

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du **12 septembre 2018**

Cassation

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 754 FS-P+B

Pourvoi n° H 14-19.589

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par le président de l'Autorité de
la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

contre l'arrêt rendu le 15 mai 2014 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,
chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1^o/ à l'association des Producteurs vendeurs d'endives (APVE),
dont le siège est chez Endives de Mezoutre, 80150 Vironchaux,

2^o/ à l'association Comité économique agricole régional fruits
et légumes de la région Bretagne - (CERAFEL), dont le siège est zone
industrielle de Kerivin, 8 rue Marcellin Berthelot,
29600 Saint-Martin-des-Champs,

3^o/ à la société Fraileg, dont le siège est 22 rue de Gilmont,
02420 Vendhuile,

4° à la société Prim'Santerre, dont le siège est 1 rue Briam, hameau de Bacquencourt, 80400 Hombleux,

5° à l'Union des endiviers, dont le siège est 2 rue des Fleurs, route de Cambrai, 62000 Arras, anciennement dénommée Fédération nationale des producteurs d'endives (FNPE),

6° à la société Soleil du Nord, dont le siège est 121 bis route nationale, 62860 Marquion, représentée par son liquidateur judiciaire la société Bernard et Nicolas Soinne,

7° au Comité économique fruits et légumes du Nord de la France (CELFNORD), dont le siège est 2 rue des Fleurs, 62000 Arras,

8° à l'association des Producteurs d'endives de France (APEF), dont le siège est 2 rue des Fleurs, 62000 Arras,

9° à la Section nationale de l'endive (SNE), dont le siège est 2 rue des Fleurs, 62000 Arras, représentée par l'APEF,

10° à la Fédération du commerce de l'endive (FCE), dont le siège est 2 rue des Fleurs, 62000 Arras,

11° à la société France endives, dont le siège est route nationale 30, 62147 Boursies,

12° à la société Cambrésis Artois-Picardie endives - (CAP'endives), dont le siège est 18 rue de la Gare, 59159 Marcoing, anciennement dénommée Sica Cambresis Artois-Picardie endives Sica,

13° à la société Marché de Phalempin, dont le siège est Le Paradis, 59133 Phalempin,

14° à la société Primacoop, dont le siège est 1 B rue du Château, 80200 Soyecourt,

15° à la société Coopérative agricole du marais audomarois (SIMEPA), dont le siège est 12 route de Saint-Momelin, 62500 Saint-Omer,

16° à la société Valois-Fruits, dont le siège est 63 avenue de la Ferté Milon, 02600 Villers-Cotterêts,

17° à la société Groupe Perle du Nord, dont le siège est 1 allée du Vélodrome, ZAC des Rosati, 62223 Saint-Laurent-Blangy,

18°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, domicilié DGCCRF 59 boulevard Vincent Auriol, Bâtiment 5, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 26 juin 2018, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Orsini, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Laporte, M. Grass, Mmes Darbois, Poillot-Peruzzetto, MM. Sémériva, Cayrol, conseillers, M. Contamine, Mmes Tréard, Le Bras, MM. Gauthier, Guerlot, Mme de Cabarrus, conseillers référendaires, M. Richard de la Tour, premier avocat général, Mme Labat, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Orsini, conseiller, les observations de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat des sociétés Fraileg, Prim'Santerre, Soleil du Nord, France endives, Cambrésis Artois-Picardie endives, Marché de Phalempin, Primacoop, Coopérative agricole du marais audomarois, Valois-Fruits, Groupe Perle du Nord et du Comité économique agricole régional fruits et légumes de la région Bretagne, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat du Comité économique fruits et légumes du Nord de la France, de l'Association des producteurs d'endives de France, de la Fédération du commerce de l'endive et de l'Union nationale des endiviers, l'avis de M. Richard de la Tour, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, saisie par le ministre chargé de l'économie de la situation de la concurrence dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) a, par une décision n° 12-D-08 du 6 mars 2012, dit établi que l'Association des producteurs d'endives de France (l'APEF), l'Association des producteurs vendeurs d'endives (l'APVE), le Comité économique fruits et légumes du Nord de la France (le CELFNORD), le Comité économique régional agricole fruits et légumes (le CERAFEL), la Fédération du commerce de l'endive (la FCE), la Fédération nationale des producteurs d'endives (la FNPE), devenue l'Union des endiviers, la Section nationale endives (la SNE), la société Groupe Perle du Nord et les organisations de producteurs Cap'endives, Fraileg, France endives, Marché de Phalempin, Primacoop, Prim'Santerre, Soleil du Nord, Sipema et

Valois-Fruits avaient enfreint les dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, devenu l'article 101, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et de l'article L. 420-1 du code de commerce, en participant à une entente complexe et continue sur le marché français, ayant consisté en une concertation sur le prix et sur les quantités d'endives mises sur le marché et en un système d'échanges d'informations stratégiques ayant servi à mettre en place une police des prix, ces pratiques ayant eu pour objet la fixation en commun d'un prix minimum de vente à la production d'endives et ayant permis aux producteurs et à plusieurs de leurs organisations professionnelles de maintenir des prix de vente minima, et ce, pendant une période ayant débuté en janvier 1998 et toujours en cours à la date de la décision ; que des sanctions pécuniaires ont été prononcées ; que la cour d'appel, par l'arrêt attaqué, a réformé la décision de l'Autorité et dit qu'il n'était pas établi que les entités en cause avaient enfreint les dispositions des articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce ; que la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, estimant qu'il existait une difficulté sérieuse quant à l'interprétation des règlements portant organisation commune des marchés (OCM), dans le secteur des fruits et légumes, et l'étendue des « dérogations spécifiques », selon la terminologie employée par la Commission européenne dans ses observations *d'amicus curiae*, aux règles de concurrence que ces règlements étaient susceptibles de contenir dans leurs dispositions relatives aux organisations de producteurs (OP) et leurs associations (AOP), notamment au regard de l'objectif de régularisation des prix à la production assigné à ces organisations, a sursis à statuer sur le pourvoi formé par le président de l'Autorité et a interrogé, à titre préjudiciel, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ;

Attendu que par un arrêt du 14 novembre 2017 (C-671/15), la CJUE a dit pour droit :

L'article 101 TFUE, lu conjointement avec l'article 2 du règlement n° 26 du Conseil, du 4 avril 1962, portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, l'article 11, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 2200/96 du Conseil, du 28 octobre 1996, portant organisation commune des marchés dans le secteur des fruits et légumes, l'article 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil, du 24 juillet 2006, portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce de certains produits agricoles, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil, du 22 octobre 2007, l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1182/2007 du Conseil, du 26 septembre 2007, établissant des règles spécifiques pour le secteur des fruits et légumes, modifiant les directives 2001/112/CE et 2001/113/CE ainsi que les règlements (CEE) n° 827/68, (CE) n° 2200/96, (CE) n° 2201/96, (CE) n° 2826/2000, (CE) n° 1782/2003 et (CE) n° 318/2006, et abrogeant le règlement (CE) n° 2202/96, ainsi que l'article 122, premier

alinéa, et les articles 175 et 176 du règlement n° 1234/2007, tel que modifié par le règlement (CE) n° 491/2009 du Conseil, du 25 mai 2009, doit être interprété en ce sens que :

- des pratiques qui portent sur la fixation collective de prix minima de vente, sur une concertation relative aux quantités mises sur le marché ou sur des échanges d'informations stratégiques, telles que celles en cause au principal, ne peuvent être soustraites à l'interdiction des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsqu'elles sont convenues entre différentes organisations de producteurs ou associations d'organisations de producteurs, ainsi qu'avec des entités non reconnues par un État membre aux fins de la réalisation d'un objectif défini par le législateur de l'Union européenne dans le cadre de l'organisation commune du marché concerné, telles que des organisations professionnelles ne disposant pas du statut d'organisation de producteurs, d'association d'organisations de producteurs ou d'organisation interprofessionnelle au sens de la réglementation de l'Union européenne,

- des pratiques qui portent sur une concertation relative aux prix ou aux quantités mises sur le marché ou sur des échanges d'informations stratégiques, telles que celles en cause au principal, peuvent être soustraites à l'interdiction des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsqu'elles sont convenues entre membres d'une même organisation de producteurs ou d'une même association d'organisations de producteurs reconnue par un État membre et qu'elles sont strictement nécessaires à la poursuite du ou des objectifs assignés à l'organisation de producteurs ou à l'association d'organisations de producteurs concernée en conformité avec la réglementation de l'Union européenne ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le président de l'Autorité fait grief à l'arrêt de réformer la décision n° 12-D-08 et de dire qu'il n'est pas établi que les entités en cause ont enfreint les dispositions de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de l'article L. 420-1 du code de commerce alors, selon le moyen :

1°/ que les règles de concurrence sont applicables à l'ensemble des accords, décisions et pratiques qui se rapportent à la production ou au commerce des produits agricoles et ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, sous réserve de trois dérogations appliquées de manière restrictive ; qu'en jugeant que « la primauté des objectifs de la politique agricole commune a été rappelée de manière constante par la jurisprudence communautaire », la cour d'appel a violé les articles 42, 101 et 288 TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du « 20 avril 1962 », 1 et 2 du règlement (CEE) n° 1184/2006 du

Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CEE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

2°/ que les articles 101 à 106 TFUE s'appliquent par principe à l'ensemble des accords, décisions et pratiques qui se rapportent à la production ou au commerce des produits agricoles et ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; que par exception, l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne s'applique pas à de tels accords, décisions et pratiques lorsqu'ils font partie intégrante d'une organisation nationale de marché, ou lorsqu'ils sont nécessaires à la réalisation des objectifs de la politique agricole commune, ou encore lorsqu'ils ont été mis en oeuvre par des exploitants agricoles, associations d'exploitants agricoles ou associations de ces associations ressortissant à un seul État membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles ; qu'en jugeant que les règles de concurrence relatives aux accords, décisions et pratiques visés par les articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce ne s'appliquaient à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure où leur application ne met pas en péril la réalisation des objectifs de la PAC et n'entrave pas le fonctionnement des organisations nationales des marchés agricoles, la cour d'appel a inversé le principe et les exceptions et a ainsi violé les articles 101 et 288 TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du « 20 avril 1962 », 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

3°/ que la Commission européenne a compétence exclusive pour constater pour quels accords, décisions et pratiques les conditions d'exemption relatives à la production et au commerce des produits agricoles sont remplies ; qu'en s'appuyant sur les objectifs de la politique agricole commune pour écarter l'analyse de l'Autorité de la concurrence selon laquelle en l'absence de décision de la Commission européenne, les organismes poursuivis n'étaient pas recevables à se prévaloir de la justification des pratiques au titre du régime spécifique au secteur agricole en application de l'article 2 du règlement (CE) n° 1184/2006, la cour d'appel a violé les articles 42, 101 et 288 TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du « 20 avril 1962 », 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

4°/ que l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne s'applique pas à des accords, décisions et pratiques anticoncurrentiels lorsqu'ils font partie intégrante d'une organisation nationale de marché ; qu'en énonçant que : « les règles de concurrence (...) ne s'appliquent à la production et au

commerce des produits agricoles (...) que dans la mesure où leur application (...) n'entrave pas le fonctionnement des organisations nationales des marchés agricoles dont les mécanismes de régulation sont (...) dérogatoires au droit commun de la concurrence », cependant qu'une organisation commune des marchés agricoles dans le secteur des fruits et légumes a été instaurée depuis 1972, de sorte que les mécanismes de régulation mis en place dans le secteur de l'endive ne pouvaient être assimilés à ceux d'un produit agricole soumis à une organisation nationale de marché, la cour d'appel a violé les articles 40, 42, 101 et 288 TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du « 20 avril 1962 », 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

5°/ que l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne s'applique pas à des accords, décisions et pratiques anticoncurrentiels lorsqu'ils sont nécessaires à la réalisation de l'ensemble des objectifs de la politique agricole commune ; qu'en s'appuyant sur le fait que la défense des revenus des producteurs était un des objectifs assignés à la politique agricole commune par l'article 39 TFUE pour approuver la justification de la commission des pratiques litigieuses par les entreprises mises en cause et refuser de les sanctionner, la cour d'appel a violé les articles 42, 101 et 288 TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du « 20 avril 1962 », 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

