

Les défis de la nouvelle agriculture et le droit de la concurrence

Lucas Bettoni, maître de conférences à l'Université Toulouse Capitole, Centre de Droit des Affaires (EA780), Institut National Universitaire Champollion.

La politique de concurrence et la politique agricole constituent deux des principaux piliers de l'Union européenne. Or, ces politiques paraissent à première vue antagonistes¹. D'un côté, la politique de concurrence repose sur la logique du marché au sens libéral du terme, vecteur de compétition entre opérateurs et gage d'efficacité économique et de bas prix. De l'autre, la politique agricole commune (ci-après : « PAC ») s'intéresse spécifiquement à un secteur d'activité donné – la production et le commerce de produits agricoles – qui présente un certain nombre de caractéristiques éloignées, voire peu compatibles avec l'impératif de libre concurrence : aléas climatiques et sanitaires, périssabilité de la production, fragilité des ressources exploitées, volatilité des prix ou encore déséquilibre des rapports de forces opposant l'offre atomisée des producteurs et la demande concentrée des industriels et des distributeurs.

D'après l'article 39 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE »), la PAC a pour but : l'accroissement de la productivité ; la garantie d'un niveau de vie équitable à la population agricole ; la stabilisation des marchés ; la sécurité des approvisionnements et le maintien de prix raisonnables pour les consommateurs. Si la PAC et la politique de concurrence concourent avec les autres dispositions du Traité à la réalisation d'un marché unique européen et poursuivent des objectifs économiques communs (l'amélioration de la production, le bien-être des consommateurs par la baisse des prix), les objectifs à finalité sociale de la PAC (amélioration de la qualité de vie des agriculteurs, stabilisation des marchés) sont en revanche nettement opposés à l'impératif de concurrence libre et non faussée. Dès lors, comment les objectifs de ces deux politiques européennes doivent-ils s'articuler ?

La réponse à cette interrogation se trouve dans le TFUE. Suivant son article 42, « 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 (...) compte tenu des objectifs énoncés à l'article 39 ».

En doctrine, il a été parfois soutenu que cette disposition instaurait une primauté de la PAC sur les règles de concurrence². Une telle opinion procède d'une lecture erronée du traité fondateur. Suivant ce texte en effet, le droit de la concurrence n'est applicable que « dans la mesure » déterminée par le législateur européen : c'est au Parlement et au Conseil qu'il revient de déterminer la manière dont le droit de la concurrence doit s'appliquer au secteur agricole. Les rédacteurs du Traité ont donc décidé de ne pas soustraire l'agriculture du champ des règles de concurrence, mais de confier le soin au législateur de les adapter aux spécificités de ce domaine. Et il lui incombe de légiférer « compte tenu » des objectifs de la PAC : cette directive posée par l'article 42 ne signifie pas la prééminence de la politique agricole sur celle de concurrence ; au contraire, ces politiques ont vocation à cohabiter puisque le droit primaire invite le droit dérivé à concilier les objectifs économiques et sociaux de la PAC et la libre concurrence des opérateurs sur le marché intérieur³.

Dès 1962, le Conseil répondait à l'appel à légiférer des rédacteurs du Traité de Rome en adoptant un premier règlement⁴. Si le principe de soumission aux règles du Traité sur la concurrence y était rappelé en préambule, la particularité du secteur visé, tenant au caractère nourricier de l'agriculture, justifiait l'introduction d'une dérogation à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles en faveur d'accords entre producteurs concurrents relatifs à la production ou la vente de produits agricoles, à l'utilisation

¹ D. Spector, La contradiction entre les deux principales politiques communautaires, in *Politique agricole et droit & politique de la concurrence*, Concurrences 4-2008, p. 16 et s.

² Par ex. dernièrement, H. Courades, *Le droit de la concurrence appliqué au secteur agricole*, thèse dact., Paris I, 2019, spéc. p. 91 et 151.

³ En ce sens, C. Prieto et D. Bosco, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013, n° 448.

⁴ Cons., Règl. (CEE) n° 26/62 du 4 avr. 1962 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce de produits agricoles, JOCE P 30, p. 993.

d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformations de produits agricoles. Par cette entorse aux règles du Traité, on comprend qu'il s'agissait déjà à l'époque de favoriser l'organisation collective des agriculteurs pour renforcer leur pouvoir de négociation face au développement de la puissance d'achat des industriels et des distributeurs. Le traitement de faveur des ententes agricoles a été maintenu en l'état par le règlement n° 1184/2006⁵, puis enrichi de nouvelles dérogations par le règlement n° 1234/2007⁶. Parachevant le regroupement des règles relatives à la PAC entrepris par le règlement n° 1234/2007, le règlement n° 1308/2013 du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles⁷, dit règlement OCM, modifié une première fois par le règlement Omnibus n° 2017/2393 du 13 décembre 2017⁸ puis une seconde par le règlement n° 2021/2117 du 2 décembre 2021⁹, consacre une partie IV aux règles de concurrence.

L'ensemble de ces dispositions forment le cadre d'un droit spécial de la concurrence que d'aucuns qualifient volontiers d'« exception agricole »¹⁰. Ambiguë, cette formule ne doit pas être comprise comme excluant l'impératif de concurrence de l'agriculture. Le principe de l'application des règles du Traité en la matière à ce domaine d'activité est en effet réaffirmé par les règlements¹¹. Cette législation spéciale correspond uniquement à un assouplissement de certaines règles de concurrence. En l'occurrence, le législateur européen a voulu n'aménager que les dispositions relatives aux ententes, laissant ainsi l'interdiction des abus de position dominante et le contrôle des concentrations pleinement s'appliquer au domaine agricole.

Qu'il soit spécial ou général, le droit de la concurrence inspire la crainte des acteurs du secteur agricole qui conservent à l'esprit les lourdes condamnations pécuniaires prononcées par les autorités de concurrence à l'encontre de certaines organisations de producteurs. En France par exemple, la sanction par la Commission européenne d'un cartel d'abatteurs de bovins, constitué en réaction à la crise de la « vache folle »¹² ou encore la sévérité dont l'Autorité de la concurrence a fait preuve vis-à-vis des endiviers qui s'étaient entendus pour écouler leur production à un prix rémunérateur¹³ ont eu un retentissement certain dans le monde agricole.

Pourtant, soumission aux règles de concurrence ne rime pas toujours avec punition¹⁴. Ces dernières constituent aussi des moyens de protection pour les agriculteurs. Ainsi par exemple, le contrôle des concentrations permet d'éviter qu'une coopérative ne devienne le seul accès possible pour des producteurs à la commercialisation, particulièrement lorsque ces producteurs sont soumis à des coûts

⁵ PE et Cons., Règl. (CE) n° 1184/2006 du 24 juill. 2006 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce de produits agricoles, JOCE L 214, p. 7.

⁶ PE et Cons., Règl. (CE) n° 1234/2007 du 22 oct. 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur, JOCE L 299, p. 1.

⁷ PE et Cons., Règl. (UE) n° 1308/2013 du 17 déc. 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles, JOUE L 347, p. 865.

⁸ PE et Cons., Règl. (UE) n° 2017/2393 du 13 décembre 2017 modifiant les règlements (UE) n° 1306/2013..., JOUE L 350, p. 15.

⁹ PE et Cons., Règl. (UE) n° 2021/2117 du 2 décembre 2021 modifiant les règlements (UE) n° 1308/2013..., JOUE L 435, p. 262.

¹⁰ Par ex., D. Perron, La production laitière et les ententes : confirmation législative de l'exception agricole aux règles de concurrence, Droit rural 2009, étude 2 ; M. Debroux, Les raisons d'une cohabitation orageuse, in *Politique agricole et droit & politique de la concurrence*, Concurrences 4-2008, p. 11 et s., spéc. n° 3.

