

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité

(2004/C 101/07)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

1. INTRODUCTION

1. Les articles 81 et 82 du traité s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont «susceptibles d'affecter le commerce entre États membres».
2. Dans leur interprétation des articles 81 et 82, les juridictions communautaires ont déjà largement explicité le sens et la portée de cette notion d'affectation du commerce entre États membres.
3. Outre qu'elles exposent les principes élaborés par les juridictions communautaires dans le cadre de l'interprétation de la notion d'affectation du commerce des articles 81 et 82, les présentes lignes directrices énoncent une règle indiquant quand les accords ne sont en général pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres (règle de l'absence d'incidence sensible sur le commerce ou règle AISC). Leur but n'est pas d'être exhaustives, mais de présenter la méthodologie pour l'application de la notion d'affectation du commerce et de fournir une orientation sur cette application dans des situations qui se produisent fréquemment. Bien qu'elles ne soient pas contraignantes pour les juridictions et les autorités des États membres, les présentes lignes directrices ont aussi pour but de les aider à appliquer le concept d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82.
4. Les présentes lignes directrices n'abordent pas la question de ce qui constitue une restriction sensible du jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1. Cette question, qui est distincte de la capacité d'affecter sensiblement le commerce entre États membres, est traitée dans la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au regard de l'article 81, paragraphe 1, du traité⁽¹⁾ (la règle de *minimis*). Les lignes directrices ne sont pas non plus destinées à éclairer sur la notion d'affectation du commerce qui figure à l'article 87, paragraphe 1, du traité consacré aux aides accordées par les États.
5. Les présentes lignes directrices, y compris la règle de l'absence d'incidence sensible sur le commerce, ne préjugent pas l'interprétation que la Cour de justice et le Tribunal de première instance pourront donner ultérieurement des articles 81 et 82.

2. CRITÈRE DE L'AFFECTATION DU COMMERCE

2.1. Principes généraux

6. L'article 81, paragraphe 1, prévoit que «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 États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun». Pour faciliter la lecture du texte, les termes «accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées» seront désignées collectivement par le terme «accords».
7. De son côté, l'article 82 prévoit que «est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci». Le terme «pratiques» désignera ci-après le comportement des entreprises dominantes.
8. Le critère de l'affectation du commerce détermine aussi le champ d'application de l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité⁽²⁾.
9. En vertu de l'article 3, paragraphe 1 de ce Règlement, les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent l'article 81 aux accords, décisions d'associations d'entreprises ou pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de cette disposition, lorsqu'elles appliquent le droit national de la concurrence à ces accords, décisions ou pratiques concertées. De même, lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l'article 82 du traité, elles sont également tenues d'appliquer l'article 82 du traité. L'article 3, paragraphe 1, contraint donc les autorités de la concurrence et les juridictions des États membres à appliquer également les articles 81 et 82 lorsqu'elles appliquent le droit national de la concurrence à des accords et des pratiques abusives susceptibles d'affecter les échanges entre États membres. Toutefois, l'article 3, paragraphe 1, n'oblige pas les autorités de la concurrence et les juridictions nationales à appliquer le droit national de la concurrence lorsqu'elles appliquent les articles 81 et 82 à des accords, décisions ou pratiques concertées et abus susceptibles d'affecter les échanges entre États membres. Elles peuvent alors n'appliquer que les seules règles de concurrence communautaires.

10. Il ressort de l'article 3, paragraphe 2, que l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité. Toutefois, le règlement (CE) n° 1/2003 n'empêche pas les États membres d'adopter et d'appliquer sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise.
11. Enfin, il convient de mentionner que l'article 3, paragraphe 3, précise que, sans préjudice des principes généraux et des autres dispositions du droit communautaire, l'article 3, paragraphes 1 et 2, ne s'applique pas lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent la législation nationale relative au contrôle des concentrations, et ils n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité.
12. Le critère de l'affectation du commerce est un critère autonome du droit communautaire qu'il convient d'apprécier séparément dans chaque cas. De nature juridictionnelle, il définit le champ d'application du droit communautaire de la concurrence⁽³⁾. Ainsi, ce droit n'est pas applicable aux accords et aux pratiques qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres.
13. Le critère de l'affectation du commerce limite le champ d'application des articles 81 et 82 aux accords et pratiques susceptibles d'avoir un niveau minimal d'effets transfrontaliers à l'intérieur de la Communauté. Selon les termes de la Cour de justice, l'accord ou la pratique doit affecter «de façon sensible» le commerce entre États membres⁽⁴⁾.
14. En ce qui concerne l'article 81 du traité, c'est l'accord qui doit être susceptible d'affecter le commerce entre États membres. Il est indifférent que, considérée isolément, chaque partie de l'accord, y compris les restrictions du jeu de la concurrence pouvant découler de l'accord soient susceptibles de le faire⁽⁵⁾. En revanche, si l'accord pris dans son ensemble peut affecter le commerce entre États membres, le droit communautaire s'applique à l'intégralité de l'accord, y compris à ses parties qui, prises isolément, n'affectent pas le commerce entre États membres. Lorsque les relations contractuelles entre les mêmes parties couvrent plusieurs activités, ces activités, pour faire partie du même accord, doivent être directement liées et être partie intégrante du même accord commercial global⁽⁶⁾. Si ce n'est pas le cas, chaque activité constituera un accord distinct.
15. De même, il est indifférent de savoir si la participation à l'accord d'une entreprise donnée affecte ou n'affecte pas sensiblement le commerce entre États membres⁽⁷⁾. L'entreprise ne saurait se soustraire au droit communautaire au seul motif que sa participation à un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres est insignifiante.
16. Pour établir l'applicabilité du droit communautaire, point n'est besoin d'établir un lien entre la restriction alléguée du jeu de la concurrence et la capacité de l'accord d'affecter le commerce entre États membres, car des accords non restrictifs peuvent très bien affecter le commerce intracommunautaire. Par exemple, les accords de distribution sélective qui sont fondés sur des critères de sélection purement qualitatifs justifiés par la nature des produits et qui ne restreignent pas le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, peuvent quand même affecter le commerce entre États membres. Il arrive cependant que les restrictions alléguées au sujet d'un accord renseignent clairement sur la capacité de l'accord d'affecter le commerce entre États membres. C'est ainsi qu'un accord de distribution interdisant les exportations peut, de par sa nature même, affecter les échanges entre États membres, mais pas nécessairement de façon sensible⁽⁸⁾.
17. En ce qui concerne l'article 82, c'est l'abus qui doit affecter le commerce entre États membres, mais cela ne signifie pas que chaque élément du comportement doit être apprécié isolément. En effet, le comportement qui fait partie d'une stratégie générale poursuivie par l'entreprise dominante doit être apprécié quant à son incidence globale. Lorsqu'une entreprise en position dominante adopte diverses pratiques dans la poursuite d'un même objectif, par exemple des pratiques visant à éliminer ou à évincer des concurrents, il suffit, pour que l'article 82 soit applicable à toutes les pratiques faisant partie de cette stratégie générale, que l'une d'elles au moins soit susceptible d'affecter le commerce entre États membres⁽⁹⁾.
18. Il ressort du libellé des articles 81 et 82 ainsi que de la jurisprudence des juridictions communautaires que l'application du critère de l'affectation du commerce impose d'aborder plus particulièrement trois éléments:
 - a) la notion de «commerce entre États membres»,
 - b) la notion de «susceptible d'affecter»,
 - c) la notion de «caractère sensible».

2.2. La notion de «commerce entre États membres»

19. La notion de «commerce» n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services ⁽¹⁰⁾, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale, y compris l'établissement ⁽¹¹⁾. Cette interprétation concorde avec l'objectif fondamental du traité consistant à favoriser la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux.
20. D'après une jurisprudence constante, la notion de «commerce» englobe aussi les cas où des accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché. Ainsi, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur de la Communauté en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère peuvent tomber sous le coup des règles communautaires de concurrence ⁽¹²⁾. Lorsqu'une entreprise est ou risque d'être éliminée, la structure de la concurrence au sein de la Communauté est affectée, comme le sont les activités économiques que poursuit cette entreprise.
21. La condition de l'existence d'une affectation du commerce «entre États membres» suppose qu'il doit y avoir une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux États membres. Il n'est cependant pas indispensable que l'accord ou la pratique affectent le commerce entre l'ensemble d'un État membre et l'ensemble d'un autre État membre. En effet, les articles 81 et 82 sont également applicables dans des cas concernant une partie d'un État membre, à condition toutefois que l'affectation du commerce soit sensible ⁽¹³⁾.
22. L'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause, car le commerce entre États membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational ⁽¹⁴⁾.

2.3. La notion de «susceptible d'affecter»

23. La notion de «susceptible d'affecter» a pour rôle de définir la nature de l'incidence requise sur le commerce entre États membres. D'après le critère type élaboré par la Cour de justice, la notion de «susceptible d'affecter» suppose que l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾. Comme indiqué au paragraphe 20 ci-dessus, la Cour de Justice a en outre défini un critère reposant sur le fait de savoir si oui ou non l'accord ou la pratique affecte la structure de la concurrence. Lorsque l'accord est susceptible d'affecter la structure de la concurrence dans la Communauté, l'affaire relève du droit communautaire.

24. Le critère type élaboré par la Cour de justice comprend les principaux éléments suivants, qui seront traités ci-après:

- a) «un degré de probabilité suffisant sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait»,
- b) une influence sur les «courants d'échanges entre États membres»,
- c) une «influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle» sur les courants d'échanges.