6°/ que les règles de concurrence s'appliquent aux accords entre exploitants agricoles, associations d'exploitants agricoles et associations de ces associations ressortissant à un seul État membre concernant la production ou la vente de produits agricoles qui comportent l'obligation de pratiquer un prix déterminé ; qu'en refusant d'appliquer aux pratiques litigieuses l'article 101, paragraphe 1, TFUE relatif à la prohibition des accords et pratiques anticoncurrentiels après avoir constaté, au stade de l'analyse de l'objet des pratiques, que les modalités de fixation collective de prix minimum retenues par l'Autorité de la concurrence, en particulier la détermination d'un cours pivot, la mise en place d'une bourse aux échanges et d'un « cadran bourse », ainsi que la fixation d'un prix minimum sous couvert d'un prix de retrait, avaient été mises en oeuvre pendant plusieurs mois, ce dont il résultait que les accords et pratiques en cause avaient comporté l'obligation de pratiquer un prix déterminé, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles 101 et 288 du TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du « 20 avril 1962 », 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que dans son arrêt du 14 novembre 2017 (C-671/15), la CJUE a rappelé que, dans la poursuite des objectifs que sont l'instauration d'une politique agricole commune et l'établissement d'un régime de concurrence non faussée, l'article 42 TFUE reconnaît la primauté de la politique agricole commune par rapport aux objectifs du traité, dans le domaine de la concurrence, et le pouvoir du législateur de l'Union de décider dans quelle mesure les règles de concurrence trouvent à s'appliquer dans le secteur agricole (point 37) ; qu'elle a précisé que les interventions du législateur de l'Union à ce titre ont pour objet non pas d'établir des dérogations ou des justifications à l'interdiction des pratiques visées à l'article 101, paragraphe 1, et à l'article 102 TFUE, mais d'exclure du champ d'application de ces dispositions des pratiques qui, si elles intervenaient dans un secteur autre que celui de la politique agricole commune, en relèveraient (point 38) ; que le moyen procède, en sa première branche, d'un postulat erroné ;

Attendu, en deuxième lieu, que la cour d'appel n'a pas inversé le principe et les exceptions en énonçant les motifs critiqués par la deuxième branche, qui ne font que reprendre, en substance, les termes des considérants 2 du règlement n° 26, 3 du règlement n° 1184/2006 et 84 du règlement n° 1234/2007, selon lesquels les règles de concurrence relatives aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 101, paragraphe 1, TFUE doivent être appliquées à la production et au commerce des produits agricoles, dans la mesure où leur application ne met pas en péril la réalisation des objectifs de la politique agricole commune et n'entrave pas le fonctionnement des organisations nationales des marchés agricoles ;

Et attendu, enfin, que, la cour d'appel n'ayant pas fondé sa décision sur les hypothèses d'inapplicabilité des règles de concurrence au secteur agricole, prévues par les articles 2 des règlements n° 26 et n° 1184/2006 et 176 du règlement n° 1234/2007, le moyen qui procède, en ses quatre dernières branches, du postulat contraire, est inopérant ;

D'où il suit que le moyen, pour partie inopérant, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et sur le deuxième moyen, pris en sa première branche :

Attendu que le président de l'Autorité fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, *qu'en énonçant que « tant les règlements OCM que des dispositions de droit interne, pour les besoins de la réalisation des objectifs fixés par la politique agricole commune, ont attribué aux organismes collectifs mis en cause des missions particulières s'inscrivant dans un cadre dérogatoire au droit de la concurrence, que « les règlements OCM et les dispositions (...) du code rural (...) ont (...) confié aux OP et aux AOP des missions s'inscrivant dans le cadre de règles dérogatoires au droit de la*

concurrence », et que « l'OCM unique a également institué un régime dérogatoire au droit de la concurrence en permettant aux producteurs de se regrouper au sein d'AOP de gouvernance au sein desquelles ils disposent du droit de se concerter », cependant qu'en dehors de l'application des dérogations expresses à l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE instaurées par les règlements portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, l'exercice des missions dévolues aux organisations de producteurs et associations de ces organisations ne pouvait se concevoir que dans le respect des règles de concurrence, la cour d'appel a violé les articles 101 et 288 du TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du « 20 avril 1962 », 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

Mais attendu qu'il résulte des textes visés par le moyen, tels qu'interprétés par la CJUE dans son arrêt du 14 novembre 2017 (C-671/15), que les hypothèses d'inapplicabilité de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, dans le secteur des fruits et légumes, ne se limitent pas aux seules hypothèses expressément prévues par les articles 2 des règlements n° 26 et n° 1184/2006 et 176 du règlement n° 1234/2007, mais peuvent couvrir également les pratiques qui portent sur une concertation relative aux prix ou aux quantités mises sur le marché ou sur des échanges d'informations stratégiques lorsqu'elles sont convenues entre membres d'une même OP ou d'une même AOP, reconnue par un État membre, et qu'elles sont strictement nécessaires à la poursuite du ou des objectifs assignés à l'OP ou à l'AOP concernée en conformité avec la réglementation de l'Union européenne ; que le moyen, qui procède d'un postulat contraire, manque en droit ;

Mais sur le moyen relevé d'office, en application de l'article 620 du code de procédure civile, suggéré par le demandeur au pourvoi :

Vu les articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce, ensemble l'article 2 du règlement n° 26 du Conseil, du 4 avril 1962, l'article 11, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 2200/96 du Conseil, du 28 octobre 1996, l'article 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil, du 24 juillet 2006, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil, du 22 octobre 2007, l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1182/2007 du Conseil, du 26 septembre 2007, l'article 122, premier alinéa, et les articles 175 et 176 du règlement n° 1234/2007, tel que modifié par le règlement (CE) n° 491/2009 du Conseil, du 25 mai 2009 ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt du 14 novembre 2017 de la CJUE (C-671/15) que si des pratiques qui portent sur une concertation relative aux prix ou aux quantités mises sur le marché ou sur des échanges d'informations stratégiques peuvent être soustraites à l'interdiction des

ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsqu'elles sont convenues entre membres d'une même OP ou d'une même AOP reconnue par un État membre et qu'elles sont strictement nécessaires à la poursuite du ou des objectifs qui lui ont été assignés en conformité avec la réglementation relative à l'organisation commune du marché concerné, de telles pratiques ne peuvent échapper à cette interdiction lorsqu'elles sont convenues entre différentes OP ou AOP ainsi qu'avec des entités non reconnues dans le cadre de l'organisation commune du marché concerné ;

Attendu que pour dire qu'il n'est pas établi que les entités sanctionnées ont enfreint les dispositions des articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce, après avoir constaté que, pendant toute la période visée par le grief, tant la réglementation de l'organisation commune de marché mise en place dans le secteur des fruits et légumes que les dispositions du droit interne avaient, pour les besoins de la réalisation des objectifs fixés par la politique agricole commune, attribué aux organismes collectifs mis en cause des missions particulières qui s'inscrivaient dans un cadre dérogatoire au droit de la concurrence, l'arrêt relève qu'il existe des difficultés d'interprétation de la réglementation OCM sur l'étendue exacte et les limites de la mission de régularisation des prix assignée aux OP et AOP et retient qu'il n'est pas indiscutablement démontré que les pratiques incriminées de fixation collective de prix minimum aient dépassé ces limites ; qu'il retient encore, s'agissant des concertations portant sur les quantités d'endives mises sur le marché, qu'il n'est pas établi avec certitude que les organismes poursuivis seraient sortis des limites des missions qui leur étaient légalement assignées tendant, en application de la réglementation OCM, à assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande, notamment en quantité et qualité, et à harmoniser les disciplines de production ;

Qu'en se déterminant ainsi, en retenant que les pratiques litigieuses pouvaient être soustraites à l'application des articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce, sans rechercher si les conditions d'une telle soustraction à l'interdiction des ententes étaient réunies, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS et, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 mai 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne l'Association des producteurs d'endives de France (APEF), l'Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE), le Comité économique fruits et légumes du Nord de la France (CELFNORD), le Comité économique régional agricole fruits et légumes (CERAFEL), la Fédération du commerce de l'endive (la FCE), la Fédération nationale des producteurs d'endives (FNPE) devenue l'Union des endiviers, la Section nationale endives (la SNE), les sociétés Groupe Perle du Nord, Cambresis Artois Picardie endives (Cap'endives), Fraileg, France endives, Marché de Phalempin, Primacoop, Prim'Santerre, Coopérative agricole du marais audomarois (SIPEMA) et Valois-fruits et la Selas Bernard et Nicolas Soinne, en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société Soleil du Nord, aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Vu l'article R. 490-5 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du douze septembre deux mille dix-huit.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat aux Conseils, pour le président de l'Autorité de la concurrence.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

(régime juridique général du secteur agricole considéré au regard du droit de la concurrence)

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir réformé en toutes ses dispositions la décision n° 12-D-08 rendue le 6 mars 2012 par l'Autorité de la concurrence et d'avoir dit qu'il n'était pas établi que l'APEF, l'APVE, le CELFNORD, le CERAFEL, la FCE, la FNPE, la SNE, les sociétés Cap'Endives, Fraileg, France Endives, Marché de Phalempin, Primacoop, Prim'Santerre, Groupe perle du Nord, Soleil du Nord, Sipema, et Union de coopératives agricoles Valois-Fruits, avaient enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 du TFUE ;

AUX MOTIFS QUE sur le régime juridique général du secteur agricole considéré au regard du droit de la concurrence : au regard des contestations soulevées par les requérantes, il convient de rappeler avec précision les conditions d'application des règles de concurrence de l'Union et du droit interne au secteur agricole pendant toute la durée de la période visée par les griefs ; qu'aux termes de l'article 39 du TFUE, la politique agricole commune [PAC] poursuit les objectifs suivants : (a) accroître la productivité de l'agriculture en développant le progrès technique, en assurant le développement rationnel de la production agricole ainsi qu'un emploi optimum des facteurs de production, notamment de la main d'oeuvre ; (b) assurer un niveau de vie équitable à la population agricole, notamment par le relèvement du niveau individuel de ceux qui travaillent dans l'agriculture ; (c) stabiliser les marchés ; (d) garantir la sécurité des approvisionnements ; (e) assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs ; que l'article 40 du TFUE dispose que « en vue d'atteindre les objectifs prévus à l'article 39, il est établie une organisation commune des marchés agricoles ; [...] [elle] peut comporter toutes les mesures nécessaires pour atteindre les objectifs fixés à l'article 39, notamment des réglementations de prix [...] ; une politique commune éventuelle des prix doit être fondée sur des critères communs et sur des méthodes de calcul uniformes » ; que l'article 42 du TFUE énonce que « les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et à la commercialisation des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le Parlement européen et le Conseil dans le cadre des dispositions et conformément à la procédure prévues à l'article 42, paragraphe 2, compte tenu des objectifs énoncés à l'article 39 » ; que, dans ce cadre, la primauté des objectifs de la PAC a été rappelée de manière constante par la

jurisprudence communautaire : « A cet égard, il convient de rappeler que l'établissement d'un régime de concurrence non faussée n'est pas le seul objectif mentionné à l'article 3 du traité, lequel prévoit aussi, notamment, l'instauration d'une politique agricole commune. Les auteurs du traité, conscients de ce que la poursuite simultanée de ces deux objectifs pouvait se révéler difficile à certains moments et dans certaines circonstances, ont prévu à l'article 42, premier alinéa, du traité : "Les dispositions du chapitre relatives aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le Conseil dans le cadre des dispositions et conformément à la procédure prévues à l'article 43, paragraphes 2 et 3, compte tenu des objectifs énoncés à l'article 39. Sont ainsi reconnus tout à la fois la primauté de la politique agricole par rapport aux objectifs du traité dans le domaine de la concurrence et le pouvoir du Conseil de décider dans quelle mesure les règles de concurrence trouvent à s'appliquer dans le secteur agricole » (CJCE [Cour de justice des communautés européennes] Allemagne Conseil C-280/93) ; que le règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles qui a procédé à la codification du règlement n° 26/62 du Conseil du 4 avril 1962 modifié portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles énonce : - dans son considérant (2) : « Il résulte de l'article 36 du traité que l'application à la production et au commerce des produits agricoles des règles de concurrence prévues dans le traité constitue l'un des éléments de la politique agricole commune. Les dispositions du présent règlement devront, dès lors, être complétées compte tenu du développement de cette politique » ; - dans son considérant (3) : « Les règles de concurrence relatives aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 81 du traité, ainsi qu'à l'exploitation abusive des positions dominantes, doivent être appliquées à la production et au commerce des produits agricoles, dans la mesure où leur application n'entrave pas le fonctionnement des organisations nationales des marchés agricoles et ne met pas en péril la réalisation des objectifs de la politique agricole commune » ; - dans son considérant (4) : « Il convient d'accorder une attention particulière à la situation des associations d'exploitants agricoles dans la mesure où elles ont notamment pour objet la production ou le commerce en commun de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes, à moins qu'une telle action commune n'exclue la concurrence ou ne mette en péril la réalisation des objectifs de l'article 33 du traité » ; - dans son considérant (5) : « En vue tant d'éviter de compromettre le développement d'une politique agricole commune que d'assurer la sécurité juridique et le traitement non discriminatoire des entreprises intéressées, la Commission, sous réserve du contrôle de la Cour de justice, doit avoir compétence exclusive pour constater que les conditions prévues aux deux considérants précédents sont remplies en ce qui concerne les accords, décisions et pratiques visés à l'article 81 du traité » ; que le règlement (CE)