¹¹ PE et Cons., Règl. (UE) n° 2021/2117, préc., art. 1, § 57 : « Sauf si le présent règlement en dispose autrement et conformément à l'article 42 [TFUE], les articles 101 à 106 [TFUE] et leurs modalités d'exécution s'appliquent, sous réserve des articles 207 à 210 *bis* du présent règlement, à l'ensemble des accords, décisions et pratiques visés à l'article 101, paragraphe 1, et à l'article 102 [TFUE] se rapportant à la production et au commerce des produits agricoles ».

¹² Comm. CE, 2 avr. 2003, *Viandes bovines françaises*, 2003/600/CE ; rejet du pourvoi par CJCE, 18 déc. 2008, *Coop de France bétail et viande c/ Comm.*, C-101/07, Rec. I-10193.

¹³ ADLC, 6 mars 2012, déc. n° 12-D-08, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives ; réformé par CA Paris, 1^{er} juill. 2021, n° 19/00595 (montant des amendes divisé par trois).

¹⁴ J. Thery Schultz, Introduction, in *Concurrence et agriculture (Séminaire Nasse – Paris, 4 septembre 2014)*, Concurrences 4-2014, p. 1 et s., spéc. p. 3.

importants de transport qui restreignent la zone de collecte et donc le choix de l'acheteur ou du transformateur. Dans le domaine de l'*antitrust*, des ententes peuvent également être préjudiciables aux producteurs, comme celle par exemple qui avait été mise en œuvre par des coopératives céréalières dans le secteur du maïs aboutissant à la surfacturation des prestations de séchage et sanctionnée par le Conseil de la concurrence en 2007¹⁵.

Au-delà des prohibitions et des sanctions édictées, le droit de la concurrence met surtout à la disposition de ses destinataires une « boîte à outils » qui permettraient à l'agriculture européenne de faire face aux nombreux défis auxquels celle-ci se trouve aujourd'hui confrontée : nourrir une population en expansion, assurer la sécurité alimentaire, garantir la qualité des produits, améliorer la position des producteurs dans la chaîne de valeur, favoriser le développement durable, préserver les ressources naturelles, etc.¹⁶. La soumission aux règles de concurrence constitue en effet davantage un levier qu'un frein au développement d'une agriculture plus juste et plus durable. Certes, de nombreuses voix s'élèvent pour dénoncer l'incapacité des règles européennes à remédier aux déséquilibres structurels et aux difficultés conjoncturelles des marchés agricoles depuis que l'administration de l'agriculture a laissé place à un système d'économie de marché¹⁷. Mais un tel procès est excessif en ce qu'il traduit une vision biaisée de la politique européenne de concurrence. En Europe, contrairement aux Etats-Unis, la concurrence n'est pas une fin en soi mais un moyen au service d'objectifs de bien-être des citoyens européens à travers une prospérité et une qualité de vie accrue¹⁸. Le célèbre arrêt *Métro* de 1977 énonçait déjà que « les nécessités du maintien d'une concurrence efficace peuvent être conciliées avec la sauvegarde d'objectifs de nature différente, et que, dans ce but, certaines restrictions de concurrence sont admissibles »¹⁹. Loin d'être exclusivement tourné vers la compétition entre opérateurs, l'efficacité économique et les prix bas, le droit européen de la concurrence s'avère perméable aux considérations sociales telles l'amélioration de la qualité de vie des populations, la réduction des inégalités, la préservation de l'environnement ou encore la lutte contre les conséquences d'une crise économique ou sanitaire²⁰.

En premier lieu, l'exception agricole contenue dans le règlement OCM modifié, en assouplissant à plusieurs égards le principe de prohibition des ententes anticoncurrentielles, offre aux producteurs de nombreuses possibilités d'actions collectives : regroupement de l'offre, constitution de plans de filières, montée en gamme de la production ou encore adoption de pratiques plus écologiques. À cet égard, ce droit spécial de la concurrence a tout naturellement un rôle à jouer dans le développement d'une agriculture nouvelle, mieux organisée et rémunérée mais aussi plus vertueuse (I). Mais eu égard à ses imperfections et ses limites, il est nécessaire, en second lieu, de combiner l'exception agricole avec les règles de concurrence contenues dans le Traité, ce que l'on peut appeler le droit commun de la concurrence. Ces règles générales de concurrence, indifférentes à la nature des activités économiques et à l'identité de leurs acteurs, renferment en effet des mécanismes susceptibles d'offrir aux agriculteurs le supplément de sécurité et de protection attendues dans la réalisation des objectifs voulus par les instances européennes pour cette nouvelle agriculture (II).

¹⁵ Cons. conc., 9 mai 2007, déc. n° 07-D-16 relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales.

¹⁶ Comm. UE, Principaux objectifs stratégiques de la nouvelle PAC : les dix objectifs clés, Note d'information disponible sur le site internet de la Commission (https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/new-cap-2023-27/key-policy-objectives-new-cap_fr#nineobjectives).

¹⁷ Not. F. Riem, La gestion de l'offre agricole et le droit de la concurrence. Brèves réflexions sur un thème de Lascaux, in *Mélanges F. Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 657 et s. ; J. Bizet, Rapport d'information n° 649 fait au nom de la commission des affaires européennes du Sénat sur l'agriculture et la politique de concurrence, p. 31 et s.

¹⁸ P. Bonassies, Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen, in *Études A. Weil*, Dalloz-Litec, 1983, p. 51 et s.

¹⁹ CJCE, 25 oct. 1977, *Metro c/ Comm.*, 26/76, Rec. 1875, pt 21.

²⁰ C. Prieto (dir.), L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence (26 nov. 2020), *Concurrences* 2-2021, p. 2 et s.

I. La contribution de l'exception agricole au développement d'une nouvelle agriculture

Dire que les producteurs ont une mauvaise connaissance de l'exception agricole est un euphémisme. Une lecture attentive et combinée du règlement OCM et des deux règlements modificatifs permet pourtant de déceler l'existence de plusieurs tempéraments au principe d'interdiction des ententes anticoncurrentielles. Ces différents dispositifs ont pour but d'apporter des solutions aux principales difficultés rencontrées par le secteur agricole actuellement (A). Cependant, les règles peinent, en l'état, à répondre entièrement aux besoins de leurs destinataires (B).

A. Un large éventail d'actions collectives pour les agriculteurs

Au terme d'un indispensable travail de déchiffrement de textes « d'une complexité byzantine »²¹, il est possible d'identifier deux séries d'exceptions au principe de prohibition des ententes anticoncurrentielles : un régime d'exclusion des règles des ententes d'une part (1) et un régime d'exemption des accords agricoles d'autre part (2).

1. Le régime d'exclusion

Ces exceptions constituent des exclusions de l'application des règles de concurrence. Elles s'apparentent à un « véritable privilège »²² dans la mesure où il s'agit de placer certaines pratiques agricoles concertées hors du champ du droit des ententes alors qu'elles auraient dû en relever si elles s'étaient inscrites dans un autre secteur d'activité²³.

L'article 209 du règlement OCM introduit une exclusion générale des règles de concurrence tandis que les articles 210, 222, 166 et 210 *bis* instaurent des exclusions spéciales, la première étant réservée aux organisations interprofessionnelles (ci-après « OI »), la deuxième aux situations exceptionnelles de crise, la troisième à la montée en gamme des produits agricoles et la quatrième aux initiatives privées en faveur de la durabilité.

L'exclusion générale – L'article 209, § 1 du règlement OCM énonce que « l'article 101, paragraphe 1, [TFUE] ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 206 du présent règlement qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 39 ». Déjà présente dans les précédents règlements, cette exception historique est dite générale en ce qu'elle s'applique aux accords, décisions et pratiques agricoles sans distinction, mais à la triple condition qu'ils soient indispensables à la réalisation des objectifs économiques et sociaux de la PAC, ne comportent pas une obligation de pratiquer un prix déterminé et n'excluent pas toute concurrence entre les parties à l'entente. Par l'éviction des règles sur les ententes, le législateur européen entend encourager, dans une certaine limite, le regroupement d'exploitants agricoles et, ce faisant, de renforcer leur pouvoir de négociation avec les acheteurs moins nombreux et *de facto* plus puissants²⁴ et ainsi espérer un meilleur partage dans la valeur entre les maillons de la chaîne d'approvisionnement.

