



Association des Avocats pratiquant  
le Droit de la Concurrence

## Réponse de l'APDC à la consultation publique sur les syndicats et organismes professionnels

Paris, le 15 octobre 2019

1. Dans un communiqué de presse en date du 28 mai 2019, l'Autorité de la concurrence (ci-après l'« *Autorité* ») a annoncé lancer une étude thématique sur l'application du droit de la concurrence aux syndicats et organismes professionnels (ci-après également désignés par commodité les « *associations professionnelles* ») qui doit être publiée, au cours du deuxième trimestre 2020, au sein de la collection Les Essentiels.
2. L'Autorité indique souhaiter, par cette démarche, sensibiliser les acteurs et favoriser la conformité de leurs comportements au droit de la concurrence puisqu'elle estime que les pratiques anticoncurrentielles des syndicats et organismes professionnels seraient « *persistantes* » et « *encore trop fréquentes* », inquiétude qui mériterait peut-être d'être quelque peu relativisée au regard de sa pratique décisionnelle la plus récente<sup>1</sup>.
3. Les ouvrages de cette collection, publiée à la Documentation Française, ont pour vocation de synthétiser la pratique décisionnelle de l'Autorité ainsi que la jurisprudence des autorités de contrôle et européennes et « *peuvent également être prospectifs dans certains domaines* » comme rappelé dans le communiqué de presse précité.

---

<sup>1</sup> Une analyse succincte de la pratique décisionnelle récente de l'Autorité n'étaye guère cette inquiétude. Seules deux décisions (sur quinze décisions impliquant une entente anticoncurrentielle) en 2018 visent une association. En 2017, seule une décision (sur dix décisions impliquant une entente anticoncurrentielle) en 2017 a visé une association professionnelle. Une analyse sur les cinq dernières années démontre par ailleurs qu'environ 16% des décisions impliquant des ententes anticoncurrentielles ont emporté condamnation d'une association professionnelle ou assimilée. Pour l'année 2013, seules deux décisions ont sanctionné des associations professionnelles sur dix décisions impliquant une entente anticoncurrentielle, soit 20% des décisions ; pour l'année 2014, aucune décision de condamnation d'une association professionnelle sur sept décisions impliquant une entente anticoncurrentielle (0%) ; pour l'année 2015, cette proportion s'élève à trois décisions sur huit, soit 37,5% ; pour l'année 2016, cette proportion s'élève à trois décisions sur quinze, soit 20% ; pour l'année 2017, et comme indiqué ci-dessus, cette proportion s'élève à une sur dix décisions, soit 10% ; pour l'année 2018, cette proportion s'élève à deux décisions sur quinze, soit 13,33%. En revanche, l'année 2019 a vu une relative augmentation des cas de sanction d'une association professionnelle (ou associé) avec 4 décisions de sanction (dont deux concernaient des GIE) sur sept décisions impliquant une entente anticoncurrentielle jusqu'à présent.

4. Dans le cadre de cette étude sur les associations professionnelles, l'Autorité a souhaité organiser une consultation publique afin que les parties prenantes intéressées puissent apporter une contribution ou signaler des thèmes et préoccupations particulières qu'elles souhaiteraient que l'étude aborde.
5. L'APDC salue cette initiative qui pourrait être l'occasion, pour l'Autorité, de clarifier sa pratique décisionnelle en proposant une grille d'analyse permettant de réaffirmer que certaines des missions et actions des associations professionnelles ne soulèvent pas de difficultés.
6. Plusieurs autorités de concurrence européennes ont édicté de telles grilles d'analyses afin de guider les associations professionnelles, comme l'Office of Fair Trading<sup>2</sup>, l'Autorité portugaise de la concurrence<sup>3</sup> ou, plus récemment, l'autorité belge de concurrence qui a publié un guide sur l'échange d'informations dans le cadre d'associations d'entreprises<sup>4</sup>, résultat d'une consultation publique organisée en réponse à des questions répétées sur les données de marché que les associations peuvent échanger avec leurs membres, notamment en matière tarifaire<sup>5</sup>.
7. Les présentes observations de l'APDC ont pour objet de contribuer à cette consultation de l'Autorité, en présentant et analysant certains points qui méritent, selon elle, un traitement spécifique dans la future étude sur l'application du droit de la concurrence aux syndicats et organismes professionnels.
8. Après une présentation des difficultés soulevées par la Directive ECN+ et sa future transposition (1.), l'APDC entend insister sur le rôle positif des associations professionnelles dont elle considère qu'il mériterait d'être rappelé dans la future étude, et pris en compte dans le cadre de la définition d'une doctrine concurrentielle (2.), ainsi que sur les difficultés soulevées par la pratique décisionnelle de l'Autorité et susceptibles d'entraver les actions et missions des associations professionnelles (3.).

---

<sup>2</sup> Trade associations, professions and self-regulating bodies (Understanding competition law) – Office of Fair Trading, 2004.

<sup>3</sup>[http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Praticas\\_Restritivas\\_da\\_Concorrenca/Documents/Guia%20para%20Asocia%C3%A7%C3%B5es%20de%20Empresas.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Documents/Guia%20para%20Asocia%C3%A7%C3%B5es%20de%20Empresas.pdf)

<sup>4</sup> Disponible à cette adresse : [https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20191001\\_guide\\_echange\\_informations\\_0.pdf](https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20191001_guide_echange_informations_0.pdf)

<sup>5</sup> <https://www.abc-bma.be/fr/propos-de-nous/publications/consultation-publique-guide-echanges-dinformations>

<b>1. Les difficultés soulevées par la Directive ECN+ et sa transposition qui auront un impact sur la future pratique décisionnelle de l’Autorité.....</b>	<b>4</b>
<b>2. Le rôle positif joué par les associations professionnelles.....</b>	<b>10</b>
2.1. La diversité des associations professionnelles .....	11
2.2. Le rôle des associations professionnelles auprès des acteurs privés .....	12
2.2.1. Les associations professionnelles fournissent des services très variés à leurs membres	12
2.2.2. Les associations professionnelles peuvent aussi avoir un rôle bénéfique pour l’ensemble de l’économie du secteur dans lequel elles évoluent .....	13
2.3. L’action des associations professionnelles dans l’intérêt du public .....	15
2.3.1. Les associations professionnelles peuvent jouer un rôle important dans l’adoption de nouvelles dispositions et dans la régulation de leur secteur .....	15
2.3.2. Les associations professionnelles peuvent aider les autorités de concurrence et contribuer à l’amélioration du comportement des acteurs privés.....	18
<b>3. Les évolutions et clarifications de la pratique décisionnelle de l’Autorité qui apparaissent nécessaires .....</b>	<b>20</b>
3.1. L’appréhension par l’Autorité des interventions des associations professionnelles auprès des pouvoirs publics : une évolution de la pratique décisionnelle qui apparaît préoccupante .....	21
3.2. L’interprétation de la législation ou de la réglementation par les associations professionnelles : une clarification nécessaire des pratiques sanctionnables .....	25
3.3. L’appréhension par l’Autorité des activités statistiques des associations professionnelles nécessite une clarification .....	28
3.4. La difficile appréhension des pratiques sanctionnables par les organisations interprofessionnelles du secteur agricole nécessite l’édiction d’une grille d’analyse .....	30
3.4.1. Présentation des dispositifs de pilotage de la répartition de la valeur ajoutée récemment mis en place dans le secteur agricole, en Europe et en France .....	30
3.4.2. Les risques juridiques liés à la mise en œuvre de ces dispositifs et la nécessité, pour l’Autorité, d’adopter une grille d’analyse pratique.....	32

## 1. Les difficultés soulevées par la Directive ECN+ et sa transposition qui auront un impact sur la future pratique décisionnelle de l’Autorité

9. Dans son communiqué du 28 mai 2019, l’Autorité fait le lien entre le lancement de son étude thématique et la transposition à venir de la directive ECN+<sup>6</sup> (ci-après la « **Directive** ») en droit national, en soulignant l’aggravation des sanctions à laquelle celle-ci va aboutir pour les associations d’entreprises et leurs membres.
10. En résumé, la Directive modifiera le cadre juridique actuel en :
- augmentant le plafond légal du montant de l’amende, qui sera désormais fixé à 10% de la somme du chiffre d’affaires mondial total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l’infraction de l’association lorsque l’infraction a trait aux activités de ses membres (article 15(2)) ;
  - imposant une obligation de lancer un appel à contributions auprès des membres en cas d’insolvabilité de l’association (article 14(3)) ;
  - et en octroyant aux autorités nationales de concurrence le pouvoir, en cas de défaut de paiement intégral à l’issue de l’appel à contributions, d’exiger directement le paiement de l’amende par toute entreprise dont les représentants étaient membres des organes décisionnels de cette association et, de manière subsidiaire, d’exiger le paiement du montant restant de l’amende par tout membre de l’association qui était actif sur le marché sur lequel l’infraction a été commise, avec une dérogation pour les entreprises qui démontrent qu’elles n’ont pas appliqué la décision incriminée de l’association et qui en ignoraient l’existence ou qui s’en sont activement désolidarisés avant l’ouverture de l’enquête (article 14(4)).
11. La transposition de cette Directive entrainera ainsi une réforme majeure du régime français actuellement en vigueur. Non seulement la Directive rend obsolète le plafond légal des amendes pour les associations professionnelles actuellement fixé à 3 millions d’euros par l’article L. 464-2 du code de commerce, mais elle introduit de surcroît des actions spécifiques contre les membres desdites associations qui n’existaient pas auparavant.