n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006 dispose ensuite : - en son article premier bis : « Les articles 81 à 86 du traité et leurs modalités d'application s'appliquent, sous réserve des dispositions de l'article 2 du présent règlement, à l'ensemble des accords, décisions et pratiques visés à l'article 81, paragraphe 1, et à l'article 82 du traité se rapportant à la production ou au commerce des produits visés à l'article 1er » ; - en son article 2 : « 1. L'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques visées à l'article 1^{er} bis du présent règlement qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché ou qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du traité. Il ne s'applique pas en particulier aux accords, décisions et pratiques d'exploitants agricoles, d'associations d'exploitants agricoles ou d'associations de ces associations ressortissant à un seul Etat membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles, à moins que la Commission ne constate qu'ainsi la concurrence est exclue ou que les objectifs de l'article 33 du traité sont mis en péril. 2. Après avoir consulté les Etats membres et entendu les entreprises ou associations d'entreprises intéressées, ainsi que toute autre personne physique ou morale dont l'audition lui paraît nécessaire, la Commission, sous réserve du contrôle de la Cour de justice, a compétence exclusive pour constater, par une décision qui est publiée, pour quels accords, décisions et pratiques les conditions prévues au paragraphe 1 sont remplies. La Commission procède à cette constatation soit d'office, soit sur demande d'une autorité compétente d'un Etat membre ou d'une entreprise ou association d'entreprises intéressée. » ; que le règlement (CE) n° 1184/2006 institue ainsi une exemption au titre du régime dérogatoire propre au secteur agricole dans trois cas, dans lesquels l'article 101 TFUE est en effet inapplicable : - les accords qui font partie intégrante d'une organisation nationale des marchés ; - les accords qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du traité ; - les accords entre exploitants agricoles, associations d'exploitants agricoles ou association de ces associations ressortissant à un seul Etat membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou la vente de produits agricoles, à moins que la Commission ne constate qu'ainsi la concurrence est exclue ou que les objectifs de l'article 39 du TFUE sont mis en péril ; qu'ainsi que le relève l'Autorité (paragraphe 247 de la décision), la portée pratique de la première hypothèse, relative aux organisations nationales de marché, est relativement limitée au cas d'espèce dès lors que la quasi-totalité des produits agricoles est désormais couverte par le règlement n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur, dit règlement « OCM unique », l'endive étant, notamment, couverte par une organisation commune des marchés ; qu'il suffit, sur ce point, de renvoyer au rappel de

la réglementation opérée dans les développements de la décision consacrés au droit de l'Union dont il ressort : - que le secteur des fruits et légumes frais relève d'une organisation commune de marché (OCM) depuis 1972, année où est entré en vigueur le règlement (CEE) n° 1035/72 ; - que l'OCM fruits et légumes a fait l'objet d'une refonte majeure par le règlement (CE) n° 2200/96 du Conseil du 28 octobre 1996 et que cette OCM fruits et légumes a par la suite été modifiée par le règlement (CE) n° 1433/2003, puis par le règlement n° 1182/2007 du Conseil, et ses dispositions ont été codifiées par le règlement (CE) n° 361/2008 dans le règlement (CE) n° 1234/2007 dit règlement « OCM unique » qui regroupe désormais les différentes organisations communes de marché préexistantes ; - que ce règlement reprend, en son article 175, le principe de l'applicabilité des règles de concurrence aux produits agricoles entrant dans son champ d'application, sous réserve des exceptions prévues par l'article 176, lequel est rédigé dans les mêmes termes que l'article 2 du règlement n° 1184/2006 précité ; - qu'en application de l'article 176, paragraphe 2, du règlement OCM unique et de l'article 2 du règlement n° 1184/2006, la Commission possède la compétence exclusive pour constater, par voie de décision, quels sont les accords et pratiques « nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du traité [devenu article 39 TFUE] » ; qu'il résulte de ce rappel des textes applicables dans le domaine de la politique agricole commune que les règles de concurrence relatives notamment aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 101 du TFUE ainsi que les règles de concurrence prévues par l'article L. 420-1 du code de commerce ne s'appliquent à la production et au commerce des produits agricoles, secteur dont la spécificité est reconnue, que dans la mesure où leur application ne met pas en péril la réalisation des objectifs de la PAC et n'entrave pas le fonctionnement des organisations nationales des marchés agricoles dont les mécanismes de régulation sont, comme cela sera exposé dans les développements qui vont suivre, dérogatoires au droit commun de la concurrence ;

[...]

sur le bien-fondé du grief [...] en ce qui concerne l'objet des pratiques [...] sur les pratiques de fixation collective de prix minimum [...] qu'ainsi que le soutient le CELFNORD, les documents et pièces mis en exergue par la décision ne permettent pas de confirmer le reproche fait aux requérantes d'« une diffusion régulière et ininterrompue d'une consigne de prix minimum concernant les endives entre 2001 et 2007 » ou qu'à tout le moins la signification de ces éléments doit être relativisée ; [...] que, s'agissant spécialement de la « fixation hebdomadaire de cours pivot entre septembre 2002 et juillet 2007 » qui est mentionnée dans la décision (paragraphe 85), le CELFNORD ne peut être utilement contredit, lorsqu'il affirme en se référant aux « récapitulatifs généraux », que ces cours n'ont été mis en oeuvre que pendant sept ou huit semaines en 2003 et 11 semaines en 2004 ; [...] que le CELFNORD, est également fondé à

soutenir que, dans le cadre d'une analyse portant sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur en cause, la mise en place ponctuelle, le 29 novembre 2005, à l'initiative de la section régionale de l'endive (SRE) du CELFNORD, d'une bourse aux échanges destinée, selon le compte rendu des décisions prises par la SRE le 29 novembre 2005, à « permettre de fluidifier les échanges ou les transferts », doit également être minimisée, à tout le moins relativisée, dès lors que ce système n'a en effet fonctionné que du mois de novembre 2005 au mois de février 2006 et que, dans un contexte de crise conjoncturelle avérée, il n'a concerné qu'un volume très limité de denrées, soit 140 tonnes par rapport aux 1 500 tonnes apportées ; que tel est également le cas de la mise en place, en 2007, d'un « cadran bourse » qui n'a fonctionné que trois mois et qui, en définitive, n'a porté que sur un volume réduit de transactions, soit 5 % des offres ; que concernant les pratiques initiées par la SOMO, section autonome de l'APEF, sur la base d'une clause de son règlement intitulé « les 9 points clés des engagements de la SOMO » - et qui auraient été poursuivies par l'APEF à compter d'août 2008 consistant, selon l'Autorité, à mettre en place des prix minimum sous couvert de prix de retrait, le CELFNORD est également en droit d'opposer à l'Autorité que ce document a été élaboré en application des dispositions de l'article L. 551-1 du code rural, alors en vigueur, qui permettait aux AOP de mettre en place des règles tendant « à instaurer une transparence des transactions et à régulariser les cours, notamment par la fixation éventuelle d'un prix de retrait », et selon l'interprétation, alors donnée à ces dispositions et que rien ne permet de contredire, que le prix de retrait incluait nécessairement la fixation d'un prix minimum ; que, par surcroît, les pratiques en question n'ont été mises en place que pendant quelques semaines, jusqu'à la cessation des actions de la SMO en janvier 2009 et qu'elles n'ont porté que sur des quantités non significatives d'endives, soit 5 % des volumes au cours de la période considérée ; [...] qu'aucun élément du dossier ne permet de contredire les explications des requérantes sur la mise en place des pratiques incriminées dans un contexte caractérisé, sinon par une « crise grave et durable » depuis la campagne de production de l'endive 2002/2003 mais, à tout le moins de sérieuses et persistantes difficultés procédant de prix à la production du niveau n'était pas de nature à assurer au profit des producteurs d'endives un « revenu équitable », objectif qui est précisément assigné à la politique agricole commune par l'article 39 du traité ;

[...]

sur l'existence d'une infraction complexe et continue [...] que, dans le paragraphe de la décision intitulé « Sur l'objectif unique des pratiques », l'Autorité relève que les pratiques mises en oeuvre tendaient, à la fois, à « la réduction de l'intensité concurrentielle sur le marché de l'endive au stade de la production et de la commercialisation » (paragraphe 371 de la décision) et à « la défense de la rémunération des producteurs » (paragraphe 376 de

la décision) ; qu'à cet égard, si l'Autorité a estimé, au stade ultérieur de l'analyse de l'exemption des pratiques (paragraphe 551 et 552 de la décision), que les organismes poursuivis n'étaient pas recevables à se prévaloir de la justification des pratiques au titre du régime spécifique au secteur agricole en application de l'article 2 du règlement n° 1184/2006, faute de saisine et de décision de la Commission, force est néanmoins de constater que la défense des revenus des producteurs constitue, avec l'emploi optimum de la main d'oeuvre agricole et la stabilisation des marchés, un des objectifs essentiels assignés par le traité à la PAC ;

1°) ALORS QUE les règles de concurrence sont applicables à l'ensemble des accords, décisions et pratiques qui se rapportent à la production ou au commerce des produits agricoles et ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, sous réserve de trois dérogations appliquées de manière restrictive ; qu'en jugeant que « la primauté des objectifs de la politique agricole commune a été rappelée de manière constante par la jurisprudence communautaire » (arrêt p. 16 § 5), la cour d'appel a violé les articles 42, 101 et 288 du TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du 20 avril 1962, 1 et 2 du règlement (CEE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CEE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE les articles 101 à 106 du TFUE s'appliquent par principe à l'ensemble des accords, décisions et pratiques qui se rapportent à la production ou au commerce des produits agricoles et ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; que par exception, l'article 101 § 1 du TFUE ne s'applique pas à de tels accords, décisions et pratiques lorsqu'ils font partie intégrante d'une organisation nationale de marché, ou lorsqu'ils sont nécessaires à la réalisation des objectifs de la politique agricole commune, ou encore lorsqu'ils ont été mis en oeuvre par des exploitants agricoles, associations d'exploitants agricoles ou associations de ces associations ressortissant à un seul État membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles ; qu'en jugeant que les règles de concurrence relatives aux accords, décisions et pratiques visés par les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ne s'appliquaient à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure où leur application ne met pas en péril la réalisation des objectifs de la PAC et n'entrave pas le fonctionnement des organisations nationales des marchés agricoles, la cour d'appel a inversé le principe et les exceptions et a ainsi violé les articles 101 et 288 du TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du 20 avril 1962, 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil

du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE la Commission européenne a compétence exclusive pour constater pour quels accords, décisions et pratiques les conditions d'exemption relatives à la production et au commerce des produits agricoles sont remplies ; qu'en s'appuyant sur les objectifs de la politique agricole commune pour écarter l'analyse de l'Autorité de la concurrence selon laquelle en l'absence de décision de la Commission européenne, les organismes poursuivis n'étaient pas recevables à se prévaloir de la justification des pratiques au titre du régime spécifique au secteur agricole en application de l'article 2 du règlement (CE) n° 1184/2006, la cour d'appel a violé les articles 42, 101 et 288 du TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du 20 avril 1962, 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

4°) ALORS SUBSIDIAIREMENT QUE l'article 101 § 1 du TFUE ne s'applique pas à des accords, décisions et pratiques anticoncurrentiels lorsqu'ils font partie intégrante d'une organisation nationale de marché ; qu'en énonçant que : « les règles de concurrence (...) ne s'appliquent à la production et au commerce des produits agricoles (...) que dans la mesure où leur application (...) n'entrave pas le fonctionnement des organisations nationales des marchés agricoles dont les mécanismes de régulation sont (...) dérogatoires au droit commun de la concurrence » (arrêt p. 18 § 4), cependant qu'une organisation commune des marchés agricoles dans le secteur des fruits et légumes a été instaurée depuis 1972, de sorte que les mécanismes de régulation mis en place dans le secteur de l'endive ne pouvaient être assimilés à ceux d'un produit agricole soumis à une organisation nationale de marché, la cour d'appel a violé les articles 40, 42, 101 et 288 du TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du 20 avril 1962, 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

5°) ALORS SUBSIDIAIREMENT QUE l'article 101 § 1 du TFUE ne s'applique pas à des accords, décisions et pratiques anticoncurrentiels lorsqu'ils sont nécessaires à la réalisation de l'ensemble des objectifs de la politique agricole commune ; qu'en s'appuyant sur le fait que la défense des revenus des producteurs était un des objectifs assignés à la politique agricole commune par l'article 39 du TFUE pour approuver la justification de la commission des pratiques litigieuses par les entreprises mises en cause et refuser de les sanctionner, la cour d'appel a violé les articles 42, 101 et 288 du TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du 20 avril 1962, 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et

176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

6°) ALORS SUBSIDIAIREMENT QUE les règles de concurrence s'appliquent aux accords entre exploitants agricoles, associations d'exploitants agricoles et associations de ces associations ressortissant à un seul État membre concernant la production ou la vente de produits agricoles qui comportent l'obligation de pratiquer un prix déterminé ; qu'en refusant d'appliquer aux pratiques litigieuses l'article 101 § 1 du TFUE relatif à la prohibition des accords et pratiques anticoncurrentiels après avoir constaté, au stade de l'analyse de l'objet des pratiques, que les modalités de fixation collective de prix minimum retenues par l'Autorité de la concurrence, en particulier la détermination d'un cours pivot, la mise en place d'une bourse aux échanges et d'un « cadran bourse », ainsi que la fixation d'un prix minimum sous couvert d'un prix de retrait, avaient été mises en oeuvre pendant plusieurs mois, ce dont il résultait que les accords et pratiques en cause avaient comporté l'obligation de pratiquer un prix déterminé, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles 101 et 288 du TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du 20 avril 1962, 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

(cadre légal de l'intervention des organisations mises en cause)

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir réformé en toutes ses dispositions la décision n° 12-D-08 rendue le 6 mars 2012 par l'Autorité de la concurrence et d'avoir dit qu'il n'était pas établi que l'APEF, l'APVE, le CELFNORD, le CERAFEL, la FCE, la FNPE, la SNE, les sociétés Cap'Endives, Fraileg, France Endives, Marché de Phalempin, Primacoop, Prim'Santerre, Groupe Perle du Nord, Soleil du Nord, Sipema, et Union de coopératives agricoles Valois-Fruits, avaient enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 101§ 1 du TFUE.

