

Dossier - Données agricoles et droit de la concurrence - Etude par Anne-Sophie CHONÉ-GRIMALDI

Document: Droit rural n° 469, Janvier 2019, dossier 3

Droit rural n° 469, Janvier 2019, dossier 3

Données agricoles et droit de la concurrence

Etude par Anne-Sophie CHONÉ-GRIMALDI professeur à l'université Paris-Nanterre

[Accès au sommaire](#)

1. - Alors que l'article 38 TFUE soumet le secteur agricole aux règles prévues pour l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, l'article 42 TFUE prévoit une dérogation : les règles de concurrence ne sont applicables au secteur agricole que dans la mesure où un texte spécial relatif à la politique agricole commune et aux organisations communes de marché le prévoit. Contrairement aux autres secteurs économiques, le secteur agricole n'est donc pas, par principe, soumis aux règles de la concurrence. Il ne l'est que parce que les règlements élaborés dans le cadre de la politique agricole commune et des organisations de marché ont déclaré les articles 101 et 102 TFUE applicables à ce secteur^{Note 1}. C'est ainsi qu'il faut comprendre le célèbre arrêt Milk Marque selon lequel « Le maintien d'une concurrence effective sur les marchés des produits agricoles fait partie des objectifs de la politique agricole commune et de l'organisation commune des marchés en cause »^{Note 2}. Cela étant, le règlement (UE) n° 1308/2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles prévoit un certain nombre de dérogations à la pleine applicabilité des articles 101 et 102 TFUE, afin de laisser une certaine marge de manœuvre à certains opérateurs économiques actifs sur ces marchés, en particulier les organisations de producteurs (OP), les associations d'organisations de producteurs (AOP) et les organisations interprofessionnelles (OI).

2. - L'existence de tels tempéraments à la pleine applicabilité des règles de concurrence ne doit pas étonner outre mesure. Si la politique de concurrence est perçue, en Europe, comme un important levier de croissance et de développement économique, des dangers découlent de son application. Pour y parer, des règles protectrices ont été prévues s'agissant de l'agriculture, un secteur qui a fait l'objet d'une attention particulière au moment de la construction européenne, période durant laquelle le souvenir des pénuries alimentaires était encore bien vivace. Aujourd'hui, les raisons qui commandent ce besoin de protection ont certes changé mais restent effectives. Les agriculteurs, en particulier français, sont confrontés à une concurrence internationale très vive et à la puissance d'achat exercé en aval par les industriels, les transformateurs et les distributeurs.

3. - Dans ce contexte, plusieurs pistes de réflexion sont à l'étude. Les États généraux de l'alimentation qui se sont tenus entre juillet et novembre 2017 ont permis de faire le point sur les évolutions souhaitables. Parmi les vecteurs de croissance possibles, on discute aujourd'hui des évolutions liées à une meilleure utilisation des données^{Note 3}. Le partage d'informations entre opérateurs du secteur permettrait d'accroître la productivité agricole en allant vers une « agriculture de précision ». Les agriculteurs y gagneraient en termes de puissance contractuelle vis-à-vis de leurs acheteurs. On pourrait également espérer une limitation de l'impact environnemental de leur activité. Une mission d'expertise a ainsi récemment suggéré de créer un portail de données d'intérêt agricoles baptisé « AgGate » qui collecterait des données d'origine publique et privée : des données géographiques, météorologiques, des données

sur le sol, sur les récoltes, sur les techniques utilisées, ou encore des images satellitaires ou fournies par des drones... Le portail offrirait aussi différentes fonctionnalités accessibles à tous les opérateurs économiques de la chaîne de production, de transformation et de distribution, comme un magasin numérique pour le traitement des données, un cloud agriculteurs pour le stockage des données, un espace d'échanges entre opérateurs et un outil d'aide à la décision fonctionnant grâce à l'intelligence artificielle^{Note 4}. L'accroissement de la rentabilité de l'activité n'est pas le seul objectif d'AgGate. Ses promoteurs expliquent également qu'il a vocation à freiner les ardeurs des Gafa et des géants industriels^{Note 5} qui cherchent actuellement à mettre la main sur ces informations. Dans la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, nulle mention n'est faite à la création d'un tel portail. Mais les nouvelles missions attribuées aux organisations interprofessionnelles, à qui l'on demande de publier des indicateurs auxquels les parties contractantes pourront se référer, supposent que celles-ci accèdent facilement à certaines données relatives à l'activité exercée dans leur branche.