L'exclusion pour les OI – Le règlement OCM contient une exclusion particulière des règles *antitrust* établie en faveur des OI, c'est-à-dire des entités de droit privé (société coopérative agricole, association, etc.) constituées de représentants de plusieurs maillons de la chaîne d'approvisionnement (agriculture, transformation, distribution)²⁵. L'article 210 prévoit ainsi que l'article 101, § 1, TFUE ne s'applique pas aux accords et pratiques d'OI reconnues par les États membres. Devant être habilitées par arrêté ministériel, les OI ont pour mission de participer au développement des filières et sont, pour ce faire, autorisées à fournir à leurs membres des informations économiques générales, à élaborer des contrats-

²¹ J. Bizet, Rapport préc., spéc. p. 13. Sur ce travail de décryptage, notre article : Les mystères de l'exception agricole en droit européen de la concurrence (1^{ère} partie), Rev. Lamy conc. 2022, n° 120, p. 17 et s.

²² Y. Auguet *et al.*, *Droit de la concurrence*, Ellipses, 2020, p. 176.

²³ CJUE, 14 nov. 2017, *APVE e.a.*, dit « Endives », C-671/15, pt 38.

²⁴ PE et Cons., Règl. (UE) n° 1308/2013, préc., cons. 131.

²⁵ *Ibid.*, art. 157, § 1, a).

types, à initier des démarches qualitatives et de montée en gamme des produits, d'innovation et de durabilité ainsi qu'à promouvoir les produits auprès des consommateurs²⁶.

L'exclusion pour les crises – « Durant les périodes de déséquilibres graves sur les marchés », l'article 222 du règlement OCM octroie à la Commission le pouvoir de prendre « des actes d'exécution prévoyant que l'article 101, paragraphe 1, [TFUE] ne doit pas s'appliquer aux accords et décisions des organisations de producteurs reconnues, de leurs associations et des organisations interprofessionnelles reconnues (...), dans la mesure où ces accords et décisions (...) visent strictement à stabiliser le secteur concerné ». L'exclusion du droit des ententes au titre de ce texte doit cependant demeurer une mesure temporaire, son § 3 limitant la validité des accords et décisions visés que pour une période de six mois au maximum. Il s'agit en effet de « mettre sous cloche » un domaine de l'activité agricole durement frappé par une crise économique, sanitaire, climatique ou humanitaire, en autorisant temporairement certains « cartels de crise », le temps pour ses acteurs de prendre les mesures nécessaires à sa stabilisation. La dérogation temporaire au droit des ententes a été mise en œuvre pour la première fois afin de tenter de résorber la crise du lait en 2016²⁷. En avril 2020, la Commission a donné son accord pour l'application de cet article aux secteurs du lait²⁸, des fleurs²⁹ et des pommes de terre³⁰ en assimilant les événements liés à la COVID à une période de grave déséquilibre du marché. Pendant six mois, les opérateurs ont ainsi été autorisés à prendre des décisions communes concernant la planification du volume de lait cru à produire, à retirer les fleurs et les pommes de terre des marchés et à les distribuer gratuitement ainsi qu'à mener, pour ces deux derniers types de produits, des actions de promotion conjointe.

L'exclusion pour les démarches et labels de qualité – L'Autorité de la concurrence a reconnu dans un de ses avis que « la différenciation des produits agricoles de qualité protégés par des labels ou appellations est un atout pour l'agriculture française et européenne car il s'agit d'un moyen permettant à la fois de se positionner sur un segment du marché où s'exerce une moindre pression sur les prix et de répondre à une attente forte de la part des consommateurs de plus en plus soucieux de la qualité et de l'origine des produits qu'ils consomment »³¹. C'est ainsi que par exception à la condamnation des accords de quotas énoncée à l'article 101, § 1, b), TFUE, le règlement OCM offre la possibilité de mettre en place des mécanismes de régulation de l'offre pour certains produits bénéficiant de signes de qualité. Suivant son article 166 *bis*, les États membres peuvent, à la demande d'une organisation de producteurs ou OI reconnue ou de toute association principalement composée de producteurs ou de transformateurs concernés par le même produit, définir, pour une période déterminée, des règles contraignantes portant sur la régulation de l'offre de produits agricoles bénéficiant d'une appellation d'origine protégée (ci-après « AOP ») ou d'une indication géographique protégée (ci-après « IGP »). Initialement réservé au fromage, au jambon sec et au vin, le règlement n° 2021/2117 a étendu le dispositif à tous types de produits agricoles sous AOP ou IGP. En France, il existe déjà de nombreuses initiatives de ce type. On peut citer par exemple le cas du fromage sous AOP « Comté » pour lequel un arrêté définit des règles de régulation de l'offre consistant à attribuer pour chaque atelier de fabrication, en fonction des besoins prévisionnels d'offre sur le marché du Comté, un tonnage de fromage pouvant être fabriqué sur la campagne de production³².

²⁶ *Ibid*, art. 157, § 1, c).

²⁷ Comm. UE, Règl. d'exécution (UE) n° 2016/559 du 11 avr. 2016 autorisant les accords et décisions sur la planification de la production dans le secteur du lait et des produits laitiers, JOUE L 96, p. 20.

²⁸ Comm. UE, Règl. d'exécution (UE) n° 2020/599 du 30 avr. 2020 autorisant les accords et décisions sur la planification de la production dans le secteur du lait et des produits laitiers, JOUE L 140, p. 37.

²⁹ Comm. UE, Règl. d'exécution (UE) n° 2020/594 du 30 avr. 2020 autorisant les accords et décisions portant sur des mesures de stabilisation du marché dans le secteur des plantes vivantes et produits de la floriculture, JOUE L 140, p. 17.

³⁰ Comm. UE, Règl. d'exécution (UE) n° 2020/593 du 30 avr. 2020 autorisant les accords et décisions portant sur des mesures de stabilisation du marché dans le secteur de la pomme de terre, JOUE L 140, p. 13.

³¹ ADLC, 14 févr. 2014, avis n° 14-A-03 relatif à une saisine de la fédération Les Producteurs de Légumes de France, pt 96.

³² Ministère de l'agriculture et de l'alimentation, Arrêté du 22 mars 2022 portant sur la définition des règles de régulation de l'appellation d'origine protégée « Comté » pour les campagnes 2022-2023 et 2023-2024, JOFR n° 0071, 25 mars 2022.

L'exclusion pour les initiatives environnementales – Dans le cadre de la future PAC pour la période 2023-2027, le législateur européen a adopté, le 2 décembre 2021, trois règlements, dont le règlement n° 2021/2117 susvisé procédant, entre autres, à une modification de l'organisation commune des marchés agricoles. Cette nouvelle PAC comporte un volet environnemental plus ambitieux que les précédentes, ce qui se manifeste en droit de la concurrence par l'insertion, au sein du règlement OCM, d'une nouvelle exception à l'interdiction des ententes³³. Un article 210 *bis* y est inséré et dont le § 1 est libellé en ces termes : « L'article 101, paragraphe 1, [TFUE] ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des producteurs de produits agricoles qui ont trait à la production ou au commerce des produits agricoles et qui visent à appliquer une norme de durabilité supérieure à celle imposée par le droit de l'Union ou le droit national, pour autant que ces accords, décisions et pratiques concertées n'imposent que des restrictions de concurrence indispensables à l'application de ladite norme ». Le domaine de cette nouvelle exception est large, le § 2 visant aussi bien les initiatives horizontales – le regroupement de l'offre de produits agricoles – que verticales, telles les actions d'une filière réunissant différents maillons de la chaîne d'approvisionnement. Concernant les normes de durabilité érigées en faits justificatifs des ententes, des précisions sont apportées par un § 3, même si elles demeurent assez vagues : il s'agit d'initiatives poursuivant des objectifs environnementaux telles l'atténuation du changement climatique et l'adaptation à celui-ci, la protection des paysages, de l'eau et du sol, la transition vers une économie circulaire et la préservation de la biodiversité.