---

<sup>6</sup> Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

12. Comme cela sera développé en Section 2 de la présente contribution, les associations d'entreprises jouent un rôle positif essentiel dans l'économie française, ce qui a d'ailleurs récemment été rappelé dans un rapport d'enquête de l'Assemblée Nationale<sup>7</sup>. Elles constituent les interlocuteurs privilégiés des pouvoirs publics et sont, d'une certaine manière, un relais pour ces derniers auprès de leurs membres.
13. Ces associations professionnelles sont également un facteur de compétitivité des entreprises en France et à l'international – notamment *via* leurs missions d'aide à l'export et de promotion du savoir-faire français – et exercent même, pour certaines, des missions d'intérêt général.
14. Une politique répressive renforcée à l'encontre des associations d'entreprises, combinée à un risque de sanction significativement aggravé, pourrait s'avérer totalement contre-productive pour les associations d'entreprises, leurs membres, et, au-delà, l'économie française dans son ensemble.
15. Les entreprises pourraient en effet, à l'avenir, limiter au maximum leur rôle ou leur implication dans ces associations, voire renoncer purement et simplement à y adhérer au regard des risques en droit de la concurrence, et ce d'autant plus qu'elles pourraient être appelées à contribuer au paiement d'une amende quand bien même elles n'auraient pas pris part aux pratiques sanctionnées (cf. partie (b) ci-dessous). Or, l'implication des entreprises (souvent d'ailleurs celles de grande taille en raison de leurs moyens financiers plus importants que ceux des ETIs et PME), en particulier dans les organes décisionnels, est un facteur essentiel de dynamisme des associations d'entreprises, généralement dotées de ressources modestes.
16. Outre la clarification nécessaire de sa grille d'analyse sur les pratiques mises en œuvre par les associations d'entreprises, l'Autorité pourrait expliciter l'utilisation qu'elle entend faire des nouveaux pouvoirs qui lui seront octroyés par la transposition de la Directive ECN+, en tenant compte des difficultés soulevées ci-dessous. Il apparaît également indispensable que l'Autorité demande au législateur et/ou clarifie, en temps utile et dans la limite des compétences qui sont les siennes, la façon dont elle exercera ses futurs pouvoirs de sanction renforcés vis-à-vis des associations d'entreprises. Cette clarification pourrait par exemple intervenir dans le cadre de la révision du communiqué de l'Autorité relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

---

<sup>7</sup> La Commission d'enquête de l'Assemblée Nationale sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs a ainsi rappelé le rôle des organisations professionnelles « *qui peuvent inciter leurs adhérents à porter plainte et apporter leur soutien aux organismes de régulation lors des enquêtes* ». Voir le rapport n°2268 enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 25 septembre 2019 – Rapport d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs, page 94.

17. En particulier, l'APDC souhaite attirer l'attention de l'Autorité sur plusieurs interrogations sérieuses qui subsistent à l'analyse de la Directive. Celles-ci ont trait, pour l'essentiel, à la manière dont le régime de transposition français et la pratique de l'Autorité vont répondre à l'impératif de conciliation des nouveaux pouvoirs de l'Autorité avec les principes généraux du droit de l'Union et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne rappelés à l'article 3 de la directive.
18. Ces interrogations peuvent être formulées comme suit.
- a. *Quel sera le champ d'application du nouveau plafond légal de sanction ?*
19. L'hypothèse prévue par la Directive (« *lorsqu'une infraction d'une association d'entreprises a trait aux activités de ses membres* » - article 15(2)), qui se veut, semble-t-il, limitative, est rédigée dans des termes assez vagues et imprécis qui ne permettent pas aux praticiens et aux opérateurs économiques d'appréhender les cas d'exclusion.
20. Or, il serait souhaitable que ces cas d'exclusion puissent être connus par avance.
21. Alternativement et de manière sans doute plus simple, une proposition pourrait consister à restreindre son champ d'application aux infractions les plus manifestes, lorsque les membres présents aux organes décisionnels ont totalement détourné l'objet de l'association d'entreprises concernée pour coordonner le comportement de ses membres sur le marché.
- b. *Comment concilier les nouveaux pouvoirs avec les principes de personnalité et d'individualisation des peines ?*
22. Dans le cadre du contentieux relatif à l'imputabilité mère filiale devant les juridictions de contrôle européenne et interne, les sociétés mères sanctionnées conjointement et solidairement avec leur filiale infractionnelle ont soulevé, jusqu'à présent sans succès, le principe de personnalité des peines pour contester le principe même de l'imputabilité. Selon une jurisprudence constante de la CJUE<sup>8</sup>, l'infraction commise par une filiale peut être imputée à la société mère, lorsque cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la mère. La raison en est que la mère et la filiale font **partie d'une même « entité économique unique »**, au sens du droit de la concurrence de l'Union européenne.
23. Or, il n'a jamais été considéré (et c'est heureux) qu'une association et ses membres formeraient une seule et même « *entité économique unique* » en droit de la concurrence.

---

<sup>8</sup> Voir par exemple : CJUE, 17 sept. 2015, n° C-597/13 ; voir en droit interne sur le même principe : Cour de cassation, 18 octobre 2017, Pourvoi n° P 16-19.120.

24. Dans les choix qui seront faits par le législateur, puis ceux de l’Autorité en application du texte de transposition, il sera indispensable de donner toute leur portée aux principes de personnalité et d’individualisation des peines, voire au principe de *non-bis in idem* au vu du mécanisme spécifique introduit par la Directive – en revisitant au besoin la pratique décisionnelle de l’Autorité<sup>9</sup>.
25. Sans cela, il est à craindre une inflation des contentieux initiés par les entreprises (potentiellement très nombreuses) qui viendraient à être appelées par l’association à contribuer au paiement de l’amende infligée à cette dernière par l’Autorité, ou, dont il serait exigé un paiement direct de ladite amende.
26. La question de la conciliation entre les nouveaux pouvoirs de l’Autorité et les principes fondamentaux rappelés ci-dessus est à l’évidence légitime s’agissant de la contribution à l’amende des membres de l’association n’ayant pas pris part aux pratiques sanctionnées. On voit mal en effet comment une entreprise dont la participation à une pratique anticoncurrentielle n’aurait pas été établie par la décision de sanction de l’Autorité contribuerait, voire paierait directement à l’Autorité, une quote-part de l’amende infligée à l’association.
27. Mais elle se pose également dans le cas des membres poursuivis par l’Autorité dans le cadre de la procédure principale.
  - c. *Comment concilier les nouveaux pouvoirs de sanction, d’obligation d’appel à contribution des membres et d’exigence de paiement direct par les membres avec la proportionnalité de l’amende ?*
28. Les nouveaux pouvoirs de sanction peuvent être difficiles à concilier avec la nécessaire proportionnalité de l’amende dans les cas où, pour les mêmes pratiques, certains des membres de l’association seront mis en cause à titre individuel, en plus de l’association elle-même (la seule limite prévue par la Directive étant le plafond légal individuel applicable à l’entreprise (article 15(2))), et ce d’autant plus avec l’obligation d’appel à contribution des membres et l’exigence de paiement direct par les membres.
29. Une contribution imposée – soit par l’appel à contribution de l’association, soit du fait de l’exigence d’un paiement direct par l’Autorité – de membres déjà sanctionnés à titre individuel soulèvera à l’évidence la question de la lourdeur du montant cumulé que ces membres pourraient avoir *in fine* à supporter, et accessoirement de leur capacité contributive appréciée au vu de ce montant global.

---

<sup>9</sup> Décision du Conseil de la concurrence n°06-D-03 bis\* du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation ; Décision de l’Autorité de la concurrence n°12-D-08 du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives.

30. Or, l'évaluation de la charge financière individuelle finale pesant sur chaque entreprise membre risque d'être difficile à réaliser par l'Autorité au moment du prononcé de la sanction, dans la décision principale – sauf à devoir, à ce stade-là, déterminer la solvabilité de l'association et surtout régler les détails de l'appel à contributions entre les différents membres.
31. Alternativement, si les détails de l'appel à contribution devaient être prévus par ou en marge de la décision principale, il faudrait prévoir un mécanisme d'ajustement.
32. En tout état de cause, un mécanisme d'ajustement pourrait être utile en cas de recours ultérieur par l'Autorité au mécanisme d'exigibilité en cascade prévu à l'article 14(4) de la Directive.
  - d. *Quel cadre procédural pour faire valoir la dérogation de l'article 14(4) et permettre l'exercice des droits de la défense des entreprises « mises à contribution », soit indirectement par appel de l'association, soit directement par l'Autorité ?*
33. L'Article 14(4) de la Directive prévoit une dérogation pour les entreprises démontrant qu'elles n'ont pas appliqué la décision incriminée de l'association et qui en ignoraient l'existence ou s'en sont activement désolidarisées avant l'ouverture de l'enquête.
34. **Comment les membres d'une association qui ne sont pas parties à la procédure devant l'Autorité seront-ils en mesure de bénéficier d'une telle dérogation ? Comment concilier l'imposition d'une amende dont ils pourraient devoir payer une quote-part avec les droits de la défense ?**
35. Une première solution pourrait consister à ce que **tout membre non attrait dans le cadre de la procédure principale bénéficie automatiquement de la dérogation** prévue à l'article 14(4) de la Directive. Cette solution aurait pour conséquence, *in fine*, que seuls les membres mis dans la cause et ayant pu exercer leurs droits de la défense par rapport au fond de l'affaire soient susceptibles d'être appelés à contribuer à l'amende de l'association.
36. Une autre solution consisterait à exiger de l'Autorité **qu'elle mette dans la cause, à titre conservatoire, les membres de l'association concernés en tant qu'ils sont susceptibles de contribuer au paiement du montant de l'amende** (à savoir ceux dont les représentants étaient membres des organes décisionnels de l'organisation concernée et ceux actifs sur le marché sur lequel l'infraction a été commise).
37. Cette solution pourrait s'avérer complexe à mettre en œuvre en pratique dans le cas d'associations professionnelles réunissant plusieurs centaines de membres mais elle aurait le mérite de mettre sur un pied d'égalité en termes de droits de la défense tous les redevables potentiels.



