

Journal officiel

des Communautés européennes

ISSN 0378-7052

C 266

45^e année

31 octobre 2002

Édition de langue française

Communications et informations

Numéro d'information

Sommaire

Page

I *Communications*

ESPACE ÉCONOMIQUE EUROPÉEN

Autorité de surveillance AELE

2002/C 266/01

Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 53 de l'accord EEE aux accords de coopération horizontale

1

FR

2

I

(Communications)

ESPACE ÉCONOMIQUE EUROPÉEN

AUTORITÉ DE SURVEILLANCE AELE

LIGNES DIRECTRICES SUR L'APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 53 DE L'ACCORD EEE AUX ACCORDS DE COOPÉRATION HORIZONTALE

(2002/C 266/01)

- A. La présente communication est publiée conformément aux dispositions de l'accord sur l'Espace économique européen (accord EEE) et à l'accord entre les pays de l'AELE sur la mise en place d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice (accord «surveillance et Cour»).
- B. La Commission des Communautés européennes a publié une communication intitulée «Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale» ⁽¹⁾. Cet acte non contraignant expose les principes suivis par la Commission européenne pour apprécier les accords horizontaux au regard de l'article 81 du traité CE.
- C. L'Autorité de surveillance AELE considère que la communication susmentionnée présente un intérêt pour l'EEE. Afin de maintenir des conditions de concurrence égales et de garantir une application uniforme des règles de concurrence de l'EEE dans tout l'Espace économique européen, l'Autorité de surveillance AELE adopte la présente communication, exerçant ainsi le pouvoir qui lui est conféré par l'article 5, paragraphe 2, point b), de l'accord «surveillance et Cour». Elle entend suivre les principes et les règles fixés dans la présente communication lors de l'application des règles de concurrence de l'EEE à un cas particulier.

1. INTRODUCTION

1.1. Objet des présentes lignes directrices

1. Les présentes lignes directrices exposent les principes sur lesquels repose l'appréciation des accords de coopération horizontale en vertu de l'article 53 de l'accord EEE ⁽²⁾. Une coopération est de «nature horizontale» si elle fait

l'objet d'un accord conclu entre des entreprises se situant au(x) même(s) niveau(x) du marché, ou de pratiques concertées entre de telles entreprises. Il s'agit, le plus souvent, d'une coopération entre concurrents. Elle porte, par exemple, sur des domaines tels que la recherche et le développement, la production, les achats ou la commercialisation.

⁽¹⁾ JO C 3 du 6.1.2001, p. 2.

⁽²⁾ La compétence pour statuer sur des cas relevant de l'article 53 de l'accord EEE est partagée entre l'Autorité de surveillance AELE et la Commission européenne selon les modalités exposées à l'article 56 de l'accord EEE. Seule une autorité est compétente pour connaître d'un cas précis.

2. Une coopération horizontale peut créer des problèmes de concurrence. Tel est le cas, par exemple, lorsque les parties à un accord de coopération s'entendent pour fixer les prix ou la production ou se répartir les marchés, ou encore lorsque cette coopération permet aux parties

de maintenir, de conquérir ou de renforcer un pouvoir de marché et produit ainsi des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la diversité et la qualité des produits.

3. D'autre part, une coopération horizontale peut aussi produire des avantages économiques substantiels. Les entreprises doivent s'adapter à des pressions concurrentielles croissantes, à un marché en constante évolution qui se mondialise de plus en plus, à des progrès techniques incessants et au plus grand dynamisme des marchés en général. La coopération peut être un moyen de partager les risques, de réaliser des économies de coûts, de mettre en commun un savoir-faire et de lancer des innovations sur le marché plus rapidement. Pour les petites et moyennes entreprises, en particulier, la coopération est un important moyen d'adaptation à l'évolution des marchés.
4. Si elle reconnaît les avantages économiques qui peuvent découler d'une coopération, l'Autorité de surveillance AELE doit cependant veiller au maintien d'une concurrence efficace. L'article 53 constitue le cadre légal pour une appréciation des coopérations qui pèse les effets anticoncurrentiels et les avantages économiques.
5. Dans le passé, deux communications de l'Autorité de surveillance AELE et deux règlements d'exemption par catégorie présidaient à l'appréciation de la compatibilité des coopérations horizontales en vertu de l'article 53. L'acte susmentionné visé au point 6 à l'annexe XIV de l'accord EEE [règlement (CEE) n° 417/85⁽³⁾], modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 2236/97⁽⁴⁾ et l'acte précité visé au point 7 à l'annexe XIV de l'accord EEE [règlement (CEE) n° 418/85⁽⁵⁾], modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 2236/97] prévoyaient respectivement l'exemption de certaines formes d'accords de spécialisation et d'accords de recherche et de développement. Ces deux règlements d'exemption par catégorie ont été remplacés par l'acte désormais visé au point 6 de l'annexe XIV de l'accord EEE [règlement (CE) n° 2658/2000⁽⁶⁾] concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE à des catégories d'accords de spécialisation (le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation) et par l'acte désormais visé au point 7 de l'annexe XIV de l'accord EEE [règlement (CE) n° 2659/2000⁽⁷⁾] concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE à des catégories d'accords de recherche et de développement (le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la recherche et du développement). Les deux communications fournissaient des indications concernant certains types de coopération ne relevant pas de l'article 53⁽⁸⁾ et sur l'appréciation des entreprises communes à caractère coopératif⁽⁹⁾.
6. L'évolution constante des marchés a conduit à une diversification croissante des formes de coopération horizontale et à un recours accru à ce type de coopération. Des lignes directrices plus complètes et à jour s'imposent donc pour que les conditions d'applicabilité de l'article 53 dans ce domaine soient plus claires et plus transparentes. L'appréciation des coopérations horizontales doit mettre davantage l'accent sur les critères économiques, de manière à mieux tenir compte des changements intervenus récemment dans la mise en œuvre des règles de concurrence et dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes⁽¹⁰⁾.
7. L'objet des présentes lignes directrices est de fournir un cadre analytique pour les types de coopération horizontale les plus courants. Ce cadre est forgé principalement sur la base de critères utiles pour l'analyse du contexte économique dans lequel s'inscrit un accord de coopération donné. Des critères économiques comme celui du pouvoir de marché des parties ainsi que d'autres facteurs liés à la structure des marchés sont un élément-clé de l'appréciation des effets qu'une coopération est susceptible de produire sur les marchés et, partant, pour son appréciation au regard de l'article 53. Étant donné l'énorme diversité des types de coopération horizontale et de leurs combinaisons, ainsi que des conditions du marché qui les entourent, il est impossible d'apporter des réponses adaptées à chaque scénario envisageable. Le présent cadre analytique, fondé sur des critères économiques, aidera néanmoins les entreprises à évaluer au cas par cas la compatibilité de leurs accords de coopération avec l'article 53.
8. Non seulement les présentes lignes directrices remplacent les communications citées au paragraphe 5, mais elles couvrent en outre un éventail plus large des types d'accords horizontaux les plus courants. Elles viennent compléter les règlements d'exemption par catégorie en faveur de la recherche et du développement ainsi que de la spécialisation.

⁽³⁾ JO L 53 du 22.2.1985, p. 1.

⁽⁴⁾ JO L 306 du 11.11.1997, p. 12.

⁽⁵⁾ JO L 53 du 22.2.1985, p. 5.

⁽⁶⁾ JO L 304 du 5.12.2000, p. 3, tel qu'intégré dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte de l'EEE n° 113/2000 du 22.12.2000 (JO L 52 du 22.2.2001, p. 38, et supplément EEE n° 9 du JO du 22.2.2001, p. 5), entrée en vigueur le 1.1.2001.

⁽⁷⁾ JO L 304 du 5.12.2000, p. 7, tel qu'intégré dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte de l'EEE n° 113/2000 du 22.12.2000 (JO L 52 du 22.2.2001, p. 38, et supplément EEE n° 9 du JO du 22.2.2001, p. 5), entrée en vigueur le 1.1.2001.

⁽⁸⁾ JO L 153 du 18.6.1994, p. 25 et supplément EEE n° 15 du JO du 18.6.1994, p. 24.

⁽⁹⁾ JO L 186 du 21.7.1994, p. 58 et supplément EEE n° 22 du JO du 21.7.1994, p. 4.

⁽¹⁰⁾ Les décisions de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes sont pertinentes pour la pratique de l'Autorité, conformément à l'article 6 de l'accord EEE et à l'article 3 de l'accord «surveillance et Cour».

1.2. Champ d'application des présentes lignes directrices

9. Les présentes lignes directrices régissent les accords ou pratiques concertées (ci-après dénommés «accords») entre deux ou plusieurs entreprises opérant au(x) même(s) niveau(x) du marché (par exemple, au même niveau de la production ou de la distribution). Dans ce contexte, l'accent est mis sur la coopération entre concurrents. Aux fins des présentes lignes directrices, on entend par «concurrents» à la fois les concurrents existants⁽¹¹⁾ et les concurrents potentiels⁽¹²⁾.
10. Les présentes lignes directrices ne traitent toutefois pas de tous les accords horizontaux. Elles se limitent aux types de coopération qui génèrent potentiellement des gains d'efficacité, comme les accords de recherche et développement, de production, d'achat, de commerciali-

sation, de normalisation ou de protection de l'environnement. D'autres types d'accords horizontaux entre entreprises concurrentes, portant par exemple sur les échanges d'informations ou les participations minoritaires, seront traités séparément.

11. Les accords conclus entre des entreprises situées à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, autrement dit les accords verticaux, sont en principe exclus du champ d'application des présentes lignes directrices et font l'objet de l'acte visé au point 2 de l'annexe XIV de l'accord EEE [règlement (CE) n° 2790/1999⁽¹³⁾] concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (le règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales) et dans les lignes directrices de l'Autorité sur les restrictions verticales⁽¹⁴⁾. Toutefois, dans la mesure où des accords verticaux, par exemple des accords de distribution, seraient conclus entre des concurrents, leurs effets sur le marché et les problèmes de concurrence qu'ils peuvent entraîner sont similaires à ceux des accords horizontaux. Ces accords doivent par conséquent être appréciés selon les principes exposés dans les présentes lignes directrices. Cela n'empêche pas d'appliquer également à ces accords les lignes directrices sur les restrictions verticales afin d'apprécier les restrictions de ce type qu'ils contiennent⁽¹⁵⁾.
12. Les accords peuvent combiner différents stades de coopération, par exemple les activités de recherche et de développement avec la fabrication des produits issus de ces activités. À moins de tomber sous le coup de l'article 57 de l'accord EEE relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, ces accords sont régis par les présentes lignes directrices. Le centre de gravité de la coopération détermine la section des présentes lignes directrices qui est applicable à l'accord considéré. Pour définir ce centre de gravité, deux facteurs en particulier doivent être pris en considération: premièrement, le point de départ de la coopération et, deuxièmement, le degré d'intégration des différentes fonctions qui sont ainsi combinées. Une coopération qui implique la mise en commun des activités de recherche et de développement et la fabrication commune des produits issus de ces activités serait donc, normalement, régie par la section consacrée aux «accords de recherche et de développement», dans la mesure où la production en commun ne peut avoir lieu que si les travaux

⁽¹¹⁾ Une entreprise est considérée comme un concurrent existant si elle est présente sur le même marché en cause ou si, en l'absence d'accord, elle est capable d'adapter sa production en vue de la fabrication des produits en cause et de les commercialiser à court terme sans supporter aucun coût ni risque supplémentaire élevé en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs (substituabilité directe du côté de l'offre). Le même raisonnement peut conduire au regroupement de différentes zones géographiques. En revanche, lorsque la substituabilité au niveau de l'offre contraint une entreprise à apporter d'importantes modifications à ses immobilisations corporelles et incorporelles existantes afin de les adapter, à réaliser de lourds investissements supplémentaires, à prendre des décisions stratégiques ou lui fait subir des retards importants, l'entreprise en question ne saurait être considérée comme un concurrent existant, mais comme un concurrent potentiel (voir ci-dessous). Voir la communication de l'Autorité sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence dans l'EEE (JO L 200 du 16.7.1998, p. 48 et supplément EEE n° 28 du JO du 16.7.1998, p. 3).

⁽¹²⁾ Une entreprise est considérée comme un concurrent potentiel si certains indices donnent à penser qu'en l'absence d'accord, elle pourrait et serait prête à consentir les investissements supplémentaires ou les autres coûts d'adaptation nécessaires pour pouvoir entrer sur le marché en cause, en réaction à une augmentation légère mais durable des prix relatifs. Cette appréciation doit se fonder sur une approche réaliste, la possibilité purement théorique d'une entrée sur le marché n'étant pas suffisante [voir la communication de l'Autorité sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence dans l'EEE (point 24); voir aussi le treizième rapport de la Commission sur la politique de concurrence, point 55, ainsi que la décision 90/410/CEE de la Commission du 13 juillet 1990 dans l'affaire Elopak/Metal Box-Odin, (JO L 209 du 8.8.1990, p. 15)]. L'entrée sur le marché doit pouvoir s'effectuer suffisamment rapidement pour que la menace d'une entrée potentielle pèse sur le comportement des participants au marché. Normalement, cela signifie que l'entrée doit s'effectuer dans un délai court. Les lignes directrices de l'Autorité sur les restrictions verticales (décision de l'Autorité n° 250/01/COL du 25 juillet 2001, non encore publiée, point 26) envisagent un délai maximal d'un an aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales (voir la note 14 de bas de page). Dans certains cas, des délais plus longs peuvent néanmoins être pris en considération. Le temps nécessaire aux sociétés déjà présentes sur le marché pour ajuster leurs capacités peut servir de critère pour déterminer ce délai.

⁽¹³⁾ JO L 336 du 29.12.1999, p. 21.

⁽¹⁴⁾ Décision de l'Autorité n° 250/01/COL du 25 juillet 2001, non encore publiée.