2.3.1. Un degré de probabilité suffisant à partir d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait

25. Fondée sur des éléments objectifs, l'appréciation de l'affectation du commerce ne tient pas compte de l'intention subjective des entreprises en cause. En revanche, s'il existe des preuves que des entreprises ont eu l'intention d'affecter le commerce entre États membres, par exemple en ayant cherché à entraver les exportations vers d'autres États membres ou les importations en provenance d'autres États membres, il s'agit alors d'un élément pertinent dont il convient de tenir compte.
26. Les mots «susceptible d'affecter» et l'évocation par la Cour de justice d'un «degré de probabilité suffisant» impliquent qu'il n'est pas obligatoire que l'accord ou la pratique affecte, ou ait affecté, réellement le commerce entre États membres pour que l'applicabilité du droit communautaire soit établie. Il suffit d'établir qu'il est «de nature» à affecter le commerce entre États membres ⁽¹⁷⁾.
27. Il n'y a ni obligation ni nécessité de calculer le volume réel du commerce intracommunautaire affecté par l'accord ou la pratique. Ainsi, dans le cas d'accords interdisant les exportations vers d'autres États membres, point n'est besoin d'estimer quel aurait été, en l'absence de l'accord, le niveau de commerce parallèle entre les États membres concernés. Cette interprétation concorde avec la nature juridictionnelle du critère de l'affectation du commerce. En effet, l'applicabilité du droit communautaire s'étend aux catégories d'accords et de pratiques abusives susceptibles d'avoir des effets transfrontaliers, qu'un accord donné ou une pratique donnée ait réellement eu ces effets ou non.
28. L'appréciation au regard du critère de l'affectation du commerce résulte de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants ⁽¹⁸⁾. Les facteurs pertinents sont la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, et la position et l'importance des entreprises en cause ⁽¹⁹⁾.

29. La nature de l'accord ou de la pratique renseigne du point de vue qualitatif sur la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre États membres. Certains accords et pratiques sont susceptibles, par leur nature même, d'affecter le commerce entre États membres, tandis que d'autres nécessitent une analyse plus approfondie sur ce point. Les ententes transfrontalières sont un exemple du premier cas, tandis que les entreprises communes limitées au territoire d'un seul État membre sont un exemple du second. Cet aspect est examiné de plus près à la section III ci-après qui aborde différentes catégories d'accords et de pratiques.
30. La nature des produits concernés par les accords ou pratiques renseigne sur la possibilité que les échanges intracommunautaires soient affectés. Lorsque la nature des produits fait que leur commerce transfrontalier est aisé ou qu'ils sont importants pour des entreprises désireuses de s'implanter ou d'accroître leurs activités dans d'autres États membres, l'applicabilité du droit communautaire est plus facilement établie que dans les cas où les produits proposés par des fournisseurs d'autres États membres font l'objet d'une demande limitée en raison de leur nature et les cas où ils présentent un intérêt limité pour une implantation transfrontalière ou pour une expansion de l'activité économique exercée à partir de ce lieu d'implantation⁽²⁰⁾. L'implantation comprend la création, par des entreprises d'un État membre, d'agences, de succursale ou de filiales dans un autre État membre.
31. La position de marché des entreprises en cause et leur volume de ventes renseignent du point de vue quantitatif sur la capacité de l'accord ou de la pratique en cause d'affecter le commerce entre États membres. Cet aspect, qui fait partie intégrante de l'appréciation du caractère sensible, est abordé dans la section D ci-après.
32. Outre les éléments qui viennent d'être mentionnés, il faut tenir compte du cadre juridique et factuel dans lequel l'accord ou la pratique fonctionne. Le cadre économique et juridique pertinent donne une idée du potentiel de commerce entre États membres. En effet, si des barrières absolues, extérieures à l'accord ou à la pratique, s'opposent au commerce transfrontalier entre États membres, celui-ci ne risquera d'être affecté que si ces barrières sont susceptibles de disparaître dans un avenir prévisible. En revanche, si les barrières ne sont pas absolues, mais rendent simplement les activités transfrontalières plus difficiles, il est extrêmement important d'assurer que les accords et les pratiques n'entraveront pas davantage ces activités, faute de quoi ils pourront affecter le commerce entre États membres.
- 2.3.2. *Influence sur les «courants d'échanges entre États membres»*
33. Pour que les articles 81 et 82 soient applicables, il faut qu'il y ait une influence sur les «courants d'échanges entre États membres».
34. Le terme «courants d'échanges» est neutre. Il n'est pas une condition de restriction ou de réduction du commerce⁽²¹⁾. Les courants d'échanges peuvent aussi être affectés lorsqu'un accord ou une pratique provoquent un accroissement du commerce. En effet, l'applicabilité du droit communautaire est établie si l'accord ou la pratique abusive est susceptible de détourner les courants commerciaux entre États membres de leur orientation naturelle probable en l'absence de l'accord ou de la pratique⁽²²⁾.
35. Cette interprétation exprime le fait que le critère de l'affectation du commerce est un critère juridictionnel qui sert à établir une distinction entre les accords et pratiques abusives qui sont susceptibles d'avoir des effets transfrontaliers, de manière à justifier un examen au regard des règles communautaires de concurrence et les accords et pratiques abusives qui ne sont pas susceptibles d'avoir ces effets.
- 2.3.3. *«Influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle» sur les courants d'échanges*
36. L'influence d'accords et de pratiques sur les courants d'échanges entre États membres peut être «directe ou indirecte, actuelle ou potentielle».
37. Normalement, l'influence directe sur le commerce entre États membres est en rapport avec les produits concernés par un accord ou une pratique. Si, par exemple, les fabricants d'un produit donné dans différents États membres décident de se partager des marchés, cela influence directement le commerce intracommunautaire sur le marché des produits en cause. On en trouve un autre exemple dans le cas du fournisseur qui limite les remises de distributeurs aux produits vendus dans l'État membre où les distributeurs sont établis. De telles pratiques augmentent le prix relatif des produits destinés à l'exportation, rendant ainsi les ventes à l'exportation moins intéressantes et moins compétitives.
38. Il n'est pas rare que l'influence indirecte soit en rapport avec des produits apparentés à ceux qui sont concernés par l'accord ou la pratique. À titre d'exemple, l'influence indirecte peut avoir lieu lorsqu'un accord ou une pratique a une incidence sur les activités économiques transfrontalières d'entreprises qui utilisent d'une manière ou d'une autre les produits concernés par l'accord ou la pratique⁽²³⁾. Cette influence peut par exemple survenir

lorsque l'accord ou la pratique concerne un produit semi-fini qui ne fait pas lui-même l'objet d'un commerce entre États membres, mais est utilisé dans la fourniture d'un produit final qui, lui, est commercialisé. La Cour de justice considère que le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté en cas d'accord impliquant la fixation des prix des eaux-de-vie de cognac ⁽²⁴⁾. Par conséquent, le droit communautaire de la concurrence est applicable dans ce genre de cas, si les échanges portant sur le produit final sont susceptibles d'être sensiblement affectés.

39. L'influence indirecte sur le commerce entre États membres peut aussi être en rapport avec les produits concernés par l'accord ou la pratique. Ainsi, les accords par lesquels un fabricant limite la garantie des produits vendus par des distributeurs dans leur État membre d'établissement découragent les consommateurs d'autres États membres d'acheter les produits, car ils ne pourraient pas faire jouer la garantie ⁽²⁵⁾. L'exportation par les distributeurs officiels et les revendeurs parallèles est rendue plus difficile car, aux yeux des consommateurs, les produits sont moins intéressants s'ils ne sont pas assortis de la garantie du fabricant ⁽²⁶⁾.

40. L'influence actuelle sur le commerce entre États membres est celle que l'accord ou la pratique a après leur mise en œuvre. Ainsi, l'accord entre un fournisseur et un distributeur implantés dans le même État membre qui interdit les exportations vers d'autres États membres est susceptible d'avoir de l'influence actuelle probable sur le commerce entre États membres, car en l'absence de l'accord, le distributeur aurait été libre d'exporter. Rappelons toutefois qu'il n'est pas obligatoire que l'influence actuelle soit démontrée, mais qu'il suffit que l'accord ou la pratique soit susceptible d'affecter le commerce entre États membres.

41. L'influence potentielle est celle qui peut exister ultérieurement avec un degré de probabilité suffisant. En d'autres termes, il convient de tenir compte de l'évolution prévisible du marché ⁽²⁷⁾. Même si le commerce ne risque pas d'être affecté au moment de la conclusion de l'accord ou de la mise en œuvre de la pratique, les articles 81 et 82 restent applicables si les éléments qui ont abouti à cette conclusion sont susceptibles d'évoluer dans un avenir prévisible. Sur ce point, il est pertinent de prendre en considération l'incidence des mesures de libéralisation adoptées par la Communauté ou par l'État membre en question et d'autres mesures prévisibles destinées à éliminer les obstacles juridiques au commerce.

42. Par ailleurs, même si les conditions du marché sont défavorables au commerce transfrontalier à un moment

donné, par exemple parce que les prix sont similaires dans les États membres en cause, il n'est pas exclu que le commerce puisse être entravé si la situation évolue en fonction de modifications des conditions du marché ⁽²⁸⁾. Ce qui compte, c'est la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre États membres et non de savoir si, à un moment donné, ils l'affectent réellement.

43. L'intégration de l'influence indirecte ou potentielle dans l'analyse de l'affectation du commerce entre États membres ne signifie nullement que cette analyse peut reposer sur une influence éloignée ou hypothétique. La probabilité qu'un accord donné ait de l'influence indirecte ou potentielle doit être expliquée par l'autorité ou la partie qui fait valoir que le commerce est susceptible d'être affecté de manière sensible. L'influence hypothétique ou spéculative n'est pas suffisante pour établir l'applicabilité du droit communautaire. Par exemple, un accord qui fait monter le prix d'un produit qui n'est pas exportable aboutit à une diminution du revenu disponible des consommateurs. Comme ceux-ci ont moins d'argent à dépenser, ils ne pourront pas acheter autant de produits importés d'autres États membres. Toutefois, le lien qui existe entre cette influence sur les revenus et le commerce entre États membres est généralement en soi trop éloigné pour entrer dans le champ d'application de la législation communautaire.

2.4. La notion de caractère sensible

2.4.1. Principe général

44. Le critère de l'affectation du commerce intègre un élément quantitatif qui limite l'applicabilité du droit communautaire aux accords et pratiques qui sont susceptibles d'avoir des effets d'une certaine ampleur. Les accords et pratiques échappent à l'interdiction énoncée aux articles 81 et 82 lorsqu'ils n'affectent le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause ⁽²⁹⁾. Le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause ⁽³⁰⁾.