38. Ces deux solutions supposent que l’Autorité impose un appel à contribution à l’association en raison de son insolvabilité eu égard au montant concerné et exige le paiement par les membres **dans le cadre de la décision de sanction**. Si l’Autorité devait traiter les questions de paiement de l’amende et d’appel à contribution des membres en marge de la décision principale, il faudrait alors prévoir une **procédure distincte** afin de permettre aux membres de demander une dérogation et à l’Autorité de trancher cette question dans un **cadre procédural respectueux des droits de la défense**.
- e. Sur la base de quels critères faudra-t-il calculer les contributions respectives des membres dans le contexte d’un appel à cotisations et dans un cas de nécessité de paiement du reliquat d’amende ?*
39. Les modalités concrètes des appels à contribution des membres n’ont jusqu’à présent jamais été définies par l’Autorité. Dans une affaire très récente, l’Autorité s’est contentée d’indiquer qu’« *il [n’était] pas contesté que [les organes des ordres sanctionnés], qui ont la possibilité d’émettre des appels à cotisation, sont des composantes de l’Ordre. L’Ordre pourra donc, par leur biais, parfaitement s’acquitter de la sanction pécuniaire infligée par l’Autorité* »<sup>10</sup> sans entrer dans les modalités concrètes de réalisation de cet appel à cotisation.
40. Plusieurs critères sont pourtant envisageables afin de déterminer le calcul des contributions respectives des membres dans ce contexte tel que le degré de participation aux pratiques, le chiffre d’affaires des membres concernés, la durée de participation à l’association, etc.
41. Là encore, il nous semble que des clarifications sont nécessaires et qu’une consultation sur ces sujets spécifiques à la transposition de la Directive serait utile. Cette consultation pourrait en particulier intervenir dans le cadre de la révision, par l’Autorité, de son communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.
42. L’article 14(4) prévoit que le paiement direct sera demandé en priorité aux entreprises dont les représentants étaient membres des organes décisionnels de l’association concernée. Pour autant, cette possibilité n’intervient que si l’appel à contribution qui visera tous les membres n’a pas permis le paiement de l’intégralité de l’amende et, en tout état de cause, aucun principe quant à la répartition de la charge de l’amende entre les membres n’est prévu. Il en va *a fortiori* de même pour les membres actifs sur le marché sur lequel l’infraction a été commise, qui viennent en dernier rang pour le paiement, selon l’article 14(4).

---

<sup>10</sup> Décision de l’Autorité de la concurrence n°19-D-19 du 30 septembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d’architecte, point 511.

f. *Quels recours subséquents pour les membres de l'association ?*

43. Dans le silence de la Directive, il serait fort utile que le texte de transposition aborde le sujet des actions en justice subséquentes envisageables pour les membres ayant contribué au paiement de l'amende de l'association : actions entre les membres, à l'encontre de l'association concernée (notamment si celle-ci viole son obligation de lancer à ses membres un appel à contributions pour couvrir le montant de l'amende) et/ou des membres redevables au sens de la Directive mais n'ayant pas contribué au paiement de l'amende du fait du mécanisme d'exigibilité en cascade prévu à l'article 14(4) de la Directive.

L'absence de prise de position claire de l'Autorité et/ou de clarifications dans le texte de transposition à venir risque de créer un nid à contentieux.

S'il n'est pas approprié, en l'absence d'un texte de transposition, de traiter les questions visées *supra* en profondeur dans l'étude thématique à venir, il sera néanmoins crucial que les acteurs économiques et leurs associations puissent être consultés en amont du texte de transposition.

La future transposition de la Directive ECN+, avec les enjeux qu'une telle transposition emporte rappelés ci-dessus, appelle également une révision du communiqué de l'Autorité relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires afin de préciser la méthode qui sera mise en œuvre pour calculer le quantum des amendes appliquées aux associations professionnelles.

En tout état de cause, l'APDC invite par avance l'Autorité à faire preuve de retenue dans l'application qu'elle fera de ses futurs pouvoirs pour tenir compte de l'effet pervers de découragement des actions des associations professionnelles qu'un exercice trop sévère pourrait susciter.

## **2. Le rôle positif joué par les associations professionnelles**

44. L'APDC considère qu'il est important que l'étude que l'Autorité entend consacrer aux associations professionnelles ne se contente pas d'exposer les pratiques anticoncurrentielles parfois rencontrées au sein de certaines associations, mais qu'elle rappelle aussi le rôle positif des associations professionnelles dans l'économie française et au-delà.
45. En effet, le communiqué de presse publié par l'Autorité, le 28 mai 2019, adopte une posture résolument hostile vis-à-vis des « syndicats et organismes professionnels », en soulignant que ceux-ci ont un « rôle pivot ou de « facilitateur » dans l'élaboration et l'organisation de pratiques anticoncurrentielles ».

46. Ce faisant, l’Autorité semble envisager les associations professionnelles comme s’il s’agissait d’un ensemble monolithique, ce qui pose la question d’une définition précise de ce que recouvrent les terminologies « association professionnelle », « association d’entreprises », « syndicat professionnel », « organisme professionnel », « ordre professionnel » etc. au sens du droit de la concurrence.
47. Précisons à cet égard qu’il existerait un risque d’incompatibilité avec le principe de personnalité des délits et des peines si le législateur se contentait d’accroître le plafond de l’amende encourue par une « association d’entreprises » si cette notion n’était pas définie avec une précision suffisante<sup>11</sup>.
48. Ce besoin de définition des notions évoquées est si prégnant que l’association d’entreprises est tantôt envisagée comme le support d’une pratique anticoncurrentielle ou comme un sujet du droit de la concurrence (ce que suggère le fait qu’elle soit sanctionnée à l’instar d’une entreprise)<sup>12</sup>.
49. Après un rapide rappel de la diversité des associations professionnelles (2.1.), la présente section a donc pour objet de présenter les différentes contributions positives des associations professionnelles auprès de leurs membres ainsi que le rôle fondamental qu’elles peuvent avoir dans leur secteur et vis-à-vis des consommateurs (2.2.).
50. La présente contribution vise aussi à mettre en lumière le rôle essentiel que peuvent jouer certaines associations professionnelles dans l’intérêt du public, soit en coopérant avec les pouvoirs publics, soit en contribuant à l’amélioration des comportements des opérateurs du secteur, soit en contribuant à l’amélioration des produits et/ou services que ces opérateurs proposent (2.3.).

### 2.1. La diversité des associations professionnelles

51. Les associations professionnelles sont nombreuses, une étude du CEDAP en recensait 756 sur le territoire national avec 2,4 millions d’entreprises membres<sup>13</sup>. Elles sont aussi très différentes les unes des autres au regard notamment de leurs missions mais également sur de nombreux autres plans.

---

<sup>11</sup> L’article L. 464-2 I, alinéa 4, se contente d’envisager la notion de « contrevenant qui n’est pas une entreprise ».

<sup>12</sup> Par exemple, le Conseil de la concurrence a implicitement admis en 2008 que la simple fourniture d’un support logistique par un syndicat professionnel ne permettait pas de lui imputer la participation à une pratique anticoncurrentielle (décision du Conseil de la concurrence n°80-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques, paragraphe 373 ; partiellement réformée par un arrêt de la Cour d’appel de Paris du 19 janvier 2010).

<sup>13</sup> <https://cedap.asso.fr/fr/module/99999618/11/1-observatoire-des-associations-professionnelles>

52. En termes de ressources humaines et juridiques, les associations professionnelles intègrent parfois des centaines de membres représentant la totalité ou quasi-totalité d'un secteur tandis que d'autres associations professionnelles comptent peu de membres, ce qui se ressent au niveau des ressources dont elles disposent.
53. Un certain nombre d'associations professionnelles ne disposent ainsi pas de service juridique, ou éventuellement disposent d'un seul juriste en charge de toutes les problématiques juridiques de l'association ou de ses membres.
54. Les ressources financières varient également<sup>14</sup> grandement, tout comme leur statut<sup>14</sup>.

## 2.2. Le rôle des associations professionnelles auprès des acteurs privés

55. Si le rôle d'une association professionnelle consiste en premier lieu à fournir des services à ses membres et à représenter leurs intérêts auprès des autorités et pouvoirs publics (2.2.1.), il convient de souligner que l'action des associations professionnelles bénéficie souvent à l'ensemble de l'économie d'un secteur (2.2.2.).

### 2.2.1. Les associations professionnelles fournissent des services très variés à leurs membres

56. Les services fournis par les associations professionnelles à leurs membres sont d'une double nature : les associations jouent un rôle essentiel de conseil et de *forum* auprès de leurs membres (a) mais sont aussi susceptibles de les représenter et de défendre leurs intérêts (b).
  - a. *Les associations professionnelles jouent un rôle essentiel de conseil et de forum auprès de leurs membres*
57. Les associations professionnelles sont tout d'abord susceptibles de jouer un rôle important de conseil auprès de leurs membres, que ce soit sur le plan juridique, comptable, environnemental ou encore commercial<sup>15</sup>.
58. Ce rôle essentiel de conseil se traduit également par la mise en place de formations dans des domaines tels que le droit, les sujets techniques, les ressources humaines, l'organisation et le parrainage de foires et de salons professionnels, ou encore la publication de bulletins d'information et de journaux spécialisés<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Les associations reconnues d'utilité publique n'ont ainsi pas de but lucratif au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1er juillet 1901 et ont une gestion désintéressée.

<sup>15</sup> Trade associations, professions and self-regulating bodies (Understanding competition law) – Office of Fair Trading, 2004.

<sup>16</sup> Rapport de l'OCDE sur les associations professionnelles (DAF/COMP(2007)45) en date du 4 novembre 2008, pages 53, 87, 169 et 253.

*b. Les associations professionnelles sont susceptibles d'assurer la promotion, la représentation et la défense de leurs membres*

59. Les associations professionnelles jouent un rôle important de promotion, de représentation et de défense des intérêts de leurs membres, que ce soit en matière juridique, réglementaire ou fiscale ou dans tout autre domaine de l'action publique qui peut les concerner<sup>17</sup>.
60. Ce rôle de promotion/représentation de leurs membres est d'autant plus important qu'il bénéficie notamment aux entreprises de taille modeste qui auraient davantage de difficultés à se défendre ou à faire valoir leur point de vue auprès des pouvoirs publics<sup>18</sup>.

2.2.2. Les associations professionnelles peuvent aussi avoir un rôle bénéfique pour l'ensemble de l'économie du secteur dans lequel elles évoluent

61. Au-delà de leurs seuls membres, les associations professionnelles peuvent contribuer positivement à l'économie globale de leur secteur non seulement en facilitant l'adoption d'accords de normalisation (a) mais aussi en contribuant à faire circuler l'information publique (b).