2. Le régime d'exemption

La seconde série d'exceptions correspond à des dérogations à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles, en ce qu'elles demeurent, contrairement aux premières, à l'intérieur du périmètre du droit des ententes. Il s'agit d'exempter des ententes commises par des organisations de producteurs (ci-après : « OP ») ou des associations d'organisations de producteurs (ci-après : « AOP ») à qui le législateur européen a assigné un rôle clé dans le renforcement de la position des agriculteurs vis-à-vis l'aval dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, malgré les restrictions de concurrence qu'elles peuvent générer³⁴. Ce régime d'exemption a été mis en place par le règlement Omnibus de 2017 qui a amendé l'article 152 du règlement OCM relatif aux activités et objectifs des OP. Il vise à remplacer et à généraliser d'anciennes dérogations sectorielles instituées par le législateur européen en faveur du lait, de l'huile d'olive, de la viande bovine et des grandes cultures³⁵.

En substance, le nouvel article 152, § 1 *bis* du règlement OCM modifié autorise une OP ou une AOP reconnue, rassemblant des producteurs concurrents, à concentrer l'offre sur le marché, répartir les volumes et négocier au nom de ses membres les conditions de commercialisation de la production. Pour cette dernière activité, la Commission a précisé que les discussions devraient porter sur toutes les conditions pertinentes des contrats d'approvisionnement, notamment les volumes, la durée, mais aussi et surtout les prix³⁶. Au résultat, un très large éventail de restrictions horizontales de concurrence, habituellement traitées avec sévérité par les autorités de concurrence³⁷, échappent aux poursuites et aux condamnations : échange d'informations sensibles, détermination et répartition des quantités mises sur le marché et fixation collective des prix de vente.

B. Les défauts de l'exception agricole

³³ L. Bettoni, Droit européen de la concurrence : la matière agricole s'enrichit d'une nouvelle exception aux règles sur les ententes, CCC 2022, focus 9.

³⁴ PE et Cons., Règl. (UE) n° 2017/2393, préc., cons. 52.

³⁵ Seule la dérogation propre au secteur du lait, prévue à l'article 149 du règlement OCM, a été maintenue par le règlement Omnibus.

³⁶ Comm. UE, Lignes directrices relatives à l'application des règles spécifiques énoncées aux articles 169, 170 et 171 du règlement OCM concernant les secteurs de l'huile d'olive, de la viande bovine et des grandes cultures, JOUE 2015 C 431, p. 1, pt 40.

³⁷ Par ex., ADLC, 17 sept. 2020, déc. n° 20-D-12, relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vins d'Alsace : en l'espèce, les pratiques sanctionnées avaient été commises par des groupements qui ne constituaient des OP ou des AOP au sens du règlement OCM.

Quoiqu'étoffée, l'exception agricole instituée par le législateur européen n'en souffre pas moins d'imperfections non négligeables sur le plan tant de la forme (1) que du fond (2).

1. Sur la forme

En matière d'*antitrust*, le besoin de clarté et de prévisibilité pour les opérateurs économiques quant à la légalité des comportements pouvant être mis en œuvre est prégnant. Or, dans son ensemble, et en dépit des zones de sécurité offertes, l'exception agricole est décriée, à juste titre, par ses bénéficiaires, tant les textes qui en relèvent sont peu lisibles et difficiles à appréhender. Depuis 1962, les agriculteurs ont eu à composer avec une réglementation en permanente évolution et segmentée en filières. Le règlement OCM de 2013 a permis un regroupement des règles et une harmonisation de la législation à l'ensemble des secteurs agricoles. Mais cela n'a pas levé toutes les difficultés. Ce règlement présente en effet les défauts de nombreuses législations européennes, à commencer par sa longueur : 184 pages. Les règles qu'il contient, nombreuses et détaillées, se déclinent en principes, dérogations, dérogations aux dérogations, et leur application est subordonnée au respect de nombreuses conditions, tantôt cumulatives, tantôt alternatives. De surcroît, les règlements de 2017 et de 2021, en opérant des modifications d'articles du règlement OCM sous forme d'amendements, de remplacements, d'insertions de paragraphes, compliquent considérablement la lecture de ce dernier, la compréhension du cadre juridique en vigueur imposant d'incessants va-et-vient entre les trois textes.

Les pouvoirs publics ont certes tenté de clarifier les règles de concurrence applicables au domaine agricole en fournissant à ses acteurs des supports pédagogiques³⁸. Cependant, l'exception agricole européenne soutient difficilement la comparaison avec le droit *antitrust* américain. Précurseurs dans la conceptualisation des règles *antitrust* à travers l'adoption en 1890 du *Sherman Act*, les Etats-Unis sont également à l'avant-garde dans la régulation du secteur agricole avec le *Capper-Volstead Act* du 18 février 1922, véritable « pierre angulaire » du droit de la concurrence applicable à l'agriculture américaine³⁹. Conférant une large exemption aux règles du *Sherman Act* aux « *marketing order* », des regroupements de producteurs essentiellement constitués de coopératives, ce texte, demeuré inchangé depuis son adoption, est érigé par les détracteurs de l'exception agricole européenne en modèle de modernité, d'intelligibilité, de concision et de pragmatisme⁴⁰.

2. Sur le fond

En premier lieu, le régime d'exclusion instauré par le règlement OCM forme un obstacle bien mince à l'application des règles sur les ententes.

S'agissant d'abord de l'exclusion générale posée à l'article 209, elle ne vaut que pour les concertations indispensables à la réalisation des objectifs de la PAC, ce qui est interprété strictement par la jurisprudence. Non seulement les juridictions de l'Union doublent la condition de nécessité d'une exigence de proportionnalité⁴¹, mais elles considèrent aussi que le comportement visé doit favoriser la réalisation de tous les objectifs de l'article 39 TFUE sans exception⁴². On peut s'interroger sur la pertinence d'exiger le respect simultané de conditions cumulatives lorsque certaines d'entre elles sont possiblement conflictuelles (ex. : l'amélioration du niveau de vie de la population agricole et la nécessaire stabilisation des marchés agricoles ou le maintien de prix à la consommation raisonnables)⁴³.

³⁸ Pour la France : ADLC, 3 mai 2018, avis n° 18-A-04 relatif au secteur agricole ; DGCCRF, Droit de la concurrence et secteur agricole, Lignes directrices, juill. 2020.

³⁹ A. Andries et Th. Garcia Azarate, Agriculture, PAC et droit de la concurrence : une vision historique, Rev. UE, n° 585, févr. 2015, p. 83 et s., spéc. p. 89 et s. Adde M. Cohen *et al.*, *Some observations on the U.S. approach to the agriculture industry in the framework of antitrust enforcement and merger control*, in *Politique agricole et droit & politique de la concurrence*, préc., p. 20 et s.

⁴⁰ A. Andries et Th. Garcia Azarate, *ibid.*, p. 90. Adde, J. Bizet, Rapport d'information préc., p. 31 et s.

⁴¹ C'est là un principe de portée transversale à tout le droit de l'Union en vertu duquel il convient de veiller à ce que les pratiques concernées « n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du Traité » (TUE, art. 5-4).

⁴² CJCE, 15 mai 1975, *Frubo c/ Comm.*, 71/74, Rec. 563, pts 25 et 26.

⁴³ En ce sens, M. Debroux, préc., n° 7.