45. L'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause. Si les accords ou les pratiques sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, le seuil du caractère sensible est inférieur à celui des accords et pratiques qui ne sont pas, par leur nature même, susceptibles d'affecter ce commerce. Plus la position de marché des entreprises en cause est forte, plus il est probable qu'un accord ou une pratique susceptible d'affecter le commerce entre États membres pourra être considéré comme le faisant de façon sensible ⁽³¹⁾.

46. Dans un certain nombre de cas concernant des importations et des exportations, la Cour de justice a considéré que la condition du caractère sensible était remplie dès lors que les ventes des entreprises en cause représentaient environ 5 % du marché ⁽³²⁾. Toutefois, la seule part de marché n'est pas toujours considérée comme le facteur déterminant, puisqu'il faut aussi tenir compte, entre autres, du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises avec les produits en cause ⁽³³⁾.
47. Par conséquent, le caractère sensible peut être mesuré à la fois en termes absolus (chiffre d'affaires) et en termes relatifs en comparant la position de la ou des entreprises en cause avec celle d'autres acteurs du marché (part de marché). Ce poids donné à la position et à l'importance des entreprises en cause est dans le droit-fil de la notion de «susceptible d'affecter» qui implique de fonder l'appréciation sur la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre États membres plus que sur l'incidence sur les courants d'échange réels de produits et services entre pays. La position de marché des entreprises en cause et le chiffre d'affaires qu'elles réalisent avec les produits en cause renseignent sur la capacité d'un accord ou d'une pratique d'affecter le commerce entre États membres. Ces deux éléments sont exprimés dans la règle de présomption négative aux paragraphes 52 et 53 ci-après.
48. L'application du critère du caractère sensible n'exige pas nécessairement de définir les marchés en cause et de calculer les parts de marché ⁽³⁴⁾. Les ventes d'une entreprise en termes absolus peuvent suffire à étayer la conclusion que l'incidence sur le commerce est sensible. C'est notamment le cas avec les accords et pratiques qui sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, par exemple parce qu'ils concernent les importations ou les exportations ou parce qu'ils portent sur plusieurs États membres. Le fait que, dans ces conditions, le chiffre d'affaires réalisé avec les produits faisant l'objet de l'accord puisse être suffisant pour constater une affectation substantielle du commerce entre États membres est exprimé dans la présomption positive énoncée au paragraphe 53 ci-dessous.
49. Les accords et pratiques doivent systématiquement être considérés dans le cadre économique et juridique dans lequel ils se produisent. Dans le cas d'accords verticaux, il se peut qu'il faille prendre en considération d'éventuels effets cumulatifs de réseaux parallèles d'accords similaires ⁽³⁵⁾. En effet, même si un accord ou un réseau d'accords n'est pas susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre États membres, l'effet de réseaux parallèles d'accords, pris comme un tout, est susceptible de le faire. Pour que cela soit le cas, toutefois, il faut que l'accord individuel ou le réseau d'accords apporte une contribution significative à l'affectation globale du commerce ⁽³⁶⁾.
- 2.4.2. *Chiffrage du caractère sensible*
50. Il n'est pas possible d'établir des règles générales quantitatives qui soient applicables à toutes les catégories d'accords et qui indiquent à quel moment le commerce entre États membres risque d'être affecté sensiblement. En revanche, il est possible d'indiquer à quel moment le commerce n'est normalement pas susceptible d'être affecté sensiblement. En premier lieu, dans sa communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité (règle *de minimis*) ⁽³⁷⁾, la Commission déclare que les accords entre petites et moyennes entreprises, telles que définies dans l'annexe de la recommandation 96/280/CE de la Commission ⁽³⁸⁾, sont rarement en mesure d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Cette présomption s'explique par le fait qu'en principe, les activités des PME sont de nature locale ou tout au plus régionale. Les PME peuvent cependant relever du droit communautaire, notamment lorsqu'elles se lancent dans une activité économique transfrontalière. En second lieu, la Commission juge opportun d'énoncer des principes généraux indiquant à quel moment, en principe, le commerce n'est pas susceptible d'être affecté sensiblement, c'est-à-dire une présomption négative qui définit par défaut l'affectation sensible du commerce entre États membres (règle de l'absence d'affectation sensible du commerce). Lorsqu'elle appliquera l'article 81, la Commission considérera ce critère comme une présomption négative réfutable applicable à tous les accords au sens de l'article 81, paragraphe 1, quelle que soit la nature des restrictions figurant dans l'accord, y compris celles qui sont définies comme des restrictions caractérisées dans les règlements et orientations de la Commission concernant les exemptions par catégories. Lorsque cette présomption est applicable, la Commission n'engagera normalement pas de procédure, qu'elle soit d'office ou sur demande. Lorsque les entreprises estiment de bonne foi qu'un accord est couvert par cette présomption négative, la Commission n'imposera pas d'amendes.
51. Sans préjudice du paragraphe 53 ci-dessous, cette définition négative du caractère sensible n'implique pas que les accords et les pratiques abusives qui ne relèvent pas des critères énoncés ci-dessous soient automatiquement susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. En fait, une analyse cas par cas s'impose.
52. La Commission estime que, en principe, les accords ne peuvent pas affecter sensiblement le commerce entre États membres lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies:
- la part de marché totale des parties sur un marché communautaire en cause affecté par l'accord n'excède pas 5 %, et
 - dans le cas des accords horizontaux, le chiffre d'affaires annuel moyen réalisé dans la Communauté par les entreprises en cause ⁽³⁹⁾ avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 millions d'euros. Dans le cas d'accords concernant l'achat conjoint de produits le chiffre d'affaires pertinent sera celui des achats combinés des parties de produits couverts par l'accord.

Dans le cas des accords verticaux, le chiffre d'affaires annuel total réalisé dans la Communauté par le fournisseur avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 millions d'euros. Dans le cas des contrats de licence, le chiffre d'affaires déterminant est représenté par le chiffre d'affaires total réalisé par les cessionnaires avec les produits contenant la technologie concédée sous licence ainsi que par le chiffre d'affaires réalisé par le concédant avec lesdits produits. Dans le cas d'accords conclus entre un acheteur et plusieurs fournisseurs, le chiffre d'affaires pris en considération sera celui des achats combinés de l'acheteur de produits couverts par les accords.

La Commission s'appuiera sur la même présomption si, pendant deux années civiles consécutives, le seuil de chiffre d'affaires susmentionné n'est pas dépassé de plus de 10 % et que le seuil de part de marché susmentionné n'est pas dépassé de plus de 2 points de pourcentage. Lorsque l'accord concerne un marché émergent, qui n'existe pas encore, et lorsque, de ce fait, les parties ne génèrent pas un chiffre d'affaires important et n'accumulent pas de fortes parts de marché, la règle de l'absence d'affectation sensible du commerce ne s'applique pas. Dans de tels cas, il peut s'avérer nécessaire d'évaluer le caractère sensible des restrictions à partir de la position des parties sur des marchés de produits voisins ou de la puissance qu'elles détiennent dans des technologies concernées par l'accord.

53. La Commission estime en outre que si un accord ou une pratique sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, par exemple parce qu'ils concernent des importations et des exportations ou bien plusieurs États membres, il existe une présomption positive réfutable que cette affectation du commerce est sensible, dès lors que le chiffre d'affaires réalisé par les parties avec les produits concernés par l'accord et calculé comme indiqué aux paragraphes 52 ci-dessus et 54 ci-dessous excède 40 millions d'euros. Dans le cas de ces accords qui, de par leur nature même, sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, on peut également souvent présumer que l'affectation du commerce sera sensible dès lors que la part de marché des parties est supérieure au seuil de 5 % mentionné ci-dessus. Toutefois, une telle présomption n'existe pas lorsque l'accord ne couvre qu'une partie d'un État membre (voir paragraphe 90 ci-dessous).
54. S'agissant du seuil de 40 millions d'euros (Cf. paragraphe 52 ci-dessus) il est calculé sur la base des ventes totales hors taxes réalisées dans la Communauté, durant l'exercice écoulé, par les entreprises en cause — voir paragraphe 52 ci-dessus — avec les produits concernés par l'accord (les produits contractuels). Les ventes entre sociétés du même groupe sont exclues ⁽⁴⁰⁾.
55. Pour appliquer le seuil de part de marché, il convient de définir le marché en cause ⁽⁴¹⁾, lequel comprend le

marché de produits en cause et le marché géographique en cause. Les parts de marché doivent être calculées sur la base de la valeur des ventes ou, le cas échéant, de la valeur des achats. Si ces valeurs ne sont pas disponibles, on pourra avoir recours à des estimations reposant sur d'autres données commerciales fiables, et notamment les volumes.

56. Dans le cas de réseaux d'accords établis par le même fournisseur avec des distributeurs différents, les ventes prises en compte sont celles qui ont été réalisées par l'ensemble du réseau.
57. Les contrats qui font partie du même accord commercial global constituent un accord unique aux fins de la règle de l'absence d'incidence sensible sur le commerce ⁽⁴²⁾ et les entreprises ne sont pas autorisées à faire en sorte de respecter ces seuils en subdivisant un accord qui, du point de vue économique, forme un tout.
- 3. APPLICATION DES PRINCIPES SUSMENTIONNÉS AUX TYPES USUELS D'ACCORDS ET DE PRATIQUES ABUSIVES**
58. La Commission appliquera la présomption négative énoncée dans la section précédente s'applique à tous les accords, y compris ceux qui, par leur nature même, sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, ainsi ceux qui impliquent des échanges avec des entreprises établies dans des pays tiers (voir section 3.3 ci-après).
59. Lorsque cette présomption négative n'est pas applicable, la Commission tiendra compte d'éléments qualitatifs liés à la nature de l'accord ou de la pratique et à la nature des produits sur lesquels ils portent (voir paragraphes 29 et 30 ci-dessus). La présomption positive, citée au paragraphe 53 ci-dessus, relative au caractère sensible des accords qui, de par leur nature même, sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, montre également l'importance de la nature de l'accord. Afin de donner des orientations complémentaires sur l'application du concept d'affectation du commerce, il convient donc d'examiner différents types d'accords et de pratiques courants.
60. Dans les sections suivantes, une distinction première est établie entre les accords et les pratiques qui couvrent plusieurs États membres et ceux qui sont limités à un seul État membre ou à une partie d'un État membre. Ces deux catégories principales sont subdivisées en sous-catégories en fonction de la nature de l'accord ou de la pratique abusive en cause. Les accords et pratiques impliquant des pays tiers sont également traités.