4. - Pour l'heure, la réflexion s'est surtout concentrée sur le consentement du diffuseur de la donnée, sur le nécessaire respect de ses droits personnels et du secret des affaires et sur la protection de la valeur de la donnée. Qu'en est-il sous l'angle de l'impératif de concurrence ? Vecteur d'efficacité économique, la création d'un portail de données devrait être pleinement approuvée. Ce serait pourtant aller un peu vite en besogne : il convient de garder à l'esprit que le partage d'informations sensibles peut être qualifié, en droit de la concurrence, de « pratique concertée », une des formes de l'entente anticoncurrentielle.

5. - Nous tenterons de circonscrire le champ de qualification, pour voir à quel type d'informations elle s'applique **(1)**, avant de nous interroger sur l'application, dans ce domaine, des dérogations prévues dans le règlement OCM **(2)**, sur l'octroi d'une éventuelle exemption **(3)** et, enfin, sur l'opportunité qu'il y aurait à édicter une règle spéciale en la matière **(4)**.

1. Le partage de données agricoles constitue-t-il une entente anticoncurrentielle ?

6. - L'article 101, § 1 TFUE et l'article L. 420-1 du Code de commerce énoncent les conditions de caractérisation de l'entente, une des deux pratiques anticoncurrentielles sanctionnées à la fois par le droit de l'UE et par le droit national. L'entente se définit comme un concours de volontés qui provoque une restriction de concurrence. Ce concours de volontés peut prendre trois formes différentes : un accord, une pratique concertée et une décision d'association d'entreprises. La deuxième forme, à savoir la pratique concertée, se définit comme « 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 »^{Note 6}. Cette qualification permet, en pratique, de sanctionner les échanges d'informations stratégiques qui vont réduire l'incitation qu'ont les acteurs économiques à se faire concurrence et qui leur permettent de mettre en œuvre des stratégies collusoires.

7. - La nature des données agricoles présentes sur le portail de données est un élément crucial pour juger de leur caractère stratégique et, in fine, pour statuer sur la licéité de leur partage.

8. - Dans son étude thématique sur l'agriculture et la concurrence, publiée dans le rapport annuel pour l'année 2012, l'Autorité de la concurrence expliquait que, « en dehors des cas où ils poursuivent un objet anticoncurrentiel, les échanges d'informations doivent donc être appréhendés au cas par cas au vu de leurs effets actuels ou potentiels sur la concurrence, selon une grille d'analyse tenant compte de deux principaux éléments : la situation spécifique de la concurrence sur le marché concerné, d'une part, et les caractéristiques des informations échangées et les modalités de l'échange, d'autre part. L'Autorité considère que tout échange d'informations stratégiques, confidentielles, récentes et insuffisamment désagrégées, qui n'ont pas un caractère public et ne peuvent pas être obtenues par les entreprises autrement que par l'échange, est susceptible d'avoir un effet restrictif sur la concurrence »^{Note 7}. Plus récemment, s'agissant des possibilités d'action des organisations interprofessionnelles, l'Autorité de la concurrence indique que celles-ci peuvent diffuser des statistiques portant sur des données (i) passées, (ii) anonymes et (iii) suffisamment agrégées, ce qui suppose de mettre en place un dispositif dans lequel les données transitent de manière sécurisée et automatisée en vue de leur traitement^{Note 8}.

9. - De notre côté, il nous semble que, s'agissant de la nature des données collectées, trois éléments devraient être plus spécifiquement analysés, pour évaluer leur potentiel anticoncurrentiel. Tout d'abord, il convient de distinguer les données qui relèvent de **l'ordre du scientifique** (rentabilité de tel procédé agricole, efficacité de tel produit chimique...) de celles qui concernent les relations contractuelles entretenues par les opérateurs du secteur (quantités et prix des produits vendus, conditions du financement de l'exploitation, termes de l'assurance...). L'échange d'informations purement scientifiques ne semble pas susceptible de créer une restriction de concurrence, contrairement à l'échange d'informations commerciales^{Note 9}. Ensuite, il convient de distinguer les données qui portent sur le passé de celles qui portent sur le présent ou l'avenir. Les informations portant sur le passé génèrent un potentiel collusoire nettement inférieur à celles portant sur l'avenir^{Note 10}. On remarquera d'ailleurs qu'en France, l'établissement national FranceAgriMer, via son portail de données VisioNet, publie à échéances régulières, des données statistiques très précises sur l'état de la production, de l'élevage, des conditions de commercialisation ou encore sur la consommation des ménages, mais ces données ne concernent que le passé. Enfin, il convient de distinguer les **données anonymisées** de celles qui sont reliées à un exploitant nommément identifié. Les rapports publiés sur le sujet signalent que, dans bien des cas, il est délicat de rendre la donnée anonyme à cause de son géoréférencement (les coordonnées territoriales de la parcelle exploitée relient directement la donnée à l'exploitant, fournisseur de la donnée). Reliée au nom de l'opérateur concerné, la donnée a un caractère stratégique plus fort qui peut rendre sa diffusion anticoncurrentielle^{Note 11}. 10 – C'est à l'aune de ces trois éléments que le raisonnement concurrentiel doit être mené. Les échanges d'informations qui porteraient sur des données qui ne sont pas de nature purement scientifique, qui ne concernent pas uniquement le passé ou qui ne sont pas anonymisées nous semblent entrer dans le champ d'application de l'article 101, § 1, TFUE. Une dérogation ou une exemption est alors nécessaire pour valider leur partage.