⁽¹⁵⁾ La distinction entre accords horizontaux et accords verticaux sera examinée plus en détail dans les sections consacrées aux accords d'achat (section 4) et aux accords de commercialisation (section 5). Voir aussi les lignes directrices sur les restrictions verticales, paragraphes 26 et 29.

communs de recherche et de développement aboutissent. Cela signifie que les résultats de ces travaux sont déterminants pour la production. L'accord de recherche et de développement peut donc être considéré comme le point de départ de la coopération. La conclusion serait différente si l'accord prévoyait une intégration totale des activités de production et une intégration seulement partielle de certaines activités de recherche et de développement. Dans ce cas, les éventuels effets anticoncurrentiels et les avantages économiques potentiels de la coopération seraient étroitement liés à la production en commun, de sorte que l'accord serait examiné à la lumière des principes exposés dans la section relative aux «accords de production». Les arrangements plus complexes, comme les alliances stratégiques combinant, de diverses manières, un certain nombre de domaines et de moyens de coopération différents, ne sont pas visés par les présentes lignes directrices. L'appréciation de chaque domaine de coopération au sein d'une alliance peut être réalisée en se reportant à la section correspondante des présentes lignes directrices. Un arrangement complexe doit néanmoins être analysé dans son ensemble. Étant donné la diversité des domaines qui peuvent être combinés au sein d'une alliance, il est impossible de donner des indications générales pour l'appréciation globale de tels arrangements. Il est impossible d'apprécier la compatibilité avec les règles de concurrence des alliances ou d'autres formes de coopération qui sont essentiellement des déclarations d'intentions, tant que leur champ d'application n'est pas défini précisément.

13. Les critères exposés dans les présentes lignes directrices s'appliquent à des formes de coopération concernant tant les produits que les services relevant du champ d'application de l'accord EEE ⁽¹⁶⁾, qualifiés collectivement de «produits». Ils ne s'appliquent pas, en revanche, lorsqu'il existe déjà une réglementation sectorielle, comme c'est le cas dans les transports et les assurances ⁽¹⁷⁾. Les opérations qui relèvent de l'article 57 de

⁽¹⁶⁾ Il convient de noter que l'accord EEE a une portée restreinte en comparaison du traité CE, notamment en raison de l'absence d'union douanière et de son application limitée à certains produits en vertu de son article 8.

⁽¹⁷⁾ Point 10 de l'annexe XIV de l'accord EEE et chapitre VI du protocole 4 de l'accord «surveillance et Cour» [règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil, (JO L 175 du 23.7.1968, p. 1)] (transport par chemin de fer, route et voies navigables); point 11 de l'annexe XIV de l'accord EEE et chapitre IX du protocole 4 de l'accord Surveillance et Cour [règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil, (JO L 378 du 31.12.1968, p. 4)] (transports maritimes); chapitre XI du protocole 4 de l'accord «surveillance et Cour» [règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil, (JO L 374 du 31.12.1987, p. 1)] (transports aériens); point 11 b) de l'annexe XIV de l'accord EEE et chapitre IX du protocole 4 de l'accord «surveillance et Cour» [règlement (CEE) n° 1617/93 de la Commission, (JO L 155 du 26.6.1993, p. 18)] (exemption par catégorie concernant la planification conjointe et la coordination des horaires, l'exploitation de services en commun, les consultations tarifaires sur le transport de passagers et de fret sur les services aériens réguliers et la répartition des créneaux horaires dans les aéroports); point 11 c) de l'annexe XIV de l'accord EEE [règlement (CEE) n° 823/2000 de la Commission, (JO L 100 du 20.4.2000, p. 24)] (exemption par catégorie de certains accords entre compagnies maritimes de ligne); point 15 a) de l'annexe XIV de l'accord EEE [règlement (CEE) n° 3932/92 de la Commission, (JO L 398 du 31.12.1992, p. 7)] (exemption par catégorie de certains accords dans le domaine des assurances).

l'accord EEE ne sont pas non plus concernées par les présentes lignes directrices.

14. L'article 53 ne s'applique qu'aux accords de coopération horizontale susceptibles d'affecter les échanges entre les parties contractantes à l'accord EEE. Les présentes lignes directrices ne portent pas sur l'analyse de la capacité d'un accord donné d'affecter le commerce. Les principes relatifs à l'applicabilité de l'article 53 qui sont exposés ci-après partent donc de l'hypothèse selon laquelle le commerce entre les parties contractantes à l'accord EEE est affecté. En pratique, la question appelle toutefois un examen au cas par cas.
15. L'article 53 ne s'applique pas aux accords d'importance mineure car ils ne peuvent restreindre sensiblement la concurrence par leur objet ou leur effet. Les présentes lignes directrices ne préjugent pas de l'application de la communication sur la «règle de minimis» actuellement en vigueur ni de toute communication future en la matière ⁽¹⁸⁾.
16. L'appréciation au regard de l'article 53 telle qu'elle est décrite dans les présentes lignes directrices ne porte pas atteinte à l'application de l'article 54 de l'accord EEE à des accords de coopération horizontale. En outre, les présentes lignes directrices ne préjugent pas la position que pourraient adopter la Cour de l'AELE, le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes en ce qui concerne l'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, aux accords verticaux.

1.3. Principes fondamentaux sur lesquels repose l'appréciation au regard de l'article 53

1.3.1. Article 53, paragraphe 1

17. L'article 53, paragraphe 1, s'applique aux accords de coopération horizontale qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence (effets dénommés ci-après «restrictions de concurrence»).
18. Dans certains cas, la nature de la coopération indique d'emblée que l'article 53, paragraphe 1, est applicable. Tel est le cas des accords qui ont pour objet de restreindre la concurrence par la fixation des prix, la limitation de la production ou encore la répartition des marchés ou

⁽¹⁸⁾ Voir la communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, (JO L 200 du 16.7.1998, p. 55 et supplément EEE n° 28 dudit Journal officiel, p. 13).

des clients. Ces accords sont présumés produire des effets négatifs sur le marché. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner leurs effets réels sur la concurrence et le marché pour établir qu'ils tombent sous le coup de l'article 53, paragraphe 1.

19. De nombreux accords de coopération horizontale n'ont cependant pas pour objet de restreindre la concurrence. Il est alors nécessaire d'analyser les effets de chaque accord. Dans le cadre de cette analyse, il ne suffit pas que l'accord limite la concurrence entre les parties, mais il faut aussi qu'il soit susceptible d'affecter la concurrence sur le marché dans une mesure telle qu'on peut s'attendre à des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou encore la variété ou la qualité des biens et des services.
20. La capacité de l'accord en question de causer ou non pareils effets négatifs dépend du contexte économique, de sorte qu'il faut tenir compte à la fois de la nature de l'accord et du pouvoir de marché cumulé des parties, lequel détermine, avec d'autres facteurs structurels, la capacité de la coopération d'affecter de façon significative la concurrence globale.

Nature de l'accord

21. La nature d'un accord est définie par des éléments tels que le domaine et l'objectif de la coopération, les rapports de concurrence entre les parties et l'étendue de la combinaison de leurs activités. Ces éléments indiquent la probabilité d'une coordination du comportement des parties sur le marché.
22. Certains types d'accords, comme la plupart des accords de recherche et de développement ou la plupart des coopérations en matière de normalisation ou d'amélioration des conditions de protection de l'environnement, risquent moins de comporter des restrictions touchant aux prix ou à la production. Les éventuels effets négatifs que peuvent avoir ces types d'accords portent plutôt sur l'innovation ou la diversité des produits. Ils peuvent aussi créer des problèmes de verrouillage des marchés.
23. D'autres types de coopération, tels que les accords sur la production ou les achats, comportent généralement un certain partage des coûts (totaux). Si les coûts partagés sont importants, il est plus facile aux parties de coordonner les prix et la production. Pour que les coûts communs soient importants, il faut que certaines conditions soient réunies: d'une part, le domaine de coopération, par exemple la production ou les achats, doit représenter

une forte proportion des coûts totaux sur un marché donné; d'autre part, les parties doivent combiner dans une large mesure leurs activités dans le domaine visé par la coopération. C'est notamment le cas lorsqu'elles fabriquent ou achètent en commun un produit intermédiaire important ou une forte part de leur production totale d'un bien final.

Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

24. Par nature, certaines catégories d'accords ne tombent pas sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Il s'agit normalement des coopérations qui n'impliquent aucune coordination du comportement concurrentiel des parties sur le marché, comme dans les cas suivants:
- coopération entre des entreprises non concurrentes,
 - coopération entre des entreprises concurrentes qui ne peuvent mener à bien indépendamment le projet ou l'activité visés par la coopération,
 - coopération portant sur une activité qui n'influence pas les paramètres de la concurrence pris en considération.

Ces types de coopération ne peuvent relever de l'article 53, paragraphe 1, que lorsque les participants sont des entreprises ayant un pouvoir de marché important⁽¹⁹⁾, et susceptibles de fermer le marché à des tiers.

Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

25. Une autre catégorie d'accords peut être considérée d'emblée comme tombant généralement sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Il s'agit des accords de coopération qui ont pour objet de restreindre la concurrence en fixant les prix, en limitant la production ou en répartissant les marchés ou la clientèle. Ces restrictions sont considérées comme les plus dangereuses, car elles ont une incidence directe sur le résultat du jeu de la concurrence. La fixation des prix et la limitation de la production ont comme conséquence directe que les utilisateurs paient des prix plus élevés ou ne disposent pas des quantités souhaitées. La répartition des marchés ou des clients réduit le choix des utilisateurs et, partant, se traduit aussi par des prix plus élevés ou une réduction de la production. Ces coopérations sont donc présumées

⁽¹⁹⁾ Des sociétés peuvent avoir un pouvoir de marché significatif sans atteindre le niveau de domination du marché, qui constitue le seuil pour l'application de l'article 54.

produire des effets négatifs sur le marché. Elles sont donc presque toujours interdites ⁽²⁰⁾.

Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

26. Les accords qui n'entrent pas dans les catégories précitées doivent faire l'objet d'un complément d'analyse afin de déterminer s'ils relèvent de l'article 53, paragraphe 1. L'analyse doit faire appel à des critères liés au marché, tels que la position des parties sur les marchés ainsi que d'autres facteurs structurels.

Puissance de marché et structure des marchés

27. Le point de départ de l'analyse est la position des parties sur les marchés affectés par la coopération. Cela permet de déterminer si les parties sont susceptibles de maintenir, d'acquérir ou de renforcer un pouvoir de marché grâce à la coopération, c'est-à-dire si elles ont la capacité de produire des effets négatifs sur le marché en ce qui concerne les prix, la production, l'innovation ou encore la variété ou la qualité des biens et des services. Pour mener à bien cette analyse, il faut définir le ou les marchés en cause en utilisant la méthode décrite dans la communication de l'Autorité sur la définition du marché en cause ⁽²¹⁾. Pour certains types de marché concerné, comme ceux des achats ou des technologies, on pourra trouver dans les présentes lignes directrices des indications complémentaires.

28. Si la part de marché cumulée des parties est faible ⁽²²⁾, il est peu probable que la coopération produise des

effets restrictifs et il n'est normalement pas nécessaire d'approfondir l'analyse. Si l'une des parties à un accord limité à deux parties n'a qu'une part de marché insignifiante et si elle ne possède pas des ressources importantes, même une part de marché cumulée élevée ne peut normalement pas être considérée comme l'indice d'un effet restrictif de la concurrence sur le marché ⁽²³⁾. Étant donné la diversité des formes de coopération et des effets qu'elles peuvent produire sur les marchés en fonction des conditions qui y règnent, il est impossible de définir un seuil de part de marché général à partir duquel on pourrait présumer l'existence d'un pouvoir de marché suffisant pour causer des effets restrictifs.

29. Outre la position sur le marché des parties et le cumul des parts de marché, il peut s'avérer nécessaire de prendre en considération, en tant qu'élément supplémentaire pour l'appréciation des effets de la coopération sur la concurrence, la concentration du marché, c'est-à-dire la position et le nombre des concurrents. On peut utiliser l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH), qui est égal à la somme des carrés des parts de marché détenues par chaque concurrent ⁽²⁴⁾: pour un IHH inférieur à 1 000, la concentration du marché est qualifiée de faible, pour un IHH compris entre 1 000 et 1 800, le degré de concentration est modéré et pour un IHH supérieur à 1 800, le degré de concentration est élevé. Un autre indicateur possible est le coefficient de concentration des plus grandes entreprises, qui correspond à la somme des parts de marché respectives des principaux concurrents ⁽²⁵⁾.

30. En fonction de la position des parties sur un marché et de l'indice de concentration de ce même marché, il faudra également tenir compte d'autres facteurs, comme la stabilité des parts de marché sur la durée, les barrières à l'entrée, la probabilité d'autres entrées sur le marché, la puissance compensatrice des acheteurs/fournisseurs ou la nature des produits (par exemple, homogénéité, maturité). Lorsque des effets sur la concurrence en matière d'innovation sont probables mais ne peuvent être évalués d'une manière appropriée sur la base des marchés existants, il peut s'avérer nécessaire de tenir compte de facteurs spécifiques pour pouvoir analyser ces effets (section 2, accords de recherche et de développement).

⁽²⁰⁾ Les entreprises communes de production font cependant exception à cette règle. Il est inhérent au fonctionnement d'une telle entreprise que les décisions concernant la production soient prises conjointement par les parties. Si l'entreprise commune commercialise aussi les biens fabriqués en commun, les décisions concernant les prix doivent être prises conjointement par les parties à un tel accord. Dans ce cas, l'insertion de dispositions concernant les prix ou la production ne fait pas automatiquement tomber l'accord sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Les dispositions concernant les prix ou la production devront être appréciées conjointement avec les autres effets de l'entreprise commune sur le marché pour déterminer l'applicabilité de l'article 53, paragraphe 1 (voir paragraphe 90).

⁽²¹⁾ Voir la communication de l'Autorité de surveillance AELE sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence dans l'EEE (JO L 200 du 16.7.1998, p. 48 et supplément EEE n° 28, dudit Journal officiel, p. 3).

⁽²²⁾ Les parts de marché doivent en principe être calculées sur la base de la valeur des ventes réalisées sur le marché (voir l'article 6 du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D et l'article 6 du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation). Pour déterminer la part de marché d'une partie sur un marché donné, il faut tenir compte des entreprises qui sont liées aux parties (voir l'article 2, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D et l'article 2, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation).