AUX MOTIFS QU' en ce qui concerne le marché pertinent et en ce qui concerne la qualification des pratiques opérée par l'Autorité : que le grief notifié aux requérantes leur reproche d'avoir participé à une entente complexe et continue sur le marché français de l'endive consistant en une concertation sur les prix et les offres promotionnelles, en un échange régulier d'informations stratégiques servant à mettre en place une police des prix ainsi que des mesures de dénaturations obligatoires, pratiques, qui ont eu pour objet d'imposer sur le marché français de l'endive un mode d'organisation se substituant au libre jeu de la concurrence, par une collusion généralisée entre les producteurs, sont prohibées par

l'article L. 420-1 du code de commerce et par l'article 101 § 1 du TFUE ; qu'il suffit de rappeler : - qu'en vertu de l'article 101§ 1 du TFUE, sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ; - que l'article L. 420-1 du code de commerce prévoit une interdiction similaire puisqu'il prohibe les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites entre entreprises lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment lorsqu'elles tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

[...]

sur le bien-fondé du grief : que si l'appréciation du bien-fondé du grief notifié aux parties, qui vise une entente complexe et continue, commande, en principe, la démarche de l'Autorité qui, dans un premier temps, consiste à examiner la nature des pratiques considérées puis, dans un second temps, à analyser l'objet de celles-ci, force est cependant de constater, qu'au cas d'espèce, de 1995 à 2010, pendant toute la période visée par le grief, tant les règlements OCM que des dispositions de droit interne ont, pour les besoins de la réalisation des objectifs fixés par la politique agricole commune, attribué aux organismes collectifs mis en cause des missions particulières s'inscrivant dans un cadre dérogatoire au droit de la concurrence et que, pour les besoins de l'accomplissement de ces missions, les organisations professionnelles du secteur considéré ont mis en place un système d'échange d'informations dans un cadre réglementaire fixé par les pouvoirs publics ; qu'il convient de vérifier, au préalable, si l'Autorité a démontré que les organismes mis en cause étaient sortis des limites de leurs missions légales et que, partant, ainsi qu'elle l'affirme, chacune des composantes des pratiques reprochées aux parties revêtaient, en soi, un objet anticoncurrentiel ;

en ce qui concerne les missions légales des organisations mises en cause et en ce qui concerne la mise en place du système Infocla@r : qu'il est rappelé que la loi n° 62-933 du 8 août 1962 disposait : - en son article 14, que les groupements de producteurs pouvaient édicter des règles destinées à organiser et discipliner la production et la mise en marché et à régulariser les cours, notamment par la fixation éventuelle d'un prix de retrait ; - en son article 15, que, dans le but d'organiser et de discipliner la production et la mise en marché, les groupements de producteurs reconnus pouvaient se

regrouper pour constituer, dans une région donnée, un comité économique agricole, tel le CERAFEL, comité économique agricole de la Région Bretagne, et le CELFNORD, comité économique agricole des régions Nord-Pas-de-Calais et Picardie, avec une section endive ; qu'il est constant que ces comités devaient faire l'objet d'un agrément, assorti de diverses obligations, des services du ministre de l'Agriculture et que l'Etat était représenté au sein de ces comités par un délégué ministériel ; que, conformément à l'article 28 du décret n° 62-1376 du 22 novembre 1962 les comités économiques agréés se sont regroupés au sein d'une fédération, l'AFCOFEL qui assurait la coordination des activités de gestion des marchés des divers comités qui, en application de l'article 16 de ce décret, pouvaient obtenir l'extension des règles dès lors qu'ils étaient considérés comme représentatifs, la possibilité de fixer un prix de retrait figurant parmi les règles étendues ; que c'est dans ces circonstances qu'un système légal d'indemnisation des retraits a été mis en place dès 1962 pour certains fruits et légumes avec un financement par le FORMA (Fonds d'Orientation et de Régularisation des Marchés Agricoles) puis par le FEOGA (Fonds Européen d'Orientation et de Garantie Agricole) ; que c'est dans ce contexte qu'a été mise en place la réglementation de l'Organisation Commune de Marchés (OCM), qui concerne toute la période visée par la notification de griefs, soit de 1995 à 2010 ; que le règlement (CE) n° 1035/72 du 18 mai 1972 portant organisation commune des marchés dans le secteur des fruits et légumes dont le considérant 12 énonçait « qu'en vue de stabiliser les cours, il est souhaitable que ces organisations puissent intervenir sur le marché, en particulier en appliquant un prix de retrait en dessous duquel les produits de leurs adhérents sont retirés de la vente », comportait plusieurs « volets d'action » constitués par la définition de normes communes, par la constitution d'organisations de producteurs (OP) et d'associations de producteurs (AOP) ainsi que par un mécanisme des retraits - régime des interventions - avec la fixation de prix de référence et de prix de retrait ; que le règlement (CE) n° 1035/72 du 18 mai 1972 disposait : - dans son article 13 que les OP avaient notamment pour mission de « promouvoir la concentration de l'offre et la régularisation des prix au stade de la production pour un ou plusieurs des produits visés à l'article 1er [dont l'endive] » ; - dans son article 15, que « les organisations de producteurs ou les associations de ces organisations peuvent fixer un prix de retrait en dessous duquel les organisations de producteurs ne mettent pas en vente les produits apportés par leurs adhérents », étant précisé que l'endive ne figurant pas dans la liste des produits énumérés à l'annexe II, les OP pouvaient fixer un prix de retrait sans bénéficier du régime de subventions communautaires associé à ce prix de retrait ; - dans son article 16, que les OP étaient autorisées à régulariser les prix à la production dans la mesure où le règlement instaure un « régime des prix et des interventions » qui autorisait le Conseil, statuant sur proposition de la Commission, pour des produits figurant à l'annexe II, à fixer annuellement avant le début de la campagne de commercialisation un prix de base et un prix d'achat ; qu'en vertu du régime institué par ce règlement,

les AOP reconnues pour la mise en oeuvre des retraits - soit les comités économiques précités - jouissaient ainsi de la prérogative légale de fixer un prix de retrait pour toutes les organisations membres en ce qui concerne les légumes, dont les endives ; que le règlement (CE) n° 2200/96 du Conseil du 28 octobre 1996, qui a abrogé le règlement (CE) n° 1035/72 du 18 mai 1972, a fixé à la nouvelle OCM plusieurs objectifs visant notamment : - à garantir la stabilité des prix ; - à renforcer la position des producteurs dans un marché caractérisé par une demande de plus en plus concentrée et structurée ; - à obtenir une meilleure adaptation de l'offre à la demande en termes de volumes d'approvisionnement mais également de qualité ; - à modifier le système de retraits ; que ce règlement énonce ainsi : - dans son considérant 7 : « Les organisations de producteurs représentent les éléments de base de l'organisation commune des marchés dont elles assurent, à leur niveau, le fonctionnement décentralisé ; que, face à une demande sans cesse plus concentrée, le regroupement de l'offre au sein de ces organisations apparaît plus que jamais comme une nécessité économique pour renforcer la production des producteurs sur le marché » ; - dans son considérant 16 : « en vue de stabiliser les cours, il est souhaitable que les organisations de producteurs puissent intervenir sur le marché, en particulier en décidant de ne pas mettre en vente certaines quantités de produits, à certaines périodes ; que ces opérations de retrait ne peuvent être envisagées comme un débouché de substitution au marché ; que, dès lors, leur financement communautaire ne doit, d'une part, être assuré que pour un pourcentage déterminé de la production et doit, d'autre part, limiter une indemnité communautaire réduite (...) » ; que ce règlement, qui a mis un terme au régime de prix et interventions, n'a toutefois pas mis fin à la mission de régularisation des prix à la production confiée aux OP ; que ce texte dispose, en effet : - en son article 11, sous b), que les OP ont pour mission « d'assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande notamment en qualité et en quantité ; de promouvoir la concentration de l'offre et la mise en marché de la production des membres ; de réduire les coûts de production et de régulariser les prix à la production » ; - en son article 15, paragraphe 3, que « l'utilisation du fonds opérationnel pour le financement des opérations de retrait de marché n'est possible que si un programme opérationnel a été approuvé par les autorités nationales compétentes. Elle peut prendre l'une ou plusieurs des formes suivantes : a) paiement d'une compensation de retrait pour les produits ne figurant pas à l'annexe II qui répondent aux normes en vigueur si de telles normes ont été arrêtées en application de l'article 2 » [lequel se réfère à la liste des produits de l'annexe 1 soumis à une normalisation, dont l'endive fait partie] ; - en son article 18 que les retraits ne peuvent être rendus obligatoires que pour « une période maximale de trois campagnes de commercialisation » ; - en son article 23, que les OP ou leurs associations « peuvent ne pas mettre en vente les produits apportés par les associés, à concurrence des volumes et pendant les périodes qu'elles jugent opportuns » ; que l'aménagement du plafonnement des retraits et leur

financement par des programmes opérationnels, n'a pas pour autant mis un terme à la possibilité pour les OP de mettre en place un prix de retrait ; que l'annexe III du règlement énumérait une liste limitative des règles appliquées par les OP qui pouvaient être étendues aux producteurs non membres en vertu de l'article 18 paragraphe 1, notamment des règles de connaissance de la production (déclarations d'intention de mise en culture), des règles de production (respect du choix des semences) ainsi que des règles de commercialisation (respect des dates prévues pour le début de la récolte, respect des critères minimaux de qualité et de calibre) ; que cette annexe définissait également le type de règles qui pouvaient faire l'objet d'une extension jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement « OCM unique » modifié, notamment les règles relatives aux retraits lesquelles définissaient les périodes de retraits, les prix de retraits, ainsi que leurs destinations ; que l'exécution de ce règlement a été assurée au moyen d'une circulaire du ministre de l'agriculture n° DPE/SPM/C98-4026 dont l'article 4 énonce : « le fonds opérationnel a pour objet de financer uniquement : dans le cas des organisations de producteurs reconnues ou de leurs associations, le programme opérationnel et éventuellement le retrait des produits de la liste de l'annexe 1 de la circulaire [...] », que le règlement (CE) n° 659/97 de la Commission 659/97 du 16 avril 1997 portant modalités d'application du règlement n° 2200/96 précité du Conseil en ce qui concerne le régime des interventions dans le secteur des fruits et légumes, puis le règlement n° 103/2004 de la Commission du 21 janvier 2004 qui lui a succédé, précisaient que chaque opération de retrait devait être notifiée aux autorités de contrôle pour leur permettre de planifier cette opération ; que le règlement n° 1182/2007 du 26 septembre 2007 fixait à l'OCM fruits et légumes plusieurs objectifs dont, notamment, celui de renforcer la position des producteurs sur le marché en regroupant l'offre et que ce règlement continue de permettre des mécanismes d'intervention qui ont été légèrement modifiés ; qu'ainsi ce règlement énonce : - dans son considérant 10 : « les organisations de producteurs sont les principaux acteurs du régime des fruits et légumes dont elles assurent, à leur niveau, le fonctionnement décentralisé. Face à une demande sans cesse plus concentrée, le regroupement de l'offre au sein de ces organisations reste une nécessité économique afin de renforcer la position des producteurs sur le marché » ; - dans son considérant 21, que « la production de fruits et légumes est imprévisible et les produits sont périssables. La présence d'excédents, même s'ils ne sont pas significatifs, peut significativement perturber le marché. Plusieurs régimes de retrait du marché ont été mis en oeuvre, mais ils se sont révélés difficiles à gérer. Il convient donc d'introduire des mesures supplémentaires de gestion des crises, dont l'application sera aussi aisée que possible » ; que, l'article 3 de ce règlement, dont les dispositions ont, par la suite, été intégrées dans le règlement (CE) du Conseil n° 1234/2007 du 22 octobre 2007 dit règlement « OCM unique » (article 122) précise que les OP ont toujours les mêmes missions ; que les OP « ont un but précis qui peut notamment englober ou, dans le cas du secteur des fruits et légumes,