3.1. Accords et abus couvrant ou mis en œuvre dans plusieurs États membres

61. Dans la quasi-totalité des cas, les accords et pratiques couvrant ou mis en œuvre dans plusieurs États membres sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. C'est pourquoi, si le chiffre d'affaires pertinent dépasse le seuil établi au paragraphe 53 ci-dessus, il ne sera pas nécessaire, dans la plupart des cas, d'examiner de manière approfondie si le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté. Toutefois, pour donner des indications également dans ces cas-là et pour illustrer les principes énoncés dans la section 2 ci-dessus, il est bon d'expliciter les facteurs servant normalement à étayer une conclusion établissant l'applicabilité du droit communautaire.

3.1.1. Accords concernant les importations et les exportations

62. Les accords entre entreprises de deux ou plusieurs États membres qui concernent les importations et les exportations peuvent, par leur nature même, affecter le commerce entre États membres. Que ces accords restreignent la concurrence ou non, ils ont une incidence directe sur les courants d'échanges entre États membres. Ainsi, dans l'affaire Kerpen & Kerpen, qui concernait un contrat entre un producteur français et un distributeur allemand couvrant plus de 10 % des exportations françaises de ciment vers la République fédérale, soit un total de 350 000 tonnes par an, la Cour a conclu qu'on ne saurait estimer qu'un tel contrat ne pouvait affecter sensiblement le commerce entre États membres ⁽⁴³⁾.

63. Cette catégorie comprend les accords qui imposent des restrictions aux importations et exportations, y compris l'interdiction des ventes actives et passives et de la revente par des acheteurs à des clients établis dans d'autres États membres ⁽⁴⁴⁾. En ce cas, il existe un lien évident entre la restriction alléguée du jeu de la concurrence et l'affectation du commerce, puisque la restriction a pour objet d'empêcher les courants d'échange de produits et services entre États membres qui, sinon, seraient possibles. Il est indifférent de savoir si les parties à l'accord sont établies dans le même État membre ou dans des États membres différents.

3.1.2. Ententes couvrant plusieurs États membres

64. Les ententes, comme celles qui impliquent la fixation de prix et le partage de marchés, qui couvrent plusieurs États membres sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Les ententes transfrontalières harmonisent les conditions de concurrence et affectent l'interpénétration des échanges en détournant les courants commerciaux traditionnels de leur orientation naturelle ⁽⁴⁵⁾. Lorsque des entreprises décident d'attribuer des territoires géographiques, les

ventes d'autres secteurs à destination des territoires attribués sont susceptibles d'être éliminées ou réduites. Lorsque des entreprises décident de fixer les prix, elles éliminent la concurrence et, de ce fait, les différences de prix que celle-ci créerait et qui inciteraient concurrents et clients à se lancer dans le commerce transfrontalier. Lorsque des entreprises s'entendent sur des quotas de vente, les courants d'échanges traditionnels sont préservés. Les entreprises en cause s'abstiennent d'accroître leur production et, ce faisant, de desservir une clientèle potentielle dans d'autres États membres.

65. En général, l'affectation du commerce produite par les ententes transfrontalières est également sensible par leur nature même, en raison de la position de marché des parties à l'entente. En principe, les ententes sont formées entre des entreprises qui détiennent ensemble une part importante du marché, car cela leur permet d'augmenter les prix ou de réduire la production.

3.1.3. Accords de coopération horizontale couvrant plusieurs États membres

66. Cette section couvre différents types d'accords de coopération horizontale. Il peut s'agir notamment d'accords prévoyant la coopération de deux ou plusieurs entreprises dans la poursuite d'une activité économique donnée, comme la production et la distribution ⁽⁴⁶⁾. Ces accords sont souvent désignés comme étant des entreprises communes. Or les entreprises communes qui accomplissent de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome relèvent du règlement relatif aux concentrations ⁽⁴⁷⁾. Au niveau communautaire, ces entreprises communes de plein exercice ne font pas l'objet des articles 81 et 82 ⁽⁴⁸⁾, à l'exception des cas où l'article 2, paragraphe 4 du règlement CE sur les concentrations est d'application, et c'est la raison pour laquelle cette section ne les aborde pas. Dans le cas des entreprises communes qui ne sont pas de plein exercice, l'entité commune n'opère pas sur un marché en qualité de fournisseur (ou acheteur) autonome: elle sert simplement les sociétés mères qui, elles, opèrent sur le marché ⁽⁴⁹⁾.

67. Les entreprises communes qui poursuivent des activités dans deux ou plusieurs États membres ou dont la production est vendue par les sociétés mères dans deux ou plusieurs États membres affectent les activités commerciales des parties dans ces régions de la Communauté. De ce fait, ces accords sont normalement capables, par leur nature même, d'affecter le commerce entre États membres par rapport à ce que serait la situation en l'absence de l'accord ⁽⁵⁰⁾. Les courants d'échanges sont affectés lorsque des entreprises basculent leurs activités sur l'entreprise commune ou se servent de celle-ci avec le dessein de créer une nouvelle source d'approvisionnement dans la Communauté.

68. De même, le commerce est susceptible d'être affecté si une entreprise commune fabrique pour ses sociétés mères un produit semi-fini que celles-ci transforment ou incorporent ultérieurement dans un produit. Ce sera probablement le cas si le produit semi-fini en question était précédemment obtenu auprès de fournisseurs d'autres États membres, si les sociétés mères le produisaient précédemment dans d'autres États membres ou si le produit final fait l'objet d'échanges dans plusieurs États membres.
69. Lors de l'appréciation du caractère sensible, il est important de tenir compte des ventes de produits liés à l'accord réalisées par les sociétés mères et pas seulement des ventes de l'entité commune créée par l'accord, puisque l'entreprise commune n'opère pas sur un marché en qualité d'entité autonome.
- 3.1.4. *Accords verticaux mis en œuvre dans plusieurs États membres*
70. En principe, les accords verticaux et réseaux d'accords verticaux similaires mis en œuvre dans plusieurs États membres sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, s'ils provoquent la canalisation des échanges d'une manière particulière. Les réseaux d'accords de distribution sélective mis en œuvre dans deux ou plusieurs États membres, par exemple, canalisent les échanges d'une manière particulière, car ils le limitent aux membres du réseau, affectant ainsi les courants d'échanges par rapport à ce que serait la situation en l'absence d'accord⁽⁵¹⁾.
71. De même, le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par les accords verticaux qui ont des effets d'éviction. Cela peut être le cas d'accords par lesquels des distributeurs de plusieurs États membres décident de s'approvisionner exclusivement auprès d'un fournisseur donné ou de vendre uniquement ses produits. Ces accords peuvent limiter le commerce entre les États membres dans lesquels ils sont mis en œuvre ou le commerce provenant d'États membres qu'ils ne couvrent pas. L'éviction peut être la résultante d'un accord isolé ou de réseaux d'accords. Normalement, lorsqu'un accord ou des réseaux d'accords couvrant plusieurs États membres ont des effets d'éviction, ils ont par leur nature même la capacité d'affecter sensiblement le commerce entre États membres.
72. En principe, les accords entre fournisseurs et distributeurs qui prévoient un prix imposé pour la revente et qui couvrent deux ou plusieurs États membres peuvent, par leur nature même, également affecter le commerce entre États membres⁽⁵²⁾. Ces accords modifient les niveaux de prix qui auraient probablement existé en leur absence et, ce faisant, affectent les courants d'échanges.
- 3.1.5. *Abus de position dominante couvrant plusieurs États membres*
73. En ce qui concerne l'abus de position dominante, il convient de distinguer entre les abus qui créent des barrières à l'entrée ou éliminent des concurrents (entrave abusive à l'entrée) et les abus par lesquels l'entreprise dominante exploite sa puissance économique, par exemple en pratiquant des prix excessifs ou discriminatoires (exploitation abusive). Ces deux types d'abus peuvent se produire soit par le biais d'accords, qui relèvent également de l'article 81, paragraphe 1, ou par le biais d'un comportement unilatéral, qui relève uniquement de l'article 82 pour ce qui est du droit communautaire de la concurrence.
74. Dans le cas d'une exploitation abusive, comme des rabais discriminatoires, ses effets se font sentir sur les partenaires commerciaux en aval, qui en profitent ou en souffrent, en modifiant leur situation concurrentielle et en affectant les courants d'échanges entre États membres.
75. Lorsqu'une entreprise en position dominante adopte un comportement d'éviction dans plusieurs États membres, ce comportement abusif est normalement susceptible, par sa nature même, d'affecter le commerce entre États membres. Il a une incidence négative sur la concurrence dans une région débordant le cadre d'un seul État membre, car il est susceptible de détourner le commerce du cours qu'il aurait suivi en l'absence du comportement abusif. À titre d'exemple, les courants d'échanges sont susceptibles d'être affectés lorsque l'entreprise en position dominante accorde des rabais de fidélité. Il est probable que les clients qui bénéficient de ce système de rabais d'éviction achètent moins auprès des concurrents de l'entreprise dominante qu'ils ne l'auraient fait en l'absence de ces rabais. Un comportement d'éviction qui vise directement à éliminer un concurrent, telle une tarification prédatrice, est également susceptible d'affecter le commerce entre États membres en raison de son incidence sur la structure concurrentielle du marché à l'intérieur de la Communauté⁽⁵³⁾. Lorsqu'une entreprise en position dominante adopte un comportement visant à éliminer un concurrent qui opère dans plusieurs États membres, le commerce peut être affecté de plusieurs façons. En premier lieu, il y a un risque que le concurrent touché cesse d'être une source d'approvisionnement à l'intérieur de la Communauté. Même si l'entreprise visée n'est pas éliminée, son comportement concurrentiel futur est susceptible d'être affecté, ce qui peut également avoir une incidence sur le commerce entre États membres. En second lieu, le comportement abusif peut avoir une incidence sur d'autres concurrents. En effet, par ce comportement, l'entreprise dominante peut signaler à ses concurrents qu'elle exercera des représailles s'ils tentent de se lancer dans une réelle concurrence. En troisième lieu, le seul fait d'éliminer un concurrent peut rendre le commerce entre États membres susceptible d'être affecté. Cela peut être le cas même si l'entreprise qui risque d'être éliminée procède essentiellement à des exportations vers des pays tiers⁽⁵⁴⁾. Dès lors que la structure de concurrence effective à l'intérieur de la Communauté risque d'être touchée, il y a applicabilité du droit communautaire.