Autre difficulté et non des moindres, l'inapplication des règles de concurrence ne saurait jouer si les accords en cause comportent une obligation de pratiquer un prix déterminé ou excluent toute concurrence. Ce sont là deux limites supplémentaires à l'inapplication du droit des ententes qui rendent, au résultat, la protection des agriculteurs par le prisme de l'article 209 bien illusoire. Noyau dur de la prohibition des ententes, la fixation en commun d'un prix de vente est exclue du traitement de faveur des agriculteurs, alors même que l'entente tarifaire pourrait constituer un des leviers du redressement du secteur. Quant au fait que l'inapplication du droit des ententes ne puisse valoir si la concurrence est exclue, cela signifie que les participants à l'entente doivent veiller à ce que leur accord laisse subsister un minimum de concurrence. Or, l'intérêt même de l'entente est précisément de s'affranchir de la concurrence qui devrait normalement s'exercer entre ses participants. Jusqu'à aujourd'hui, on ne recense qu'un cas d'admission de cette exception datant de 1987⁴⁴.

S'agissant ensuite de l'exclusion spéciale en faveur des OI, l'article 210 du règlement OCM énonce qu'elle ne saurait jouer hors du cadre des missions dévolues à ces entités par l'article 157 du même règlement. Contrairement aux OP, les OI ne sont par exemple pas habilitées à négocier ou fixer les prix pour leurs membres, à mettre en place des quotas, à diffuser des informations stratégiques ou à établir des clauses types de répartition de la valeur incluant les trois maillons d'une filière. Le champ des possibilités exonéré des règles de concurrence est donc réduit. Cette limitation du champ des possibles est le reflet de la conception étroite de l'Union du rôle joué par les OI au sein des filières. Dans une étude de 2016, la Commission indique en effet que l'interprofession sert seulement à offrir « une plateforme de discussion entre les acteurs de la filière et crée les conditions d'une communication collective efficace » ainsi qu'un interlocuteur privilégié aux autorités publiques pour mettre en œuvre des réponses aux situations d'urgence et de crise⁴⁵. Plus loin, il est ainsi précisé que « les interprofessions ne sont pas de véritables structures économiques qui développent des relations commerciales avec, et entre, les différents acteurs des filières »⁴⁶. Devant se contenter de favoriser la coopération verticale entre les membres d'une filière par la mise à leur disposition d'outils de négociation⁴⁷, les OI ont vocation à n'occuper finalement qu'un rôle limité au sein de ces structures. La coopération verticale proprement dite qui se réalise entre les maillons de la filière, à savoir notamment la négociation et la fixation des prix et des volumes, n'est nullement couverte par l'article 210.

Quant aux autres exceptions spécifiques, elles sont également étroitement circonscrites. C'est ainsi que l'article 222 instaure une limite d'ordre temporel pour les ententes de crise puisque leur durée de validité est limitée à six mois maximum. De même, l'exception en faveur des agriculteurs désireux d'améliorer la qualité de leurs produits par l'obtention d'un label vise uniquement à réguler les volumes de production et ne peut en aucun cas de permettre la fixation des prix, y compris à titre indicatif ou de recommandation, ni faire obstacle à l'entrée de nouveaux venus sur le marché. S'agissant enfin des ententes vertes, la condition négative, en vertu de laquelle les restrictions de concurrence ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire, est source de casuistique et donc d'insécurité pour les agriculteurs soucieux de déployer des efforts environnementaux supérieurs aux prescriptions légales en ce domaine. Afin de garantir l'utilisation effective et sécurisée de cette nouvelle exception agricole, il est prévu que la Commission élabore des lignes directrices. Il faut espérer que des exemples concrets seront donnés d'accords qui, poursuivant des objectifs de développement durable, pourront être considérés comme des restrictions de concurrence raisonnables. Ces orientations sont attendues pour le début de l'année 2024⁴⁸.

En second lieu, le régime d'exemption introduit par le règlement Omnibus constitue, du point de vue de l'efficacité, un pan de l'exception agricole indéniablement plus satisfaisant pour ses destinataires. Par comparaison avec les conditions des exclusions des règles sur les ententes, le bénéfice de l'exemption est conditionné au respect d'exigences moins nombreuses et moins strictes. Ainsi, les OP ne sont pas

⁴⁴ CJUE, 6 avril 2017, *APVE e.a.*, dit « Endives », C-671/15, Concl. av. gén. Wahl, § 59.

⁴⁵ Comm. (UE), Étude relative à la situation des organisations interprofessionnelle dans l'Union européenne, 30 oct. 2016, p. 8.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 9

⁴⁷ DGCCRF, préc., fiche n° 4.

⁴⁸ Comm. UE, Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition, Competition Policy Brief n° 1/2021, p. 6.

soumises aux conditions peu sécurisantes de nécessité et de proportionnalité. Ces entités ont la certitude d'être exemptées de l'interdiction des ententes si, d'une part, elles exercent une ou plusieurs activités énumérées à l'article 152, § 1, b), i) à vii) et si, d'autre part, elles concentrent l'offre et mettent sur le marché les produits de leurs membres. Pour satisfaire cette seconde exigence, une OP doit négocier et conclure les contrats d'approvisionnement au nom de ses membres⁴⁹, de sorte que sont exclues de ce régime de faveur les OP dites « de service » qui se borneraient, par exemple, à optimiser les coûts de production. Sinon, il importe peu qu'il y ait ou non transfert de propriété des produits des agriculteurs à l'OP, cette dernière pouvant par conséquent vendre indistinctement pour son propre compte ou pour le compte de ses membres. Autre mesure de souplesse offerte par le législateur, les OP ont la possibilité de négocier des conditions contractuelles communes à l'ensemble de la production ou différenciées selon les membres.

Cela étant, le cadre de protection instauré n'en reste pas moins borné.

Ratione personae, l'exemption ne vise que les pratiques mises en œuvre par une OP et AOP officiellement reconnue par une autorité nationale compétente. Si un groupement ne demande ou n'obtient pas la reconnaissance des pouvoirs publics, les agriculteurs membres ne pourront pas bénéficier de l'exemption et devront se contenter du système d'exclusion déficient de l'article 209. Pour la France, des statistiques établies en 2017 dénombraient 650 OP reconnues dans trois grands secteurs – le lait, les fruits et légumes ainsi que l'élevage et la viande⁵⁰. Mais les OP demeurent des structures peu développées dans les autres domaines d'activité⁵¹. Par ailleurs, même dans les secteurs où les OP reconnues sont actives, elles représentent une part plus ou moins importante de la production totale. Pour le lait par exemple, les OP concernaient en 2017 à peine un quart de la production totale. Or, la dérogation ne couvre que la production commercialisée *via* l'OP et non la production vendue par le producteur en dehors de l'OP⁵². Par conséquent, dans le cas où les agriculteurs vendraient une partie de leur production par un autre canal, ils doivent demeurer libres de fixer leurs prix de vente s'agissant de ces produits. Il est enfin à signaler une autre limite au bénéfice de la dérogation qui tient au fait que les producteurs concernés ne doivent pas être membres d'une autre organisation de producteurs en ce qui concerne les produits couverts par la dérogation⁵³.

Ratione materiae, l'exemption ne concerne que la structuration de l'échelon amont et ne couvre donc pas les démarches verticales associant l'OP ou l'AOP à des opérateurs de l'aval. Or, dans le domaine agricole, la fluctuation de l'offre et de la demande sur les marchés a encouragé certains acteurs à recourir à la contractualisation sous forme de démarches bipartites, associant producteurs et industriels, voire tripartites, en incluant les distributeurs⁵⁴. Ce sont ce que l'on appelle les filières agricoles, le terme filière servant communément à désigner l'ensemble des activités complémentaires qui concourent, d'amont en aval, à la réalisation d'un produit fini. De telles démarches verticales sont bien enracinées dans les secteurs porcin, laitier et bovin et tendent de plus en plus à se développer pour les productions végétales. En offrant un espace de dialogue autour d'un projet commun de valorisation des ressources agricoles et de partage de la valeur ajoutée et du risque, la filière constitue un levier supplémentaire de rééquilibrage des relations commerciales pouvant palier les lacunes des OP qui demeurent le plus souvent d'une taille insuffisante pour faire contrepoids à la puissance de leurs acheteurs. Eu égard à l'importance que les démarches verticales ont prise dans le secteur agricole et à leurs vertus potentielles, on peut regretter

⁴⁹ Comm. UE, Lignes directrices relatives à l'application des règles spécifiques énoncées aux articles 169, 170 et 171 du règlement OCM..., préc., pt 40.