2. Le partage de données agricoles bénéficie-t-il d'une dérogation accordée par le règlement OCM ?

10. - Le règlement portant Organisation commune des marchés (OCM) permet la mise en œuvre de pratiques par les organisations de producteurs (OP), les associations d'organisations de producteurs (AOP) et les organisations interprofessionnelles (OI) qui, sans le jeu de ce règlement, seraient sanctionnées comme étant constitutives d'ententes.

11. - S'agissant des OP et des AOP, l'article 209 du règlement OCM prévoit que l'article 101, § 1 TFUE ne s'applique pas aux échanges d'informations des exploitants agricoles, des associations d'exploitants agricoles, des OP ou AOP reconnues « dans la mesure où ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles, à moins que les objectifs de l'article 39 du TFUE soient mis en péril ». Interprétant cette disposition, la Cour de justice a déclaré que, pour être conforme aux exigences du règlement OCM, la pratique litigieuse devait, premièrement, être intervenue au sein d'un OP ou d'un AOP (des échanges d'informations entre OP ou entre AOP ne sont donc pas couverts par cette disposition), et deuxièmement, être nécessaire et proportionnée au bon accomplissement des missions de l'organisme^{Note 12}. La réforme du règlement OCM, intervenue à l'occasion de l'adoption du règlement dit Omnibus^{Note 13}, a consacré une nouvelle exception aux règles de concurrence à l'article 152.1 bis. Il est désormais prévu que les OP reconnues peuvent « planifier la production, optimiser les coûts de production, mettre sur le marché et négocier des contrats concernant l'offre de produits agricoles, au nom de ses membres, pour tout ou partie de leur production totale ». Le partage de données paraît entrer dans le champ de cette dérogation puisqu'il permet la planification et l'optimisation des coûts de production. Comme l'a fait remarquer l'Autorité de la concurrence dans son avis sur le secteur agricole rendu le 3 mai 2018^{Note 14}, le test de nécessité et de proportionnalité qui devait être opéré lorsqu'on raisonne sur le fondement de l'article 209 n'a plus à l'être lorsqu'on applique l'article 152.1 bis. Ceci est de nature à rendre cette disposition plus facilement applicable que celle de l'article 209. En revanche, il ne paraît toujours pas possible de procéder à un tel partage de données entre plusieurs OP ou plusieurs AOP, ou entre membres producteurs n'appartenant pas à une même OP ou une même AOP.

12. - S'agissant des OI, l'article 210 du règlement OCM indique que l'article 101, § 1 TFUE n'est pas applicable aux pratiques concertées qui ont pour objet l'exercice des missions qui leur sont dévolues. Au nombre de leurs missions, on trouve par exemple « améliorer les connaissances et la transparence de la production et du marché, y compris en publiant des données statistiques agrégées relatives aux coûts de production, aux prix, accompagnées le cas échéant d'indicateurs de prix, aux volumes et à la durée des contrats précédemment conclus, et en réalisant des analyses sur les perspectives d'évolution du marché au niveau régional, national ou international »^{Note 15}. Cela étant, l'article 210 prend soin d'indiquer que la pratique sera en tout état de cause reconnue comme étant illégale si elle nuit à l'organisation des marchés ou si elle crée des distorsions de concurrence qui ne sont pas indispensables. Les possibilités offertes paraissent donc bien limitées. C'est d'ailleurs l'avis de l'Autorité de la concurrence, qui, de manière prudente, indique que « les OI doivent être plus vigilantes lorsqu'elles élaborent elles-mêmes un indicateur ou un indice, car une telle activité implique nécessairement des échanges d'informations au sein de l'OI »^{Note 16}.