⁽²³⁾ Si le nombre de parties est supérieur à deux, la part de marché collective de tous les concurrents participants doit être sensiblement plus élevée que la part individuelle du plus important d'entre eux.

⁽²⁴⁾ Un marché composé de quatre entreprises dont les parts de marché sont respectivement de 30 %, 25 %, 25 % et 20 % a un IHH de 2 550 (900 + 625 + 625 + 400) avant la coopération. Si les deux premières entreprises du marché s'engagent dans une coopération, l'IHH passe à 4 050 (3 024 + 625 + 400) avec la coopération. Cet IHH résultant de la coopération est important pour l'appréciation des éventuels effets de ladite coopération sur le marché.

⁽²⁵⁾ Par exemple, le coefficient de concentration de trois entreprises C3 correspond à la somme des parts de marché des trois principaux concurrents en présence.

1.3.2. Article 53, paragraphe 3

31. Les accords tombant sous le coup de l'article 53, paragraphe 1, peuvent bénéficier d'une exemption sous réserve que les conditions prévues à l'article 53, paragraphe 3, soit respectées. Il en va ainsi lorsque l'accord:

- contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique,
 - réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte,
- et sans:
- imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
 - donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en causes, d'éliminer la concurrence.

Avantages économiques

32. Selon la première condition, l'accord doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. Ces avantages ayant trait à des gains d'efficacité statiques ou dynamiques, il est possible de les qualifier d'«avantages économiques». Ces derniers peuvent contrebalancer les effets restrictifs sur la concurrence. À titre d'exemple, une coopération peut permettre à des entreprises d'offrir des biens ou des services à des prix inférieurs, d'améliorer la qualité ou de lancer des innovations sur le marché plus rapidement. La plupart des gains d'efficacité découlent de la combinaison et de l'intégration de différentes compétences ou ressources. Les parties doivent faire la preuve que la coopération est susceptible de générer des gains d'efficacité qui ne pourraient être obtenus par des moyens moins restrictifs (voir également infra). Les allégations de gains d'efficacité doivent être étayées. Les suppositions ou les déclarations générales sur les réductions de coûts ne sauraient suffire.

33. L'Autorité ne tient pas compte des économies de coûts réalisées grâce à une réduction de la production, à un partage des marchés ou au simple exercice d'un pouvoir de marché.

Partie équitable réservée aux utilisateurs

34. Les avantages économiques doivent profiter non seulement aux parties à l'accord, mais aussi aux utilisateurs. En règle générale, la répercussion des avantages au niveau de l'utilisateur dépend de l'intensité de la concurrence

sur le marché en cause. Les pressions concurrentielles garantissent normalement que les avantages économiques d'un accord seront répercutés sur l'utilisateur par une baisse des prix ou incitent les entreprises à lancer de nouveaux produits sur le marché le plus tôt possible. Par conséquent, s'il subsiste sur le marché une concurrence suffisante pour exercer effectivement des contraintes sur les parties à l'accord, le jeu de la concurrence garantit normalement que les consommateurs obtiendront une partie équitable des avantages économiques qui résultent de cet accord.

Caractère indispensable

35. Les restrictions de concurrence doivent être nécessaires à la réalisation des avantages économiques. S'il existe des moyens moins restrictifs pour obtenir des avantages comparables, les gains d'efficacité allégués ne peuvent servir à justifier les restrictions de concurrence. Le caractère indispensable de chaque restriction dépend de la situation du marché et de la durée de l'accord. Ainsi, les accords d'exclusivité peuvent empêcher l'une des parties à l'accord de faire du parasitisme et pourraient donc être acceptables. Dans certains cas, en revanche, ils peuvent ne pas être nécessaires et risquent même d'aggraver les effets restrictifs.

Absence d'élimination de la concurrence

36. Le critère de non-élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en question renvoie à la notion de domination. Lorsqu'une entreprise est dominante ou le devient du fait d'un accord horizontal, un accord qui produit des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 53 ne peut en principe pas être exempté.

Règlements d'exemption par catégorie en faveur de la recherche et du développement et en faveur de la spécialisation

37. Sous certaines conditions, les critères énoncés à l'article 53, paragraphe 3, peuvent être présumés remplis pour certaines catégories d'accords. C'est notamment le cas des accords de recherche et de développement et des accords de production dans lesquels la combinaison de compétences ou d'actifs complémentaires peut générer des gains d'efficacité importants. Les présentes lignes directrices doivent être considérées comme complémentaires aux règlements d'exemption par catégorie en faveur de la R & D et de la spécialisation. Ceux-ci exemptent les catégories d'accords les plus courantes dans les domaines de la production/spécialisation jusqu'à un seuil de part de marché de 20 % et, dans celui de la recherche et du développement, jusqu'à un seuil de part de marché de 25 %, pour autant que les accords

en question remplissent les conditions requises pour bénéficier de l'exemption par catégorie et ne contiennent pas de restrictions fondamentales («liste noire» des clauses interdites) qui rendraient toute exemption par catégorie inapplicable. Les règlements d'exemption par catégorie ne prévoient pas la séparabilité pour les restrictions fondamentales. Si un accord comporte une ou plusieurs restrictions fondamentales, c'est l'accord dans son ensemble qui perd le bénéfice de l'exemption par catégorie.

1.4. Structure des sections suivantes concernant les types de coopération

38. Les présentes lignes directrices sont divisées en sections consacrées à certains types d'accords. Le cadre analytique décrit plus haut, au point 1.3, est repris dans chacune de ces sections. Le cas échéant, des indications spécifiques sont fournies sur la définition des marchés en cause (par exemple, en matière de recherche et de développement ou en ce qui concerne les marchés d'achat des produits).

2. ACCORDS DE RECHERCHE ET DE DÉVELOPPEMENT

2.1. Définition

39. Les accords de recherche et de développement peuvent varier, tant par leur forme que par leur champ d'application. Ils peuvent prévoir la sous-traitance de certaines activités de recherche et de développement, l'amélioration en commun de techniques existantes ou une coopération en matière de recherche, de développement et de commercialisation de produits totalement nouveaux. Ils peuvent prendre la forme d'accords de coopération ou d'entreprises contrôlées en commun. La présente section s'applique à toutes les formes d'accords de recherche et de développement, y compris les accords connexes sur la fabrication ou la commercialisation des produits issus de la recherche et du développement, sous réserve que le centre de gravité de la coopération soit la recherche et le développement, à l'exception des opérations de concentration et des entreprises communes qui relèvent de l'article 57 de l'accord EEE.

40. La coopération en matière de recherche et de développement peut réduire les coûts inutiles qui font double emploi, permettre un échange mutuellement fructueux et intensif d'idées et, dès lors, le développement plus rapide de produits et de techniques. En règle générale, la coopération en matière de recherche et de développement tend à accroître les activités de recherche et de développement dans leur ensemble.

41. Les petites et moyennes entreprises (PME) constituent une communauté dynamique et hétérogène, qui doit faire face à de nombreux défis, notamment les exigences accrues des grandes entreprises dont elles sont souvent les sous-traitants. Dans les secteurs à fort coefficient de recherche et développement, les PME à croissance rapide, souvent des «jeunes pousses», cherchent aussi à conquérir

une première place sur les segments de marché en plein développement. Pour pouvoir relever ces défis et rester compétitives, les PME doivent constamment innover. Grâce à la coopération en matière de recherche et de développement, on peut espérer une augmentation de l'ensemble des activités de recherche et de développement des PME et un renforcement de leur capacité de résister à la concurrence que leur opposent des entreprises plus puissantes.

42. Dans certains cas, toutefois, les accords de recherche et de développement peuvent entraîner des problèmes de concurrence, tels que des effets restrictifs sur les prix, la production, l'innovation, la diversité ou la qualité des produits.

2.2. Marchés en cause

43. La définition du marché en cause en vue de l'appréciation des effets d'un accord de recherche et de développement passe par la détermination des produits, des techniques ou des efforts de recherche et de développement qui exerceront une contrainte concurrentielle sur les parties. Parmi les différentes situations envisageables, on trouve, à un extrême, les innovations pouvant déboucher sur un produit (ou une technique) qui va concurrencer un marché de produits (ou de technologies) existant. C'est le cas des travaux de recherche et de développement axés sur des améliorations ou des modifications légères (par exemple, nouveaux modèles d'un produit). Dans ce scénario, les effets potentiels concernent le marché des produits existants. À l'autre extrême se situent les innovations pouvant déboucher sur un tout nouveau produit qui créera son propre marché (par exemple, un nouveau vaccin pour une maladie jusque-là incurable). Dans ce cas, les marchés existants ne constituent des marchés en cause que s'ils ont un quelconque lien avec l'innovation en question. C'est pourquoi il convient d'apprécier dans la mesure du possible les effets de la coopération sur l'innovation. Il y a des chances, toutefois, que la plupart des cas se rangent entre ces deux extrêmes: il s'agit des situations dans lesquelles les efforts d'innovation sont susceptibles de déboucher sur la mise au point de produits (ou de techniques) qui remplaceront, à terme, des produits (ou des techniques) existants (par exemple, les disques compacts, qui ont remplacé les disques classiques). L'analyse approfondie de ces situations pourrait exiger l'étude tant des marchés existants que de l'incidence de l'accord sur l'innovation.

Marchés existants

a) *Marchés de produits*

44. Lorsque la coopération porte sur des activités de recherche et de développement orientées vers l'amélioration de produits existants, ces derniers, y compris leurs produits de substitution proches, constituent le marché en cause concerné par la coopération⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ Pour la définition des marchés, voir la communication de l'Autorité de surveillance AELE sur la définition du marché en cause.

45. Si les efforts en matière de recherche et de développement visent à modifier profondément un produit existant, voire à lancer un nouveau produit qui remplacerait des produits existants, la substitution au produit existant peut être imparfaite ou ne se produire qu'à long terme. Les anciens produits et les nouveaux produits potentiels n'appartiendront probablement pas au même marché en cause. Le marché des produits existants peut néanmoins être un marché concerné, si la mise en commun des efforts de recherche et de développement est susceptible d'entraîner une coordination du comportement des parties en tant que fournisseurs des produits existants. L'exploitation d'un pouvoir de marché existant n'est toutefois possible que si les parties détiennent ensemble une position de force tant sur le marché des produits existants que dans les activités de recherche et de développement.
46. Si la recherche et le développement concernent un important composant d'un produit final, le marché en cause pour l'appréciation sera non seulement le marché de ce composant, mais également le marché du produit final existant. À titre d'exemple, si des constructeurs automobiles coopèrent pour la recherche et le développement d'un nouveau type de moteur, le marché automobile peut se trouver affecté par cette coopération. Cependant, le marché des produits finals n'est un marché en cause aux fins de l'appréciation que si le composant visé par ces efforts de recherche et de développement est techniquement ou économiquement un composant essentiel de ces produits finals et si les parties à l'accord de recherche et de développement sont d'importants concurrents sur le marché de ces produits finals.

b) *Marchés de technologies*

47. La coopération en matière de recherche et de développement peut également porter sur des technologies. Lorsque des droits de propriété intellectuelle sont commercialisés indépendamment des produits auxquels ils se rapportent, le marché technologique en cause doit aussi être défini. Les marchés de technologies comprennent les droits de propriété intellectuelle qui sont concédés sous licence ainsi que les technologies de substitution proches, c'est-à-dire d'autres technologies que les clients pourraient utiliser en remplacement.
48. La méthode à suivre pour définir les marchés de technologies s'inspire des mêmes principes que pour la définition des marchés de produits⁽²⁷⁾. En partant de la technologie qui est commercialisée par les parties, il faut identifier les autres technologies auxquelles les clients pourraient recourir en cas d'augmentation faible mais

permanente des prix relatifs. Une fois ces technologies identifiées, on peut calculer les parts de marché en divisant le revenu des licences généré par les parties par le revenu total des licences de tous les vendeurs de technologies substituables.

49. La position des parties sur le marché des technologies existantes est un critère pertinent pour l'appréciation d'une coopération en matière de recherche et de développement qui vise à améliorer sensiblement une technologie existante ou à mettre au point une nouvelle technologie appelée à remplacer une technologie existante. La part de marché des parties ne peut cependant servir que de point de départ pour cette analyse. Sur les marchés de technologies, la concurrence potentielle revêt une importance particulière. Si des sociétés qui ne concèdent pas encore de licences sur leur technologie sont susceptibles d'entrer sur le marché technologique, elles peuvent restreindre la capacité des parties à augmenter les prix de leur technologie (voir l'exemple 3 présenté ci-dessous).

Concurrence dans le domaine de l'innovation (efforts de recherche et de développement)

50. La coopération en matière de recherche et de développement peut ne pas affecter — ou ne pas affecter seulement — la concurrence sur les marchés existants, mais la concurrence sur le marché de l'innovation. Tel est le cas lorsque la coopération concerne le développement de nouveaux produits ou de nouvelles techniques qui sont, soit susceptibles — s'il s'agit de produits ou de techniques naissants — de remplacer un jour des produits ou des techniques existants, soit destinés à un nouvel usage et qui, dès lors, ne remplaceront pas des produits ou des techniques existants mais créeront une demande totalement nouvelle. Les effets sur la concurrence dans l'innovation sont importants dans de semblables situations, mais il peut arriver que leur évaluation soit insuffisante si l'analyse se limite à la concurrence réelle ou potentielle sur les marchés de produits ou de techniques existants. À cet égard, deux scénarios peuvent être distingués, en fonction de la nature du processus d'innovation dans un secteur d'activité donné.
51. Dans le premier scénario, applicable par exemple à l'industrie pharmaceutique, le processus d'innovation est structuré de telle manière qu'il est possible de déterminer très tôt des pôles de recherche et de développement. Ces pôles sont des travaux de recherche et de développement axés sur un nouveau produit ou une nouvelle technique, ainsi que les travaux de recherche et de développement de substitution, autrement dit la recherche et le développement de produits ou de techniques substituables à ceux qui font l'objet de la coopération considérée, ont un accès comparable aux ressources et suivent un calendrier similaire. Dans ce cas, l'analyse peut porter sur le fait de savoir s'il restera suffisamment de pôles de recherche et de développement après la mise en œuvre

⁽²⁷⁾ Communication de l'Autorité de surveillance AELE sur la définition du marché en cause; voir aussi, par exemple, la décision 94/811/CE de la Commission du 8 juin 1994 dans l'affaire n° IV/M.269 — Shell/Montecatini, (JO L 332 du 22.12.1994, p. 48).

de l'accord. Le point de départ de l'analyse est l'effort de recherche et de développement consenti par les parties. Il faut ensuite définir des pôles de recherche et de développement concurrents et crédibles. Pour mesurer la crédibilité de pôles concurrents, les aspects suivants doivent être pris en considération: la nature, le champ et l'importance d'autres efforts de recherche et de développement éventuels, leur accès aux ressources financières et humaines, au savoir-faire et aux brevets, ou à d'autres actifs spécifiques, leur calendrier et leur capacité d'exploiter les résultats éventuels. Un pôle de recherche et de développement n'est pas un pôle concurrent et crédible s'il ne peut être considéré comme une activité de substitution proche de l'effort de recherche et de développement des parties sous l'angle, par exemple, de l'accès aux ressources ou du calendrier.