*a. Les associations professionnelles sont susceptibles de favoriser l'adoption d'accords de normalisation bénéfiques pour tout un secteur*

62. Les associations professionnelles peuvent faciliter l'adoption d'accords de normalisation, à savoir des accords qui prévoient des standards communs pour les différentes entreprises du secteur (y compris celles extérieures à l'association).
63. Rappelons ici que la Commission européenne (la « **Commission** ») reconnaît elle-même le rôle positif des accords de normalisation. Or, le plus souvent, les accords de normalisation sont conclus dans le cadre d'une organisation professionnelle<sup>19</sup>.
64. La Commission a ainsi indiqué dans ses lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale (les « **Lignes directrices relatives aux accords de coopération** ») que « [l]es accords de normalisation produisent généralement des effets économiques positifs substantiels par exemple parce qu'ils encouragent l'interpénétration économique sur le marché intérieur et le développement de produits ou marchés nouveaux et plus performants et de meilleures conditions d'offre.

---

<sup>17</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 11.

<sup>18</sup> Trade associations, professions and self-regulating bodies (Understanding competition law) – Office of Fair Trading, 2004.

<sup>19</sup> Le standard GSM, par exemple, a été conçu et développé par une organisation professionnelle internationale, l'ETSI (European Telecommunications Standards Institute).

*Les normes augmentent donc, en principe, la concurrence et diminuent les coûts de production et de vente, ce dont profite l'ensemble de l'économie* » (paragraphe 263).

65. La Commission a également précisé dans ses lignes directrices précitées que les normes qui établissent l'interopérabilité et la compatibilité technique « encouragent souvent la concurrence basée sur les mérites entre les technologies de différentes entreprises, ce qui permet d'éviter toute dépendance vis-à-vis d'un fournisseur déterminé » (paragraphe 308) (soulignements ajoutés).
66. Des standards communs, développés dans le cadre d'organisations professionnelles, favorisent l'innovation dans la mesure où ils permettent de raccourcir les délais de mise au point et de commercialisation d'une nouvelle technologie. En outre, des standards communs accessibles à l'ensemble des entreprises intéressées augmentent le choix des solutions proposées aux consommateurs et l'interopérabilité entre ces solutions<sup>20</sup>.
- b. Les associations professionnelles participent à la circulation de l'information dans leur secteur*
67. Les associations professionnelles ont un rôle fondamental dans la collecte d'informations, notamment afin de réaliser des statistiques sectorielles.
68. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême a indiqué dès 1925 dans l'affaire *Maple Mfrs. Ass'n v. United States*, qu'il existait un consensus entre les économistes et les agences gouvernementales les plus importants sur le fait que la collecte et la diffusion d'informations relatives à la production, la distribution, les coûts et les prix, était d'une importance primordiale<sup>21</sup>.
69. La Commission européenne a, quant à elle, adopté un règlement d'exemption par catégorie qui exempte les accords entre assureurs visant à réaliser ou à diffuser des études statistiques sur les sinistres, à condition que les données échangées ne permettent pas d'identifier les assureurs concernés : « *La collaboration entre entreprises d'assurance ou au sein d'associations d'entreprises en matière de calcul du coût moyen de la couverture d'un risque donné dans le passé [...] permet d'améliorer la connaissance des risques et facilite leur évaluation par les compagnies individuelles, ce qui peut faciliter l'entrée sur le marché et donc bénéficier aux consommateurs* »<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Lignes directrices relatives aux accords de coopération, paragraphe 308.

<sup>21</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 211.

<sup>22</sup> Règlement (CE) no 358/2003 du 27 février 2003, paragraphe 10.

70. Or, l'une des tâches principales des associations sectorielles consiste à fournir à leurs membres des informations agrégées sur l'évolution de leur secteur. Les nouveaux entrants ou les petits acteurs peuvent tirer parti de ces informations pour pénétrer le marché plus efficacement et/ou livrer une concurrence plus agressive aux entreprises déjà établies<sup>23</sup>.

### 2.3. L'action des associations professionnelles dans l'intérêt du public

71. Les associations professionnelles sont, au quotidien, amenées à agir dans l'intérêt du public en interagissant avec les autorités publiques, voire en contribuant à la réglementation/la régulation de leur secteur (2.3.1.). L'action des associations professionnelles permet aussi d'aider les autorités de concurrence et contribue plus généralement à l'amélioration des comportements de ses membres (2.3.2.).

#### 2.3.1. Les associations professionnelles peuvent jouer un rôle important dans l'adoption de nouvelles dispositions et dans la régulation de leur secteur

72. Le rôle des associations professionnelles vis-à-vis des autorités publiques peut se limiter à une simple collaboration (a). Mais les associations professionnelles peuvent aussi dans certains cas compléter voire suppléer au moins partiellement l'action publique en contribuant notamment à la réglementation (b) ou à la régulation de leur secteur (c).

a. *Les associations professionnelles peuvent être amenées à collaborer avec les autorités publiques dans l'intérêt du public*

73. La collaboration des associations professionnelles avec les autorités publiques se traduit essentiellement par la communication d'informations par les associations professionnelles aux autorités publiques leur permettant de mieux comprendre le secteur lors des débats conduisant à l'adoption de nouvelles législations ou à l'adaptation de législations existantes<sup>24</sup>.
74. Les avantages de cette collaboration ont été soulignés par la Commission européenne dans une contribution à l'OCDE de 2007 dans laquelle il est précisé que la Commission s'appuie largement sur les informations fournies par les associations professionnelles lorsqu'elle envisage d'adopter de nouvelles dispositions, en particulier dans l'hypothèse où elle envisage d'adopter des réglementations sectorielles (par exemple des règles relatives au secteur de l'assurance, à la distribution de véhicules à moteurs ou encore au transport aérien)<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 68.

<sup>24</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 93.

<sup>25</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 223.

75. La collaboration des associations professionnelles avec les autorités publiques ne passe pas uniquement par la transmission d'informations. Les associations professionnelles fournissent en effet dans certains secteurs comme ceux du nucléaire, du gaz et de la chimie, une véritable assistance technique et opérationnelle en cas d'accident impliquant des produits de leur chaîne de valeur.
76. Cette assistance est généralement prévue par des conventions conclues entre les associations professionnelles et les pouvoirs publics. Les associations professionnelles sont dans ce cadre susceptibles de fournir des moyens matériels (par exemple des équipements adaptés aux interventions) mais aussi des moyens humains (par exemple des personnes disposant d'une certaine expertise).
- b. Certaines organisations professionnelles peuvent se voir déléguer l'élaboration des règles applicables à leur secteur*
77. Certaines organisations professionnelles se sont vues assignées un rôle spécifique d'action publique (par exemple la définition des conditions d'accès à une profession) aux fins d'une auto-réglementation des activités de ce secteur.
78. C'est par exemple le cas des « ordres » qui réunissent les professionnels dits « libéraux » (avocats, architectes, vérificateurs des comptes, experts-comptables, etc...). Ces ordres prennent part à l'élaboration et à la mise en œuvre de règles applicables à leur profession – pour les avocats, les décisions d'inscription au Tableau des avocats sont confiées à l'Ordre, sujet que l'on n'imaginerait pas confier à une autorité publique –, ainsi qu'à la mise au point de nouvelles réglementations qui doivent souvent être approuvées par les autorités publiques de tutelle<sup>26</sup>.
79. Ces règles contribuent notamment à garantir la continuité et la qualité des prestations fournies par les professionnels aux consommateurs/patients en particulier dans le secteur de la santé humaine ou animale.
80. Il n'est donc pas exagéré de considérer que le rôle exercé par ces organisations est alors assimilable à une fonction d'intérêt public<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 54.

<sup>27</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 54.



c. *D'autres organisations professionnelles peuvent se voir confier, de par la loi, certaines missions de régulation de la concurrence dans leur secteur*

81. Depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, la branche (laquelle regroupe plusieurs entreprises d'un même secteur d'activité relevant d'un même accord ou d'une convention collective) doit « *réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application* » (article L. 2232-5-1 du code de travail).
82. Concrètement, chaque branche dispose d'une Commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation qui a notamment pour mission d'établir un rapport annuel d'activité qui évalue l'impact des accords collectifs d'entreprise sur les conditions de travail des salariés et sur la concurrence entre les entreprises de la branche, et qui doit formuler, le cas échéant, des recommandations destinées à répondre aux difficultés identifiées (article L. 2232-9 du code du travail).
83. Les organisations patronales, qui sont aussi des organisations professionnelles (d'ailleurs bon nombre d'organisations ont à la fois une mission de défense des intérêts et un rôle « syndical » de « partenaires sociaux » dans le cadre des négociations collectives) se voient ainsi chargées par le législateur de « réguler la concurrence » en accord avec les syndicats de salariés à travers les accords de branche.
84. Dès lors que c'est le législateur qui confie cette mission aux syndicats professionnels, on ne peut *a priori* voir que positivement le rôle de « *régulation de la concurrence* » qui leur est dévolu et qui est d'ailleurs cantonné au domaine social.
85. Ce type de mission ainsi confiée par la loi aux syndicats professionnels n'est toutefois pas sans entraîner des risques de « *spill-over effect* ». La limite peut en effet être parfois difficile à discerner pour les organisations concernées, entre régulation de la concurrence dans le cadre des négociations collectives et régulation de la concurrence à travers des accords de non-sollicitation de salariés.

2.3.2. Les associations professionnelles peuvent aider les autorités de concurrence et contribuer à l'amélioration du comportement des acteurs privés

86. Les associations professionnelles jouent un rôle crucial auprès des autorités de concurrence nationales et communautaire en leur fournissant des informations sur le marché et/ou sur les comportements des opérateurs (a) ou encore en contribuant à améliorer le comportement de ses membres (b).
- a. *Les associations professionnelles sont susceptibles d'aider les autorités de concurrence*
87. Les associations professionnelles sont susceptibles de renseigner les autorités de concurrence nationales et communautaire sur leur secteur, notamment en fournissant des estimations de la taille des marchés concernés et des parts de marché des entreprises actives dans ces secteurs<sup>28</sup>.
88. Cette collaboration entre les associations professionnelles et les autorités de concurrence est d'ailleurs prévue par certains textes. A titre d'exemple, il ressort de la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause (JOCE 1997 C 372/5, la « **Communication sur la définition du marché en cause** ») que, lorsqu'elle définit les marchés, « *la Commission peut être amenée à contacter les associations professionnelles compétentes* » (paragraphe 33).
89. La Communication sur la définition du marché en cause poursuit en précisant que, également pour le calcul de la taille du marché et de la part du marché détenue par chaque fournisseur, la Commission peut se fier aux « *sources d'information telles que les estimations des entreprises ou encore les études commandées à des sociétés de conseil aux entreprises ou à des associations professionnelles* » (soulignements ajoutés)<sup>29</sup>.
90. Les associations professionnelles peuvent en outre, dans le cadre de l'instruction d'un dossier de notification, donner leur opinion sur le degré de substituabilité entre différents produits ou encore indiquer si elles considèrent que telle ou telle opération de concentration est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 68.