qui englobe un des objectifs suivants : i) assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande notamment en quantité et en qualité ; ii) concentrer l'offre et mettre sur le marché la production de ses membres ; iii) optimiser les coûts de production et régulariser les prix à la production » ; que l'article 5 du règlement 1182/2007 prévoit par ailleurs la possibilité de mettre en place des AOP, aptes à « exercer toute activité d'une organisation de producteurs » et que l'article 34.2 du règlement d'application n° 1580/2007 dispose qu' « une association d'organisations de producteurs peut être reconnue [...] et exercer les activités d'une organisation de producteurs, même lorsque les produits concernés continuent à être commercialisés par ses membres » ; que l'article 103 du règlement prévoit la possibilité pour les organisations de producteurs de mettre en place des retraits - destruction après récolte - mais également de procéder à des récoltes en vert - destruction avant toute commercialisation - la mise en oeuvre de ces mécanismes doit cependant s'inscrire dans le cadre d'une politique de prévention et de gestion des crises afin d'éviter et de régler celles-ci, étant précisé que tous les retraits doivent désormais être financés dans le cadre des mesures de gestion de crises contenues dans les programmes opérationnels ; que le règlement d'exécution n° 543 /2011 du 7 juin 2011 dont les articles 75 et 85 définissent successivement les « produits retirés du marché », les produits « retirés » et les « produits non mis en vente » ainsi que la « non-récolte » n'a pas remis en question la pratique des prix de retrait ainsi que la possibilité de prendre des mesures de dénaturation ; que, s'agissant du droit interne, diverses dispositions du code rural ont repris les principes affirmés par les règlements OCM ; qu'il suffit de rappeler : - que l'article L. 551-1 du code rural et de la pêche maritime, abrogé par l'ordonnance n° 2010-459 du 6 mai 2010 modifiant le code rural et de la pêche maritime, fixait aux organisations de producteurs pour objectif le soin d'éditer des règles destinées notamment à « maîtriser durablement la valorisation de leur production, de renforcer l'organisation commerciale des producteurs, d'organiser et de pérenniser la production sur un territoire déterminé », et, à cette fin, d'adopter des règles destinées à « adapter la production à la demande des marchés, en quantité et en qualité, en respectant des cahiers des charges et en établissant des relations contractuelles avec leurs partenaires de la filière ; instaurer une transparence des transactions et régulariser les cours, notamment par la fixation éventuelle d'un prix de retrait (...) » ; - que l'article L. 552-1 du code rural et de la pêche maritime, également abrogé par l'ordonnance n° 2010-459 précitée, prévoyait qu'afin « d'harmoniser les disciplines de production, de commercialisation, de prix et d'appliquer des règles communes de mise en marché, les organismes reconnus énumérés à l'article précédent [les organisations de producteurs] (...) peuvent se regrouper pour constituer, dans une région déterminée, et pour un même secteur de produits tel qu'il est défini au 2° de l'article L. 551-1 (...) un comité économique agricole. Les comités économiques agricoles édictent des règles communes à leurs membres » ; qu'il est ainsi constant que les

règlements OCM et les dispositions précitées du code rural qui ont été applicables au secteur considéré des fruits et légumes pendant la quasi-totalité de la période visée par la notification des griefs ont, dans le cadre de la politique agricole commune (PAC) et pour les besoins de la réalisation des objectifs de cette politique, tendant notamment à assurer un niveau de vie équitable à la population agricole et à stabiliser les marchés, confié aux OP et aux AOP des missions s'inscrivant dans le cadre de règles dérogatoires au droit de la concurrence, notamment en ce qui concerne la régularisation des prix dans une optique de gestion de l'offre ; que l'OCM unique a également institué un régime dérogatoire au droit de la concurrence en permettant aux producteurs de se regrouper au sein d'AOP de gouvernance au sein desquelles ils disposent du droit de se concerter ; qu'en effet, les dispositions précitées de l'article 5 du règlement 1182/2007 ont permis à des organisations de producteurs (OP) de se regrouper au sein de structures (AOP dites de gouvernance) qui n'ont pas la charge de la commercialisation de fruits et légumes, pour exercer les activités des OP - notamment la régularisation des prix à la production ;

[...]

que les opérateurs du secteur ont, par décision du conseil d'administration du CELFNORD du 11 mars 1999 puis du 8 juin 1999, mis en place un système de déclaration des ventes obligatoire, quotidien et gratuit, baptisé « Infocl@r », qui est destiné à leur permettre d'obtenir automatiquement et en temps réel des données concernant l'ensemble des ventes d'endives réalisées par les OP ; que d'une manière générale, il ne peut être utilement contesté que ce système d'échange d'informations est, en soi, nécessaire à la réalisation des missions de programmation et d'adaptation de la production à la demande et de régularisation des prix qui étaient confiées au CELFNORD puis à l'APEF en vertu des dispositions précitées de l'OCM unique et du code rural et notamment de l'article L. 551-1 du code rural qui leur permettaient « d'édicter des règles destinées à instaurer la transparence des transactions et régulariser les cours » ;

[...]

en ce qui concerne l'objet des pratiques [...] sur les pratiques de fixation collective de prix minimum [...] ; que concernant les pratiques initiées par la SOMO, section autonome de l'APEF, sur la base d'une clause de son règlement intitulé « les 9 points clés des engagements de la SOMO » - et qui auraient été poursuivies par l'APEF à compter d'août 2008 consistant, selon l'Autorité, à mettre en place des prix minimum sous couvert de prix de retrait, le CELFNORD est également en droit d'opposer à l'Autorité que ce document a été élaboré en application des dispositions de l'article L. 551-1 du code rural, alors en vigueur, qui permettait aux AOP de mettre en place des règles tendant « à instaurer une transparence des transactions et à

régulariser les cours, notamment par la fixation éventuelle d'un prix de retrait », et selon l'interprétation, alors donnée à ces dispositions et que rien ne permet de contredire, que le prix de retrait incluait nécessairement la fixation d'un prix minimum ; [...] ; que pour parvenir à la conclusion que cette pratique, y compris sous la forme, indiquée par les requérantes, de « seuils indicatifs » ou de simples recommandations de prix, n'entraîne pas dans le champ des activités spécifiquement autorisées par l'OCM unique et les dispositions du droit interne, l'Autorité affirme : - que les dispositions précitées de l'article L. 551- 1 du code rural qui conférait aux organisations de producteurs la mission d'adopter des règles destinées à régulariser les cours, notamment par la fixation éventuelle d'un prix de retrait, ont été abrogées par l'ordonnance du 6 mai 2010 précitée, dans la mesure où elles s'avéraient incompatibles avec le droit de l'Union européenne (paragraphe 407 de la décision) ; - que la fixation d'un prix minimum ne figurait pas parmi les règles auxquelles renvoyait l'annexe III du règlement (CE) n° 2200/96 qui énumérait une liste limitative des règles appliquées par les OP qui pouvaient être étendues aux producteurs non membres en vertu de l'article 18 paragraphe 1 de ce texte (paragraphe 412 de la décision) ; - que le règlement n° 1182/2007 - article 122 c du règlement n° 1234/2007 modifié par le règlement n° 361/2008 - limite les outils de gestion des crises aux seuls membres d'une OP qui continue d'avoir pour mission de « régulariser les prix à la production » dans ce contexte (paragraphe 414 de la décision) ; que l'analyse proprement dite de l'Autorité sur la portée exacte des termes « régulariser les prix à la production » résultant de ce règlement qui, sur ce point, ne comporte pas de modification par rapport au précédent règlement de 1996 se réfère à l'avis précité du 7 mai 2008 du Conseil de la concurrence (point 56 de l'avis reproduit au paragraphe 416 de la décision) qui est ainsi libellé : « si l'objectif de régularisation des prix doit pouvoir justifier la diffusion de mercuriales rendant compte de l'évolution du marché, la diffusion de prix recommandés, voire obligatoires, est une pratique dont les effets anticoncurrentiels sont incontestables. De telles pratiques pourraient outrepasser la dérogation au droit de la concurrence édictée aux articles 3 et 5 du règlement n° 1182/2007 selon laquelle les OP et AOP peuvent " régulariser les prix à la production ". En effet, les termes employés ne sont pas " fixer les prix à la production " (la version anglaise du règlement utilise " stabilising producer prices " et la Commission européenne, consultée en 2006 par le ministère de l'agriculture sur un projet de décret relatif aux dispositions particulières applicables aux organisations de producteurs dans le secteur des fruits et légumes, avait souhaité qu'apparaisse de manière explicite le fait que les pratiques autorisées aux OP ne devaient pas aboutir à un accord collectif sur les prix. Les AOP pouvant exercer les mêmes activités que les OP, cette limite leur paraît, en toute logique, applicable également. Dès lors, le Conseil perçoit dans la disposition en question la volonté de donner aux producteurs les moyens de lutter contre la forte variabilité des prix issue des spécificités économiques du secteur et il lui semble que la politique de régularisation des prix à la production confiée aux

AOP doit utiliser d'autres instruments qu'une fixation collective des prix, en utilisant non seulement des leviers collectifs concernant les volumes et la qualité, mais aussi des informations sur les marchés permettant aux différentes entités chargées de la vente de mieux réagir à l'évolution de ceux-ci, ou encore en utilisant les outils évoqués ci-après sous 4). En tout état de cause, seule la Cour de justice des Communautés européennes pourrait " définitivement " donner la juste interprétation entre la position de la Commission proscrivant tout " accord collectif " sur les prix à la production et cette disposition du règlement n° 1182/2007 autorisant leur " régularisation " par une association ayant nécessairement un caractère collectif » ; qu'il est vrai que, dans le paragraphe 4 de cet avis, le Conseil avait, à titre liminaire, rappelé que, lorsqu'il est consulté en application de l'article L. 462-1 du code de commerce, il ne peut se prononcer que sur des questions de concurrence d'ordre général et qu'il ne lui appartient pas, dans ce cadre, de statuer sur le point de savoir si telle ou telle pratique est ou serait contraire aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, et 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne (devenus 101 et 102 du TFUE), ni sur la possibilité d'une exemption sur le fondement de l'article L. 420-4, 1, 2° du code de commerce et que seule une saisine contentieuse menée selon une procédure contradictoire serait de nature à conduire une appréciation de la licéité de la pratique considérée ; que les organisations sanctionnées sont en droit d'opposer à l'Autorité que l'analyse particulièrement nuancée, formulée dans cet avis, des dispositions dérogatoires au droit de la concurrence concernant la régularisation des prix, n'excluaient pas alors formellement l'interprétation de ces dispositions dont elles se prévalent au soutien de leur recours et qu'à tout le moins, il n'est pas fait état, dans ce domaine, de décisions de la Cour de justice de l'Union ; que si les dispositions de l'article L. 551-1 du code rural qui fixait pour objectif aux organisations de producteurs (OP) la mission d'adopter des règles destinées à régulariser les cours, notamment par « la fixation éventuelle d'un prix de retrait » ont été abrogées par ordonnance du 6 mai 2010 au motif que, selon les indications alors données par le ministre de l'agriculture rappelées dans la décision, elles n'étaient pas conformes au droit communautaire, il n'en demeure pas moins que ces dispositions étaient encore en vigueur lors de la constatation des pratiques sanctionnées par l'Autorité ; que tel était également le cas des dispositions précitées de l'article L. 552-1 du code rural et de la pêche maritime qui permettaient aux organisations de producteurs de se regrouper pour constituer un comité économique agricole afin « d'harmoniser les disciplines (...) de prix », étant observé que l'abrogation de ces dispositions n'est intervenue qu'à dater de mai 2011, postérieurement à la notification des griefs ; que, concernant spécialement les pratiques de cours pivot reprochées aux organisations mises en cause, il a été rappelé par ailleurs que l'arrêté du 29 mars 2005, pour les campagnes 2005, 2006 et 2007, portant extension des règles édictées par le CELFNORD imposait à ses membres « l'obligation de respecter, à certaines périodes, les prix de retrait appliqués par le comité économique » et que cette autorisation

expresse d'application de prix de retrait n'a finalement été supprimée que par un arrêté du 24 juin 2009 portant extension des règles édictées par l'APEF ; que, contrairement à ce que soutient l'Autorité dans ses observations déposées devant la cour, l'indication selon laquelle l'obligation de respecter, à certaines périodes, les prix de retrait appliqués par le comité économique s'imposait en vertu du premier arrêté cité « dans la limite des règlements communautaires » ne peut, en l'état des difficultés d'interprétation de la réglementation OCM sur l'étendue exacte et les limites de la mission de « régularisation des prix » assignée aux organismes mis en cause dans le cadre du régime dérogatoire au droit de la concurrence découlant de l'application des règles de la politique agricole commune, suffire à établir que la diffusion de consignes de prix minimum était, en toutes circonstances, nécessairement et définitivement prohibée ; qu'aucun élément du dossier ne permet de contredire les explications des requérantes sur la mise en place des pratiques incriminées dans un contexte caractérisé, sinon par une « crise grave et durable » depuis la campagne de production de l'endive 2002/2003 mais, à tout le moins de sérieuses et persistantes difficultés procédant de prix à la production dont le bas niveau n'était pas de nature à assurer au profit des producteurs d'endives un « revenu équitable », objectif qui est précisément assigné à la politique agricole commune par l'article 39 du Traité ; que comme le soutiennent les requérantes, la coordination dans le temps des offres promotionnelles entre bien également dans le cadre de la mission légale du CELFNORD et des AOP telle l'APEF tendant, en vertu de la réglementation OCM applicable et des dispositions précitées du code rural, à assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande, notamment en quantité et qualité et à harmoniser les disciplines de production, de commercialisation et d'appliquer des règles communes de mise en marché ; [...] ; qu'il résulte de tout ce qui précède que des pratiques de fixation collective de prix minimum dénoncées à l'encontre des parties comme sortant des missions légales et contrevenant de ce fait aux dispositions des articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce ne sont pas indiscutablement établies ;