76. Normalement, lorsqu'une entreprise en position dominante adopte des pratiques d'exploitation ou d'exclusion dans plusieurs États membres, cet abus aura également, par sa nature même, la capacité d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Étant donné la position sur le marché de l'entreprise dominante et le fait que le comportement est mis en œuvre dans plusieurs États membres, l'ampleur de ce comportement et son incidence probable sur les courants d'échanges sont normalement tels que le commerce entre États membres est susceptible d'en être sensiblement affecté. Dans le cas d'une exploitation abusive telle que la pratique de prix discriminatoires, ce comportement modifie la position concurrentielle des partenaires commerciaux dans plusieurs États membres. Dans le cas de pratiques d'exclusion, y compris celles qui visent à éliminer un concurrent, l'activité économique des concurrents dans plusieurs États membres est affectée. L'existence même d'une position dominante dans plusieurs États membres suggère que la concurrence sur une partie substantielle du marché commun est déjà affaiblie⁽⁵⁵⁾. Lorsqu'en adoptant un comportement abusif, par exemple en éliminant un compétiteur, une entreprise dominante provoque une nouvelle détérioration de la concurrence, la mesure dans laquelle ce comportement peut affecter les échanges entre États membres est normalement appréciable.
- 3.2. Accords et abus couvrant un seul État membre ou une partie seulement d'un État membre**
77. Lorsque des accords ou des pratiques abusives couvrent le territoire d'un seul État membre, il peut s'avérer nécessaire de procéder à un examen plus détaillé de la capacité des accords ou des pratiques abusives d'affecter le commerce entre États membres. Rappelons que, pour qu'il y ait une affectation du commerce, il n'est pas indispensable que celui-ci soit réduit: il suffit qu'une modification sensible soit susceptible d'être causée dans les courants d'échanges intracommunautaires. Néanmoins, dans de nombreux cas impliquant un seul État membre; la nature de l'infraction alléguée, et notamment sa propension à interdire l'accès au marché national, renseigne bien sur la capacité de l'accord ou de la pratique d'affecter le commerce entre États membres. Les exemples mentionnés ci-après ne sont pas exhaustifs: ils indiquent simplement dans quels cas des accords limités au territoire d'un seul État membre peuvent être jugés susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.
- 3.2.1. Ententes couvrant un seul État membre**
78. Les ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un État membre sont normalement susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Du reste, les juridictions communautaires considèrent souvent que l'entente qui s'étend à l'ensemble du territoire d'un État membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité⁽⁵⁶⁾.
79. La capacité qu'ont ces accords de cloisonner le marché intérieur est due au fait que, normalement, les entreprises qui participent à des ententes dans un seul État membre doivent se protéger contre les concurrents d'autres États membres⁽⁵⁷⁾. Si elles ne le font pas et si le produit concerné par l'accord est commercialisable⁽⁵⁸⁾, l'entente risque d'être affaiblie par la concurrence d'entreprises d'autres États membres. En principe, ces accords peuvent également, par leur nature même, affecter sensiblement le commerce entre États membres, compte tenu de la couverture de marché requise pour assurer l'efficacité de ces ententes.
80. Étant donné que la notion d'affectation du commerce englobe les influences potentielles, il n'est pas déterminant de savoir si cette action contre des concurrents d'autres États membres est effectivement adoptée à un moment donné. En effet, si les prix fixés par l'entente sont analogues aux prix pratiqués dans d'autres États membres, il n'est pas forcément urgent que les participants à l'entente se protègent contre des concurrents d'autres États membres. Ce qui compte, c'est de savoir s'ils sont susceptibles ou non de se protéger en cas d'évolution des conditions du marché. La probabilité qu'ils le soient dépend de l'existence ou non de barrières naturelles aux échanges sur le marché, et notamment de la question de savoir si le produit en cause est commercialisable ou non. À titre d'exemple, dans une affaire concernant certains services de banque de détail⁽⁵⁹⁾, la Cour a considéré que le commerce n'était pas susceptible d'être affecté de manière sensible, car le potentiel de commercialisation des produits particuliers en cause était très limité et il n'y avait pas de facteur d'une importance décisive dans le choix des entreprises d'autres États membres de s'établir ou non dans le pays concerné⁽⁶⁰⁾.
81. La mesure dans laquelle les membres d'une entente contrôlent les prix et les concurrents d'autres États membres peut renseigner sur la mesure dans laquelle les produits concernés par l'entente sont commercialisables. Le contrôle permet de penser que la concurrence et les concurrents d'autres États membres constituent, aux yeux des participants à l'entente, une menace potentielle. Par ailleurs, s'il est prouvé que les participants à l'entente ont délibérément fixé le niveau des prix au vu du niveau des prix pratiqués dans d'autres États membres (tarification limite), cela montre que les produits en cause sont commercialisables et que le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté.
82. Normalement, le commerce peut également être affecté si les participants à une entente nationale tempèrent la contrainte concurrentielle imposée par les concurrents d'autres États membres en incitant ceux-ci à se rallier à l'accord restrictif, ou si leur exclusion de l'accord donne un handicap concurrentiel aux concurrents⁽⁶¹⁾. Dès lors, l'accord empêche ces concurrents d'exploiter leur avantage concurrentiel éventuel ou augmente leurs coûts, ce qui a des répercussions négatives sur leur compétitivité et leurs ventes. Dans les deux cas, l'accord entrave les acti-

vités des concurrents d'autres États membres sur le marché national en cause. Il en va de même si une entente limitée à un seul État membre est conclue entre des entreprises qui revendent des produits importés d'autres États membres ⁽⁶²⁾.

3.2.2. Accords de coopération horizontale couvrant un seul État membre

83. Les accords de coopération horizontale, et notamment les entreprises communes qui ne sont pas de plein exercice (cf. paragraphe 66 ci-dessus), qui sont limités à un seul État membre et ne concernent pas directement les importations et les exportations, n'appartiennent pas à la catégorie d'accords qui, par leur nature même, sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Il peut donc s'avérer nécessaire d'examiner de près la capacité qu'a l'accord isolé d'affecter le commerce entre États membres.
84. Les accords de coopération horizontale sont parfois susceptibles d'affecter le commerce entre États membres lorsqu'ils ont des effets d'éviction. Cela peut être le cas avec les accords établissant des régimes sectoriels de normalisation et certification qui excluent les entreprises d'autres États membres ou bien sont plus faciles à respecter par les entreprises de l'État membre en cause parce qu'ils s'inspirent de règles et traditions nationales. Dans ces conditions, les accords rendent la pénétration sur le marché national plus difficile pour les entreprises d'autres États membres.
85. Le commerce peut aussi être affecté si une entreprise commune a pour effet d'écarter les entreprises d'autres États membres d'un circuit de distribution ou d'une source de demande importants. Par exemple, si deux ou plusieurs distributeurs établis dans le même État membre et représentant une part substantielle des importations des produits en cause, constituent une entreprise commune d'achat pour regrouper leurs achats de ce produit, la réduction du nombre de circuits de distribution qui en résulte limite la possibilité qu'ont les fournisseurs d'autres États membres d'avoir accès au marché national en cause. Le commerce est donc susceptible d'être affecté ⁽⁶³⁾, comme il peut l'être également lorsque des entreprises, qui importaient précédemment un produit donné, constituent une entreprise commune ayant pour objet de fabriquer ledit produit. En ce cas, l'accord modifie les courants d'échanges entre États membres par rapport à la situation antérieure à l'accord.

3.2.3. Accords verticaux couvrant un seul État membre

86. Les accords verticaux couvrant l'ensemble d'un État membre sont notamment susceptibles d'affecter les courants d'échanges entre États membres lorsqu'ils rendent plus difficile aux entreprises d'autres États membres la pénétration du marché national en cause, soit au moyen d'exportations, soit au moyen de l'établis-

sement (effet d'éviction). Lorsque des accords verticaux produisent ce genre d'effet d'éviction, ils contribuent à un cloisonnement de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité ⁽⁶⁴⁾.

87. Ainsi, il peut y avoir éviction lorsque des fournisseurs imposent aux acheteurs des obligations d'achat exclusif ⁽⁶⁵⁾. Dans l'affaire *Delimitis* ⁽⁶⁶⁾, qui concernait des contrats entre un brasseur et les propriétaires de lieux de consommation de bière, aux termes desquels ces derniers s'engageaient à acheter leur bière exclusivement auprès de ce brasseur, la Cour de justice a défini l'éviction comme l'absence, en raison des accords, de possibilités réelles et concrètes d'avoir accès au marché. Normalement, les accords ne créent des barrières significatives à l'entrée que lorsqu'ils couvrent une proportion significative du marché. La part de marché et la couverture du marché peuvent servir d'indicateur à cet égard. Lors de l'appréciation, il convient de tenir compte non seulement de l'accord ou du réseau d'accords en cause, mais aussi d'autres réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires ⁽⁶⁷⁾.
88. Les accords verticaux qui couvrent l'ensemble d'un État membre et concernent des produits commercialisables peuvent également affecter le commerce entre États membres, même s'ils ne créent pas d'obstacles directs au commerce. Les accords aux termes desquels des entreprises s'engagent sur un prix imposé à la revente affectent parfois directement le commerce entre États membres en augmentant les importations en provenance d'autres États membres et en réduisant les exportations provenant de l'État membre en cause ⁽⁶⁸⁾. Les accords impliquant un prix imposé peuvent aussi affecter les courants d'échanges d'une manière assez semblable à celle des ententes horizontales. Dans la mesure où le prix imposé est plus élevé que le prix pratiqué dans d'autres États membres, ce niveau de prix n'est défendable que si les importations en provenance d'autres États membres peuvent être contrôlées.