<sup>29</sup> Communication sur la définition du marché en cause, paragraphe 53.

<sup>30</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 205.

91. Dans certains cas, les associations professionnelles peuvent même attirer l'attention des autorités de concurrence sur certains problèmes de concurrence rencontrés dans leur secteur<sup>31</sup>. A titre d'exemple, c'est une association professionnelle qui a déposé une plainte dans l'importante affaire des assurances maritimes dans les années 90 devant la Commission<sup>32</sup> ou plus récemment dans l'affaire Reed Expositions France en 2017 devant l'Autorité<sup>33</sup>.
92. Par ailleurs, conscient de l'importance de leur rôle d'alerte, le législateur français a souhaité confier aux « *organisations professionnelles et syndicales* » la possibilité de solliciter l'avis de l'Autorité sur « *toute question de concurrence* »<sup>34</sup>.
93. Enfin, concernant les actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles, l'article L. 490-10 du Code de commerce précise que les « *organismes professionnels* » peuvent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, ou à la loyauté de concurrence.
- b. Les associations professionnelles peuvent enfin contribuer à l'amélioration des comportements des opérateurs du secteur et à l'amélioration de leurs produits et/ou services*
94. Il est aujourd'hui constaté par de nombreuses autorités de concurrence que les associations professionnelles contribuent à sensibiliser leurs membres au respect du droit de la concurrence notamment en organisant des séminaires et en invitant des intervenants issus d'autorités de concurrence<sup>35</sup>.
95. Au-delà de cette action de sensibilisation, les associations professionnelles peuvent adopter des décisions ou simplement formuler des recommandations qui contribuent à l'amélioration des comportements de leurs membres dans l'intérêt du public et des consommateurs.
96. Les associations professionnelles peuvent par exemple adopter des codes de bonnes pratiques visant à inciter leurs membres à proposer des produits et/ou des services d'une certaine qualité aux consommateurs, ce qui permet en outre de véhiculer une image positive de l'ensemble du secteur auprès des consommateurs<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Antitrust And Trade Associations, 22 février 1995 (DoJ) ; Rapport de l'OCDE précité, pages 177 et 178

<sup>32</sup> Décision de la Commission IV/30.373, 16 décembre 1985, P&I Clubs, paragraphe 4.

<sup>33</sup> Décision de l'Autorité de la concurrence n° 17-D-15 du 9 août 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par Reed Expositions France dans le secteur de l'organisation des foires et salons.

<sup>34</sup> Article L. 462-1 du code de commerce.

<sup>35</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 209, 2011 et 259.

<sup>36</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 85 et 208.

97. Les associations professionnelles peuvent aussi être amenées à publier des codes d'éthique qui définissent les conditions d'honneur, de probité et de réserve que leurs membres s'efforcent d'appliquer<sup>37</sup>.
98. Dès lors que ces décisions ou recommandations ne visent qu'à inciter à l'amélioration des comportements dans l'intérêt des consommateurs sans présenter de caractère obligatoire ou contraignant, ils doivent être appréciés positivement.

L'APDC appelle ainsi l'Autorité à prendre en considération le rôle positif des associations professionnelles et les bienfaits économiques qu'elles apportent dans le cadre de sa future étude. Il apparaît opportun que cette future étude contienne une section spécifique rappelant ces éléments primordiaux pour l'analyse des pratiques des associations professionnelles.

### **3. Les évolutions et clarifications de la pratique décisionnelle de l'Autorité qui apparaissent nécessaires**

99. L'aggravation des sanctions auxquelles s'exposent les associations professionnelles avec la transposition de la Directive ECN+ (cf. section 1) associée aux incertitudes relatives à la pratique décisionnelle de l'Autorité entravent fortement les actions et missions des associations professionnelles, pourtant primordiales comme indiqué dans la section 2.
100. Ce changement d'attitude des entreprises et associations d'entreprises est particulièrement perceptible puisque certaines entreprises questionnent, voire suspendent, leur participation aux associations professionnelles réunissant les entreprises de leur secteur au regard des risques, et certaines associations professionnelles sont tentées pour les mêmes raisons de délaissier certaines missions pourtant nécessaires.
101. En matière de lobbying par exemple, l'évolution récente de la pratique décisionnelle apparaît tout à fait préoccupante et risque d'entraver les missions politiques des associations professionnelles (3.1.).
102. De même, les prérogatives et missions pourtant fondamentales des associations d'entreprises apparaissent menacées par la pratique décisionnelle de l'Autorité qui ne permet pas de délimiter clairement les pratiques autorisées de celles sanctionnables, notamment en ce qui concerne l'interprétation de la législation et de la réglementation (3.2.) ou encore les activités statistiques des associations professionnelles (3.3.).
103. Enfin, les entreprises et associations d'entreprises du secteur agricole, qui a fait l'objet de récentes modifications législatives importantes relatives à l'équilibre des relations commerciales avec la loi Egalim, sont également demandresses d'une meilleure délimitation des pratiques sanctionnables (3.3.).

---

<sup>37</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 53.

104. La future étude de l’Autorité pourrait ainsi être l’occasion de traiter ces points délicats et de contribuer à améliorer la sécurité juridique des associations professionnelles pour leur permettre d’exercer pleinement leurs missions bénéfiques pour les consommateurs et pour l’économie.

### **3.1. L’appréhension par l’Autorité des interventions des associations professionnelles auprès des pouvoirs publics : une évolution de la pratique décisionnelle qui apparaît préoccupante**

105. Les associations professionnelles, parmi leurs missions essentielles, participent au débat public et représentent les intérêts de leurs membres auprès des médias et des pouvoirs publics (*i.e.* par des actions de lobbying).

106. Les agences gouvernementales, les décideurs politiques et le législateur considèrent en effet les associations d’entreprises comme une source importante d’information sur les marchés et les secteurs dans lesquels les entreprises représentées opèrent. Cette source d’information permet de limiter l’asymétrie d’information problématique dans la définition des règles.

107. Ces missions des associations professionnelles, qu’on peut qualifier de « politiques », sont primordiales et participent du bon fonctionnement de l’économie.

108. L’Autorité a par le passé reconnu la légitimité de ces interventions politiques auprès des pouvoirs publics et leur exclusion du champ d’application du droit de la concurrence.

109. L’APDC appelle par conséquent l’Autorité à réaffirmer ce principe et définir une doctrine claire dans sa future étude afin de sécuriser les actions et missions des associations professionnelles relatives aux interactions avec les pouvoirs publics

110. Les actions de lobbying des entreprises et associations professionnelles, *i.e.* leurs interventions publiques et auprès des pouvoirs publics visant à influencer la politique ou la réglementation, ne relevaient traditionnellement pas du champ d’application du droit de la concurrence dans la pratique décisionnelle de l’Autorité (*a*), ce qui était en phase avec l’approche retenue au niveau européen et à l’étranger (*b*).

#### *a. La pratique décisionnelle de l’Autorité*

111. L’analyse de la pratique décisionnelle de l’Autorité démontre que les actions qui peuvent être qualifiées de politiques des associations professionnelles n’étaient, jusqu’à récemment, pas considérées comme entrant dans le champ de l’interdiction posé par les règles de concurrence, que ces actions soient réactives – à la suite d’une demande des pouvoirs publics –, proactives – à l’initiative des entreprises ou associations professionnelles – ou qu’elles concernent des actes préparatoires.

112. Les avis rendus à la suite d'une demande des pouvoirs publics et les réponses à des consultations, comme celle organisée par l'Autorité, qui se bornent à viser à influencer la politique ou la réglementation ne sont ainsi pas susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle dès lors qu'ils permettent la participation des entreprises et associations d'entreprises au débat public. L'Autorité a en effet déjà indiqué que « *les avis des organismes professionnels consultés en matière économique par les pouvoirs publics avant d'arrêter une réglementation économique* » ne constituent pas des ententes anticoncurrentielles<sup>38</sup>.
113. De même, les actions proactives des entreprises et associations professionnelles qui poursuivent le même but, à savoir tenter d'influencer la politique et la réglementation via une interpellation des pouvoirs publics, ne peuvent traditionnellement être qualifiées d'anticoncurrentielles.
114. Le Conseil de la concurrence a ainsi très tôt rappelé qu'un ordre professionnel pouvait « *donner son avis aux pouvoirs publics sur les questions relevant de sa compétence* »<sup>39</sup>, et plus généralement qu'il était licite et légitime pour les entreprises « *d'exprimer publiquement leurs préoccupations* » et pour les associations d'entreprises « *de manifester ces préoccupations et de chercher à influencer la politique des pouvoirs publics* »<sup>40</sup>.
115. Ce n'est que lorsque les entreprises ou associations d'entreprises sortent de ces missions purement politiques, par exemple en diffusant des circulaires dénigrantes aux clients ou des mises en garde à ses membres qui constitueraient un appel à un boycott collectif<sup>41</sup> qu'elles pourraient être sanctionnées.
116. Les actes préparatoires des entreprises et associations professionnelles dans le cadre de ces missions politiques sont également logiquement couverts et ne peuvent être qualifiés d'anticoncurrentiels, le Conseil de la concurrence ayant rappelé que « *le seul fait, pour un organisme professionnel ou interprofessionnel de prendre des décisions internes en vue de déterminer sa position dans le cadre d'une [consultation des pouvoirs publics] ne saurait être considéré comme constitutif d'un accord anticoncurrentiel susceptible de relever des interdictions de l'article [101 TFUE] ou de l'article L. 420-1 du code de commerce* »<sup>42</sup> et qu'une note d'un syndicat rédigée à l'intention d'un ministre, à l'occasion d'un débat public ne pouvait « *être qualifiée par elle-même*

---

<sup>38</sup> Contribution de la délégation de la France dans le cadre du Groupe de travail sur les aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles, 16 octobre 2007, DAF/COMP/WP3/WD(2007)55.