⁵⁰ Chiffres donnés par ADLC, avis n° 18-A-04, préc., pt 116.

⁵¹ Le site internet ministère de l'agriculture ne recense par exemple aucune OP déclarée dans le secteur des grandes cultures au 19 janvier 2022.

⁵² Rappr. CJUE, 14 nov. 2017, préc., pt 66, jugeant, dans un contentieux où l'article 152, § 1 *bis* n'était pas applicable, que la fixation collective de prix au sein d'une OP ne peut être considérée comme proportionnée aux objectifs de régularisation des prix ou de concentration de l'offre lorsqu'elle ne permet pas aux producteurs vendant en dehors de l'OP de pratiquer un prix inférieur à ces prix *maxima*.

⁵³ Règl. OCM modifié, art. 152, §1 *bis*, d).

⁵⁴ ADLC, avis n° 18-A-04, préc., pts 237 et s.

que l'article 152, § 1 *bis* se focalise sur le regroupement de l'offre et ne comporte aucune mesure incitative de structuration de filières.

En définitive, l'exception agricole contenue dans les textes européens comporte d'importantes lacunes, en particulier pour le regroupement de l'offre de produits agricoles et pour la structuration des filières. À cet égard, si une amélioration apportée au fonctionnement des OI⁵⁵ et la création d'une nouvelle exception aux règles sur les ententes en faveur d'initiatives environnementales sont à saluer, le règlement du 2 décembre 2021 n'aura pas permis de combler ces déficiences. Dans l'attente d'une éventuelle refonte de l'exception agricole dans son ensemble, les agriculteurs peuvent d'ores et déjà trouver un supplément de protection dans les règles générales de concurrence.

II. L'appui du droit commun de la concurrence dans le développement de la nouvelle agriculture

L'exception agricole ne donnant pas entière satisfaction aux agriculteurs, il peut être envisagé d'appliquer conjointement les règles générales de concurrence protectrices. De façon générale, les dispositions spéciales sont le complément des dispositions communes et peuvent se cumuler pour assurer à leurs destinataires un régime optimal. C'est en effet seulement en cas d'antinomie, c'est-à-dire qu'« il est impossible d'appliquer [ces normes] simultanément, que ce soit de manière cumulative ou alternative », que la règle spéciale doit évincer la règle générale⁵⁶. En matière de concurrence, nous verrons qu'il n'y a aucun obstacle à une application conjuguée du règlement OCM et des règles de concurrence du Traité ou des règlements d'exemption établis par la Commission. Ainsi, les agriculteurs doivent pouvoir aussi recourir aux instruments de protection que sont les règlements d'exemption (A). Plus largement, les principes régissant l'interdiction et la condamnation des pratiques anticoncurrentielles doivent également s'appliquer à eux, mais avec une prise en considération des objectifs sociaux et environnementaux de la nouvelle politique agricole européenne dans cette application (B).

A. La zone de sécurité offerte par les règlements d'exemption

Deux règlements d'exemption par catégorie pourraient utilement trouver à s'appliquer à la matière agricole : le règlement n° 1218/2010 relatif aux accords de spécialisation⁵⁷ pour le regroupement de l'offre (1) et le règlement 2022/720 couvrant les restrictions verticales de concurrence⁵⁸ pour la structuration de filières (2).

1. Le règlement n° 1218/2010 pour le regroupement de l'offre

Hors législation agricole, certains textes créent une couverture pour des ententes anticoncurrentielles. Tel est le cas pour les accords horizontaux du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation. Parmi les accords de spécialisation couverts figurent les accords ou pratiques en vertu desquels des entreprises acceptent de produire conjointement certains produits⁵⁹. En ce qui concerne le secteur agricole, un accord de spécialisation pourrait ainsi porter sur le traitement ou la transformation de matières agricoles en d'autres produits. Par exemple, des producteurs de lait désireux d'élargir leur

⁵⁵ Auparavant, l'article 210, § 2 du règlement OCM subordonnait l'exclusion des règles de concurrence à une notification préalable des ententes à la Commission et au prononcé par cette dernière d'une déclaration de compatibilité à la réglementation de l'Union. Contrairement aux exceptions générales de l'article 209, la dérogation réservée aux interprofessions n'était donc pas de plein droit. C'est donc dans le but de faciliter le fonctionnement des OI que le règlement n° 2021/2117 a supprimé cette obligation de notification préalable.

⁵⁶ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, n° 386.

⁵⁷ Comm. UE, Règl. n° 1218/2010 du 14 déc. 2010 relatif à l'application de l'article [101, § 3, TFUE] à certaines catégories d'accords de spécialisation, JOUE L 335, 18 déc. 2010.

⁵⁸ Comm. UE, règl. (UE) 2022/720, 10 mai 2022, concernant l'application de l'article [101, § 3, TFUE] à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE L 134, 11 mai 2022.

⁵⁹ Comm. UE, Règl. n° 1218/2010, art. 1.

activité et de faire concurrence aux industriels veulent fabriquer du beurre à partir de leur propre production et, en raison de capacités individuelles limitées, décident de conclure un accord de production conjointe et d'assurer la distribution conjointe de leur fabrication auprès des distributeurs. L'article 101, § 1, TFUE est alors réputé inapplicable si l'accord satisfait deux conditions : 1) la part de marché cumulée des parties n'excède pas 20 % du marché en cause⁶⁰ ; 2) les accords de spécialisation ne doivent comporter aucune restriction caractérisée, à savoir la fixation des prix, la limitation de la production et la répartition des marchés ou de la clientèle⁶¹. Il y a cependant des exceptions aux prohibitions constitutives de la seconde condition : la sphère de sécurité de l'exemption s'applique à la fixation des prix appliqués aux clients directs dans le cadre de la distribution conjointe des produits fabriqués au titre de la spécialisation ainsi qu'à la fixation des capacités ou des volumes de production et d'objectifs de vente dans le cadre de la distribution conjointe des produits fabriqués au titre de l'accord de spécialisation. Dans l'exemple donné, des éleveurs pourraient par conséquent déterminer ensemble le prix auquel ils vendraient la production de beurre à partir de leur lait dès lors que leur part sur le marché du beurre n'a pas atteint les 20 %. Cet accord de production conjointe serait couvert par l'exemption et ne constituerait pas dès lors un accord anticoncurrentiel sanctionné.

Se pose la question de l'articulation de ce dispositif d'exemption avec la législation européenne agricole. S'agissant de l'exclusion des règles de concurrence, nous avons vu que la fixation par les agriculteurs d'un prix commun ne saurait bénéficier d'un tel traitement de faveur. L'interdiction des ententes de prix par l'article 209 du règlement OCM et leur admission au titre du règlement d'exemption des accords de spécialisation ne constituent toutefois pas des règles antinomiques dans la mesure où elles n'interviennent pas au même stade de l'analyse concurrentielle : l'interdiction concerne l'applicabilité de l'article 101, § 1, TFUE tandis que l'autorisation se rapporte à la mise en œuvre de son § 3. Une entente peut parfaitement être soumise aux règles de concurrence tout en étant exemptée des sanctions. Les deux dispositifs peuvent par conséquent se cumuler. L'articulation de cette exemption avec celle de l'article 152, § 1 *bis* du règlement OCM modifié ne saurait davantage faire difficulté. Les deux dispositions exemptent la fixation conjointe des prix de vente ou la planification de la production. Il n'y a donc pas d'antinomie entre les règles. En bonne logique, si une pratique relève tout à la fois du champ des deux textes, leurs auteurs disposent d'une option. Ce sera le cas par exemple si l'accord de production conjointe est conclu par des opérateurs réunis en OP reconnue.