3.2.4. Accords ne couvrant qu'une partie d'un État membre

89. Sur le plan qualitatif, la méthode d'appréciation des accords ne couvrant qu'une partie d'un État membre est la même que pour les accords couvrant l'ensemble d'un État membre. Autrement dit, l'analyse décrite à la section 2 s'applique. En revanche, dans l'appréciation du caractère sensible, il convient d'établir une distinction entre ces deux catégories pour tenir compte du fait que seule une partie d'un État membre est concernée par l'accord. Il faut en outre considérer la partie du territoire national qui est sensible au commerce. Si, par exemple, les frais de transport ou le rayon d'action du matériel font qu'il n'est guère rentable économiquement pour les entreprises d'autres États membres de desservir l'ensemble du territoire d'un autre État membre, le commerce est susceptible d'être affecté dès lors que l'accord interdit l'accès à la partie du territoire d'un État membre qui est sensible au commerce, pour autant que cette partie ne soit pas négligeable ⁽⁶⁹⁾.

90. Si un accord interdit l'accès à un marché régional, le volume de ventes affecté doit être significatif par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de l'État membre en cause pour que le commerce soit affecté de manière sensible. Cette appréciation ne saurait reposer sur la seule couverture géographique: il faut aussi accorder un certain poids à la part de marché des parties à l'accord. Même si les parties détiennent une forte part d'un marché régional parfaitement défini, la taille de ce marché en termes de volume peuvent encore être insignifiants par rapport aux ventes totales des produits en cause dans l'État membre en cause. C'est pourquoi il est généralement considéré que le meilleur indicateur de la capacité de l'accord d'affecter (sensiblement) le commerce entre États membres est la part du marché national en volume à laquelle l'accès est interdit. Par conséquent, les accords couvrant des régions présentant une forte concentration de la demande auront plus de poids que les accords couvrant des régions où la demande est moins concentrée. Pour établir l'applicabilité du droit communautaire, la part du marché national à laquelle l'accès est interdit doit être importante.
91. Les accords de nature locale ne sont pas, en eux-mêmes, susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres, même si le marché local se trouve dans une région frontalière. En revanche, si la part du marché national à laquelle l'accès est interdit est importante, le commerce est susceptible d'être affecté, même si le marché en cause ne se trouve pas dans une région frontalière.
92. Pour les cas de cette catégorie, on pourra trouver certaines orientations dans la jurisprudence relative à la notion, dans l'article 82, de partie substantielle du marché commun ⁽⁷⁰⁾. Les accords qui, par exemple, ont pour effet d'empêcher les concurrents d'autres États membres d'avoir accès à une partie d'un État membre constituant une partie substantielle du marché commun devraient être considérés comme affectant sensiblement le commerce entre États membres.
- ### 3.2.5. *Abus de position dominante couvrant un seul État membre*
93. Lorsqu'une entreprise, qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un État membre constitue une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre États membres peut normalement être affecté. En général, ce comportement abusif rendra plus difficile aux concurrents d'autres États membres la pénétration sur le marché, auquel cas les courants d'échanges sont susceptibles d'être affectés ⁽⁷¹⁾. Ainsi, dans l'arrêt Michelin ⁽⁷²⁾, la Cour de justice a considéré qu'un système de rabais de fidélité écartait les concurrents d'autres États membres et, par conséquent, affectait le commerce au sens de l'article 82. De même, dans l'arrêt Rennet ⁽⁷³⁾, la Cour a conclu qu'un abus sous forme d'obligation d'achat exclusif imposée aux clients écartait les produits en provenance d'autres États membres.
94. Les entraves abusives à l'entrée qui affectent la structure concurrentielle du marché à l'intérieur d'un État membre, par exemple en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent, peuvent également affecter le commerce entre États membres. En principe, si l'entreprise qui risque d'être éliminée n'opère que dans un seul État membre, le comportement abusif n'affectera pas le commerce entre États membres. En revanche, il risque de l'affecter si l'entreprise visée exporte vers ou importe depuis d'autres États membres ⁽⁷⁴⁾, et aussi si elle opère dans d'autres États membres ⁽⁷⁵⁾. L'incidence dissuasive du comportement abusif sur d'autres concurrents peut affecter le commerce. Si, par des agissements répétitifs, l'entreprise dominante a acquis la réputation d'adopter des pratiques d'éviction envers les concurrents qui tentent de se lancer dans une concurrence directe, les concurrents d'autres États membres sont susceptibles de se montrer moins agressifs sur le marché, ce qui risque d'affecter le commerce, même si, en l'espèce, la victime n'est pas d'un autre État membre.
95. Dans les cas d'exploitation abusive, comme la discrimination par les prix et la tarification excessive, la situation risque d'être plus complexe. En principe, la discrimination par les prix entre des clients nationaux n'affectera pas le commerce entre États membres. En revanche, elle peut le faire si les acheteurs poursuivent des activités d'exportation et sont désavantagés par la tarification discriminatoire, ou si cette pratique sert à faire barrage aux importations ⁽⁷⁶⁾. Les pratiques consistant à proposer des prix inférieurs aux clients qui sont les plus susceptibles d'importer des produits depuis d'autres États membres peut compliquer la tâche de concurrents établis dans d'autres États membres et désireux d'entrer sur le marché. En ce cas, le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté.
96. Tant qu'une entreprise a une position dominante qui couvre l'ensemble d'un État membre, il est en principe indifférent que l'abus spécifique commis par l'entreprise dominante ne porte que sur une partie de son territoire ou n'affecte que certains acheteurs du territoire national. Une entreprise dominante peut entraver le commerce de manière significative en adoptant un comportement abusif dans les régions ou vis-à-vis des clients qui sont les plus susceptibles d'être visés par des concurrents d'autres États membres. Ainsi, un circuit de distribution donné constitue parfois un moyen particulièrement important d'obtenir l'accès à de vastes catégories de consommateurs. Le fait d'entraver l'accès à ces circuits peut avoir une incidence substantielle sur le commerce entre États membres. Lors de l'appréciation du caractère sensible, il faut également tenir compte du fait que la présence de l'entreprise dominante couvrant l'ensemble d'un État membre est susceptible de rendre la pénétration du marché plus difficile. Toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce. La conjonction de la position de marché de l'entreprise dominante et de la nature anticoncurrentielle de son comportement implique que, normalement, ces abus affectent sensiblement le commerce par leur nature

même. En revanche, si la pratique abusive est purement de nature locale ou n'implique qu'une partie insignifiante des ventes de l'entreprise dominante dans l'État membre en cause, le commerce n'est guère susceptible d'être affecté de manière sensible.

3.2.6. *Abus de position dominante ne couvrant qu'une partie d'un État membre*

97. Lorsqu'une position dominante ne couvre qu'une partie d'un État membre, on trouvera une orientation, comme dans le cas des accords, dans la condition énoncée à l'article 82, selon laquelle la position dominante doit couvrir une partie substantielle du marché commun. Si la position dominante couvre une partie d'un État membre qui constitue une partie substantielle du marché commun et si l'abus de cette position rend plus difficile aux concurrents d'autres États membres l'accès au marché sur lequel l'entreprise est dominante, le commerce entre États membres doit normalement être considéré comme susceptible d'être affecté de manière sensible.

98. Dans l'application de ce critère, il convient de considérer notamment la taille du marché en cause en termes de volume. Certaines régions ou même un port ou un aéroport situés dans un État membre peuvent, selon leur importance, constituer une partie substantielle du marché commun⁽⁷⁷⁾. Dans ces derniers cas, il convient de considérer si l'infrastructure en cause sert à la prestation de services transfrontaliers et, si oui, dans quelle mesure. Lorsque des infrastructures comme des aéroports et des ports sont importantes pour la prestation de services transfrontaliers, le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté.

99. Tout comme pour les positions dominantes couvrant l'ensemble d'un État membre (voir paragraphe 95 ci-dessus), il est possible que le commerce ne soit pas susceptible d'être sensiblement affecté si l'abus est purement local ou ne concerne qu'une partie négligeable des ventes de l'entreprise dominante.

3.3. **Accords et pratiques abusives impliquant des importations et des exportations avec des entreprises établies dans des pays tiers et accords et pratiques abusives impliquant des entreprises établies dans des pays tiers**

3.3.1. *Remarques générales*

100. Les articles 81 et 82 s'appliquent aux accords et pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, même si une ou plusieurs des parties sont établies à l'extérieur de la Communauté⁽⁷⁸⁾. Les articles 81 et 82 s'appliquent quel que soit le lieu d'établissement des entreprises ou le lieu de conclusion de l'accord, à condition que l'accord ou la pratique soit mis en œuvre⁽⁷⁹⁾ ou ait des effets⁽⁸⁰⁾ à l'intérieur de la Communauté. Les articles 81 et 82 peuvent aussi s'appliquer aux accords et pratiques concernant des pays tiers, dès lors qu'ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Le principe général énoncé dans la section 2 ci-dessus, selon lequel l'accord ou la pratique doivent être susceptibles d'avoir une influence sensible directe ou indirecte,

actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, s'applique aussi dans le cas des accords et des abus impliquant des entreprises situées dans des pays tiers ou qui concernent des importations ou des exportations avec des pays tiers.

101. Aux fins d'établir l'applicabilité du droit communautaire, il suffit qu'un accord ou une pratique impliquant des pays tiers ou des entreprises établies dans des pays tiers soit susceptible d'affecter l'activité économique transfrontalière à l'intérieur de la Communauté. L'importation dans un État membre peut être suffisante pour déclencher des effets de cette nature. En effet, les importations peuvent affecter les conditions de concurrence dans l'État membre importateur, ce qui peut, à son tour, avoir une incidence sur les exportations et les importations de produits concurrents à destination et en provenance d'autres États membres. Autrement dit, les importations en provenance de pays tiers résultant de l'accord ou de la pratique abusive risquent de fausser les échanges entre États membres, et donc d'affecter les courants d'échanges.