52. Dans le second scénario, les efforts d'innovation dans un secteur ne sont pas structurés de manière suffisamment claire pour permettre la définition de pôles de recherche et de développement. Devant un tel scénario, l'Autorité de surveillance AELE, en l'absence de circonstances exceptionnelles, ne chercherait pas à évaluer les effets sur l'innovation d'une coopération donnée en matière de recherche et de développement et limiterait son appréciation aux marchés de produits ou de technologies qui ont un rapport avec la coopération en question.

Calcul des parts de marché

53. Le calcul des parts de marché, que ce soit aux fins du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D ou des présentes lignes directrices, doit refléter la distinction entre les marchés existants et la concurrence dans le domaine de l'innovation. Au début d'une coopération, le point de référence est le marché des produits susceptibles d'être améliorés ou remplacés par les produits en développement. Si l'accord de R & D ne vise qu'à améliorer ou à affiner des produits existants, ce marché inclut les produits directement concernés par la R & D. On peut donc calculer les parts de marché sur la base de la valeur des ventes des produits existants. Si la recherche et le développement visent à remplacer un produit existant, le nouveau produit pourra, en cas de succès, se substituer aux produits existants. Pour apprécier la position concurrentielle des parties, on peut, dans ce cas également, calculer les parts de marché sur la base de la valeur des ventes des produits existants. En conséquence, le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D base l'exemption de ce type d'accords sur la part «du marché en cause constitué par les produits susceptibles d'être améliorés ou remplacés par les produits contractuels». Pour que l'exemption soit applicable de plein droit, cette part de marché ne peut dépasser 25 %⁽²⁸⁾.

54. Si la recherche et le développement visent à développer un produit qui créera une demande entièrement nouvelle, il est impossible de calculer les parts de marché sur la base des ventes. On peut seulement analyser les effets de l'accord sur la concurrence dans le domaine de l'innovation. En conséquence, le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D exempte ces accords indépendamment de la part de marché pour une période de sept ans à compter de la date de première mise sur le marché⁽²⁹⁾. Toutefois, le bénéfice de l'exemption par catégorie peut être retiré au cas où l'accord éliminerait une concurrence efficace dans le domaine de l'innovation⁽³⁰⁾. Au terme de la période de sept ans, les parts de marché peuvent être calculées sur la base de la valeur des ventes, et le seuil de part de marché de 25 % devient applicable⁽³¹⁾.

2.3. Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 1

2.3.1. Nature de l'accord

2.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

55. La plupart des accords de recherche et de développement ne relèvent pas de l'article 53, paragraphe 1. Cela est vrai, tout d'abord, des accords prévoyant une coopération en matière de recherche et de développement à un stade assez théorique, très éloigné de l'exploitation des résultats éventuels.
56. En outre, la coopération en matière de recherche et de développement entre des entreprises non concurrentes ne restreint généralement pas la concurrence⁽³²⁾. Les relations de concurrence entre les parties doivent être analysées dans le contexte des marchés existants affectés et/ou de l'innovation. Si les parties ne sont pas à même d'effectuer indépendamment les travaux de recherche et de développement nécessaires, aucune concurrence n'est susceptible d'être restreinte. Cette remarque peut s'appliquer, par exemple, aux entreprises qui mettent en commun des compétences, des techniques et d'autres ressources complémentaires. La question de la concurrence potentielle doit être examinée en faisant preuve de réalisme. Ainsi, les parties ne sauraient être qualifiées de concurrents potentiels simplement parce que la coopération leur permet de mener ces activités de recherche et de développement. La question déterminante est de savoir si chaque partie dispose indépendamment des moyens nécessaires en termes d'actifs, de savoir-faire ou d'autres ressources.

⁽²⁹⁾ Article 4, paragraphe 1, du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D.

⁽³⁰⁾ Article 7, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D.

⁽³¹⁾ Article 4, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D.

⁽³²⁾ Une coopération en matière de recherche et de développement entre des entreprises non concurrentes peut néanmoins entraîner des effets de fermeture des marchés en vertu de l'article 53, paragraphe 1, si elle implique l'exploitation exclusive des résultats et si elle est conclue par des entreprises dont l'une a un pouvoir de marché important en liaison avec une technologie clé.

⁽²⁸⁾ Article 4, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D.

57. La coopération en matière de recherche et de développement qui passe par la sous-traitance d'activités de recherche et de développement auparavant internes à l'entreprise est souvent le fait d'entreprises spécialisées, d'instituts de recherche ou de centres universitaires qui ne participent pas à l'exploitation des résultats issus de ces travaux. Il s'agit généralement d'accords assortis d'un transfert de savoir-faire et/ou d'une clause de fourniture exclusive sur les résultats éventuels. Étant donné le caractère complémentaire des participants à la coopération dans ce scénario, l'article 53, paragraphe 1, ne leur est pas applicable.
58. Une coopération en matière de recherche et de développement qui ne s'étend pas à l'exploitation commune des résultats par le biais de la concession de licences, de la production ou de la commercialisation, tombe rarement sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Ces accords «purs» de recherche et de développement ne peuvent poser un problème de concurrence que si la concurrence efficace dans le domaine de l'innovation est réduite de façon significative.
- 2.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 53, paragraphe 1
59. Si un accord n'a pas pour véritable objet la recherche et le développement mais bien la création d'une entente déguisée, c'est-à-dire la fixation des prix, la limitation de la production ou la répartition des marchés, pratiques qui sont par ailleurs interdites, il tombe sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Cependant, un accord de recherche et de développement qui inclurait l'exploitation en commun des éventuels résultats à venir ne serait pas nécessairement restrictif pour la concurrence.
- 2.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1
60. Les accords de recherche et de développement qui ne peuvent être qualifiés d'accords manifestement non restrictifs peuvent tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1⁽³³⁾, et doivent être analysés dans leur contexte économique. Cette remarque vaut pour toute coopération en matière de recherche et de développement qui est établie à un stade assez proche de la mise sur le marché et qui est conclue par des entreprises en concurrence soit sur les marchés de produits ou de technologies existants, soit sur les marchés de l'innovation.
- 2.3.2. *Puissance de marché et structure des marchés*
61. La coopération en matière de recherche et de développement peut produire trois sortes d'effets négatifs sur les marchés: premièrement, elle peut restreindre l'innovation, deuxièmement, elle peut entraîner la coordination
- du comportement des parties sur les marchés existants et, troisièmement, des problèmes de fermeture peuvent apparaître au stade de l'exploitation des résultats. Ces types d'effets négatifs sur les marchés ne sont toutefois susceptibles de se produire que lorsque les participants à la coopération sont très puissants sur les marchés existants ou que la concurrence dans l'innovation est réduite de façon significative. En l'absence de pouvoir de marché, les entreprises ne sont pas tentées de coordonner leur comportement sur les marchés existants ni de réduire ou de ralentir l'innovation. Les problèmes de fermeture ne peuvent se poser que dans le cadre d'une coopération à laquelle participe au moins une entreprise ayant un pouvoir de marché important en liaison avec une technologie clé et qui implique une exploitation exclusive des résultats.
62. Il n'existe pas de seuil absolu de part de marché indiquant qu'un accord de recherche et de développement crée un certain pouvoir de marché et relève par conséquent de l'article 53, paragraphe 1. Toutefois, les accords de recherche et de développement sont exemptés pour autant qu'ils soient conclus entre des parties dont la part de marché cumulée n'excède pas 25 % et que les autres conditions d'application du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D soient remplies. Pour la plupart des accords de recherche et de développement, les effets restrictifs ne doivent par conséquent être analysés que si la part de marché cumulée des parties excède 25 %.
63. Les accords qui, en raison de la position plus forte détenue par les parties sur un marché, ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D ne restreignent pas nécessairement la concurrence. Cependant, plus la position cumulée des parties sur les marchés existants est forte, ou plus la concurrence dans le domaine de l'innovation est restreinte, plus les risques sont élevés que l'article 53, paragraphe 1, soit applicable et que l'appréciation de l'accord en question exige une analyse plus précise.
64. Si la recherche et le développement sont destinés à améliorer ou perfectionner des produits ou des techniques existants, les effets qui pourraient en découler concernent le ou les marchés en cause pour ces produits ou techniques existants. Les effets sur les prix, la production ou l'innovation sur les marchés existants ne sont toutefois possibles que si les parties détiennent ensemble une position de force, si l'entrée sur ces marchés est difficile et si les autres activités d'innovation sont faibles. En outre, si les travaux de recherche et de développement ne portent que sur un produit intermédiaire relativement secondaire, entrant dans la composition d'un produit final, les effets sur la concurrence pour ce produit final seront, à supposer qu'il y en ait, très limités. En règle générale, une distinction doit être établie entre les accords purs de recherche et de développement et une coopération plus large qui s'étendrait à différents stades de l'exploitation des résultats (c'est-à-dire l'octroi de licences, la production et la commercialisation). Comme il est dit plus haut, les accords purs de recherche et de développement tombent rarement sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Cela

⁽³³⁾ En vertu de l'article 4, paragraphe 2, point 3, du chapitre II du protocole 4 de l'accord «surveillance et Cour», les accords ayant pour seul objet la recherche et le développement en commun peuvent être notifiés à l'Autorité de surveillance AELE, sans que ce soit une obligation.

vaut tout particulièrement pour les travaux de recherche et de développement visant à une amélioration limitée de produits ou de techniques existants. Si, dans un tel scénario, la coopération en matière de recherche et de développement englobe une exploitation conjointe limitée à la concession de licences, des effets restrictifs comme la fermeture du marché sont peu probables. En revanche, si la coopération s'étend à la production ou à la commercialisation en commun des produits ou des techniques auxquels ces légères améliorations seront apportées, elle doit faire l'objet d'un examen plus attentif. D'une part, en effet, des effets négatifs sur les prix et la production sur les marchés existants sont plus probables si la coopération associe de gros concurrents. D'autre part, la coopération peut s'apparenter davantage à un accord de production dans la mesure où les activités de recherche et de développement risquent de ne pas constituer, en réalité, le centre de gravité d'une telle collaboration.

65. Si les activités de recherche et de développement sont consacrées à la mise au point d'un produit (ou d'une technique) tout à fait nouveau qui créera son propre marché, les effets sur les prix et la production sur les marchés existants sont relativement improbables. L'analyse doit se concentrer sur les restrictions pouvant affecter l'innovation et concernant, par exemple, la qualité et la diversité des futurs produits ou techniques potentiels ou encore le rythme de l'innovation. Ces effets restrictifs peuvent se produire lorsque deux ou plusieurs des quelques entreprises qui développent ce nouveau produit commencent à coopérer à un stade où chacune d'elles est, indépendamment, sur le point de lancer ce produit. Il peut alors y avoir restriction de l'innovation même en présence d'un accord pur de recherche et de développement. Néanmoins, la coopération en matière de recherche et de développement pour la mise au point d'un produit totalement nouveau a, en général, des effets positifs sur la concurrence. Ce principe reste valable, dans une large mesure, si la coopération s'étend à l'exploitation en commun des résultats, voire à leur commercialisation commune. L'exploitation en commun ne pose un problème, dans ces cas-là, que si des entreprises se voient de ce fait interdire l'accès à des technologies clés. Ce genre de problème disparaît, en revanche, si les parties accordent des licences à des tiers.
66. La plupart des accords de recherche et de développement se situent plus ou moins à mi-chemin entre les deux situations extrêmes décrites ci-dessus. Ils peuvent donc produire des effets sur l'innovation et avoir des répercussions sur les marchés existants. Il peut dès lors être utile d'étudier à la fois le marché existant et l'incidence sur l'innovation pour mesurer les positions cumulées des deux parties, le degré de concentration des marchés, le nombre d'entreprises, notamment celles qui innovent, et les conditions d'entrée sur les marchés. On note parfois des effets restrictifs sur les prix ou la production sur les marchés existants et des effets négatifs sur l'innovation en raison d'un ralentissement du développement. Par exemple, si d'importants concurrents sur un marché de technologies existant coopèrent afin de mettre au point une nouvelle technique susceptible de remplacer, à terme, des produits existants, cette coopération causera

probablement des effets restrictifs si les parties ont un pouvoir important sur le marché existant (ce qui les inciterait à exploiter cette puissance) et si elles occupent aussi une position solide dans les activités de recherche et de développement. Des effets similaires sont possibles si la principale entreprise d'un marché existant coopère avec un concurrent beaucoup plus petit, voire avec un concurrent potentiel qui est sur le point de faire son apparition sur le marché avec un nouveau produit ou une nouvelle technique pouvant menacer la position de l'entreprise en place.