<sup>39</sup> Décision du Conseil de la concurrence n°97-D-18 du 18 mars 1997 relative à des pratiques relevées dans le secteur du portage de médicaments à domicile, page 14.

<sup>40</sup> Décision du Conseil de la concurrence n°97-D-18 du 18 mars 1997 précitée, page 14.

<sup>41</sup> Décision du Conseil de la concurrence n°02-MC-06 du 30 avril 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société RMC Info, page 3.

<sup>42</sup> Décision du Conseil de la concurrence n°06-D-21 du 21 juillet 2006, point 61.

*d'anticoncurrentielle* » dès lors que cette « démarche s'inscri[vait] [...] dans le contexte d'un débat public dans lequel les groupes socio-professionnels font connaître leur point de vue pour défendre les intérêts de leurs membres »<sup>43</sup>.

117. Les actions de lobbying étaient par conséquent considérées comme étant **hors marché** par l'Autorité, ce qui apparaît parfaitement légitime dès lors que, par leurs interactions avec les pouvoirs publics – afin de leur apporter des informations ou de défendre les intérêts de leurs membres –, les entreprises et associations professionnelles n'interviennent pas sur un marché.

*b. La pratique décisionnelle au niveau européen et à l'étranger*

118. La pratique décisionnelle de l'Autorité précitée est parfaitement cohérente avec la pratique au niveau européen et à l'étranger.
119. Sur les interventions des entreprises et associations d'entreprises auprès des pouvoirs publics, la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne font une distinction claire entre « une demande faite à une autorité publique de respecter une obligation contractuelle spécifique », qui peut être problématique au regard du droit de la concurrence, et « une simple incitation ou "encouragement" de l'autorité à agir », ce qui correspond aux pratiques de lobbying et n'apparaissent pas problématique au regard du droit de la concurrence puisque dans ce dernier cas « il s'agit d'une simple tentative d'influencer l'autorité concernée dans l'exercice de la marge d'appréciation qui lui appartient »<sup>44</sup>.
120. Cette distinction, selon la marge de manœuvre dont dispose les pouvoirs publics, a été reprise par la Commission européenne dans l'affaire Astra-Zeneca. Ainsi, « les demandes auprès des autorités publiques ne disposant d'aucune marge de manœuvre », en l'espèce des informations objectivement trompeuses à des autorités publiques ne disposant d'aucune marge de manœuvre pour en apprécier le bien-fondé, sont susceptibles de relever du champ d'application du droit de la concurrence dès lors qu'il est démontré que **les informations fournies sont objectivement trompeuses et révèlent un comportement fautif**, tandis que « la simple tentative d'influencer l'autorité concernée dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation »<sup>45</sup> ne sera généralement pas considéré comme matérialisant un comportement anticoncurrentiel.

<sup>43</sup> Décision du Conseil de la concurrence n°05-D-20 du 13 mai 2005, point 27.

<sup>44</sup> Arrêt de la CJCE du 16 mars 2000, Compagnie Maritime Belge, C-395/96 P, point 82.

<sup>45</sup> Décision de la Commission du 15 juin 2005 (COMP/37.507) note de bas de page n°448 "Besides, in the examination of the possible abusive nature of contacts by undertakings with public authorities, the Court of Justice has drawn a distinction between requests from the public authorities in areas where they would have no margin of manoeuvre to act upon the request and a simple attempt to influence the authority concerned in the exercise of its discretion. Case C-395/96 P and C-396/96 P Compagnie maritime belge and others, paragraph 82". Cette décision a été confirmée par le TUE dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2010, T-321/05 et par la CJUE dans un arrêt du 6 décembre 2012, C-457/10.

121. Il apparaît ainsi que le principe en droit européen est la liberté des entreprises ou associations d'entreprises de tenter d'influencer les pouvoirs publics, actions qui ne peuvent matérialiser un comportement anticoncurrentiel, et que seule la fourniture d'informations objectivement trompeuses qui révélerait un comportement fautif à une autorité publique ne disposant d'aucune marge de manœuvre pour apprécier le bien-fondé de ces informations est susceptible de faire entrer dans le champ d'application du droit de la concurrence les interactions des entreprises avec les pouvoirs publics.
122. De même, en Belgique, alors que l'Autorité belge de la concurrence avait condamné des entreprises dans le secteur du ciment ainsi que des associations professionnelles de ce secteur pour des pratiques « anormales » de lobbying<sup>46</sup>, la Cour d'appel de Bruxelles a très clairement rappelé que « *Le lobbying, défini dans le Livre vert de la Commission en matière de transparence comme "toutes les activités qui visent à influencer sur l'élaboration des politiques et les processus décisionnels", constitue a priori une activité "hors marché". En effet, lorsqu'elles se concertent pour défendre une position commune vis-à-vis d'un organe public de décision, les entreprises n'agissent pas sur le marché – qui est leur terrain naturel, et où elles sont capables de décider de leurs comportements – mais sur le terrain politique ou normatif, pour influencer sur un processus de décision qui ne leur appartient pas* »<sup>47</sup>. Cet arrêt a récemment été confirmé par la Cour de cassation belge<sup>48</sup>.
123. Les juridictions belges ont ainsi très distinctement rappelé que les pratiques de lobbying étaient « hors marché ».
124. Aux Etats-Unis, la doctrine jurisprudentielle Noerr-Pennington<sup>49</sup> considère également que les efforts collectifs visant à influencer les autorités publiques ou l'adoption ou l'application des lois ne sont ni illégitimes, ni une violation du droit de la concurrence en principe, même lorsque le résultat visé est anticoncurrentiel.

---

<sup>46</sup> L'Autorité belge de la concurrence estimait que « *l'intervention des parties incriminées dans le processus de normalisation et certification lié au laitier moulu a été au-delà de l'objectif de normalisation et s'est déroulée d'une manière qui va au-delà de la pratique normale d'un lobbying* ».

<sup>47</sup> Cour d'appel de Bruxelles, 18<sup>ème</sup> chambre F, 30 juin 2016, numéro de rôle 2013/MR/11.

<sup>48</sup> Cour de cassation de Belgique, arrêt du 22 juin 2018, C.16.0462.F. : la Cour a précisé que « l'arrêt attaqué exclut l'existence d'une pratique restrictive de concurrence aux motifs que la concertation entre les défenderesses avait pour objet l'exercice d'un lobbying dans le cadre institutionnalisé des organismes publics de normalisation et de certification belges auxquels elles ont été expressément invitées à participer pour défendre leurs intérêts [...] ».

<sup>49</sup> Eastern Railroad Presidents' Conference v. Noerr Motor Freight, Inc (365 U.S. 127); United Mineworkers of America v. Pennington (381 U.S. 657 (1965)); California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited (404 U.S. 508 (1972)); Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc. (486 U.S. 492 (1988)). La Cour Suprême des Etats Unis a d'ailleurs indiqué que le droit de pétition auprès du gouvernement (le droit de demander aux pouvoirs publics de prendre des mesures) est « *parmi la plus précieuse des libertés protégées par le Bill of Rights* » (United Mine Workers v. Illinois State Bar Ass'n, 389 U.S. 217, 222 (1967)).



125. Dans l'affaire *United Mineworkers of America v. Pennington*<sup>50</sup>, la Cour Suprême a en effet jugé que les actions concertées visant à influencer les autorités publiques ne pouvaient constituer une violation du droit de la concurrence même lorsque l'objectif recherché était anticoncurrentiel, ce qui était le cas en l'espèce puisque le syndicat et les entreprises accusées avaient, de manière concertée, exhorté le ministre du travail à établir un salaire minimal important pour les travailleurs du charbon et tenté de dissuader une autorité publique d'acheter du charbon à des entreprises dont les salariés n'étaient pas syndiqués, avec pour objectif d'exclure ces dernières du marché. Cette doctrine est régulièrement appliquée par les juridictions américaines<sup>51</sup>.

A l'instar de l'approche retenue à l'étranger et au niveau européen, l'APDC appelle l'Autorité à se positionner sur ces questions en établissant, dans sa future étude, une doctrine explicite qui exclurait du champ d'application du droit de la concurrence les actions et missions de défense par les entreprises et les associations professionnelles de leurs intérêts (ou des intérêts de leurs membres) auprès des pouvoirs publics.

Il serait ainsi opportun que l'Autorité rappelle dans sa future étude que le principe reste la **présomption de légalité** des interventions des associations professionnelles auprès des pouvoirs publics, si ce sont eux qui décident *in fine*.

### 3.2. L'interprétation de la législation ou de la réglementation par les associations professionnelles : une clarification nécessaire des pratiques sanctionnables

126. Les associations professionnelles peuvent avoir un rôle de conseil juridique auprès de leurs membres *via* la communication de bulletins d'information juridique, des formations juridiques ou plus prosaïquement en répondant à des questions juridiques individuelles ou collectives.
127. Ce rôle, similaire à celui d'un conseil juridique, les amène régulièrement à interpréter et se positionner sur les règles légales ou réglementaires qui peuvent apparaître peu claires ou dont le sens est débattu, sans intervention jurisprudentielle ou du législateur pour les clarifier.

<sup>50</sup> *United Mineworkers of America v. Pennington* (381 U.S. 657 (1965)) précitée.

<sup>51</sup> Voir par exemple *United Airlines v. US Bank N.A.*, 406.F.3d 918, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 6 mai 2005, dans laquelle des créanciers se sont entendus sur les futures conditions et prix relatifs à la mise à disposition d'avions à United Airlines dans le contexte d'une procédure de redressement judiciaire. La Cour d'appel de New York, 7<sup>th</sup> circuit, a estimé que, dès lors que l'accord entre les créanciers dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire afin de déterminer une position commune ne pouvait avoir d'effet que si la juridiction approuvait la restructuration, l'accord entre les créanciers ne pouvait constituer une violation du droit de la concurrence sous la doctrine Noerr-Pennington.