102. En appliquant le critère de l'affectation du commerce aux accords et pratiques susmentionnés, il convient d'examiner la teneur de l'accord ou l'intention sous-jacente des entreprises en cause afin de déterminer, entre autres, l'objet de l'accord ou de la pratique⁽⁸¹⁾.

103. Si l'accord a pour objet de restreindre la concurrence à l'intérieur de la Communauté, l'affectation du commerce entre États membres est plus directement établie que si cet objet consiste essentiellement à réguler la concurrence à l'extérieur de la Communauté. Du reste, dans le premier cas, l'accord ou la pratique ont une incidence directe sur la concurrence à l'intérieur de la Communauté et le commerce entre États membres. En principe, les accords et pratiques qui concernent à la fois les importations et les exportations peuvent, par leur nature même, affecter le commerce entre États membres.

3.3.2. *Dispositions ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur de la Communauté*

104. En ce qui concerne les importations, cette catégorie comprend les accords qui provoquent un isolement de l'ensemble du marché commun⁽⁸²⁾, comme dans le cas des accords par lesquels des concurrents de la Communauté et de pays tiers se partagent des marchés, par exemple en acceptant de ne pas vendre sur le marché national de l'autre ou des autres ou en concluant des accords réciproques de distribution (exclusive)⁽⁸³⁾.

105. En ce qui concerne les exportations, cette catégorie comprend les cas où des entreprises qui se font concurrence dans deux ou plusieurs États membres décident d'exporter certaines quantités (excédentaires) vers des pays tiers, en vue de coordonner leur comportement de marché à l'intérieur de la Communauté. Ces accords d'exportation servent à réduire la concurrence sur les prix en limitant la production intérieure de la Communauté, ce qui affecte le commerce entre États membres. En l'absence de l'accord d'exportation, ces quantités auraient peut-être été vendues à l'intérieur de la Communauté⁽⁸⁴⁾.

3.3.3. *Autres dispositions*

106. Dans le cas des accords et des pratiques qui n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun, il faut en principe examiner de plus près la question de savoir si l'activité économique transfrontalière à l'intérieur du marché commun, et donc les courants d'échanges entre États membres, sont susceptibles d'être affectés ou non.
107. À cet égard, il convient d'examiner les effets de l'accord ou de la pratique sur les clients et d'autres opérateurs à l'intérieur de la Communauté qui ont besoin des produits des entreprises qui sont parties à l'accord ou à la pratique abusive⁽⁸⁵⁾. Dans l'affaire *Compagnie maritime belge*⁽⁸⁶⁾, qui concernait des accords avec des chargeurs opérant sur des lignes entre l'Europe et l'Afrique de l'Ouest, il a été considéré que les accords étaient susceptibles d'affecter indirectement le commerce entre États membres, car ils modifiaient les zones d'attraction des ports de la Communauté couverts par les accords et affectaient les activités d'autres entreprises de ces régions. Plus précisément, les accords affectaient les activités d'entreprises qui avaient besoin des parties pour des services de transport soit comme moyen pour transporter des marchandises achetées dans des pays tiers ou vendues dans des pays tiers, soit comme facteur de production important dans les services que les ports eux-mêmes proposaient.
108. De même, le commerce peut être affecté si l'accord empêche les réimportations dans la Communauté. Cela peut être le cas d'accords verticaux entre des fournisseurs communautaires et des distributeurs de pays tiers imposant des restrictions à la revente à l'extérieur d'un territoire attribué, y compris la Communauté. Si la revente à la Communauté était possible et probable en l'absence de l'accord, ces importations pourraient affecter les courants d'échanges à l'intérieur de la Communauté⁽⁸⁷⁾.
109. Toutefois, pour que ces effets soient probables, il faut qu'il y ait un différentiel de prix sensible entre les prix des produits pratiqués à l'intérieur de la Communauté et ceux qui sont pratiqués à l'extérieur de la Communauté et ce différentiel ne doit pas être érodé par le niveau des droits de douane et les frais de transport. En outre, les volumes de produit exportés par rapport au marché total de ces produits dans le territoire du marché commun ne doivent pas être insignifiants⁽⁸⁸⁾. Si ces volumes sont insignifiants par rapport à ceux qui sont vendus à l'intérieur de la Communauté, l'incidence d'une réimportation sur le commerce entre États membres n'est pas jugée sensible. En procédant à cette appréciation, il convient de tenir compte, selon les circonstances de l'espèce, non seulement de l'accord individuel conclu entre les parties, mais aussi de l'effet cumulatif éventuel d'accords similaires conclus par les mêmes fournisseurs concurrents. Ainsi, il se peut que les volumes de produit concernés par un seul accord soient très faibles, mais que les volumes concernés par plusieurs accords de ce type soient importants. En ce cas, les accords pris comme un tout sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Toutefois, il convient de rappeler (voir paragraphe 49 ci-dessus) que l'accord individuel ou le réseau d'accords apporte une contribution significative à l'affectation globale du commerce.

⁽¹⁾ JO C 368 du 22.12.2001, p. 13.

⁽²⁾ JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

⁽³⁾ Voir par exemple affaires jointes 56/64 et 58/64, *Consten et Grundig*, Recueil 1966, p. 429, et affaires jointes 6/73 et 7/73, *Commercial Solvents*, Recueil 1974, p. 223.

⁽⁴⁾ Voir affaire 22/71, *Béguelin*, Recueil 1971, p. 949, point 16.

⁽⁵⁾ Voir affaire 193/83, *Windsurfing*, Recueil 1986, p. 611, point 96 et affaire T-77/94, *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten*, Recueil 1997, p. II-759, point 126.

⁽⁶⁾ Voir points 142 à 144 de l'arrêt *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten* cité dans la note en bas de page qui précède.

⁽⁷⁾ Voir par exemple affaire T-2/89, *Petrofina*, Recueil 1991, II-1087, point 226.

⁽⁸⁾ Le concept de «caractère sensible» est traité à la section 2.4 ci-dessous.

⁽⁹⁾ Voir affaire 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Recueil 1979, p. 461, point 126.

⁽¹⁰⁾ Dans les présentes lignes directrices, le terme «produits» désigne les produits et les services.

⁽¹¹⁾ Voir affaire 172/80, *Züchner*, Recueil 1981, p. 2021, point 18. Voir également affaire C-309/99, *Wouters*, Recueil 2002, p. I-1577, point 95; affaire C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Recueil 2001, p. I-8089, point 49; affaires jointes C-215/96 et 216/96, *Bagnasco*, Recueil 1999, p. I-135, point 51; affaire C-55/96, *Job Centre*, Recueil 1997, point 37, p. I-7119; affaire C-41/90, *Höfner et Elser*, Recueil 1991, p. I-1979, point 33.

⁽¹²⁾ Voir par exemple affaires jointes T-24/93 et autres, *Compagnie maritime belge*, Recueil 1996, p. II-1201, point 203 et point 23 de l'arrêt *Commercial Solvents* cité à la note en bas de page 4.

⁽¹³⁾ Voir par exemple affaires jointes T-213/95 et T-18/96, *SCK et FNK*, Recueil 1997, p. II-1739, et sections 3.2.4 et 3.2.6 ci-après.

⁽¹⁴⁾ Voir section 3.2 ci-après.

⁽¹⁵⁾ Voir par exemple arrêt *Züchner* cité à la note en bas de page 11, affaire 319/82, *Kerpen & Kerpen*, Recueil 1983, p. 4173; affaires jointes 240/82 et autres, *Stichting Sigarettenindustrie*, Recueil 1985, p. 3831, point 48; affaires jointes T-25/95 et autres, *Cimenteries CBR*, Recueil 2000, p. II-491, point 3930.