2. Le règlement 2022/720 pour la structuration des filières

Révisé en mai 2022, le règlement d'exemption applicable aux restrictions verticales de concurrence possède un domaine d'application à même de couvrir une importante variété de pratiques contractuelles, bien au-delà des seuls accords de distribution en réseau auxquels parfois celui-ci est réduit. Pour que ce texte trouve à s'appliquer en effet, il importe que chacune des entreprises participant à l'accord agisse à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution. La Commission donne ainsi l'exemple, dans les lignes directrices accompagnant le nouveau règlement, d'un accord unissant une entreprise qui produit une matière première et une autre qui l'utilise comme bien intermédiaire ou d'un accord entre trois entreprises (un fabricant, un grossiste et un détaillant)⁶². Il en résulte qu'un accord de filière bipartite – entre une OP ou AOP⁶³, ou non reconnue, et un industriel –, ou tripartite – avec la présence d'un distributeur –, et qui définit les conditions auxquelles les parties peuvent vendre, acheter ou revendre, s'analyse en un accord vertical au sens de l'article 1, § 1, a). Un tel accord bénéficie de plein droit de l'exemption octroyée par le règlement n° 2022/720 dès lors qu'aucune partie ne détient plus de 30 % de parts de marché et qu'il ne contient aucune restriction caractérisée. Finalement, le règlement accorde aux démarches de structuration verticale un champ des possibilités bien plus vaste que celui offert par l'article 210 du règlement OCM⁶⁴. Avec cet instrument, les interprofessions habilitées ou non par les pouvoirs publics peuvent convenir d'un accord-cadre relatif aux conditions de vente des produits

⁶⁰ *Ibid*, art. 3.

⁶¹ *Ibid.*, art. 4.

⁶² Comm. UE, Lignes directrices sur les restrictions verticales, 28 juin 2022, C(2022) 4238 final, pt 57.

⁶³ Les accords conclus par des associations d'entreprises sont couverts par le règlement (Comm. UE, règl. (UE) 2022/720, art. 2, § 2).

⁶⁴ *Supra* I, B, 2.

agricoles, en prévoyant par exemple une fixation des prix d'achat ou des éléments de détermination de ces prix, une régulation ou une répartition des volumes de production ou encore la durée de l'engagement contractuel. Les membres de la filière devront toutefois veiller à ce que leur accord ne contienne pas une restriction verticale proscrite, caractérisée⁶⁵ ou exclue⁶⁶.

Comment concilier cette exemption catégorielle de large portée avec le traitement de faveur spécifique réservé aux OI ? Le texte spécial doit-il prévaloir au détriment du texte général ? La réponse à cette dernière question est assurément négative. En effet, les domaines des textes ne se recoupent pas⁶⁷. Pour rappel, l'article 210 du règlement OCM concerne les accords et pratiques de l'OI se rapportant à la seule mise à disposition aux membres d'outils de négociations tandis que les accords couverts par le règlement 2022/720 concernent les « conditions auxquelles les parties à l'accord peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services »⁶⁸. De surcroît, l'article du règlement OCM n'est pas un mécanisme d'exemption mais d'exclusion des règles de concurrence⁶⁹. Un accord d'OI affranchi des règles de concurrence n'a pas à recevoir l'application d'un règlement d'exemption. Faute d'antinomie, les deux textes peuvent parfaitement se combiner.

B. La prise en compte des objectifs de la nouvelle politique agricole européenne dans l'application des règles de concurrence

En énonçant que les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles « compte tenu des objectifs énoncés à l'article 39 », l'article 42 impose une prise en considération de ces objectifs de progrès économiques et sociaux dans la mise en œuvre des règles de concurrence du Traité. Empreint de souplesse et de pragmatisme, le droit *antitrust* dans son ensemble est perméable aux considérations d'intérêt public, les institutions chargées de la concurrence étant de plus en plus enclines à les inclure dans leur politique⁷⁰. Le volet ententes en particulier du Traité renferme un mécanisme dont l'aptitude à intégrer des impératifs économiques et sociaux dans l'examen de conformité d'une pratique est avérée. Il s'agit du bilan économique (1). Par ailleurs, l'observation de la pratique décisionnelle et juridictionnelle révèle une prise en considération des difficultés rencontrées par le secteur agricole dans l'adoption des sanctions pour violation des règles de concurrence (2).

1. La prise en compte à l'occasion du bilan économique d'une entente

La prise en compte d'objectifs autres que la libre concurrence se réalise au stade l'article 101, § 3, TFUE. Le bilan économique est en effet le siège naturel de l'intégration d'une pluralité de valeurs dans l'analyse concurrentielle. A propos de la condition de progrès économique, le droit français de la concurrence comporte une précision pour la matière agricole. L'article L. 420-4, I, 2° du Code de commerce dispose en effet que les pratiques ayant pour effet d'assurer un progrès économique « peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ». La possibilité d'une exemption d'une entente entre producteurs expressément reconnue par le législateur français constituerait la marque que ce dernier est favorable à la constitution d'ententes dans le secteur agricole et formerait, selon l'Autorité de la concurrence, une spécificité de l'exemption de droit interne par rapport à l'article 101, § 3, TFUE⁷¹. Il y aurait ainsi un

⁶⁵ Ex. : un encadrement des promotions pratiquées par les distributeurs aux consommateurs pouvant s'apparenter à une imposition d'un prix minimum de revente prohibée par l'article 4 du règlement.

⁶⁶ Ex. : une exclusivité d'approvisionnement à la charge des agriculteurs d'une durée dépassant les 5 ans.

⁶⁷ L'*adage specialia...* ne pouvant recevoir application que pour trancher un concours opposant une norme spéciale à une norme générale, le champ d'application de la règle spéciale doit être inclus dans celui de la disposition générale (C. Goldie-Genicon, Droit commun et droit spécial, Rev. dr. Assas févr. 2013, p. 29 et s., spéc. n° 10).

⁶⁸ Comm. UE, règl. (UE) 2022/720, art. 1, § 1, a).

⁶⁹ *Supra* I, A, 1.

⁷⁰ C. Prieto, La perméabilité des règles de concurrence aux différentes facettes du bien-être, son étendue et ses limites, in *L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence* (26 nov. 2020), préc., p. 2 et s., spéc. n° 11 et s.

⁷¹ ADLC, avis n° 18-A-04, préc., pt 269.

conflit entre règles communautaire et nationale et qui devrait se résoudre par l'application du principe de primauté du droit de l'Union. Cette articulation des textes sous le prisme du conflit nous paraît cependant inexacte. Introduite par la loi « Galland » du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, la phrase sur le secteur agricole revêt un caractère illustrant, comme le suggère l'usage de l'expression « qui peuvent consister à ». La lecture des travaux préparatoires de cette loi nous confirme que le législateur a voulu indiquer un exemple de pratiques susceptibles d'assurer un progrès économique et qui ont donc de réelles chances d'être exemptées⁷².