13. - Les différents projets relatifs à un portail de données agricoles suggèrent la création d'un portail unique, commun à l'ensemble des filières et qui serait constitué et soutenu par l'ensemble des maillons de la filière. Ainsi, on peut lire dans le rapport de l'IRSTEA qu'« il est essentiel que ce projet soit porté par un consortium de quelques acteurs économiques du monde agricole (coopératives, filières, banques, assurances, structures d'investissement...) » et que, « pour assurer son opérationnalité, une structure de type SAS est préconisée ». C'est là un élément de préoccupation important. En effet, en voulant associer l'ensemble des opérateurs économiques de l'ensemble de la filière, le projet sort du champ des dérogations prévues par le règlement OCM. Le risque d'une sanction pour entente ne peut donc pas être écarté.

3. Le partage de données agricoles peut-il bénéficier d'une exemption individuelle ?

14. - L'article 101, § 3 TFUE offre une possibilité d'exemption individuelle qui permet d'éviter le prononcé de sanctions en présence de pratiques pourtant susceptibles de recevoir la qualification d'entente anticoncurrentielle. Pour qu'une telle exemption soit accordée, il faut que la pratique réunisse les quatre conditions suivantes : qu'elle soit porteuse de gains d'efficacité, que la restriction de concurrence qui en découle soit nécessaire et proportionnée aux gains produits, qu'une partie équitable des bénéfices soit réservée aux utilisateurs finaux et qu'il n'en résulte pas une élimination totale de la concurrence sur le marché.

15. - Ces conditions sont-elles réunies s'agissant de la création d'un portail de données agricoles ? La première condition, à savoir l'obtention de gains d'efficacité, pourra probablement, dans d'assez nombreux cas, être satisfaite puisque ce projet a toujours été présenté comme un outil en faveur de la compétitivité de l'agriculture française. Mais qu'en est-il des autres conditions ? En particulier, si les informations collectées portent sur les conditions de vente de la production, on doute que l'utilisateur puisse y trouver un quelconque intérêt, surtout si, in fine, la pratique provoque des hausses de prix pour le consommateur final. Dans les autres cas et surtout dans ceux dans lesquels les échanges de données vont permettre une meilleure utilisation des ressources et un meilleur rendement, l'octroi d'une exemption individuelle paraît possible. Mais son inconvénient est qu'il a lieu *a posteriori*, lors d'un éventuel contrôle de la licéité de la pratique. Le système n'offre donc pas une sécurité juridique optimale.

4. Le partage de données suppose-t-il que soit créée une nouvelle exception à la pleine application des règles de concurrence ?

16. - Pour rendre incontestable, sur le terrain de la conformité au droit de la concurrence, le procédé consistant à créer un portail de données agricoles accessibles à tous, il conviendrait de modifier le règlement OCM en ce sens. Dans le cadre d'une politique agricole commune renouvelée, il serait utile d'introduire une nouvelle dérogation à l'applicabilité de l'article 101 TFUE. L'idée n'est pas incongrue, surtout dans un contexte de forte mobilisation en faveur de l'objectif de survie du modèle agricole français et européen. Malheureusement, dans la récente communication de la Commission intitulée « L'avenir de l'alimentation et de l'agriculture », la réflexion relative au partage des données reste encore embryonnaire. Lorsqu'il est question du « système d'échange des connaissances et d'innovation dans le domaine agricole (AKIS) », la communication se contente d'affirmer que « pour faciliter les choses, il conviendrait de soutenir davantage les échanges entre pairs, la mise en réseau et la coopération entre les agriculteurs, y compris par le biais des organisations de producteurs, ces dernières pouvant grandement favoriser le partage des connaissances, la diffusion de l'innovation et permettre aux agriculteurs de réduire leurs coûts de manière très régulière »^{Note 17}. Le problème de la création d'une plateforme unique pour l'ensemble des acteurs de la filière n'est pas traité.