[...]

sur les concertations portant sur les quantités d'endives mises sur le marché [...] qu'il n'est, ni contesté, ni contestable que, ainsi que cela résulte des développements qui précèdent, les mesures de gestion de l'offre et de dénaturation mises en place par le CELFNORD entraînent en effet dans ses missions légales tendant, en application de la réglementation OCM et des dispositions précitées du code rural, à assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande, notamment en quantité et qualité, et à harmoniser les disciplines de production ; [...] ; que les développements de la décision ne permettent pas ainsi de conclure avec certitude que le CELFNORD serait sorti des limites des missions qui lui étaient légalement attribuées en matière de dénaturations, peu important, à

cet égard, la teneur des déclarations, seulement ponctuelles et à tout le moins très ambiguës, de certains représentants des organismes sanctionnés sur la qualification de ces opérations qui est mise en exergue par la décision ;

sur l'échange illicite d'informations relatives aux prix imputé aux requérantes, que l'utilisation d'Infocl@r ne peut, en soi, être incriminée, dès lors qu'il s'agit d'un système légal d'échange d'informations et d'analyse du marché consacré par le décret du 24 octobre 2000 qui évoquait explicitement la transmission de données relatives aux « prix pratiqués », et dont la mise en place est, à l'évidence rendue nécessaire par l'exécution des missions légales précitées de CELFNORD puis de l'APEF et plus généralement, par la légitime préoccupation d'un suivi fiable du marché des endives ; [...] ; que le dépassement de la mission légale de régularisation des prix dévolue aux organismes en cause n'étant pas établi, il n'est a fortiori pas non plus démontré que, par suite d'un échange régulier d'informations stratégiques, le système Infocl@r aurait été détourné de son objet à des fins anticoncurrentielles, afin de mettre en place une police des prix ; [...] ; qu'en l'état des textes et de la jurisprudence communautaire applicables pendant la période visée par la notification des griefs, il n'est pas ainsi indiscutablement démontré que les organisations mises en cause sont sorties des limites des missions légales qui, dans le cadre général de la politique agricole commune, leur sont attribuées par la réglementation OCM ainsi que par les dispositions du droit interne afin d'opérer une gestion adéquate de l'offre des légumes en cause, au moyen, tant d'une régularisation des prix dont, à ce jour, les limites au regard des règles du droit de la concurrence n'apparaissent pas fixées de manière incontestable, que de la mise sur le marché des quantités d'endives ; qu'au vu de l'analyse de l'objet des pratiques, le grief qui a été notifié aux requérantes sur leur mise en oeuvre qui aurait eu pour objet d'imposer, de 1995 à 2010, sur le marché français de l'endive un mode d'organisation se substituant au libre jeu de la concurrence par une collusion généralisée entre les producteurs ne peut être tenu pour établi ;

1°) ALORS QU' en énonçant que « tant les règlements OCM [organisation commune des marchés] que des dispositions de droit interne, pour les besoins de la réalisation des objectifs fixés par la politique agricole commune, ont attribué aux organismes collectifs mis en cause des missions particulières s'inscrivant dans un cadre dérogatoire au droit de la concurrence » (arrêt, p. 24 § 5), que « les règlements OCM et les dispositions (...) du code rural (...) ont (...) confié aux OP [organisations de producteurs] et aux AOP [associations d'organisations de producteurs] des missions s'inscrivant dans le cadre de règles dérogatoires au droit de la concurrence » (arrêt, p. 28 § 2), et que « l'OCM unique a également institué un régime dérogatoire au droit de la concurrence en permettant aux producteurs de se regrouper au sein d'AOP de gouvernance au sein

desquelles ils disposent du droit de se concerter » (arrêt, p. 28 § 3), cependant qu'en dehors de l'application des dérogations expresses à l'application de l'article 101 § 1 du TFUE instaurées par les règlements portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, l'exercice des missions dévolues aux organisations de producteurs et associations de ces organisations ne pouvait se concevoir que dans le respect des règles de concurrence, la cour d'appel a violé les articles 101 et 288 du TFUE, 1 et 2 du règlement n° 26/62 du Conseil du 20 avril 1962, 1 et 2 du règlement (CE) n° 1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006, 175 et 176 du règlement (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 et L. 420-1 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et ne peut justifier sa décision en se fondant sur l'obscurité ou l'insuffisance de la loi ; qu'en invoquant les « difficultés d'interprétation de la réglementation OCM sur l'étendue exacte et les limites de la mission de " régularisation des prix " assignée aux organismes mis en cause dans le cadre du régime dérogatoire au droit de la concurrence découlant de l'application des règles de la politique agricole commune » (arrêt, p. 33 in fine) pour considérer que la diffusion de consignes de prix minimum n'était pas, en toutes circonstances, nécessairement et définitivement prohibée, et en se fondant sur le fait que « les limites [de la mission de régularisation des prix] n'apparaiss[ai]ent pas fixées de manière incontestable » pour juger qu' « il n'[était] pas ainsi indiscutablement démontré que les organisations mises en cause [étaient] sorties des limites des missions légales » (arrêt, p. 38 § 3), la cour d'appel a violé les articles 4 du code civil et 12 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ; que la cour d'appel a relevé que les dispositions de droit interne censées justifier les pratiques litigieuses n'étaient, selon le propre constat du ministre de l'agriculture, « pas conformes au droit communautaire » (arrêt, p. 33 § 4) ; qu'en refusant cependant d'écarter ces dispositions de droit interne et de juger que les pratiques litigieuses étaient contraires au droit de l'Union européenne, la cour d'appel a violé les articles 55 de la Constitution, 101 et 288 du TFUE.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

(pratiques anticoncurrentielles)

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir réformé en toutes ses dispositions la décision n° 12-D-08 rendue le 6 mars 2012 par l'Autorité de la concurrence et d'avoir dit qu'il n'était pas établi que l'APEF, l'APVE, le

CELFNORD, le CERAFEL, la FCE, la FNPE, la SNE, les sociétés Cap'Endives, Fraileg, France Endives, Marché de Phalempin, Primacoop, Prim'Santerre, Groupe perle du Nord, Soleil du Nord, Sipema, et Union de coopératives agricoles Valois-Fruits, avaient enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ;

AUX MOTIFS QU' au-delà des constatations opérées dans les développements qui précèdent dont il ressort qu'il n'est pas démontré que les organismes en cause ont dépassé leurs missions légales, la continuité des pratiques ne pourrait en tout état de cause, même en retenant l'hypothèse d'un tel dépassement, être exclusivement illustrée, comme l'Autorité l'indique, par « la diffusion régulière de comptes rendus de réunions tenues à intervalles réguliers », dès lors, qu'à tout le moins, la plupart des activités des requérantes ne poursuivaient pas un objet anticoncurrentiel ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE sur le bien-fondé du grief [...] en ce qui concerne l'objet des pratiques [...] sur les pratiques de fixation collective de prix minimum [...] qu'ainsi que le soutient le CELFNORD, les documents et pièces mis en exergue par la décision ne permettent pas de confirmer le reproche fait aux requérantes d' « une diffusion régulière et ininterrompue d'une consigne de prix minimum concernant les endives entre 2001 et 2007 » ou qu'à tout le moins la signification de ces éléments doit être relativisée dès lors, en effet : - non seulement que la grande majorité des éléments de preuve cités se rapportent en réalité à la période d'août à septembre 2006 ou, parfois, d'avril ou juin 2006 mais qu'ils font seulement état de discussions et de projets ; - que les seuls documents correspondant à des périodes autres que l'été 2006 sont constitués par un plan d'actions conjoncturelles d'octobre 2001 qui ne comporte que des propositions d'actions et que les documents de 2002 et 2003 n'ont pas stricto sensu trait au prix minimum ; que les seuls documents énumérés dans la décision (paragraphe 80 de la décision) concernant la période de trois semaines du 23 août 2006 au 15 septembre 2006 ne permettent pas de confirmer les conclusions de la décision en ce qu'elle retient que « tout au long de cette période, un prix minimum a été arrêté chaque semaine par le bureau des présidents au cours de réunions téléphoniques » ; que, s'agissant spécialement de la « fixation hebdomadaire de cours pivot entre septembre 2002 et juillet 2007 » qui est mentionnée dans la décision (paragraphe 85), le CELFNORD ne peut être utilement contredit, lorsqu'il affirme : - en se référant aux « récapitulatifs généraux », non seulement, que ces cours n'ont été mis en oeuvre que pendant sept ou huit semaines en 2003 et 11 semaines en 2004 ; - que des prix pivot entre 2002 et 2007 ne sont pas démontrés à partir d'un procès-verbal de l'AG du CELFNORD de 2007, dès lors que ce document n'évoque le cours pivot que parmi les exemples de « règles de mise en marché » pouvant « si besoin est » être arrêtées par le conseil d'administration et présentées au ministre de

l'agriculture dans le cadre de la procédure d'extension ; que le CELFNORD, est également fondé à soutenir que, dans le cadre d'une analyse portant sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur en cause, la mise en place ponctuelle, le 29 novembre 2005, à l'initiative de la section régionale de l'endive (SRE) du CELFNORD, d'une bourse aux échanges destinée, selon le compte rendu des décisions prises par la SRE le 29 novembre 2005, à « permettre de fluidifier les échanges ou les transferts », doit également être minimisée, à tout le moins relativisée, dès lors que ce système n'a en effet fonctionné que du mois de novembre 2005 au mois de février 2006 et que, par surcroît, dans un contexte de crise conjoncturelle avérée, il n'a concerné qu'un volume très limité de denrées, soit 140 tonnes par rapport aux 1 500 tonnes apportées ; que tel est également le cas de la mise en place, en 2007, d'un « cadran bourse » qui n'a fonctionné que trois mois et qui, en définitive, n'a porté que sur un volume réduit de transactions, soit 5 % des offres ; que concernant les pratiques initiées par la SOMO, section autonome de l'APEF, sur la base d'une clause de son règlement intitulé « les 9 points clés des engagements de la SOMO » et qui auraient été poursuivies par l'APEF à compter d'août 2008 consistant, selon l'Autorité, à mettre en place des prix minimum sous couvert de prix de retrait, le CELFNORD est également en droit d'opposer à l'Autorité que ce document a été élaboré en application des dispositions de l'article L. 551-1 du code rural, alors en vigueur, qui permettait aux AOP de mettre en place des règles tendant « à instaurer une transparence des transactions et à régulariser les cours, notamment par la fixation éventuelle d'un prix de retrait », et selon l'interprétation, alors donnée à ces dispositions et que rien ne permet de contredire, que le prix de retrait incluait nécessairement la fixation d'un prix minimum ; que les pratiques en question n'ont été mises en place que pendant quelques semaines, jusqu'à la cessation des actions de la SOMO en janvier 2009 et qu'elles n'ont porté que sur des quantités non significatives d'endives, soit 5 % des volumes au cours de la période considérée ; [...] ; qu'aucun élément du dossier ne permet de contredire les explications des requérantes sur la mise en place des pratiques incriminées dans un contexte caractérisé, sinon par une « crise grave et durable » depuis la campagne de production de l'endive 2002/2003 mais, à tout le moins de sérieuses et persistantes difficultés procédant de prix à la production dont le bas niveau n'était pas de nature à assurer au profit des producteurs d'endives un « revenu équitable », objectif qui est précisément assigné à la politique agricole commune par l'article 39 du traité ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QU' un service particulier d'échange d'informations dépendant du ministère de l'agriculture, le service des nouvelles des marchés (SNM), avait d'ores et déjà été chargé d'assurer la transparence des marchés des produits agricoles et alimentaires par la connaissance des prix et l'analyse de la conjoncture afin, au moyen d'échanges d'informations sur les volumes et sur les prix, de permettre aux OP et aux AOP dont elles