Le progrès économique constitue une notion fonctionnelle dont la plasticité permet aux autorités de concurrence, européenne comme nationales, d'y intégrer des valeurs non purement économiques, telle la protection des PME ou la préservation de l'emploi⁷³. Il devrait en aller de même des objectifs économique-sociaux de l'article 39 TFUE. Certains de ces objectifs renvoient directement à des conditions de l'exemption. Tel est le cas de la productivité de l'agriculture que l'on rattachera sans peine à l'amélioration de la production. Pour les impératifs à finalité sociale que sont la qualité de vie de la population agricole et le niveau raisonnable des prix à la consommation, ils pourront être appréhendés à travers la condition souple de la contribution au progrès économique. Quant aux avantages environnementaux procurés par un accord restrictif de concurrence, la Commission européenne a également fait savoir, dans un *memorandum* synthétisant les contributions reçues suite à la consultation lancée sur la contribution de la politique de concurrence au *Green deal*, qu'elle était encline à davantage les prendre en compte en tant que « gains d'efficacité qualitatifs » dans la mise en œuvre de l'exemption individuelle⁷⁴. Ce mémo annonce ainsi que des clarifications sur des modalités concrètes d'analyse des initiatives de développement durable seront apportées par les futures lignes directrices révisées en matière d'accords de coopération horizontale.

En définitive, l'exemption individuelle d'une entente entre opérateurs agricoles doit être une possibilité en droit européen même si l'article 101, § 3 n'en fait pas expressément mention. L'exemption individuelle vient encore étoffer le régime de protection des agriculteurs formé de l'exception agricole et des règlements d'exemption par catégorie. Intervenant lors de l'ultime stade de l'examen concurrentiel, elle pourrait permettre le sauvetage de pratiques qui n'auront pas pu être exclues du champ du droit des ententes ou bénéficier d'une exemption catégorielle. Évidemment, l'assurance d'un progrès économique ne serait pas la garantie d'une exonération pour les agriculteurs qui devront se plier à la démonstration de toutes les conditions de l'exemption individuelle, et notamment le caractère indispensable des restrictions de concurrence. C'est d'ailleurs en ce sens que l'article L. 420-4, I, 2^o précise que les ententes entre agriculteurs ne sont exemptées « que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès ».

2. La prise en compte dans le prononcé de la sanction pécuniaire

On sait que les autorités de concurrence se sont engagées ces dernières années dans une politique de majoration dissuasive du montant des amendes infligées aux entreprises se livrant à des pratiques anticoncurrentielles. Cette politique de sévérité trouve des illustrations récentes dans l'amende record de 1,1 milliard d'euros infligée par l'Autorité française de la concurrence à *Apple* pour s'être rendue coupable d'ententes et d'abus de dépendance économique au sein de son réseau de distribution français⁷⁵ ou encore, au niveau européen, dans les multiples condamnations prononcées par la Commission contre *Google* pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche et ses marchés connexes⁷⁶. Malgré tout, une analyse approfondie de la politique de poursuite menée ces dernières années révèle une disparité de traitement des auteurs de pratiques anticoncurrentielles selon les secteurs d'activités affectés. Ainsi, l'intransigeance dont les autorités de concurrence font preuve à l'égard

⁷² Commission des affaires économiques du Sénat, Rapport sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, n° 336, spéc. p. 43.

⁷³ CJCE, 25 oct. 1977, préc., pt 43.

⁷⁴ Comm. UE, Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition, préc., p. 5.

⁷⁵ ADLC, déc. n° 20-D-04, 16 mars 2020, CCC 2020, comm. 128, obs. D. Bosco ; RDC 2020, p. 78, obs. L. Idot.

⁷⁶ Comm. UE, 27 juin 2017, aff. AT.39740, confirmé par Trib. UE, 10 nov. 2021, aff. T-612/17 ; Comm. UE, 18 juill. 2018, aff. AT.40009 ; Comm. UE, 20 mars 2019, aff. AT.40411.

notamment des GAFAM est rarement de mise dans le secteur agricole. En effet, malgré l'accent souvent mis sur la gravité des comportements anticoncurrentiels reprochés aux agriculteurs, les autorités de poursuite décèlent fréquemment dans les faits litigieux des circonstances atténuantes pour la détermination du montant de la sanction pécuniaire. Dans l'affaire du cartel des viandes bovines par exemple, le Tribunal de première instance des communautés européennes, après avoir mis en exergue la gravité des infractions en cause (limitation des importations de viande bovine et fixation d'une grille de prix minimaux), a procédé à une réduction d'amende de 70 %, considérant que la réduction de 60 % accordée par la Commission européenne était insuffisante au regard du contexte spécifique de l'espèce, à savoir « le fait que la décision attaquée sanctionnait pour la première fois une entente conclue exclusivement entre des fédérations syndicales, portant sur un produit agricole de base et impliquant deux maillons de la chaîne de production, ainsi que le contexte économique spécifique de l'affaire, qui allait au-delà du simplement effondrement des cours ou de l'existence d'une maladie bien connue »⁷⁷. Sur ce dernier point, il s'avère en effet que le secteur de la viande bovine subissait au moment de la commission des faits litigieux une crise importante causée par la « maladie de la vache folle » qui se manifestait par une chute de la consommation et que les agriculteurs se trouvaient confrontés, en dépit de mesures communautaires d'ajustement, à des prix des vaches à l'entrée de l'abattoir de nouveau en baisse malgré des prix à la consommation stabilisés. D'autres facteurs d'atténuation du montant de l'amende que le contexte économique difficile sont encore susceptibles d'entrer en jeu. C'est ainsi que de manière plus inattendue la Cour d'appel de Paris a pris en compte, dans l'affaire du cartel des endives, l'incertitude du cadre normatif pour diviser par trois le montant total des amendes infligées aux participants par l'Autorité de la concurrence⁷⁸. L'arrêt précise à cet égard que la question de l'articulation entre les règles de la PAC et de la concurrence, dont dépendait la caractérisation de l'infraction, revêt une complexité particulière. La clarification apportée par la Cour de justice, saisie par la Cour de cassation d'une question préjudicielle, notamment au regard des exigences découlant du principe de proportionnalité, confirme que la ligne de partage entre les règles de la PAC et de la concurrence, loin d'être simple à appréhender, en particulier par les entités en cause, laissait place à un doute raisonnable et légitime sur l'illicéité des pratiques reprochées au regard du droit en vigueur. Selon la juridiction de contrôle, cette circonstance était bien de nature à atténuer, de manière significative, la gravité des pratiques, nonobstant leur caractère anticoncurrentiel par l'objet.

* *
*

En conclusion, l'exception agricole, dès lors qu'on la cumule au droit commun de la concurrence, met à disposition des agriculteurs un large éventail de règles susceptibles de favoriser la réalisation des objectifs sociaux et environnementaux de la nouvelle PAC pour la période 2023-2027. De ce point de vue, il ne faut cependant pas nourrir du droit de la concurrence des attentes exagérément élevées. A la mesure de sa raison d'être (la préservation de la concurrence) et dans la limite de ses moyens (l'appréhension des comportements *ex post*, une fois le dommage survenu), le droit de la concurrence peut certes apporter sa contribution au verdissement de l'économie, mais il ne peut en aucun cas sauver la planète à lui seul⁷⁹. De même, les exclusions et les exemptions en faveur du regroupement des producteurs et de la constitution de filières ne permettront évidemment pas à elles seules d'atteindre l'objectif clé de rééquilibrage des relations commerciales avec l'aval. Il doit être soutenu, à l'échelon national, par un régime légal de contractualisation ambitieux, à même de permettre au premier maillon de la chaîne d'avoir une meilleure visibilité sur ses débouchés et d'obtenir des prix rémunérateurs. Au vu de la piètre qualité, sur la forme comme le fond, de la récente loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs, dite « Egalim 2 », le droit français des relations commerciales agricoles n'en emprunte malheureusement pas le chemin⁸⁰.

⁷⁷ TPICE, 13 déc. 2006, *Coop de France bétail et viande et a. c/ Comm.*, T-217/03 et T-245/03, Rec. p. 4987, pt 356.

⁷⁸ CA Paris, 1^{er} juill. 2021, préc., § 653 et s.

⁷⁹ En ce sens, D. Bosco, *Verdir la politique de concurrence ?*, CCC 2021, repère 10.

⁸⁰ Not. R. Loir, *Loi Besson-Moreau : un nouveau coup dans l'eau*, D. 2021, p. 2097.