17. - Enfin, un dernier risque mérite d'être signalé : le portail de données ainsi créé pourrait être qualifié de « ressource essentielle ». Cette qualification entraîne, au regard des règles de concurrence, un droit d'accès pour tous les opérateurs du secteur. Le portail devrait alors être accessible à tous – comme cela est du reste prévu dans le projet AgGate défendu par l'IRSTEA – et ne pas être réservé aux utilisateurs faisant partie de telle ou telle organisation. Ce qui ne signifie pas que l'accès devra nécessairement être gratuit ; une redevance juste et proportionnée pourra être prévue. Un précédent existe : la Cour de cassation a déjà pu sanctionner une société détentrice d'une base de données pour avoir refusé de laisser un accès à sa base de données aux utilisateurs d'un logiciel de gestion des visites médicales qui ne pouvait fonctionner sans la base de données en question^{Note 18}. Après avoir redouté le partage d'informations, le droit de la concurrence pourrait alors l'imposer sur le fondement des

règles relatives à l'abus de position dominante ! Et ce, pour éviter que ne se crée une distorsion de concurrence entre ceux qui auraient accès aux données et les autres. ▀

..Egalement dans ce dossier : articles 2, 4

Note 1 V. essentiellement, *règl. (UE) n° 1308/2013/UE, 17 déc. 2013, portant organisation commune des marchés des produits agricoles, modifié par le règlement (UE) n° 2017/2393 du 13 décembre 2017 (règlement dit « Ominibus »)*.

Note 2 CJUE, 9 sept. 2003, *aff. C-137/00, Milk Marque*.

Note 3 Le domaine de l'agriculture a été identifié comme un domaine-clé du développement de l'intelligence artificielle dans le rapport remis au Gouvernement le 29 mars 2018 par C. Villani. Ce rapport souligne le besoin important de données pour permettre aux outils numériques de remplir leurs objectifs : mieux nourrir l'humanité en préservant l'environnement.

Note 4 IRSTEA (*Institut national de recherche en sciences et technologies pour l'environnement et l'agriculture*), *Portail de données pour l'innovation en agriculture*, oct. 2016.

Note 5 V. à ce sujet les inquiétudes de la FNSEA qui prépare une charte sur l'utilisation des données agricoles, afin d'éviter que les agriculteurs n'aient un jour à payer pour accéder à des données qu'ils auraient eux-mêmes fournies, ce qui serait un comble !

Note 6 CJCE, 14 juill. 1972, *aff. C-48/69, Imperial Chemical industries*.

Note 7 *Aut. conc., Rapp. annuel pour l'année 2012, étude thématique « Agriculture et concurrence », p. 61 et s., spéc. p. 134.*

Note 8 *Aut. conc., avis n° 18-A-04, 3 mai 2018, relatif au secteur agricole, point 191 à 203.*

Note 9 Dans le même sens : *Aut. conc., étude thématique préc. note n° 7, p. 135* : « L'Autorité insiste de façon constante sur le caractère anticoncurrentiel des échanges d'informations concernant les prix de vente des opérateurs. Des échanges d'informations portant sur les prix dans une occurrence de temps qui permettrait, par exemple, aux opérateurs de surveiller en temps réel, le comportement de leurs concurrents, peuvent avoir pour effet de les inciter à aligner leurs comportements sur le marché. De même, les données relatives aux volumes des ventes des opérateurs sont considérées comme étant des informations confidentielles qui peuvent être déterminantes pour la stratégie commerciale des opérateurs et, comme telles, ne doivent pas faire l'objet d'un échange si elles sont désagrégées et suffisamment détaillées ».

Note 10 Dans le même sens : *Aut. conc., étude thématique préc. note n° 1, p. 135* : « L'Autorité considère que ne sont, en principe, pas restrictives de concurrence les données collectées a posteriori et avec un délai suffisant par rapport à leur constatation, pour ne pas permettre aux entreprises de connaître et surveiller en temps réel la politique commerciale de leurs concurrents ».

Note 11 Dans le même sens : *Aut. conc., étude thématique préc. note n° 1, p. 135* : « L'Autorité considère que l'échange de données historiques statistiques ou d'études de marché sectorielles ne pose pas de problème de concurrence, à condition que ces données ne permettent pas l'identification des stratégies individuelles des concurrents ».

Note 12 CJUE, 14 nov. 2017, *aff. C-671/15 : Concurrences 2018/01, obs. AS Choné-Grimaldi*.

Note 13 n° 2017/1293.

Note 14 *Aut. conc., 3 mai 2018, avis n° 18-A-04.*

Note 15 Article 157. 1, c. i.

Note 16 *Avis préc.*, pt 193.

Note 17 *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, L'avenir de l'alimentation et de l'agriculture : COM (2017) 713 final.*

Note 18 *Cass. com.*, 21 juin 2017, n° 15-25.941 : *JurisData* n° 2017-012245.

© LexisNexis SA