67. Certains accords peuvent également ne pas bénéficier de l'exemption par catégorie, quel que soit le pouvoir de marché des parties. C'est notamment le cas des accords qui limitent l'accès d'une partie aux résultats des travaux dans la mesure où, généralement, ils ne favorisent pas le progrès économique et technique par une plus grande diffusion des connaissances techniques entre les parties⁽³⁴⁾. Le règlement d'exemption par catégorie prévoit une exception à cette règle générale pour ce qui est des centres universitaires, des instituts de recherche ou des sociétés spécialisées qui fournissent des services de recherche et de développement et qui ne participent pas à l'exploitation industrielle des résultats de la recherche et du développement⁽³⁵⁾. Il convient toutefois de noter que les accords qui prévoient des droits d'accès exclusifs peuvent, lorsqu'ils tombent sous le coup de l'article 53, paragraphe 1, remplir les critères d'exemption énoncés au paragraphe 3 dudit article, en particulier lorsque ces droits d'accès exclusifs sont économiquement indispensables étant donné le marché, les risques et les lourds investissements nécessaires pour pouvoir exploiter les résultats de la recherche et du développement.

2.4. **Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 3**

2.4.1. *Avantages économiques*

68. La plupart des accords de recherche et de développement, qu'ils prévoient ou non l'exploitation en commun des résultats, produisent des avantages économiques du fait des économies de coûts et de l'échange fructueux des idées et des expériences qu'ils permettent de réaliser, ce qui accélère la mise au point de produits ou de techniques nouveaux ou améliorés. Dans ces conditions, il semble justifié de prévoir l'exemption des accords de ce type qui entraînent une restriction de concurrence jusqu'à un seuil de part de marché au-dessous duquel on peut présumer, aux fins de l'application de l'article 53, paragraphe 3, en général, que les effets positifs des accords de recherche et de développement compensent toute incidence négative sur la concurrence. C'est pourquoi le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D exempte les accords de recherche et de développement qui remplissent certaines conditions (article 3) et qui ne contiennent pas de restrictions fondamentales (article 5), pour autant que la part de

⁽³⁴⁾ Article 3, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie en faveur des accords de R & D.

⁽³⁵⁾ Article 3, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie en faveur des accords de R & D.

marché cumulée des parties sur le marché ou les marchés affectés n'excède pas 25 %.

69. Si la coopération crée ou renforce un pouvoir de marché considérable, les parties doivent apporter la preuve que les avantages découlant de la coopération en matière de recherche et de développement sont significatifs, que la mise sur le marché de nouveaux produits ou de nouvelles techniques est plus rapide ou que d'autres gains d'efficacité sont générés.

2.4.2. Caractère indispensable

70. Un accord de recherche et de développement ne saurait être exempté s'il impose des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs précités. Le plus souvent, les clauses énumérées à l'article 5 du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R & D rendent impossible l'exemption, même après examen de l'accord, et peuvent donc être considérées comme un bon exemple des restrictions qui ne sont pas indispensables à la coopération.

2.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

71. Aucune exemption ne sera accordée si la possibilité est donnée aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits (ou des techniques) en cause. Lorsque, du fait d'un accord de recherche et de développement, une entreprise est dominante ou le devient sur un marché existant ou dans le domaine de l'innovation, un accord de ce type qui produit des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 53 ne peut en principe pas être exempté. Tel est, par exemple, le cas dans le domaine de l'innovation si l'accord combine les deux seuls pôles de recherche existants.

Date à laquelle l'examen de l'accord a lieu et durée de l'exemption

72. Les accords de recherche et de développement qui englobent la fabrication et la commercialisation en commun de nouveaux produits ou de nouvelles techniques exigent une attention particulière en ce qui concerne la date à laquelle l'appréciation est effectuée.
73. Au début d'une coopération en matière de recherche et de développement, par exemple, on ne sait généralement pas encore si la coopération sera réussie et quelles seront la position future des parties sur le marché et l'évolution des marchés de produits ou de techniques futurs. Par conséquent, l'appréciation de la coopération à la date de son établissement se limite aux marchés de produits ou de techniques existants ou aux marchés de l'innovation, tels qu'ils se présentent à cette date et sont décrits dans la présente section. S'il ressort de cette analyse que la concurrence ne risque pas d'être éliminée, l'accord de recherche et de développement peut bénéficier d'une exemption. Cette dernière est normalement accordée pour toute la durée de la phase de recherche et de développement, prolongée d'une période supplémentaire, si la coopération s'étend à la production et la commercialisation communes des résultats, pour tenir

compte du lancement et de la mise sur le marché éventuels des produits issus de ces activités de recherche et de développement. La raison qui justifie cette prolongation est que les premières entreprises à pénétrer sur un marché avec un nouveau produit ou une nouvelle technique acquièrent souvent, dans un premier temps, des parts de marché très élevées et que la réussite des activités de recherche et de développement se trouve fréquemment récompensée par une protection des droits de propriété intellectuelle associés. Normalement, une position de force sur un marché imputable à cet «avantage du précurseur» ne peut être interprétée comme une élimination de la concurrence. L'exemption par catégorie couvre donc les accords de recherche et de développement pendant une période supplémentaire de sept ans (autrement dit, au-delà de la phase de recherche et de développement proprement dite), indépendamment du fait de savoir si, au cours de cette période, les parties obtiennent ou non une part élevée du marché grâce à leur nouveau produit ou leur nouvelle technique. Cela vaut également pour l'appréciation cas par cas des coopérations ne relevant pas de l'exemption par catégorie, sous réserve que les critères énoncés à l'article 53, paragraphe 3, concernant les autres aspects de l'accord soient remplis. Cela n'exclut pas la possibilité qu'une période supérieure à sept ans satisfasse également aux critères prévus à l'article 53, paragraphe 3, s'il peut être établi que c'est la durée minimale nécessaire pour garantir un rendement suffisant des capitaux investis.

74. Si une coopération en matière de recherche et de développement fait l'objet d'un nouvel examen à l'issue de cette période — par exemple, à la suite d'une plainte — l'analyse doit se fonder sur la situation des marchés existants (à cette nouvelle date). L'exemption par catégorie reste applicable si la part de marché des parties sur le marché en cause (à cette date) ne dépasse pas 25 %. De même, l'article 53, paragraphe 3, continue à s'appliquer aux accords de recherche et de développement n'entrant pas dans le champ d'application de l'exemption par catégorie à condition que les critères soient remplis pour pouvoir bénéficier de l'exemption.

2.5. Exemples

75. Exemple 1

Situation: Imaginons deux grandes entreprises du marché EEE de la fabrication de composants électroniques existants, qui détiennent les parts de marché suivantes: entreprise A (30 %) et entreprise B (30 %). Elles ont réalisé chacune de lourds investissements dans les activités de recherche et de développement nécessaires à la mise au point de composants électroniques miniaturisés et ont développé des premiers prototypes. Elles conviennent maintenant de mettre en commun leurs efforts de recherche et de développement en créant une entreprise commune qui achèvera les travaux de recherche et de développement et produira les composants pour les revendre ensuite à ses sociétés fondatrices, qui les commercialiseront séparément. Les autres entreprises du marché sont de petites entreprises qui ne disposent pas des ressources suffisantes pour engager les investissements nécessaires.

Analyse: Les composants électroniques miniaturisés, quoique susceptibles de faire concurrence aux composants existants dans certains domaines, constituent essentiellement une nouvelle technique, de sorte qu'il faut analyser les pôles de recherche consacrés à ce marché futur. Si l'entreprise commune va jusqu'au bout de sa mission, il n'y aura plus qu'une seule voie d'accès aux techniques de fabrication nécessaires, alors qu'il semble probable que les entreprises A et B seraient à même d'entrer sur ce marché séparément avec leur propre produit. Même si l'accord peut présenter des avantages en permettant le lancement plus rapide d'une nouvelle technique, il n'en est pas moins vrai qu'il réduit aussi la diversité et donne aux parties la possibilité de partager certains coûts. En outre, il faut tenir compte du risque que les parties exploitent leur position de force sur le marché existant. Dans la mesure où leurs activités de recherche et de développement ne seraient concurrencées par celles d'aucune autre entreprise, l'incitation des parties à mettre au point rapidement cette nouvelle technique pourrait s'en trouver fortement diminuée. Bien que certains de ces problèmes puissent être résolus en imposant aux parties de concéder sous licence à des tiers et à des conditions raisonnables leur savoir-faire déterminant pour la fabrication des composants miniaturisés, il pourrait s'avérer impossible de régler la totalité des problèmes posés et de remplir les conditions requises pour bénéficier d'une exemption.

76. Exemple 2

Situation: Une petite entreprise de recherche A, qui ne dispose d'aucune organisation commerciale propre, a découvert une substance pharmaceutique pour laquelle elle a obtenu un brevet et qui repose sur une nouvelle technique appelée à révolutionner le traitement d'une certaine maladie. L'entreprise A conclut un accord de recherche et de développement avec une importante société pharmaceutique B fabriquant des produits qui servaient jusqu'ici à soigner la maladie en question. L'entreprise B ne mène aucun programme de recherche et de développement similaire. Sur le marché des produits existants, l'entreprise B dispose d'une part de marché voisine de 75 % dans tous les États de l'EEE, mais les brevets dont elle est titulaire arriveront à expiration au cours des cinq prochaines années. Il existe deux autres pôles de recherche qui en sont à peu près au même stade de développement et utilisent les mêmes nouvelles techniques de base. L'entreprise B apportera des ressources financières et un savoir-faire considérables pour la mise au point du produit et assurera l'accès futur au marché. Une licence lui est concédée pour la production et la distribution exclusives du produit issu des recherches et ce, pendant toute la durée de validité du brevet. On escompte que les parties pourront ensemble mettre le produit sur le marché d'ici cinq à sept ans.

Analyse: Le produit appartient vraisemblablement à un nouveau marché de produits en cause. Les parties apportent des ressources et des compétences complémentaires dans le cadre de leur coopération, et les probabilités de mise sur le marché du produit augmen-

tent considérablement. Même si l'entreprise B est susceptible d'être très puissante sur le marché existant, cette puissance ne tardera pas à diminuer, et l'existence d'autres pôles de recherche a des chances de prévenir toute tentation de sa part de réduire les efforts de recherche et de développement. Il est probable que les droits d'exploitation seront nécessaires à l'entreprise B pendant la période de validité du brevet restant à courir, afin de réaliser les lourds investissements nécessaires. De plus, l'entreprise A ne dispose d'aucune structure commerciale. L'accord ne risque donc pas de restreindre la concurrence.

77. Exemple 3

Situation: Deux sociétés d'ingénierie qui produisent des composants automobiles conviennent de créer une entreprise commune afin d'unir leurs efforts en matière de recherche et de développement, de manière à améliorer la production et les performances d'un composant existant. Elles mettent également en commun leurs activités existantes de concession sous licence de technologies dans ce domaine, mais continueront à fabriquer les composants séparément. Les deux entreprises ont dans l'EEE des parts de marché de 15 et de 20 % sur le marché des équipementiers. Deux autres grands concurrents sont également présents, ainsi que de grands constructeurs automobiles qui mènent plusieurs programmes de recherche internes. Sur le marché mondial des concessions de technologies sous licence pour la fabrication de ces produits, leurs parts, sous l'angle des recettes générées, atteignent 20 et 25 %. Il existe en outre deux autres grandes technologies. Le cycle de vie du composant est normalement de deux à trois ans. Au cours des cinq dernières années, une nouvelle version ou une version améliorée a été lancée chaque année sur le marché par l'une ou l'autre des grandes entreprises du secteur.

Analyse: Puisqu'aucune des deux sociétés d'ingénierie ne cherche à développer un produit tout à fait nouveau, les marchés à prendre en considération sont celui des composants existants et celui de la concession des technologies correspondantes sous licence. Même si leurs programmes de recherche et de développement existants se chevauchent dans une large mesure, la réduction de la duplication des efforts qui découle de la coopération pourrait leur permettre de consacrer à la recherche et au développement davantage de ressources financières qu'elles ne le pourraient individuellement. Il existe plusieurs autres technologies, et la part de marché cumulée des parties sur le marché des équipementiers ne leur confère aucune position dominante. Bien que, à 45 %, leur part du marché des technologies soit très élevée, on trouve sur le marché des technologies concurrentes. En outre, les constructeurs automobiles, qui ne concèdent pas à l'heure actuelle de licences sur leurs technologies, constituent aussi de nouveaux concurrents potentiels sur ce marché, ce qui limite la capacité des parties d'augmenter les prix. Telle qu'elle est décrite, l'entreprise commune pourra probablement bénéficier d'une exemption.

3. ACCORDS DE PRODUCTION (Y COMPRIS LES ACCORDS DE SPÉCIALISATION)

3.1. Définition

78. Les accords de production peuvent varier tant dans leur forme que dans leur champ d'application. Ils peuvent prendre la forme d'une production en commun par le biais d'une entreprise commune⁽³⁶⁾, c'est-à-dire d'une entreprise contrôlée en commun et exploitant une ou plusieurs installations de production, ou d'accords de spécialisation ou de sous-traitance, en vertu desquels l'une des parties accepte de fabriquer un produit donné.

79. On peut, en règle générale, distinguer trois catégories d'accords de production: les accords de production conjointe, aux termes desquels les parties acceptent de fabriquer certains produits conjointement, les accords de spécialisation (unilatérale ou réciproque), en vertu desquels les parties acceptent, sur une base unilatérale ou réciproque, de cesser de fabriquer un produit donné et de l'acheter à l'autre partie, et les accords de sous-traitance, en vertu desquels une partie (le «donneur d'ordre») charge une autre partie (le «sous-traitant») de fabriquer un produit donné.

80. Les accords de sous-traitance sont des accords verticaux. Dans la mesure où ils contiennent des restrictions de concurrence, ils relèvent donc du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices sur les restrictions verticales. Il existe cependant deux exceptions à cette règle: les accords de sous-traitance entre entreprises concurrentes⁽³⁷⁾ et les accords de sous-traitance entre entreprises non concurrentes qui impliquent un transfert de savoir-faire au bénéfice du sous-traitant⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Comme il est dit plus haut, les entreprises communes qui relèvent de l'article 57 de l'accord EEE ne sont pas visées par les présentes lignes directrices. Les entreprises communes de plein exercice qui ne sont pas de dimension communautaire ou de dimension AELE sont normalement traitées par les autorités de concurrence des États de l'EEE. L'application du chapitre II du protocole 4 de l'accord «surveillance et Cour» ne se justifierait, en l'occurrence, que dans les cas où l'entreprise commune conduirait à une restriction de concurrence résultant de la coordination des entreprises mères en dehors de l'entreprise commune (effet induit ou *spill-over*). À cet égard, la Commission a déclaré qu'elle laissera autant que possible aux États membres de l'Union européenne la compétence pour apprécier de telles opérations [voir les déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil concernant le règlement (CE) n° 1310/97, point 4]. L'Autorité de surveillance AELE appliquera un principe semblable à l'égard des États de l'AELE.