128. A ce titre, dès sa décision du 3 avril 1990, le Conseil de la concurrence a considéré que « *les organisations professionnelles peuvent, sans excéder les limites de leur mission, informer leurs adhérents, dans des publications qui leur sont spécialement destinées, sur un problème de législation et d'interprétation des textes réglementant leur profession* »<sup>52</sup>.
129. De même, dans une décision du 27 juin 2005<sup>53</sup>, le Conseil de la concurrence a estimé que des prises de position d'une association professionnelle auprès de ses membres qui s'est « *essentiellement borné à rappeler la jurisprudence des autorités de la concurrence relative aux centrales d'achat, notamment sur le fait que les remises supplémentaires demandées par Lucie à la suite de sa création devaient être assorties de contreparties réelles* »<sup>54</sup> n'étaient pas sanctionnables dès lors que cette association était « *resté dans son rôle d'information et de conseil de ses adhérents en analysant la jurisprudence [...] en les informant de la saisine du Conseil de la concurrence [...] par le ministre de l'économie et des finances [...] et en leur conseillant de garder des traces écrites [...] en prévision d'un éventuel contentieux* »<sup>55</sup>.
130. Bien que cette pratique soit particulièrement bénéfique pour l'économie en favorisant la sécurité juridique et en facilitant l'entrée sur le marché des entreprises – qu'elles soient membres ou non de l'association<sup>56</sup> –, elle est susceptible d'entraîner une convergence des pratiques des entreprises sur le marché ce qui entraîne nécessairement des risques en droit de la concurrence.
131. Plusieurs décisions du Conseil de la concurrence ont ainsi déjà sanctionné des associations professionnelles – en l'espèce des Ordres – pour avoir interprété des dispositions légales dans des situations spécifiques où ces interprétations étendaient indûment le champ du monopole de la profession et étaient diffusées auprès de leurs membres, de certains clients et des entreprises concernées<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Décision du Conseil de la concurrence n°90-D-13 du 3 avril 1990 relative à une saisine émanant de la société Laboratoire de prothèses oculaires (L.P.O), page 8.

<sup>53</sup> Décision du Conseil de la concurrence n°05-D-33 du 27 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Ilec.

<sup>54</sup> Point 29 de la décision du Conseil de la concurrence n°05-D-33 précitée.

<sup>55</sup> Point 30 de la décision du Conseil de la concurrence n°05-D-33 précitée.

<sup>56</sup> Lorsque les analyses des associations professionnelles sont publiquement disponibles.

<sup>57</sup> Voir par exemple décision du Conseil de la concurrence n°97-D-18 du 18 mars 1997 relative à des pratiques relevées dans le secteur du portage de médicaments à domicile ; décisions du Conseil de la concurrence n°02-D-14 du 28 février 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes.

132. Cette pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence relative aux interprétations de textes légaux et réglementaires par les associations professionnelles apparaît ancienne, mais des récentes décisions de la Commission européenne<sup>58</sup> et du Tribunal de l'Union européenne<sup>59</sup> ont rappelé les risques soulevés par ces pratiques en condamnant un ordre pour avoir interprété des dispositions légales en contradiction avec les textes et leur interprétation officielle, et même avec l'analyse des services internes de l'Ordre.
133. Dans cette affaire, l'Ordre poursuivi « *s'appui[yait] sur des interprétations de la loi [qui lui étaient] propre* » en ce qu'elles étaient « *en contradiction avec les textes et leur interprétation officielle [par l'Etat français] et même avec l'analyse des services internes de [l'Ordre concerné]* »<sup>60</sup>. Ainsi, comme l'a confirmé le Tribunal de l'Union européenne, c'est parce que l'action de l'Ordre ne s'est pas « *situ[ée] dans le cadre légal créé par le législateur et les autorités administratives* » et que celui-ci a agi sur la base « *d'une interprétation contraire au sens littéral des textes* » que l'Ordre en question a été sanctionné<sup>61</sup>.
134. Il n'est pas pour autant certain que la rédaction de cet arrêt soit exempte de critiques. Autant la circonstance qu'une association soutienne une interprétation dont elle prétend par ailleurs ne pas la partager peut interroger, autant incriminer le fait que ce qu'elle soutient puisse être en contradiction avec « *l'interprétation officielle* » des textes apparaît très surprenant au regard de la liberté d'opinion et d'expression. Le progrès du droit tout particulièrement exige que mêmes des « interprétations officielles » puissent être contestées, quand bien même celles-ci auraient été retenues dans une décision, ou plusieurs décisions, définitives et irrévocables, ne serait-ce que pour permettre une évolution de la jurisprudence.
135. Cette pratique décisionnelle soulève ainsi des interrogations importantes au regard des libertés politiques fondamentales et toute incertitude apparaît de nature à entraver les actions pourtant légitimes et nécessaires de conseil juridique des associations auprès de leurs membres.
136. Le risque d'atteinte aux libertés publiques est d'autant plus majeur et injustifié lorsqu'il n'existe aucune prise de position officielle – que ce soit des juridictions, du législateur ou des autorités publiques – permettant à l'association professionnelle ou à ses membres de déterminer la « bonne » interprétation à leur donner.

---

<sup>58</sup> Décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010, ONP, affaire COMP/39.510

<sup>59</sup> Arrêt du Tribunal de l'Union européenne (TUE) du 10 décembre 2014, Ordre National des Pharmaciens (ONP), T-90/11, EU:T:2014:1049

<sup>60</sup> Décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010 précitée, ONP, point 618, mise en gras ajoutée.

<sup>61</sup> Arrêt du TUE du 10 décembre 2014 précité, ONP, point 347.

L'APDC invite ainsi l'Autorité à prendre position dans sa future étude afin d'écarter du champ du droit de la concurrence tout débat juridique, sauf circonstances réellement exceptionnelles qu'il appartiendra à la pratique décisionnelle de déterminer (comme des cas de fraudes, falsifications, usage répété des voies de droit aux seules fins d'engendrer des coûts pour ses adversaires).

Cette zone de sécurité permettra de sécuriser en partie les missions de conseil juridique des associations professionnelles.

137. Enfin, il serait utile que l'Autorité précise, très clairement, quelles sont les limites à la possibilité pour une association professionnelle de communiquer sur les actions juridiques ou judiciaires qu'elle entreprend pour le compte de ses membres sans que cela relève de pratiques de boycott/dénigrement. Sur ce point, la jurisprudence du Tribunal de commerce de Paris et de la Cour d'appel – au sujet de pratiques qui avaient également fait l'objet d'une saisine de l'Autorité<sup>62</sup> – peuvent paraître parfaitement irréconciliables<sup>63</sup>.

### **3.3. L'appréhension par l'Autorité des activités statistiques des associations professionnelles nécessite une clarification**

138. Les associations professionnelles ont un rôle fondamental dans la collecte d'informations, notamment afin de réaliser des statistiques sectorielles comme rappelé en section 2.2.2. b).

139. Bien que la Commission européenne ait rappelé que « *la préparation et la distribution des statistiques de la production, des ventes ou autres à l'intérieur d'un secteur est une tâche qui peut légitimement être entreprise par les bureaux statistiques et associations professionnelles. La fourniture de ces statistiques peut améliorer la connaissance qu'ont les sociétés du marché sur lequel elles opèrent et donc renforcer la concurrence. C'est pourquoi la Commission n'a pas d'objections à formuler lorsque des associations professionnelles nationales représentant les mêmes intérêts économiques dans des pays différents échangent des statistiques de la production et des ventes du secteur en question sans spécifier les entreprises individuellement* »<sup>64</sup>, l'Autorité n'a, à la connaissance de l'APDC, jamais pris de position aussi claire sur les statistiques agrégées diffusées par les associations professionnelles, qui facilitent la concurrence sur le marché.

<sup>62</sup> Décision de l'Autorité de la concurrence n°16-D-12 du 13 juin 2016 relative à la demande de révision des engagements de MasterCard rendus obligatoires par la décision n°13-D-17 du 20 septembre 2013.

<sup>63</sup> Tribunal de commerce de Paris, 15<sup>ème</sup> chambre, jugement du 30 janvier 2017, page 9 et Cour d'appel de Paris, Pôle 5, chambre 4, *CDO c. Carte Blanche Partenaire*, arrêt du 19 décembre 2018.

<sup>64</sup> Décision de la Commission européenne du 16 février 1994, 94/215/CECA, Thyssen Stahl, pt. 266.

140. Une telle clarification est d'autant plus nécessaire que l'application cumulative des critères identifiés par la Commission européenne dans ses Lignes directrices sur la coopération horizontale<sup>65</sup> est susceptible de conduire les associations professionnelles à limiter leur production de statistiques, au risque de voir leurs adhérents se détourner d'elles au profit de consultants privés.
141. L'APDC invite ainsi l'Autorité à sécuriser dans sa future étude cette activité significative des associations professionnelles en rappelant, dans un premier temps, que la diffusion de statistiques n'est pas anticoncurrentielle en soi et que son analyse sera guidée par une mise en balance *in concreto*, d'une part, de l'intérêt de la diffusion de l'information pour le fonctionnement global du marché et, d'autre part, de la possibilité réelle (et pas simplement supposée) pour ceux qui reçoivent l'information de l'utiliser afin de fausser le jeu normal de la concurrence.
142. Dans un second temps, l'Autorité pourrait également établir un guide d'analyse clarifiant et hiérarchisant les critères d'appréciation des caractéristiques d'une information – en précisant par exemple que ce n'est que lorsqu'une donnée de marché n'est pas suffisamment agrégée que l'on doit se poser la question de savoir si elle a été diffusée après une période suffisante pour être considérée comme historique – et en clarifiant l'impact du caractère ouvert ou fermé de l'échange sur son analyse (une diffusion de statistiques agrégée réservée aux membres d'une association professionnelle accueillant différents niveaux d'acteurs d'un secteur (notamment les producteurs et les distributeurs) est-elle susceptible de critiques si l'accès à l'association est libre ?).
143. L'édition d'une telle doctrine et d'un tel guide d'analyse permettrait de sécuriser les associations professionnelles dans une de leurs tâches principales qui facilite également l'entrée et la concurrence sur le marché<sup>66</sup>. L'autorité belge de concurrence vient d'ailleurs de se plier à cet exercice en publiant, le 1<sup>er</sup> octobre dernier, un guide sur « *l'échange d'informations dans le cadre d'associations d'entreprises* »<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (« **Lignes directrices sur la coopération horizontale** »), C 11/1, 14 janvier 2011, pts 61 et s.