sont membres, de défendre les prix à la production dans leurs négociations quotidiennes avec la grande distribution ; que ce système, mis en place dans le secteur endivier sous le nom le « flash SNM de 11 H », reposait sur l'établissement et la diffusion, quotidiennement, à tous les stades de commercialisation, de la production à la distribution, de cotations, payantes et établies sur la base de déclarations volontaires ; que la SNE a néanmoins estimé que ce « flash » ne reflétait pas l'état du marché mais constituait uniquement une « synthèse des intentions de ventes ou d'achats des opérateurs amont ou aval exprimées entre 8h30 et 10h00 ; sa publication se doit d'être reportée vers 16h30 au plus tôt, c'est-à-dire quand la majorité des transactions est réalisée ou confirmée » ; que c'est dans un tel contexte qu'afin de disposer d'informations plus précises et plus tôt dans la journée, les opérateurs du secteur ont, par décision du conseil d'administration du CELFNORD du 11 mars 1999 puis du 8 juin 1999, mis en place un système de déclaration des ventes obligatoire, quotidien et gratuit, baptisé « Infocl@r », qui est destiné à leur permettre d'obtenir automatiquement et en temps réel des données concernant l'ensemble des ventes d'endives réalisées par les OP ; d'échange d'informations est, en soi, nécessaire à la réalisation des missions de programmation et d'adaptation de la production à la demande et de régularisation des prix qui étaient confiées au CELFNORD puis à l'APEF en vertu des dispositions précitées de l'OCM unique et du code rural et notamment de l'article L. 551-1 du code rural qui leur permettaient « d'édicter des règles destinées à instaurer la transparence des transactions et régulariser les cours » ; que le système Infocl@r a d'ailleurs été expressément autorisé par l'article 4 du décret n° 2000-1053 du 24 octobre 2000 relatif à l'organisation économique dans le secteur des fruits et légumes qui dispose : « (...) Le comité économique agricole peut rendre obligatoire pour toutes les organisations adhérentes et les producteurs conventionnés, la transmission de données relatives aux volumes commercialisés et aux prix pratiqués, lors d'une période écoulée (...) » ; que, s'agissant du fonctionnement de ce système, après avoir été saisie sur l'outil informatique de l'OP concernée, chaque vente est introduite dans un ordinateur dédié à Infocl@r dénommé « PC de communication » qui transmet lui-même les données à la base de données Infocl@r qui récupère le contenu des informations soumises par les OP à intervalles réguliers et, qu'au même moment, la synthèse des enregistrements des données soumises par les OP pour les transactions antérieures est saisie dans cet ordinateur ; que, par surcroît, il est constant que les données Infocl@r étaient régulièrement transmises au SNM du ministère de l'agriculture, à sa demande, afin de lui permettre de vérifier la fiabilité de ses propres informations ; qu'il est constant, au surplus, que lors de l'assemblée générale du CELFNORD du 27 juin 2001 a été adoptée une charte d'utilisation Infocl@r présentée comme devant permettre « d'améliorer la connaissance de l'offre et d'éviter la formation de prix irrationnels fondés sur des rumeurs spéculatives, sa régulation et son adaptation à la demande » ; que cette charte comportait une série de stipulations destinées à garantir que les

conditions dans lesquelles était organisée la transmission des informations ne portent pas atteinte à l'anonymat, à la confidentialité et à l'inviolabilité du dispositif ; qu'enfin, en juillet 2004, le CELFNORD a mis en place un conseil commercial de l'endive (CCE) dont la mission était, notamment, d'organiser l'information du marché par la mise en place d'un « commercial » qui devait, selon le président de la SNE, « aller un peu plus loin que la seule comparaison des prix payés aux producteurs », la décision relevant que le dossier témoigne plus largement d'une volonté d'améliorer cet outil afin d'augmenter la transmission d'informations avec la mise en place de réunions quotidiennes et hebdomadaires destinées à permettre d'évaluer « la situation du marché », entre autres sujets comprenant les items suivants : « établir des prévisions à un mois, décisions suivies des actions de campagne, Autres points selon l'ODJ [ordre du jour], bilan continu des contrôles (...) » ; [...] sur l'échange illicite d'informations relatives aux prix imputé aux requérantes, que l'utilisation d'Infocl@r ne peut, en soi, être incriminée, dès lors qu'il s'agit d'un système légal d'échange d'informations et d'analyse du marché consacré par le décret du 24 octobre 2000 qui évoquait explicitement la transmission de données relatives aux « prix pratiqués », et dont la mise en place est, à l'évidence rendue nécessaire par l'exécution des missions légales précitées du CELFNORD puis de l'APEF et plus généralement, par la légitime préoccupation d'un suivi fiable du marché des endives ; que, dans ses observations déposées le 17 janvier 2011 (annexe 34 - cote 5748), le ministre de l'agriculture avait d'ailleurs confirmé que « les échanges d'informations à travers l'outil Infocl@r relèvent des prérogatives des AOP de gouvernance » ; sur les modalités techniques du fonctionnement d'Infocl@r, critiquées par l'Autorité, qu'il est vrai, concernant tout d'abord la transmission de données « en temps réel » que la charte d'utilisation d'Infocl@r stipule en effet qu'est mis en place un outil informatique permettant de connaître « en temps réel » l'évolution des quantités vendues et des prix pratiqués par les opérateurs, le principe étant de « donner une information synthétique et lisible sur le marché (prix, volumes, stocks) très rapide et proche du temps réel » (article 1er) et que cet outil vise à « créer une base de données en temps réel » et évoque la nécessité de connaître « en temps réel » l'évolution des quantités vendues et des prix pratiqués par les opérateurs (article 2) ; que force est de constater que l'article 3-1 de cette charte stipule aussi que les opérateurs sont « tenus de transférer leurs données dans les délais les plus proches de l'acte de vente CIU plus tard avant minuit les ventes du jour », ce qui atténue la portée de la transmission en temps réel qui est critiquée par l'Autorité et surtout, qu'aucun élément tiré du dossier d'instruction ne permet de contredire les explications techniques avancées notamment par le CELFNORD et l'APEF sur le fait, non seulement que ces délais de communication étaient, de toute façon, rarement respectés en pratique, mais encore que ce système permettait seulement de « donner une information anonyme par segment de conditionnement synthétique et globale a posteriori à J + 1 après les ventes » (certificat d'utilisation Infocl@r : pièce

n° 46 de CELFNORD et l'APEF) ; sur le défaut de confidentialité des échanges au sein d'Infocl@r, qu'il a été rappelé que la charte d'utilisation Infocl@r comporte diverses stipulations destinées à garantir que les conditions dans lesquelles était organisée la transmission des informations, par ailleurs transmises ensuite aux services du ministère de l'agriculture, ne portent pas atteinte à l'anonymat, à la confidentialité et à l'inviolabilité du dispositif ; que si l'Autorité oppose aux requérantes un compte-rendu d'une réunion du conseil d'administration de la SRE du 30 août 2006 (paragraphe 198 de la décision), rien ne permet cependant de remettre en cause les explications fournies en réponse par le CELFNORD et l'APEF dont il ressort : - que l'objet du premier paragraphe du compte rendu était de prévoir qu'à l'avenir les synthèses de contrôle seraient diffusées même auprès des OP n'ayant pas communiqué leurs données à Infocl@r de sorte que ce compte rendu ne démontre pas la divulgation d'informations confidentielles ; - que le « déverrouillage » de certains code clients auquel il est fait allusion n'avait pas pour but de donner accès aux données individuelles des autres organisations de producteurs et qu'il s'agissait seulement de permettre de connaître l'identité des clients auxquels la production avait été vendue, afin d'établir a posteriori des statistiques globales commerciales par client ; - que la détection des « anomalies » dans les tableaux récapitulatifs n'avait pas pour but d'identifier les « dépassements » de prix minimum mais de relever, en vue de leur correction, les erreurs d'entrée des données ; - que, lorsque de telles erreurs étaient avérées, il était normal que le CELFNORD en soit averti par le responsable d'Infocl@r et qu'il ait exceptionnellement accès aux données nominatives concernant ces anomalies ; qu'il ne peut ainsi être utilement soutenu que les échanges d'information qui sont intervenus concrètement entre les mis en cause au travers du système d'information Infocl@r constituaient une restriction de concurrence par leur objet même ;

1°) ALORS QUE sont prohibés les accords et pratiques concertées qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; qu'en énonçant que « la plupart des activités des requérantes ne poursuivaient pas un objet concurrentiel » (arrêt, p. 42 § 2), ce dont il résultait qu'à tout le moins, les entreprises mises en cause avaient exercé certaines activités poursuivant un tel objet, la cour d'appel, en refusant de les sanctionner, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les articles 101 § 1 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE sont prohibés les accords et pratiques concertées qui tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; que la cour d'appel a constaté que les pratiques de « fixation hebdomadaire de cours pivot » (arrêt, p. 31 § 6), de « bourse aux échanges » (arrêt, p. 31 in fine), de « cadran bourse » (arrêt, p. 32 § 1) et de mise en place de « prix minimum

sous couvert de prix de retrait » (arrêt, p. 32 § 2) avaient été respectivement mises en oeuvre « pendant 7 ou 8 semaines en 2003 et 11 semaines en 2004 » (arrêt, p. 31 § 6), « du mois de novembre 2005 au mois de février 2006 » (arrêt, p. 31 in fine), « 3 mois [en 2007] » (arrêt, p. 32 § 1) et « pendant quelques semaines, jusqu'à la cessation des actions de la SMO [Section Organisation et Maîtrise de l'Offre et du Marché de l'APEF] en janvier 2009 » (arrêt, p. 32 § 3) ; qu'en jugeant cependant que des pratiques de fixation collective de prix minimum n'étaient pas « indiscutablement établies » (arrêt, p. 34 § 6), la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles 101 § 1 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE sont prohibés les accords et pratiques concertées qui tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; que la possibilité pour les organisations de producteurs de déterminer un prix de retrait en dessous duquel elles ne mettent pas en vente les produits, prévue par les règlements OCM, ne constitue pas une dérogation à l'interdiction d'un prix de vente minimum fixé de manière collective ; qu'en énonçant, pour refuser de sanctionner les pratiques litigieuses, que « le prix de retrait incluait nécessairement la fixation d'un prix minimum » (arrêt, p. 32 § 2), la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 du TFUE ;

4°) ALORS QUE l'existence d'une crise sur le marché ne saurait en elle-même exclure le caractère anticoncurrentiel d'une entente ; qu'en énonçant qu' « aucun élément du dossier ne permet[ait] de contredire les explications des requérantes sur la mise en place des pratiques incriminées dans un contexte caractérisé, sinon par une " crise grave et durable " depuis la campagne de production de l'endive 2002/2003 mais, à tout le moins, de sérieuses et persistantes difficultés procédant de prix à la production dont le bas niveau n'était pas de nature à assurer au profit des producteurs d'endives un " revenu équitable " » (arrêt, p. 34 § 1), pour refuser de sanctionner les pratiques litigieuses, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 et 101 § 1 du TFUE ;

5°) ALORS QU' est prohibé par les règles de concurrence l'échange d'informations qui supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché et fait obstacle à la détermination autonome du comportement des entreprises ; qu'en jugeant que les échanges d'informations intervenus au moyen du système d'information Infocl@r ne constituaient pas une restriction de concurrence par leur objet, cependant qu'elle avait constaté que ce système avait pour objet de « connaître en temps réel l'évolution des quantités vendues et des prix pratiqués par les opérateurs » (arrêt, p. 36 in fine), ce qui excluait toute détermination autonome du comportement des

destinataires de ces informations sur le marché, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 du TFUE.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

(infraction complexe et continue)

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir réformé en toutes ses dispositions la décision n° 12-D-08 rendue le 6 mars 2012 par l'Autorité de la concurrence et d'avoir dit qu'il n'était pas établi que l'APEF, l'APVE, le CELFNORD, le CERAFEL, la FCE, la FNPE, la SNE, les sociétés Cap'Endives, Fraileg, France Endives, Marché de Phalempin, Primacoop, Prim'Santerre, Groupe perle du Nord, Soleil du Nord, Sipema, et Union de coopératives agricoles Valois-Fruits, avaient enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ;

AUX MOTIFS QUE sur l'existence d'une infraction complexe et continue : considérant que la plupart des mises en cause maintiennent que les pratiques dénoncées à leur encontre ne peuvent recevoir la qualification d'entente complexe et continue, faute de répondre aux critères imposés par la jurisprudence communautaire, d'interprétation stricte, tant en ce qui concerne l'absence de plan global, s'agissant de pratiques distinctes, ainsi que du défaut de démonstration, pendant toute la durée de celles-ci, de la poursuite d'un objectif commun à ces pratiques ainsi que d'un lien de complémentarité entre elles ; qu'au regard des contestations soulevées par les parties, il convient, à titre liminaire, au-delà de l'exposé auquel l'Autorité a procédé (paragraphe 341 à 348 de la décision), de rappeler de manière précise les principes ressortant d'une jurisprudence communautaire constante qui sont applicables à une entente complexe et continue et qui sont habituellement rappelés ; sur la notion d'infraction complexe, constituée d'accords et de pratiques concertées, qu'il est constant : - que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a indiqué dans un arrêt du 23 novembre 2006 *Asnef-Equifax et Administracion del Estado* (C-238/05, Rec. p. I-11125, point 32) que : « (...) si [l'article 101, paragraphe 1, du TFUE] distingue la notion de " pratique concertée " de celle " d'accords entre entreprises " ou de " décisions d'associations d'entreprises " , c'est dans le dessein d'appréhender, sous les interdictions de cette disposition, différentes formes de coordination et de collusion entre entreprises (...) » ; - qu'il est de jurisprudence constante que, « pour qu'il y ait accord, au sens de l'article [81] du traité, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée » (arrêt de la Cour de justice du 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma/Commission*, 41169, Rec. p. 661, point 112, et du Tribunal du 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, Rec.