⁽³⁷⁾ Article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales.

⁽³⁸⁾ Article 2, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales. Voir aussi les lignes directrices sur les restrictions verticales, dont le point 33 précise que les accords de sous-traitance entre entreprises non concurrentes dans le cadre desquels l'acheteur ne fournit au fournisseur que des spécifications décrivant les biens ou les services à fournir sont couverts par le règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales.

81. Les accords de sous-traitance entre entreprises concurrentes sont couverts par les présentes lignes directrices⁽³⁹⁾. Une communication distincte donne des indications pour l'appréciation des accords de sous-traitance entre entreprises non concurrentes impliquant un transfert de savoir-faire au bénéfice du sous-traitant⁽⁴⁰⁾.

3.2. Marchés en cause

82. Pour pouvoir évaluer les relations de concurrence entre les participants à la coopération, il faut d'abord définir les marchés de produits en cause et les marchés géographiques en cause directement concernés par la coopération (c'est-à-dire les marchés auxquels appartiennent les produits visés par l'accord). Par ailleurs, un accord de production sur un marché peut aussi affecter le comportement concurrentiel des parties sur un marché situé en amont ou en aval de ce marché ou sur un marché voisin étroitement lié au marché directement concerné par la coopération⁽⁴¹⁾ (c'est ce qu'on appelle les «marchés secondaires» (*spill-over markets*). Il ne peut toutefois y avoir d'effets induits (*spill-over effects*) que si la coopération sur un marché entraîne inévitablement la coordination du comportement concurrentiel sur un autre marché, autrement dit si les marchés sont interdépendants et si les parties se trouvent dans une position de force sur le marché secondaire.

3.3. Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 1

3.3.1. Nature de l'accord

83. La principale source de problèmes de concurrence qui peut résulter d'accords de production est la coordination du comportement concurrentiel des parties en tant que fournisseurs. Ce type de problèmes de concurrence se pose lorsque les participants à la coopération sont en concurrence réelle ou potentielle sur au moins un des marchés en cause, en d'autres termes sur les marchés directement concernés par la coopération et/ou sur les marchés secondaires éventuels.

⁽³⁹⁾ Si un accord de sous-traitance entre concurrents dispose que le «donneur d'ordre» cesse de fabriquer le produit contractuel, il constitue un accord de spécialisation unilatérale qui est couvert, sous certaines conditions, par le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation.

⁽⁴⁰⁾ Communication de l'Autorité de surveillance AELE concernant l'appréciation des accords de sous-traitance au regard de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, (JO L 153 du 18.6.1994, p. 30 et supplément EEE n° 15 dudit Journal officiel, p. 29).

⁽⁴¹⁾ Également mentionné à l'article 2, paragraphe 4, de l'acte visé au point 1 de l'annexe XIV de l'accord EEE [règlement (CEE) n° 4064/89 (JO L 395 du 30.12.1989, p. 1)]. Rectificatif publié au Journal officiel L 257 du 21 septembre 1990, p. 13, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil, (JO L 180 du 9.7.1997, p. 1), le règlement sur les concentrations).

84. Le fait que les parties soient des concurrents ne conduit pas automatiquement à une coordination de leur comportement. En outre, il faut que la coopération entre les parties concerne une très grande partie de leurs activités pour que le partage des coûts atteigne des proportions importantes. Plus la part des coûts mis en commun est importante, plus le risque de limitation de la concurrence par les prix est élevé, en particulier dans le cas de produits homogènes.
85. Outre les problèmes de coordination, les accords de production peuvent aussi donner lieu à des problèmes de fermeture du marché et avoir d'autres effets négatifs vis-à-vis des tiers. Ils ne sont pas dus à une relation concurrentielle entre les parties, mais au fait que l'une d'entre elles au moins détient une position forte sur le marché (par exemple, sur le marché amont d'un composant essentiel, ce qui permet aux parties d'augmenter les coûts de leurs rivaux sur un marché aval) dans le contexte d'une relation plus verticale ou complémentaire entre les parties à la coopération. Le risque de fermeture du marché doit donc surtout être examiné en cas de production en commun d'un composant important ou d'accords de sous-traitance (voir ci-dessous).
- 3.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 53, paragraphe 1
86. À moins qu'ils ne soulèvent des problèmes de fermeture du marché, les accords de production entre entreprises non concurrentes ne tombent pas, normalement, sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Cela vaut également pour les accords prévoyant que des biens intermédiaires ou des composants, qui étaient jusque là fabriqués en vue d'une autoconsommation (production captive), seront dorénavant achetés à un tiers, sur une base de sous-traitance ou de spécialisation unilatérale, à moins que certains éléments n'indiquent que l'entreprise n'ayant produit jusque là que pour sa propre consommation aurait pu pénétrer sur le marché des ventes de ces biens intermédiaires ou de ces composants à des tiers, sans supporter aucun coût ni risque supplémentaire élevé en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs.
87. Les accords de production entre concurrents ne tombent pas non plus nécessairement sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Premièrement, une coopération entre des entreprises qui se font concurrence sur des marchés étroitement liés au marché directement concerné par cette coopération ne saurait être accusée de restreindre la concurrence si elle constitue la seule possibilité commercialement justifiable pour entrer sur un nouveau marché, lancer un nouveau produit ou service ou réaliser un projet déterminé.
88. D'autre part, il est fort peu probable que cette coopération modifie le comportement concurrentiel des parties en tant que fournisseurs, si la part de leurs coûts totaux qu'elles partagent est faible. On peut, par exemple, supposer que les coûts partagés sont limités si deux ou plusieurs entreprises concluent un accord de spécialisation/production en commun d'un bien intermédiaire qui ne représente qu'une faible part des coûts de production du produit final et, par conséquent, des coûts totaux. Il en va de même pour un accord de sous-traitance entre concurrents lorsque le bien intermédiaire que l'un des concurrents achète à l'autre ne représente qu'une fraction des coûts de production du produit final. La même hypothèse est envisageable lorsque les parties produisent en commun un produit final, mais que cette production commune ne constitue qu'une faible part de la production totale de ce bien final. Même si la part de la production commune est élevée, la proportion des coûts totaux partagés peut être faible ou modérée si la coopération porte sur des produits hétérogènes qui réclament des actions commerciales coûteuses.
89. Troisièmement, les accords de sous-traitance entre concurrents ne tombent pas sous le coup de l'article 53, paragraphe 1, s'ils se limitent à des ventes et à des achats ponctuels sur le marché accessible aux tiers, sans imposer d'autres obligations et sans faire partie d'une relation commerciale plus large entre les parties ⁽⁴²⁾.
- 3.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 53, paragraphe 1
90. Les accords qui fixent les prix pour les produits livrés par les parties sur le marché, limitent la production ou répartissent les marchés ou les groupes de clients ont pour objet de restreindre la concurrence et tombent presque toujours sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Il existe cependant des exceptions à cette règle:
- soit lorsque les parties fixent la production directement concernée par l'accord de production (par exemple, la capacité et le volume de production d'une entreprise commune, ou un volume convenu de produits à donner en sous-traitance),
 - soit lorsqu'une entreprise commune de production qui assure aussi la distribution des produits manufacturés fixe les prix de vente de ces produits, pour autant que la fixation des prix en question résulte de l'intégration de ces diverses fonctions ⁽⁴³⁾.
- ⁽⁴²⁾ Comme tout contrat de sous-traitance, un tel accord peut néanmoins tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1, s'il contient des restrictions verticales, telles que des restrictions des ventes passives, des prix de vente imposés, etc.
- ⁽⁴³⁾ Une entreprise commune de production qui assure également la distribution commune est néanmoins, le plus souvent, une entreprise commune de plein exercice.

Dans ces deux scénarios, l'accord sur la production ou les prix ne sera pas apprécié séparément, mais à la lumière des effets globaux de l'entreprise commune sur le marché, afin de déterminer si l'article 53, paragraphe 1, lui est applicable.

3.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

91. Les accords de production qui ne peuvent être qualifiés d'accords manifestement restrictifs ou non restrictifs en se fondant sur les critères énoncés plus haut peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1⁽⁴⁴⁾, et doivent être analysés dans leur contexte économique. Cette remarque s'applique aux accords de coopération entre concurrents qui entraînent un partage des coûts important, mais n'impliquent aucune des restrictions fondamentales évoquées ci-dessus.

3.3.2. *Puissance de marché et structure des marchés*

92. Le point de départ de l'analyse est la position des parties sur le ou les marchés concernés. Cela tient à ce que, faute d'être puissantes sur le marché, les parties à un accord de production n'ont pas la tentation de coordonner leur comportement concurrentiel en tant que fournisseurs. Par ailleurs, aucun effet sur la concurrence ne peut être attendu d'un accord si les parties ne disposent d'aucun pouvoir de marché considéré, quand bien même elles coordonneraient leur comportement.

93. Il n'existe pas de seuil de part de marché absolu indiquant qu'un accord de production crée un certain pouvoir de marché et tombe par conséquent sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Toutefois, les accords prévoyant une spécialisation unilatérale ou réciproque ainsi qu'une production conjointe sont exemptés, à condition qu'ils soient conclus entre des parties dont la part de marché cumulée ne dépasse pas 20 % sur le ou les marchés en cause et que les autres conditions d'application du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation soient remplies. En conséquence, pour les accords couverts par l'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation, les effets restrictifs ne doivent être analysés que si la part de marché cumulée des parties est supérieure à 20 %.

94. Les accords qui ne sont pas couverts par l'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation exigent une analyse plus poussée. Le point de départ de l'analyse est la position des parties sur le ou les marchés concernés, avant de passer au calcul de l'indice de concentration et du nombre d'entreprises que compte le marché, ainsi qu'à l'examen d'autres facteurs, comme il est dit à la section 1.

95. Habituellement, l'analyse ne porte que sur le ou les marchés en cause directement concernés par la coopération. Dans certaines circonstances, par exemple si la position cumulée des parties est très forte sur des marchés en amont ou en aval ou sur des marchés étroitement liés, par d'autres aspects, aux marchés directement concernés par la coopération, il est possible que ces marchés secondaires doivent également être étudiés. Cela vaut en particulier pour une coopération sur des marchés en amont entre des entreprises qui disposent déjà, ensemble, d'une position de force sur des marchés en aval. De même, il peut être nécessaire d'examiner d'éventuels problèmes de fermeture du marché si les parties détiennent individuellement une position de force, que ce soit en tant que fournisseurs ou en tant qu'acheteurs d'un bien intermédiaire.

Position des parties sur le marché, indice de concentration, nombre d'entreprises et autres facteurs structurels

96. Si la part de marché cumulée des parties dépasse 20 %, il convient d'évaluer les effets probables de l'accord de production sur le marché. À cet égard, l'indice de concentration du marché ainsi que les parts de marché sont des éléments d'information importants. Plus la part de marché cumulée des parties est élevée, plus le marché concerné est concentré. Toutefois, il ne suffit pas que la part de marché soit légèrement supérieure au seuil autorisé par le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation pour que l'indice de concentration soit nécessairement élevé. Par exemple, une part de marché cumulée légèrement supérieure à 20 % peut être compatible avec un marché modérément concentré [IHH inférieur à 1 800⁽⁴⁵⁾]. Dans un tel scénario, les effets restrictifs sont improbables. Sur un marché plus concentré, en revanche, une part de marché qui dépasserait 20 % peut, conjuguée à d'autres éléments, entraîner une restriction de concurrence (voir également l'exemple 1 présenté ci-dessous). La conclusion peut néanmoins être différente si le marché est très dynamique, en raison de l'entrée de nouveaux concurrents et de l'évolution constante des positions sur le marché.

97. En ce qui concerne la production en commun, les effets de réseau, qui se produisent lorsqu'il existe des liens entre un grand nombre de concurrents, peuvent également jouer un rôle important. Sur un marché concentré, la création d'un lien supplémentaire peut bouleverser l'équilibre et rendre probable une collusion sur ce marché, même si les parties ont une part de marché cumulée élevée, mais qui reste modérée (voir l'exemple 2 présenté ci-dessous).

98. Dans certains cas, une coopération entre concurrents potentiels peut aussi poser des problèmes de concurrence. Cette constatation se limite néanmoins au cas où une entreprise puissante sur un marché coopère avec un

⁽⁴⁴⁾ En vertu de l'article 4, paragraphe 2, point 3, du chapitre II du protocole 4 de l'accord «surveillance et Cour», les accords ayant pour seul objet la spécialisation dans la fabrication de produits peuvent être notifiés à l'Autorité de surveillance AELE, sans que ce soit une obligation.

⁽⁴⁵⁾ Voir point 29.

nouvel arrivant potentiel, selon une hypothèse réaliste, par exemple un fournisseur du même produit ou service en position de force sur un marché géographique voisin. La réduction de la concurrence potentielle soulève des problèmes particuliers si la concurrence réelle est déjà faible et si la menace de l'arrivée de nouveaux concurrents est un moteur essentiel de la concurrence.

Coopération sur les marchés en amont

99. La production commune d'un composant important ou d'autres biens intermédiaires entrant dans la composition du produit final fabriqué par les parties peut entraîner des effets négatifs sur le marché dans certaines circonstances:

- des problèmes de fermeture (voir exemple 3 présenté ci-dessous), à condition que les parties disposent d'une position de force sur le marché du produit intermédiaire en cause (usage non captif) et que le passage d'un usage captif à un usage non captif (et inversement) ne puisse se faire en cas d'augmentation des prix relatifs légère mais permanente pour le produit en question,
- des effets secondaires (voir exemple 4 présenté ci-après), à condition que le produit intermédiaire représente un élément de coût important et que les parties soient en position de force sur le marché du produit final en aval.