<sup>66</sup> Rapport de l'OCDE précité, page 68.

<sup>67</sup> Disponible à cette adresse : [https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20191001\\_guide\\_echange\\_informations\\_0.pdf](https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20191001_guide_echange_informations_0.pdf)

### 3.4. La difficile appréhension des pratiques sanctionnables par les organisations interprofessionnelles du secteur agricole nécessite l'édiction d'une grille d'analyse

144. Face aux défaillances de marché constatées dans le secteur agricole, le législateur européen puis le législateur français ont récemment mis en place plusieurs dispositifs de « pilotage » de la répartition de la valeur ajoutée, dont la mise en œuvre est **expressément confiée à certaines associations professionnelles et, en particulier, aux organisations interprofessionnelles (3.4.1.)**. Si l'objectif poursuivi par ces textes est clair, leurs modalités concrètes d'application est source d'une forte insécurité juridique pour les organisations concernées, comme l'illustre la décision rendue le 23 mai 2018 par l'Autorité dans l'affaire des vins des côtes du Rhône<sup>68</sup>. Selon l'ADPC, une clarification sur ce point est donc, également, nécessaire (3.4.2.).

#### 3.4.1. Présentation des dispositifs de pilotage de la répartition de la valeur ajoutée récemment mis en place dans le secteur agricole, en Europe et en France

145. Au cours des deux dernières années, plusieurs dispositifs de « pilotage » de la répartition de la valeur ajoutée entre les différents stades de chaque filière agricole ont été mis en place, tant au niveau européen qu'au niveau national. L'adoption de ces dispositifs s'inscrit dans un contexte particulier, marqué à la fois :

- par la difficulté d'un certain nombre de filières à assurer une répartition équitable de la valeur au sein de la chaîne économique ; et
- par la volonté de développer et valoriser davantage les produits agricoles bénéficiant de signes distinctifs de qualité (appellations d'origine, indications géographiques, labels), afin de permettre la nécessaire montée en gamme de l'agriculture européenne.

146. Au niveau européen, l'article 172 bis du règlement (UE) n° 1308/2013 du 17 décembre 2013 (« **le Règlement OCM** ») prévoit ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, que « [...] *les agriculteurs, y compris les associations d'agriculteurs, et leurs premiers acheteurs peuvent convenir de **clauses de répartition de la valeur**, portant notamment sur les gains et les pertes enregistrés sur le marché, afin de déterminer comment doit être répartie entre eux toute évolution des prix pertinents du marché des produits concernés ou d'autres marchés de matières premières* »<sup>69</sup>. L'article 157, paragraphe 1 du Règlement OCM prévoit par ailleurs que les organisations interprofessionnelles reconnues peuvent avoir pour mission, notamment, d'« *établir des **clauses types de répartition de la valeur*** »

<sup>68</sup> Décision de l'Autorité de la concurrence n°18-D-06 du 23 mai 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des vins en vrac AOC des Côtes du Rhône.

<sup>69</sup> Article 172 bis du Règlement OCM, tel que modifié par le règlement (UE) n° 2017/2393 du 13 décembre 2017, dit « Règlement Omnibus ».

*au sens de l'article 172 bis, portant notamment sur les gains et les pertes enregistrés sur le marché, afin de déterminer comment doit être répartie entre elles toute évolution des prix pertinents du marché des produits concernés ou d'autres marchés de matières premières »<sup>70</sup>.*

147. De même, en droit français, l'article 5 de la loi n°2018-938 du 30 octobre 2018<sup>71</sup> (dite « **loi EGALIM** ») a récemment modifié le code rural et de la pêche maritime pour y introduire un dispositif similaire.
148. Depuis le 1<sup>er</sup> février 2019, l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime prévoit ainsi que tout contrat de vente écrit relatif à la cession à leur premier acheteur de produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation en vue de la revente doit comporter une **clause relative** « *au prix ou aux critères et modalités de détermination et de révision du prix* »<sup>72</sup>. Ce même article prévoit également que les critères et modalités figurant dans ces clauses **doivent** « *prendre en compte* » **un ou plusieurs indicateurs**, relatifs (i) aux coûts pertinents de production en agriculture et à l'évolution de ces coûts, (ii) aux prix des produits agricoles et alimentaires constatés sur le ou les marchés sur lesquels opère l'acheteur et à l'évolution de ces prix, ainsi que (iii) aux quantités, à la composition, à la qualité, à l'origine et à la traçabilité des produits ou au respect d'un cahier des charges.
149. Enfin, l'article L. 632-2-1 du code rural et de la pêche maritime prévoit désormais la possibilité, pour les organisations interprofessionnelles reconnues :
- d'élaborer et de diffuser des **indicateurs de référence** ; et
  - d'établir, dans le cadre des contrats-types susceptibles d'être étendus par le ministre de l'agriculture, des **modèles de clauses** relatives au prix ou aux critères et modalités de détermination et de révision du prix.

---

<sup>70</sup> Article 157, paragraphe 1, point xv du Règlement OCM, tel que modifié par le règlement (UE) n° 2017/2393 du 13 décembre 2017, dit « Règlement Omnibus ».

<sup>71</sup> Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, publiée au JORF n°0253 du 1<sup>er</sup> novembre 2008.

<sup>72</sup> Article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime, tel que modifié par l'article 5 de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (« **la Loi EGALIM** »).

3.4.2. Les risques juridiques liés à la mise en œuvre de ces dispositifs et la nécessité, pour l’Autorité, d’adopter une grille d’analyse pratique

150. Si l’objectif poursuivi par les textes précités est clair, leur mise en œuvre concrète est source d’une **forte insécurité juridique** pour les opérateurs et organismes concernés.
151. En effet, l’exercice de ces nouvelles missions, confiées aux organisations interprofessionnelles par la loi elle-même, ne doit pas être appréhendé d’une manière excessivement stricte par l’Autorité.
152. C’est ce qu’illustre, notamment, la décision rendue par l’Autorité le 23 mai 2018 dans l’affaire des vins des côtes du Rhône<sup>73</sup>, et **à laquelle cette dernière se réfère expressément dans son communiqué de presse du 28 mai 2019.**
153. Dans cette affaire, l’Autorité a en effet sanctionné le Syndicat général des vignerons réunis des Côtes du Rhône (SGCRCDR) pour avoir mis en œuvre une « *entente consistant en l’élaboration et la diffusion de recommandations tarifaires revêtant un caractère de prix minimum* » et ce, en dépit du fait que les recommandations tarifaires en question avaient été élaborées à partir d’une étude de gestion, commandée par l’interprofession dans le cadre d’une réflexion sur le niveau de revenu par hectare des vignerons de l’appellation (et visant donc les mêmes objectifs que la loi EGALIM)<sup>74</sup>.
154. Se référant à son avis n°18-A-04 relatif au secteur agricole<sup>75</sup>, rendu quelques jours plus tôt, l’Autorité a ainsi rappelé, dans la décision qu’elle a rendue dans cette affaire :
- que « *les organisations interprofessionnelles peuvent diffuser des indicateurs et des indices [...] à condition que soient utilisées des données passées, agrégées, [et que] leur construction garanti[sse] l’anonymat des données et des entreprises* »<sup>76</sup> ;
  - que « *si les organisations interprofessionnelles sont libres de réaliser des analyses économiques prospectives et des études de marché, elles ne peuvent mettre en place des mesures de régulation des volumes ou d’encadrement des promotions ou une quelconque forme de prix recommandés ou imposés* »<sup>77</sup> ; et
  - que l’étude commandée par l’interprofession (et ayant servi de base à l’élaboration des recommandations tarifaires) « *n’était pas de nature à légitimer l’élaboration et la diffusion des recommandations tarifaires minimum générales dès lors que les coûts de production de chaque vigneron sont nécessairement différents* »<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Décision de l’Autorité de la concurrence n°18-D-06 du 23 mai 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des vins en vrac AOC des Côtes du Rhône.

<sup>74</sup> Décision de l’Autorité de la concurrence n°18-D-06 précitée, points 31 et 111.

<sup>75</sup> Avis de l’Autorité de la concurrence n° 18-A-04 du 3 mai 2018 relatif au secteur agricole.

<sup>76</sup> Décision de l’Autorité de la concurrence n°18-D-06 précitée, point 122.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> Décision de l’Autorité de la concurrence n°18-D-06 précitée, point 112.



155. Au regard de cette grille d'analyse, on voit mal comment les organisations interprofessionnelles pourraient se conformer à l'obligation qu'elles ont désormais d'élaborer et de diffuser des « *indicateurs de référence* »<sup>79</sup> et de formuler des « *recommandations sur la manière de les prendre en compte pour la détermination, révision et la renégociation des prix* »<sup>80</sup> sans risquer, de ce fait, d'être sanctionnée au titre du droit des ententes.

L'APDC invite l'Autorité à mettre à jour cette grille d'analyse (ou, à tout le moins, à la préciser), établie **avant l'adoption de la loi EGALIM**, à la lumière des nouvelles dispositions du code rural, issues de cette dernière.

156. En tout état de cause, l'évolution du montant des sanctions potentiellement encourues par les associations professionnelles, une fois la Directive ECN+ transposée, implique que l'Autorité tienne davantage compte, à l'avenir, du contexte législatif et réglementaire rappelé ci-dessus, dans l'appréciation de la gravité des pratiques qui pourraient découler, à l'avenir, de la mise en œuvre, de bonne foi, de ces nouvelles missions, par les organismes professionnels concernés.

L'APDC invite par conséquent l'Autorité à clarifier sa pratique décisionnelle sur les points précités et de rédiger, au sein de sa future étude, un guide d'orientation à l'attention des associations professionnelles contenant une grille d'analyse leur permettant de déterminer clairement les pratiques sanctionnables des pratiques admissibles, et ce afin de sécuriser leurs actions et missions.

---

<sup>79</sup> Article L.631-24 III al. 2 du code rural et de la pêche maritime.

<sup>80</sup> Article L.632-2-1 du code rural et de la pêche maritime.