- (16) Dans certains arrêts portant principalement sur des accords verticaux, la Cour de justice a ajouté une formulation indiquant que l'accord était susceptible de nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États membres; voir par exemple affaire T-62/98, Volkswagen, Recueil 1998, p. II-2707, point 179; point 47 de l'arrêt Bagnasco cité à la note en bas de page 11; affaire 56/65, Société Technique Minière, Recueil 1966, p. 337. Par conséquent, l'incidence d'un accord sur l'objectif de marché unique est un élément qui pourrait être pris en compte.
- (17) Voir par exemple affaire T-228/97, Irish Sugar, Recueil 1999, p. II-2969, point 170; affaire 19/77, Miller, Recueil 1978, p. 131, point 15.
- (18) Voir affaire C-250/92, Gøttrup-Klim, Recueil 1994, p. II-5641, point 54.
- (19) Voir par exemple affaire C-306/96, Javico, Recueil 1998, p. I-1983, point 17, et point 18 de l'arrêt Béguelin cité à la note en bas de page 4.
- (20) Sur ce point, comparer les arrêts Bagnasco et Wouters cités à la note en bas de page 11.
- (21) Voir par exemple affaire T-141/89, Tréfileurope, Recueil 1995, p. II-791; affaire T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO), Recueil 1995, p. II-289, en ce qui concerne les exportations; décision de la Commission dans l'affaire Volkswagen (II) (JO L 262 du 2.10.2001, p. 14).
- (22) Voir affaire 71/74, Frubo, Recueil 1975, p. 563, point 38; affaires jointes 209/78 et autres, Van Landewyck, Recueil 1980, p. 3125, point 172; affaire T-61/89, Dansk Pelsdyravler Forening, Recueil 1992, p. II-1931, point 143; affaire T-65/89, BPB Industries et British Gypsum, Recueil 1993, p. II-389, point 135.
- (23) Voir affaire T-86/95, Compagnie Générale Maritime et autres, Recueil 2002, p. II-1011, point 148 et point 202 de l'arrêt Compagnie Maritime Belge cité à la note en bas de page 12.
- (24) Voir affaire 123/83, BNIC/Clair, Recueil 1985, p. 391, point 29.
- (25) Voir décision de la Commission dans l'affaire Zanussi, point 11 (JO L 322 du 16.11.1978, p. 36).
- (26) Sur ce point, voir affaire 31/85, ETA Fabrique d'ébauches, Recueil 1985, p. 3933, points 12 et 13.
- (27) Voir affaires jointes C-241/91 P et C-242/91 P, RTE (Magill), Recueil 1995, p. I-743, point 70; affaire 107/82, AEG, Recueil 1983, p. 3151, point 60.
- (28) Voir point 60 de l'arrêt AEG cité dans la note en bas de page qui précède.
- (29) Voir affaire 5/69, Völk, Recueil 1969, p. 295, point 7.
- (30) Voir par exemple point 17 de l'arrêt Javico cité à la note en bas de page 19, et point 138 de l'arrêt dans BPB Industries et British Gypsum cité à la note en bas de page 21.
- (31) Voir point 138 de l'arrêt BPB Industries et British Gypsum cité à la note en bas de page 22.
- (32) Voir par exemple points 9 et 10 de l'arrêt Miller cité à la note en bas de page 17, et point 58 de l'arrêt AEG cité à la note en bas de page 27.
- (33) Voir affaires jointes 100/80 et autres, Musique Diffusion Française, Recueil 1983, p. 1825, point 86. Dans cette affaire, les produits en cause représentaient à peine un peu plus de 3 % des ventes sur les marchés nationaux en cause. La Cour a considéré que les accords qui entravaient les importations parallèles étaient susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres en raison du chiffre d'affaires élevé des parties et de la position de marché relative des produits par rapport à celle de produits fabriqués par des fournisseurs concurrents.
- (34) Voir points 179 et 231 de l'arrêt Volkswagen cité à la note en bas de page 16, et arrêt du 19.3.2003 dans l'affaire T-213/00, CMA CGM et autres, points 219 et 220.
- (35) Voir par exemple arrêt du 8.6.1995 dans l'affaire T-7/93, Langnese-Iglo, Recueil 1995, p. II-1533, point 120.
- (36) Voir points 140 et 141 de l'arrêt dans l'affaire Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, cité à la note en bas de page 5.
- (37) Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), paragraphe 3 (JO C 368 du 22.12.2001, p. 13).
- (38) JO L 107 du 30.4.1996, p. 4. À compter du 1.1.2005, cette recommandation sera remplacée par la recommandation 2003/361/CE de la Commission concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (JO L 124 du 20.5.2003, p. 36).
- (39) Le terme «entreprises en cause» englobe les entreprises liées telles que définies au paragraphe 12.2 de la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (JO C 368 du 22.12.2001, p. 13).
- (40) Voir note précédente.
- (41) Lors de la définition du marché en cause, il est conseillé de se reporter à la communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5).
- (42) Voir également paragraphe 14 ci-dessus.
- (43) Voir point 8 de l'arrêt Kerpen & Kerpen cité à la note en bas de page 15. Il faut noter que la Cour ne se réfère pas à la part de marché, mais à la part des exportations françaises et aux volumes de produit concernés.
- (44) Voir par exemple l'arrêt Volkswagen cité à la note en bas de page 16 et l'affaire T-175/95, BASF Coatings, Recueil 1999, p. II-1581. Pour qu'un accord horizontal entrave le commerce parallèle, voir affaires jointes 96/82 et autres, IAZ International, Recueil 1983, p. 3369, point 27.
- (45) Voir par exemple affaire T-142/89, Usines Gustave Boël, Recueil 1995, p. II-867, point 102.
- (46) Les accords de coopération horizontale font l'objet des lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du traité aux accords de coopération horizontale (JO C 3 du 6.1.2001, p. 2). Ces lignes directrices traitent de l'appréciation de différents types d'accords au regard des règles de concurrence, mais n'abordent pas la question de l'affectation du commerce.
- (47) Voir règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1).
- (48) La communication de la Commission relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO C 66 du 2.3.1998, p. 1), donne des indications sur la portée de cette notion.

- (49) Voir par exemple décision de la Commission dans l'affaire Ford/Volkswagen (JO L 20 du 28.1.1993, p. 14).
- (50) Voir point 146 de l'arrêt *Compagnie Générale Maritime* cité à la note en bas de page 23 ci-dessus.
- (51) Voir affaires jointes 43/82 et 63/82, VBVB et VBBB, Recueil 1984, p. 19, point 9.
- (52) Voir affaire T-66/89, *Publishers Association*, Recueil 1992, p. II-1995.
- (53) Voir arrêt *Commercial Solvents* cité à la note 4, arrêt *Hoffmann-La Roche* cité à la note en bas de page 8, point 125, Recueil 1979, p. 461, et arrêt RTE et ITP cité à la note 27, Recueil, p. 215, point 16, affaire 6/72, *Continental Can*, Recueil 1973, p. 215; point 16 et arrêt du 14.2.1978 dans l'affaire 27/76, *United Brands*, points 197 à 203.
- (54) Voir points 32 et 33 de l'arrêt *Commercial Solvents* cité à la note en bas de page 3.
- (55) Selon une jurisprudence constante, la position dominante se définit comme une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs; voir par exemple point 38 de l'arrêt *Hoffmann-La Roche* cité à la note en bas de page 8.
- (56) Pour un exemple récent, voir point 95 de l'arrêt *Wouters* cité à la note en bas de page 11.
- (57) Voir par exemple affaire 246/86, *Belasco*, Recueil 1989, p. 2117, point 32 à 38.
- (58) Voir point 34 de l'arrêt *Belasco* cité à la note qui précède et, plus récemment, affaires jointes T-202/98 et autres, *British Sugar*, Recueil 2001, p. II-2035, point 79. En revanche, il n'en va pas de même lorsque le marché n'est pas sensible aux importations, voir point 51 de l'arrêt *Bagnasco* cité à la note en bas de page 11.
- (59) Garanties concernant l'ouverture d'un crédit en compte courant.
- (60) Voir le paragraphe 51 de l'arrêt *Bagnasco* cité à la note en bas de page 11.
- (61) Voir affaire 45/85, *Verband der Sachversicherer*, Recueil 1987, p. 405, point 50 et affaire C-7/95 P, *John Deere*, Recueil 1998, p. I-3111. Voir aussi point 172 de l'arrêt *Van Landewyck* cité à la note 21, où la Cour souligne que l'accord en cause a sensiblement réduit l'incitation à favoriser la vente des produits importés.
- (62) Voir par exemple arrêt *Stichting Sigarettenindustrie* cité à la note en bas de page 15, points 49 et 50.
- (63) Voir affaire T-22/97, *Kesko*, Recueil 1999, p. II-3775, point 109.
- (64) Voir par exemple affaire T-65/98, *Van den Bergh Foods*, Recueil 2003-II . . . , et arrêt *Langnese-Iglo*, cité à la note 34, point 120.
- (65) Voir arrêt du 7.12.2000 dans l'affaire C-214/99, *Neste*, Recueil 2000, p. I-11121.
- (66) Voir arrêt du 28.2.1991 dans l'affaire C-234/89, *Delimitis*, Recueil 1991, p. I-935.
- (67) Voir le paragraphe 120 de l'arrêt *Langnese-Iglo* cité à la note en bas de page 35.
- (68) Voir par exemple décision de la Commission dans l'affaire *Volkswagen (II)* citée à la note en bas de page 21, points 81 et seq.
- (69) Voir points 177 à 181 de l'arrêt *SCK et FNK* cité à la note en bas de page 13.
- (70) Sur cette notion, voir l'arrêt *Ambulanz Glöckner* cité à la note en bas de page 11, point 38; affaire C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Recueil 1991, p. I-5889; arrêt du 17.7.1997 dans l'affaire C-242/95, *GT-Link*, Recueil 1997, p. I-4449.
- (71) Voir par exemple le paragraphe 135 de l'arrêt dans *BPB Industries et British Gypsum* cité à la note en bas de page 22.
- (72) Voir affaire 322/81, *Nederlandse Banden Industrie Michelin*, Recueil 1983, p. 3461.
- (73) Voir affaire 61/80, *Coöperative Stremsel- en Kleurselfabriek*, Recueil 1981, p. 851, point 15.
- (74) Voir l'arrêt *Irish Sugar* cité à la note de bas de page 17, point 169.
- (75) Voir point 70 de l'arrêt RTE (*Magill*) cité à la note en bas de page 27.
- (76) Voir arrêt *Irish Sugar* cité à la note en bas de page 17.
- (77) Voir par exemple la jurisprudence citée à la note en bas de page 70.
- (78) Voir arrêt du 20.6.1978 dans l'affaire 28/77, *Tepea*, point 48, Recueil 1978, p. 1391, et point 16 de l'arrêt *Continental Can* cité à la note en bas de page 53.
- (79) Voir affaires jointes C-89/85 et autres, *Ahlström Osakeyhtiö (Woodpulp)*, Recueil 1988, p. 651, point 16.
- (80) Voir à cet effet l'affaire T-102/96, *Gencor*, Recueil 1999, p. II-753, qui applique le critère des effets dans le domaine des concentrations.
- (81) Voir à cet effet le point 19 de l'arrêt *Javico* cité à la note en bas de page 19.
- (82) Voir affaire 51/75, *EMI/CBS*, Recueil 1976, p. 811, points 28 et 29.
- (83) Voir décision de la Commission dans l'affaire *Siemens/Fanuc* (JO L 376 du 18.12.1985, p. 29).
- (84) Voir affaires jointes 29/83 et 30/83, *CRAM et Rheinzinc*, Recueil 1984, p. 1679, et affaires jointes 40/73 et autres, *Suiker Unie*, Recueil 1975, p. 1663, points 564 et 580.
- (85) Voir point 22 de l'arrêt *Javico* cité à la note en bas de page 19.
- (86) Voir le paragraphe 203 de l'arrêt *Compagnie maritime belge* cité à la note en bas de page 12.
- (87) Voir l'arrêt *Javico* cité à la note en bas de page 19.
- (88) Voir points 24 à 26 de l'arrêt *Javico* cité à la note en bas de page 19.