Accords de sous-traitance entre concurrents

100. Des problèmes similaires peuvent se poser si un acteur du marché sous-traite à l'un de ses concurrents la production d'un composant important ou d'autres biens intermédiaires entrant dans la composition de son produit final. Cela peut également conduire à:

- des problèmes de fermeture du marché, pour autant que les parties disposent d'une position de force en tant que fournisseurs ou acheteurs sur le marché du bien intermédiaire en cause (usage non captif). La sous-traitance pourrait alors conduire à ce que les autres concurrents ne soient plus en mesure d'obtenir ce bien intermédiaire à un prix compétitif ou à ce que les autres fournisseurs ne soient plus en mesure de le fournir à des conditions compétitives en raison de la perte d'une part importante de leur demande,
- des effets secondaires, pour autant que le bien intermédiaire représente un élément de coût important et que les parties soient en position de force sur le marché du produit final en aval.

Accords de spécialisation

101. Les accords de spécialisation réciproque entre des parties dont les parts de marché dépassent le seuil prévu par le règlement d'exemption par catégorie tombent presque toujours sous le coup de l'article 53, paragraphe 1, et doivent être examinés avec attention en raison du risque de cloisonnement des marchés (voir exemple 5 présenté ci-après).

3.4. Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 3

3.4.1. Avantages économiques

102. On peut présumer que la plupart des types d'accords de production courants produisent certains avantages économiques, sous forme d'économies d'échelle ou de gamme ou d'une amélioration des techniques de production, à moins qu'ils ne servent à fixer les prix, limiter la production ou répartir la clientèle et les marchés. Dans ces conditions, il semble justifié de prévoir l'exemption des accords de ce type qui entraînent une restriction de concurrence jusqu'à un seuil de part de marché au-dessous duquel on peut présumer, aux fins de l'application de l'article 53, paragraphe 3, en général, que les effets positifs des accords de production compenseront toute incidence négative sur la concurrence. Par conséquent, les accords prévoyant une spécialisation unilatérale ou réciproque ainsi qu'une production en commun sont exemptés (règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation), pour autant qu'ils ne contiennent pas de restrictions fondamentales (article 5) et qu'ils soient conclus entre des parties dont la part de marché cumulée ne dépasse pas 20 % sur le ou les marchés en cause.

103. Pour les accords qui ne sont pas couverts par une telle exemption, les parties doivent apporter la preuve qu'il en résulte une amélioration de la production ou d'autres gains d'efficacité. Les gains d'efficacité dont ne profitent que les parties ou les économies qui résultent d'une réduction de la production ou de la répartition des marchés ne sauraient être pris en considération.

3.4.2. Caractère indispensable

104. Les restrictions qui dépassent ce qui est nécessaire pour atteindre les avantages économiques décrits plus haut ne sont pas acceptables. Par exemple, il ne faut pas que le comportement concurrentiel des parties soit limité en ce qui concerne la production non couverte par la coopération.

3.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

105. Aucune exemption n'est envisageable si la possibilité est donnée aux parties d'éliminer la concurrence pour une

partie substantielle des produits en cause. Lorsque, du fait d'un accord de production, une entreprise est dominante ou le devient, un accord de ce type qui produit des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 53 ne peut en principe pas être exempté. L'analyse des effets sur la concurrence doit porter sur le marché auquel appartiennent les produits visés par la coopération et sur les éventuels marchés secondaires.

3.5. Exemples

Production commune

106. Les deux exemples suivants concernent des cas fictifs qui soulèvent des problèmes de concurrence sur le marché en cause auquel appartiennent les produits fabriqués en commun.

107. Exemple 1

Situation: Prenons deux fournisseurs, A et B, d'un produit chimique de base X, qui décident de construire une nouvelle usine de production, dont ils confient le contrôle à une entreprise commune. Cette usine assurera plus ou moins 50 % de leur production totale. X est un produit homogène, auquel aucun autre produit n'est substituable, de sorte qu'il constitue à lui seul un marché en cause. Le marché est relativement atone. Les parties n'augmenteront pas leur production totale d'une manière spectaculaire. En revanche, elles fermeront deux anciennes usines dont elles transféreront les capacités à la nouvelle usine. A et B ont tous deux une part de marché de 20 %. Trois autres grands fournisseurs sont présents sur le marché, avec chacun une part de 10 à 15 %, de même que plusieurs autres petits fournisseurs.

Analyse: Il est probable que cette entreprise commune produira un effet sur le comportement concurrentiel des parties, car cette coordination leur conférerait un pouvoir de marché considérable, la possibilité de création d'une position dominante n'étant pas non plus exclue. De graves effets restrictifs sont vraisemblables. De grands gains d'efficacité à même de compenser ces effets sont improbables dans un tel scénario, puisqu'aucun accroissement important de la production n'est à attendre.

108. Exemple 2

Situation: Deux fournisseurs, A et B, créent une entreprise commune de production sur le même marché en cause que dans l'exemple 1. L'entreprise commune assure aussi 50 % de la production totale des parties. A et B détiennent chacun 15 % du marché, qui compte 3 autres entreprises: C, avec une part de marché de 30 %, D, avec 25 % et E, avec 15 %. B a déjà ouvert une usine de production commune avec E.

Analyse: Dans ce cas, le marché est caractérisé par l'existence d'un très petit nombre d'entreprises et par des structures assez symétriques. L'entreprise commune crée un lien supplémentaire entre les entreprises. La coordination entre A et B renforcerait, de fait, la concentration du marché et lierait E à A et B. Cette coopération est susceptible d'entraîner un grave effet restrictif et, comme dans l'exemple 1, aucun gain d'efficacité important n'est probable.

109. L'exemple 3 concerne également le marché en cause auquel appartiennent les produits fabriqués en commun, mais montre toute l'importance des critères autres que la part de marché (dans cet exemple: passage d'une production captive à une production non captive et inversement).

110. Exemple 3

Situation: A et B constituent une entreprise commune de production pour la fabrication d'un produit intermédiaire X, par le biais d'une restructuration de leurs usines actuelles. L'entreprise commune vend le produit X exclusivement à A et B. Elle assure 40 % de la production totale du produit X de A et 50 % de celle de B. A et B sont des utilisateurs captifs du produit X et sont également des fournisseurs sur le marché non captif. La part de A dans la production totale de X à l'échelon du secteur est de 10 %, celle de B, de 20 % et celle de l'entreprise commune, de 14 %. Sur le marché non captif, toutefois, A et B détiennent une part de marché respectivement de 25 et de 35 %.

Analyse: Malgré la position de force des parties sur le marché non captif, la coopération ne peut éliminer la concurrence efficace sur le marché du produit X, si les coûts de réorientation entre utilisation captive et utilisation non captive sont faibles.

Cependant, la part de marché élevée (60 %) des parties ne peut être contrebalancée que si la réorientation d'une utilisation vers l'autre est très rapide. Dans le cas contraire, cette entreprise commune de production soulève de graves problèmes de concurrence qui ne sauraient être compensés même par des avantages économiques importants.

111. L'exemple 4 porte sur une coopération concernant un produit intermédiaire important et produisant des effets induits sur un marché en aval.

112. Exemple 4

Situation: A et B créent une entreprise commune de production pour la fabrication d'un produit intermédiaire X. Ils fermeront leurs propres usines qui fabriquaient jusqu'ici ce produit et s'approvisionneront exclusivement auprès de l'entreprise commune pour couvrir

leurs besoins en ce produit. Ce produit intermédiaire représente 50 % des coûts totaux du produit final Y. A et B ont chacun une part de 20 % du marché du produit Y. Le marché compte deux autres grands fournisseurs du produit Y, qui possèdent chacun 15 % du marché, ainsi que plusieurs petits concurrents.

Analyse: Dans cet exemple, les coûts mis en commun sont élevés. En outre, les parties acquerraient une puissance de marché grâce à la coordination de leur comportement sur le marché du produit Y. Cette coopération pose des problèmes sous l'angle de la concurrence, et l'appréciation est quasiment identique à celle de l'exemple 1, même si la coopération s'effectue, dans ce cas, sur un marché en amont.

Spécialisation réciproque

113. Exemple 5

Situation: A et B fabriquent et fournissent tous deux les produits homogènes X et Y, qui appartiennent à des marchés distincts. La part de marché de A pour le produit X est de 28 %, pour le produit Y, de 10 %. La part de B sur le marché du produit X est de 10 %, contre 30 % sur le marché du produit Y. En raison des économies d'échelle, A et B concluent un accord de spécialisation réciproque: à l'avenir, A ne fabriquera plus que le produit X et B, le produit Y. Ils conviennent en outre de s'approvisionner l'un l'autre, de manière à rester tous deux des fournisseurs sur ces marchés. Étant donné l'homogénéité des produits, les coûts de distribution sont très faibles. Les marchés comptent deux autres producteurs-fournisseurs des produits X et Y, avec des parts de marché respectives voisines de 15 %, les autres fournisseurs ayant des parts de marché comprises entre 5 et 10 %.

Analyse: La part des coûts communs est extrêmement élevée. Seuls les coûts de distribution restent distincts, mais ils sont relativement faibles. Par conséquent, il reste très peu de place pour la concurrence. Les parties acquerraient une puissance de marché par le biais d'une coordination de leur comportement sur les marchés des produits X et Y. De plus, l'offre du produit Y par A et celle du produit X par B sont vraisemblablement appelées à diminuer à terme. Cet exemple pose des problèmes de concurrence qui seraient difficilement compensables par les économies d'échelle.

Le scénario pourrait être différent si les produits X et Y étaient hétérogènes et si les coûts de commercialisation et de distribution représentaient un poste très important (par exemple, 65 à 70 % des coûts totaux). Si, en outre, l'offre d'une gamme complète de ces produits différenciés était une condition du succès par rapport à la concurrence, le retrait d'une ou de plusieurs parties en tant que fournisseurs du produit X et/ou du produit Y serait peu probable. Dans un tel scénario, les critères à remplir pour bénéficier d'une exemption pourraient être remplis (sous réserve que les économies d'échelle soient importantes), en dépit des parts de marché élevées.

Sous-traitance entre concurrents

114. Exemple 6

Situation: A et B sont concurrents sur le marché du produit final X. A détient une part de marché de 15 % et B de 20 %. Ils produisent également tous les deux le produit intermédiaire Y, qui entre dans la production de X, mais est également utilisé pour fabriquer d'autres produits. Ce produit intermédiaire représente 10 % du coût du produit X. A ne produit Y que pour sa propre consommation, tandis que B le vend également à des clients tiers. Sa part de marché pour Y est de 10 %. A et B concluent un accord de sous-traitance en vertu duquel A achètera le produit Y à B à concurrence de 60 % de ses besoins. Il continuera à produire Y en interne à hauteur de 40 % de ses besoins, afin de ne pas perdre le savoir-faire lié à la production de Y.

Analyse: Comme A n'a produit Y que pour sa propre consommation, il convient d'abord d'examiner si A peut être considéré comme un entrant potentiel crédible sur le marché de la vente de Y à des tiers. Si ce n'est pas le cas, l'accord ne restreint donc pas la concurrence à l'égard du produit Y. Des effets induits sur le marché du produit X sont également improbables, étant donné la faible proportion des coûts partagés nés de l'accord.

Si A devait être considéré comme un entrant potentiel crédible sur le marché de la vente de Y à des tiers, il faudrait prendre en considération la position de B sur le marché de Y. Comme la part de marché de B est plutôt faible, le résultat de l'analyse resterait inchangé.

4. ACCORDS D'ACHAT

4.1. Définition

115. Ce chapitre traite des accords portant sur les achats groupés de produits. Ce type d'achat peut être réalisé par l'entremise d'une société contrôlée conjointement ou d'une société dans laquelle un grand nombre d'entreprises détiennent une petite participation, sur la base d'un accord contractuel, ou encore au travers d'une forme de coopération plus souple.

116. Les accords d'achat sont souvent conclus par de petites et moyennes entreprises, afin de leur permettre d'acheter des quantités et d'obtenir des rabais similaires à ceux de leurs concurrents plus gros. Ces accords entre PME sont donc généralement favorables à la concurrence. Même s'ils suscitent un certain pouvoir de marché, cette conséquence peut être compensée par les économies d'échelle réalisées si les parties regroupent vraiment les quantités qu'elles achètent.

117. Les achats groupés peuvent se fonder sur des accords à la fois horizontaux et verticaux. Il convient alors de procéder à une analyse en deux étapes. Premièrement, les accords horizontaux doivent être appréciés selon les principes exposés dans les présentes lignes directrices. Si cette appréciation permet de conclure que la coopération entre des entreprises concurrentes dans le domaine des achats peut être autorisée, un complément d'appréciation sera nécessaire pour examiner les accords verticaux conclus avec des fournisseurs ou avec des vendeurs à titre individuel. Cette seconde appréciation s'effectuera selon les règles énoncées dans le règlement d'exemption par catégorie et dans les lignes directrices sur les restrictions verticales ⁽⁴⁶⁾.

118. Une association constituée par un groupe de détaillants pour l'achat groupé de produits en est un exemple. Il convient d'abord d'examiner les accords horizontaux conclus entre les membres de l'association ou les décisions adoptées par celle-ci en tant qu'accord horizontal au regard des présentes lignes directrices. C'est seulement si la conclusion de cette appréciation est que l'accord est acceptable qu'il sera nécessaire d'examiner les accords verticaux entre l'association et chacun de ses membres ou entre l'association et les fournisseurs. Ces accords sont couverts, jusqu'à un certain point, par l'exemption par catégorie relative aux restrictions verticales ⁽⁴⁷⁾. Les accords ne relevant pas de l'exemption par catégorie des accords verticaux ne seront pas présumés illicites, mais pourront appeler un examen cas par cas.

4.2. Marchés en cause

119. Deux marchés peuvent être affectés par les achats groupés: premièrement, le ou les marchés directement concernés par la coopération, c'est-à-dire les marchés d'achat en cause. Deuxièmement, le ou les marchés de vente, c'est-à-dire les marchés en aval sur lesquels les parties à l'accord d'achat groupé opèrent en tant que vendeurs.

