paragraphe 2, point c)*, du présent règlement et, en ce qui concerne les secteurs de l'huile d'olive et des olives de table et du tabac, les activités mentionnées à l'article *109 quinquies* du présent règlement.

2. Le paragraphe 1 s'applique uniquement lorsque :

a) les accords, décisions et pratiques concertées ont été notifiés à la Commission;

b) si cette dernière, dans un délai de deux mois à compter de la communication de tous les éléments d'appréciation nécessaires, n'a pas déclaré l'incompatibilité de ces accords, de ces décisions ou de ces pratiques concertées avec la réglementation *de l'Union*. *Si la Commission estime qu'ils sont incompatibles avec la réglementation de l'Union, elle établit ses conclusions sans recourir à la procédure visée à l'article 162, paragraphes 2 et 3.*

3. Les accords, décisions et pratiques concertées *visées au paragraphe 1* ne peuvent entrer en vigueur avant que le délai de *deux mois* prévu au paragraphe 2, point b), soit écoulé.

4. Les accords, décisions et pratiques concertées sont déclarés, en tout état de cause, incompatibles avec la réglementation de l'Union s'ils :

a) peuvent entraîner toute forme de cloisonnement des marchés à l'intérieur de l'Union ;

b) peuvent nuire au bon fonctionnement de l'organisation des marchés ;

c) peuvent créer des distorsions de concurrence qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs de la politique agricole commune poursuivis par l'activité de l'organisation interprofessionnelle ;

d) comportent la fixation de prix ou de quotas ;

e) peuvent créer des discriminations ou éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits concernés.

5. Si la Commission constate, après l'expiration du délai de deux mois visé au paragraphe 2, point b), que les conditions d'application du paragraphe 1 ne sont pas remplies, elle prend, *sans recourir à la procédure visée à l'article 162, paragraphe 2 ou 3*, une décision déclarant que l'article 101, paragraphe 1, du traité s'applique à l'accord, à la décision ou à la pratique concertée en cause.

La décision de la Commission ne s'applique pas avant la date de sa notification à l'organisation interprofessionnelle concernée, sauf si cette dernière a donné des indications inexacts ou a abusé de l'exemption prévue au paragraphe 1.

6. Dans le cas d'accords pluriannuels, la notification de la première année est valable pour les années suivantes de l'accord. Toutefois, dans ce cas, la Commission, de sa propre initiative ou à la demande d'un autre État membre, peut à tout moment déclarer qu'il y a incompatibilité.

7. La Commission peut adopter des actes d'exécution définissant les mesures nécessaires à une application uniforme du présent article. Ces actes d'exécution sont adoptés en conformité avec la procédure d'examen visée à l'article 162, paragraphe 2.