p. II-931, point 715) ; - qu'un accord est établi dès lors que les parties en cause adhèrent à un plan commun, qui limite ou est susceptible de limiter leur comportement commercial respectif sur le marché et qu'il n'est pas nécessaire qu'un tel accord soit établi par écrit ou respecte un formalisme particulier ; qu'il n'est pas obligatoire non plus que des sanctions contractuelles ou des mesures de contrainte soient prévues ; - que la Cour de justice a jugé que la notion de « pratique concertée » vise quant à elle « une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence (...). Les critères de coordination et de coopération retenus par la jurisprudence de la Cour, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable « plan » doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. S'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact, directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soimême sur le marché » (arrêt de la Cour de justice du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, 40/73 a 48/73, 50/73, 54173 a 56173, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, points 26, 173 et 174) ; - que les juridictions de l'Union ont admis que lorsqu'étaient en cause des comportements pouvant être qualifiés, pour partie, d'accord et, pour partie, de pratique concertée, ceux-ci pouvaient être considérés, dans certaines conditions, comme constituant l'expression d'une infraction unique et complexe (arrêt de la Cour de justice du 8 juillet 1999, Commission/Anie Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, point 114) ; - qu'une entente peut donc être à la fois un accord et une pratique concertée sans que l'Autorité de concurrence ait à qualifier l'infraction exclusivement au regard de l'une ou de l'autre de ces formes de comportement illicite ; qu'il est également acquis qu'aux termes d'une jurisprudence constante de l'Union, un comportement qui se manifeste par plusieurs décisions poursuivant un objectif économique unique peut être qualifié d'infraction unique et continue pour la période pendant laquelle il est mis en oeuvre ; qu'ainsi : - la Cour de justice a jugé « qu'une violation de l'article 81, paragraphe 1, CE peut résulter non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un comportement continu. Cette interprétation ne saurait être contestée au motif qu'un ou plusieurs éléments de cette série d'actes ou de ce comportement continu pourraient également constituer en eux-mêmes et pris isolément une violation de ladite disposition. Lorsque les différentes actions s'inscrivent dans un " plan d'ensemble ", en raison de leur objet identique faussant le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun,

la Commission est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions en fonction de la participation à l'infraction considérée dans son ensemble » (arrêt de la Cour de justice du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, point 258) ; - qu'une entreprise qui a participé à une infraction par des comportements qui lui étaient propres et qui visaient à contribuer à la réalisation de l'infraction dans son ensemble, peut être tenue pour responsable, pour toute la période de sa participation à ladite infraction, des comportements mis en oeuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction ; que tel est le cas lorsqu'il est établi que l'entreprise en question connaissait les comportements infractionnels des autres participants ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque (arrêt de la Cour de justice du 8 juillet 1999, Commission/Anie Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. 1-4125, point 83) ; que le fait que différentes entreprises aient joué des rôles différents dans la poursuite de l'objectif commun n'élimine pas l'identité d'objet anticoncurrentiel et, partant, d'infraction, à condition que chaque entreprise ait contribué, à son propre niveau, à la poursuite de cet objectif commun (arrêts du Tribunal du 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a./Commission, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, Rec. p. 11-491, point 4123) ; - que le Tribunal a précisé que : « la notion d'objectif unique ne saurait être déterminée par la référence générale à la distorsion de la concurrence dans le marché concerné par l'infraction (...). Ainsi, aux fins de qualifier différents agissements en tant qu'infraction unique et continue, il y a lieu de vérifier s'ils présentent un lien de complémentarité en ce sens que chacun d'entre eux est destiné à faire face à une ou à plusieurs conséquences du jeu normal de la concurrence, et contribue, par le biais d'une interaction, à la réalisation de l'ensemble des effets anticoncurrentiels voulus par leurs auteurs, dans le cadre d'un plan global visant un objectif unique » (arrêt du 28 avril 2010, Amman & Sohne GmbH & Co KG, T-446/05, points 89 et s. ; arrêt du Tribunal du 12 décembre 2007, BASF AG/Commission, T-101/05 et T-III/05, Rec. p. 11-4949, points 179 à 181) ; - qu'en vertu de la jurisprudence de l'Union, la suspension d'une entente anticoncurrentielle sur une période déterminée n'empêche pas cette dernière de revêtir la qualification d'infraction complexe, unique et continue dès lors qu'après son interruption, l'entente a été reprise selon les mêmes modalités (arrêts du Tribunal du 19 mai 2010, IMI e.a./Commission, T-18/05, du 5 avril 2006, Degussa/Commission, T-279/02, Rec. p. IJ-897, point 178, et du 20 mars 2002, Dansk Rørindustri/Commission, précité, points 41 à 56) ; qu'au regard des principes qui viennent d'être rappelés, les requérantes sont fondées à soutenir que le dossier ne permet pas de démontrer que les pratiques s'inscrivaient dans une même entente complexe, unique et continue, laquelle, pour être caractérisée, implique ainsi que l'exige la jurisprudence communautaire précitée la poursuite d'un objectif anticoncurrentiel unique pendant toute la durée des pratiques dénoncées dont le lien de complémentarité doit, par

ailleurs, être établi ; qu'en effet, dans le paragraphe de la décision intitulé « Sur l'objectif unique des pratiques », l'Autorité relève que les pratiques mises en oeuvre tendaient, à la fois, à « la réduction de l'intensité concurrentielle sur le marché de l'endive au stade de la production et de la commercialisation » (paragraphe 371 de la décision) et à « la défense de la rémunération des producteurs » (paragraphe 376 de la décision) ; que si l'Autorité a estimé, au stade ultérieur de l'analyse de l'exemption des pratiques (paragraphe 551 et 552 de la décision), que les organismes poursuivis n'étaient pas recevables à se prévaloir de la justification des pratiques au titre du régime spécifique au secteur agricole en application de l'article 2 du règlement 1184/2006, faute de saisine et de décision de la Commission, force est néanmoins de constater que la défense des revenus des producteurs constitue, avec l'emploi optimum de la main d'oeuvre agricole et la stabilisation des marchés, un des objectifs essentiels assignés par le Traité à la PAC ; que les seuls documents dont le contenu est décrit dans la décision aux paragraphes 372 et 374 - notamment fax du 23 août 2006 et compte rendu d'une mission confiée en juin 2006 au « bureau des présidents » - ne pourraient suffire à établir, pour la période visée par les griefs, qui a débuté en 1995, une complémentarité des pratiques ressortant d'un « plan global » ou d'une « stratégie globale » mis en oeuvre par les mis en cause, peu important, à l'évidence, l'emploi par différents représentants des organismes en cause, dans l'exercice quotidien de leur activité, des termes de « plan de gestion » ; que les contacts réguliers entre les producteurs d'endives et les organismes professionnels ou les échanges et réunions qui sont cités dans la décision (paragraphe 382 et suivants de la décision) ne pourraient pas non plus permettre de caractériser un mode opératoire commun, dès lors que les missions mêmes de ces organismes professionnels auxquels les parties étaient tenues d'adhérer impliquaient nécessairement de tels échanges ; que, par surcroît, les requérantes sont fondées à opposer à l'Autorité que ce qu'elle qualifie dans la décision (paragraphe 389 et 390 de la décision) de « répartition des rôles dans l'entente aux différents stades du marché entre le CELFNORD, la FNPE et le FCE » dans ses développements consacrés au mode opératoire commun ne se dissocie pas réellement de l'exercice des missions légales ou statutaires de ces organisations, soit l'expression de revendications par le syndicat, un travail en relation avec ses membres du CELFNORD et en ce qui concerne le FCE, une gestion des rapports avec les commerciaux ; que, concernant spécialement le fonctionnement du système Infocl@r, présenté par l'Autorité dans son analyse du mode opératoire commun aux pratiques comme ayant permis d'assurer la pérennité de l'entente en servant à surveiller le respect des pratiques collusives entre les producteurs d'endives (paragraphe 385 et 386 de la décision) et concernant la mise en oeuvre de sanctions, il suffit de renvoyer aux développements qui précèdent dont il résulte, d'une part, qu'il n'était pas démontré que le système Infocl@r, système d'échange d'information reconnu licite par les pouvoirs publics, a été détourné de son usage et,

d'autre part, que la mise en place d'une police de prix n'était pas démontrée ; que ce n'est qu'au surplus que la cour constate que les requérantes sont également en droit de soutenir que le dossier ne permet pas non plus de conclure que les pratiques avaient été mises en oeuvre de manière continue depuis 1995 ou, à tout le moins, ainsi que l'a finalement décidé l'Autorité, depuis 1998 ; qu'il est rappelé que la décision, qui a conclu que les pratiques concrétisent, « de manière ininterrompue à partir du 27 janvier 1998 la manifestation de la volonté commune des OP et des organismes en cause de mettre en place un plan global visant à restreindre la concurrence par les prix sur le marché français de l'endive constitutif d'une infraction unique et continue » (paragraphe 381 de la décision soulignement ajouté) relève, par ailleurs, (paragraphe 280) : - que « la continuité [de la même pratique complexe et continue] est notamment illustrée par la diffusion régulière de comptes-rendus de réunions tenues à intervalles réguliers, dont les premières preuves suffisantes datent de janvier 1998, et ce nonobstant la variation de l'intensité de la concertation dans le temps » (paragraphe 280) – qu'il « importe peu que certains des éléments des pratiques reprochées (...) aient pu cesser d'avoir un effet attaché à leur contenu propre, dès lors que d'autres éléments de mise en oeuvre du plan global se sont succédés sans présenter d'interruption significative » ; que, concernant l'appréciation de la continuité des pratiques, la décision : - présente des éléments établissant l'existence de pratiques entre janvier et mai 1998 (paragraphe 361 de la décision) ; - fait état de 15 réunions entre 2001 et 2007 ; - souligne que la SNE s'est réunie trois fois entre le 17 et le 25 mars 2003 ; - indique que la SOMO a été en vigueur du 28 août 2008 au 14 octobre 2011 et fait référence à des réunions portant sur la coordination des offres promotionnelles qui se seraient tenues les 30 et 31 mai 2000, 30 et 31 mai 2002, 5 et 6 juin 2003 et le 13 février 2006 ; commune de mettre en place de manière ininterrompue à partir du 27 janvier 1998 un plan global qui leur est imputée, se heurte : - au fait qu'entre novembre 2003 et octobre 2004, il existe des « périodes de vide » ; - au fait que le seul élément tendant à établir l'existence d'une pratique entre mai 1998 et 2001 consiste dans la tenue du « séminaire endives » de mai 2000, manifestation professionnelle collective qui ne peut, en soi, se rattacher, à des pratiques anticoncurrentielles : - au fait qu'à partir de 2007, seuls les statuts de la SOMO sont censés établir l'existence de pratiques ; qu'au-delà des constatations opérées dans les développements qui précèdent dont il ressort qu'il n'est pas démontré que les organismes en cause ont dépassé leurs missions légales, la continuité des pratiques ne pourrait en tout état de cause, même en retenant l'hypothèse d'un tel dépassement, être exclusivement illustrée, comme l'Autorité l'indique, par « la diffusion régulière de comptes rendus de réunions tenues à intervalles réguliers », dès lors, qu'à tout le moins, la plupart des activités des requérantes ne poursuivaient pas un objet anticoncurrentiel ; que ni le système d'informations Infocl@r dont le fonctionnement n'est, en soi, pas intrinsèquement anticoncurrentiel, ni les conventions de gestion de l'offre, dont la régularité ne souffre pas de

discussions au regard des règles de concurrence, ne peuvent pas non plus servir à démontrer une continuité des pratiques anticoncurrentielles depuis 1998 ; qu'il résulte de ce qui précède que le grief d'entente complexe et continue imputé aux requérantes ne peut être retenu et que ces dernières doivent, en conséquence, être mises hors de cause ;

1°) ALORS QUE des pratiques anticoncurrentielles qualifiées pour partie d'accords et pour partie de pratiques concertées constituent une infraction unique et continue pour la période de leur mise en oeuvre si elles poursuivent un objectif anticoncurrentiel unique ; que pour exclure la poursuite d'un objectif anticoncurrentiel unique et par conséquent la qualification d'infraction unique et continue retenue par l'Autorité de la concurrence, la cour d'appel a relevé que les pratiques en cause tendaient « à la fois à la réduction de l'intensité concurrentielle sur le marché de l'endive au stade de la production et de la commercialisation (...) et à la défense de la rémunération des producteurs » (arrêt p. 40 § 3) ; qu'en statuant ainsi, cependant que la défense de la rémunération des producteurs ne se distinguait pas de la réduction de l'intensité de la concurrence mais en constituait le but ultime, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 du TFUE ;

2°) ALORS QUE la suspension d'une pratique anticoncurrentielle pendant une période déterminée n'empêche pas qu'elle revête la qualification d'infraction continue dès lors qu'après son interruption, elle a été reprise selon les mêmes modalités ; que la cour d'appel a écarté la qualification d'infraction complexe et continue retenue par l'Autorité de la concurrence dans la mesure où « la volonté commune de mettre en place de manière ininterrompue à partir du 27 janvier 1998 un plan global » se heurtait aux faits « qu'entre novembre 2003 et octobre 2004, il existe des " périodes de vide " », que « le seul élément tendant à établir l'existence d'une pratique entre mai 1998 et 2001 consiste dans la tenue du séminaire endive de mai 2000 » et « qu'à partir de 2007, seuls les statuts de la SOMO sont censées établir l'existence de pratiques » (arrêt p. 42 § 1) ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la reprise des pratiques à intervalles réguliers selon les mêmes modalités caractérisait la mise en oeuvre d'une infraction complexe et continue, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 du TFUE.