120. La définition des marchés d'achat en cause suit les principes figurant dans la communication de l'Autorité sur la définition du marché en cause; elle est basée sur le concept de substituabilité, afin d'identifier les pressions concurrentielles. La seule différence par rapport à la définition des «marchés de vente» est que la substituabilité doit être définie du point de vue de l'offre, et non de la demande. En d'autres termes, les solutions de remplacement dont disposent les fournisseurs constituent un facteur crucial pour identifier les pressions concurrentielles qui s'exercent sur les acheteurs. Celles-

ci pourraient par exemple être analysées en examinant la réaction des fournisseurs à une diminution des prix faible, mais durable. Une fois le marché défini, la part de marché détenue sera alors égale au pourcentage que les achats des parties concernées représentent par rapport aux ventes totales du produit ou du service acheté sur le marché en cause.

121. Exemple 1

Un groupe de constructeurs automobiles conviennent d'acheter ensemble le produit X. Leurs achats groupés de X s'élèvent à 15 unités. L'ensemble des ventes de X à des constructeurs automobiles représentent 50 unités. Toutefois, X est également vendu à des fabricants de biens autres que des véhicules automobiles. La totalité des ventes de X représente 100 unités. La part de marché (à l'achat) du groupe est donc de 15 %.

122. Si les parties sont également en concurrence les unes avec les autres sur un ou plusieurs marchés de vente, ceux-ci seront également considérés comme des marchés en cause aux fins de l'appréciation. Il est plus probable qu'il se produise des restrictions de la concurrence sur ces marchés si les parties parviennent à obtenir un certain pouvoir de marché en coordonnant leur comportement et en partageant une partie substantielle de leurs coûts totaux. C'est par exemple le cas lorsque des détaillants opérant sur le ou les mêmes marchés au détail en cause achètent conjointement des quantités importantes des produits qu'ils proposent à la revente. Cela peut également se produire si des fabricants et des vendeurs d'un produit final qui se trouvent en concurrence les uns avec les autres se regroupent pour acheter conjointement une proportion importante de leurs biens intermédiaires. Les marchés de vente doivent être définis en appliquant la méthodologie exposée dans la communication de l'Autorité sur la définition du marché en cause.

4.3. Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 1

4.3.1. Nature de l'accord

4.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

123. De par leur nature même, les accords d'achat groupé sont conclus entre des sociétés qui sont au moins en concurrence les unes avec les autres sur les marchés d'achat des produits. S'il y a coopération entre des acheteurs concurrents n'opérant pas sur le même marché en cause en aval (par exemple, des détaillants opérant sur des marchés géographiques différents et qui ne peuvent donc être considérés, dans le cadre d'une approche réaliste, comme des concurrents potentiels), l'article 53, paragraphe 1, sera rarement applicable, à moins que les parties ne bénéficient d'une position très forte sur les marchés des achats, susceptible d'être utilisée pour saper la position concurrentielle d'autres opérateurs sur leurs marchés des ventes respectifs.

⁽⁴⁶⁾ Voir les lignes directrices sur les restrictions verticales, point 29.

⁽⁴⁷⁾ Article 2, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales.

4.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

124. Les accords d'achat ne relèvent par nature de l'article 53, paragraphe 1, que lorsque la coopération ne porte pas vraiment sur des achats groupés, mais qu'elle est utilisée pour parvenir à une entente déguisée, c'est-à-dire à des pratiques normalement interdites telles la fixation des prix, la limitation de la production ou la répartition des marchés.

4.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

125. La plupart des accords d'achat doivent être analysés en fonction de leur contexte juridique et économique. L'analyse doit porter à la fois sur les marchés d'achat et sur les marchés de vente des produits.

4.3.2. *Puissance de marché et structure des marchés*

126. Le point de départ de l'analyse est l'examen de la puissance d'achat des parties. On peut supposer qu'il y a une puissance d'achat lorsqu'un accord d'achat porte sur une partie suffisamment importante du volume total d'un marché d'achat de produits, de telle sorte que les prix peuvent être ramenés au-dessous d'un niveau d'équilibre concurrentiel ou que l'accès au marché peut être fermé aux acheteurs concurrents. Lorsqu'une forte puissance d'achat peut être exercée vis-à-vis des fournisseurs sur un marché donné, cela peut aboutir à des pertes d'efficacité, par exemple une réduction de la qualité, une diminution de l'effort dans le domaine de l'innovation ou, en fin de compte, une limitation de l'offre. Toutefois, l'une des principales préoccupations suscitées par une situation de puissance d'achat est que la baisse des prix ne soit pas répercutée en aval sur les clients, et qu'elle entraîne une augmentation des coûts pour les concurrents des acheteurs sur les marchés de vente des produits, dans la mesure où soit les fournisseurs tenteront de compenser les réductions de prix consenties à un groupe de clients en augmentant les prix facturés aux autres clients soit l'accès des concurrents à des fournisseurs efficaces sera réduit. Par conséquent, les marchés d'achat et de vente des produits sont caractérisés par un certain nombre de relations d'interdépendance, qui sont exposées ci-après.

Relations d'interdépendance entre les marchés d'achat et les marchés de vente des produits

127. Une coopération entre acheteurs concurrents peut sensiblement réduire la concurrence en créant une puissance d'achat. Si l'existence d'une puissance d'achat peut se traduire par une réduction des prix à la consommation, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas toujours favorable à la concurrence et peut même, dans certaines circonstances, avoir des répercussions négatives graves sur celle-ci.

128. Premièrement, une baisse des coûts d'achat consécutive à l'exercice d'une puissance d'achat ne peut pas être considérée comme favorable à la concurrence si les

acheteurs, considérés dans leur ensemble, peuvent exercer un certain pouvoir sur les marchés de vente des produits. Dans ce cas, en effet, les économies réalisées sur le plan des coûts ne seront probablement pas répercutées sur les consommateurs. Plus la puissance globale des parties sur les marchés où elles vendent leurs produits est grande, plus elles seront tentées de coordonner leur comportement en tant que vendeurs. Cela leur sera peut-être encore plus facile si elles parviennent à mettre en commun une grande partie de leurs coûts grâce à des achats groupés. Si, par exemple, plusieurs gros détaillants achètent ensemble une grande partie de leurs produits, ils pourront partager une proportion importante de leurs coûts. Les effets négatifs des achats groupés peuvent donc être très similaires à ceux de la production en commun.

129. Deuxièmement, la puissance d'achat utilisée pour fermer le marché aux concurrents ou augmenter leurs coûts peut créer ou renforcer un pouvoir de marché en aval. Si un groupe de clients possède une forte puissance d'achat, il pourrait fermer le marché aux acheteurs concurrents en limitant leur accès à des fournisseurs efficaces. Cette situation risque aussi d'entraîner une augmentation des coûts pour ses concurrents, dans la mesure où les fournisseurs tenteront de compenser les réductions de prix consenties à ce groupe en augmentant les prix facturés à d'autres clients (par exemple discriminations en matière de rabais exercées par les fournisseurs envers les détaillants). Toutefois, cela n'est possible que si les fournisseurs du marché d'achat des produits possèdent également une certaine puissance de marché. Dans ces deux cas, la concurrence sur les marchés de vente des produits peut être limitée plus encore par la puissance d'achat.

130. Il n'existe pas de seuil absolu indiquant qu'une coopération dans le domaine des achats donne naissance à un certain pouvoir de marché et relève donc de l'article 53, paragraphe 1. Toutefois, dans la plupart des cas, il est improbable qu'un tel pouvoir de marché existe si les parties à l'accord détiennent une part cumulée inférieure à 15 % tant sur les marchés des achats que sur ceux des ventes. En toute hypothèse, à ce niveau de part de marché, il est probable que les conditions de l'article 53, paragraphe 3, explicitées ci-après soient remplies par l'accord en question.

131. Une part de marché supérieure à ce seuil n'indique pas automatiquement que la coopération a des effets négatifs sur le marché, mais elle nécessite une appréciation plus détaillée de l'impact d'un accord d'achat groupé sur le marché, portant notamment sur des facteurs tels que la concentration du marché et l'existence éventuelle d'un pouvoir compensateur de la part de fournisseurs importants. Des accords d'achat groupé réunissant des parties qui possèdent une part de marché cumulée nettement supérieure à 15 % sur un marché concentré sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, et les parties devront montrer que ces accords entraînent des gains d'efficacité susceptibles de contrebalancer leurs effets restrictifs.

4.4. Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 3

4.4.1. Avantages économiques

132. Les accords d'achat peuvent apporter des avantages économiques, tels que des économies d'échelle dans le domaine des commandes et des transports, qui peuvent être supérieurs aux effets restrictifs. Si les parties possèdent ensemble une puissance d'achat ou de vente importante, la question des gains d'efficacité devra être examinée avec soin. Les économies réalisées grâce au simple exercice de la puissance d'achat et qui ne profitent pas aux consommateurs ne peuvent pas être prises en considération.

4.4.2. Caractère indispensable

133. Les accords d'achat ne peuvent pas être exemptés s'ils imposent des restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des avantages mentionnés ci-dessus. L'obligation d'acheter uniquement dans le cadre de l'accord de coopération peut, dans certains cas, être indispensable pour parvenir au volume nécessaire à la réalisation d'économies d'échelle. Toutefois, une telle obligation doit être appréciée dans le contexte précis de chaque affaire traitée.

4.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

134. Aucune exemption n'est envisageable si la possibilité est donnée aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Cette appréciation doit porter à la fois sur les marchés d'achat et sur les marchés de vente des produits. Les parts de marché cumulées des parties peuvent être prises comme point de départ. Il faut ensuite évaluer si ces parts indiquent l'existence d'une position dominante et s'il existe des circonstances atténuantes, telles qu'une puissance compensatrice des fournisseurs sur les marchés d'achat ou des possibilités de pénétration sur les marchés de vente des produits. Lorsqu'une entreprise est dominante ou le devient du fait d'un accord d'achat sur le marché des achats ou sur celui des ventes, un accord de ce type qui produit des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 53 ne peut en principe pas être exempté.

4.5. Exemples

135. Exemple 2

Situation: Deux fabricants, A et B, décident d'acheter en commun le composant X. Ils sont en concurrence sur leur marché de vente des produits. Leurs achats communs représentent 35 % des ventes totales de X dans l'EEE, qui est supposé être le marché géographique en cause. Il existe six autres fabricants (concurrents de A et

B sur leur marché de vente), qui représentent les 65 % restants du marché d'achat; l'un d'entre eux possède 25 % de ce marché, les autres, une part beaucoup moins importante. L'offre est plutôt concentrée, avec six fournisseurs du composant X, dont deux possèdent 30 % du marché chacun, et les autres entre 10 et 15 % (IHH 2 300-2 500). Sur leur marché de vente, A et B possèdent une part de marché cumulée de 35 %.

Analyse: En raison de la puissance que possèdent les parties sur leur marché de vente, les avantages des économies susceptibles d'être réalisées en matière de coûts peuvent ne pas être répercutés sur les consommateurs finals. En outre, les achats groupés des parties sont susceptibles d'entraîner une augmentation des coûts de leurs concurrents moins puissants, puisque les deux fournisseurs les plus puissants récupéreront probablement les réductions de prix consenties au groupe en augmentant les prix des clients moins importants. Cela peut entraîner un renforcement de la concentration sur le marché en aval. De plus, la coopération peut aboutir à une concentration plus forte chez les fournisseurs, dans la mesure où les plus faibles d'entre eux, qui travaillent peut-être déjà à un niveau proche du niveau optimal minimal, voire inférieur, risquent d'être éliminés du marché s'ils ne sont pas capables de réduire encore leurs prix. Un tel cas aboutirait probablement à une restriction sensible de la concurrence, qui pourrait ne pas être compensée par les gains d'efficacité susceptibles d'être réalisés grâce au regroupement des quantités achetées.

136. Exemple 3

Situation: 150 petits détaillants concluent un accord pour constituer un groupement d'achat. Ils sont obligés d'acheter un volume minimal par l'intermédiaire du groupement, équivalant à environ 50 % de leurs coûts totaux respectifs. Ils peuvent acheter plus que le volume minimal par l'intermédiaire du groupement et peuvent aussi s'approvisionner en dehors de celui-ci. Ils possèdent une part de marché cumulée de 20 % à la fois sur le marché d'achat et sur le marché de vente des produits. A et B sont leurs deux plus grands concurrents. A et B sont leurs deux plus grands concurrents. A possède 25 % de chacun des marchés concernés, et B 35 %. Les autres concurrents plus petits ont également constitué un groupement d'achat. Les 150 détaillants réalisent des économies en effectuant en commun l'achat de quantités importantes, ainsi que les opérations liées aux achats.

Analyse: Les détaillants peuvent partager une grande partie de leurs coûts s'ils achètent ensemble plus que le volume minimum convenu. Toutefois, ils ne possèdent, considérés dans leur ensemble, que des parts peu élevées tant sur le marché d'achat que sur le marché de vente. En outre, la coopération entraînant certaines économies d'échelle, elle est susceptible de bénéficier d'une exemption.

137. Exemple 4

Situation: Deux chaînes de supermarchés concluent un accord pour acheter en commun des produits représentant environ 50 % de leurs coûts totaux. Sur les marchés d'achat en cause pour les différentes catégories de produits, les parties atteignent des parts se situant entre 25 et 40 %, alors que sur le marché de vente en cause (en supposant qu'il y ait un seul marché géographique concerné), leurs parts atteignent 40 %. Il existe cinq autres grands détaillants, possédant chacun de 10 à 15 % de parts de marché. Des entrées sur le marché sont peu probables.

Analyse: Cet accord d'achat groupé est susceptible d'influer sur le comportement concurrentiel des parties, dans la mesure où la coordination de leurs achats leur donnera un pouvoir de marché important. Cela est tout particulièrement le cas lorsque les possibilités d'entrée sont faibles. En outre, si les coûts sont similaires, les parties seront plus tentées de coordonner leur comportement. Si elles réalisent des marges similaires, elles seront encore plus incitées à pratiquer les mêmes prix. Même si la coopération entraîne des gains d'efficacité, elle aura peu de chances d'être exemptée, en raison du fort pouvoir de marché des parties.

138. Exemple 5

Situation: Cinq petites coopératives concluent un accord en vue de constituer un groupement d'achat. Si elles sont tenues d'acheter un volume minimal par l'intermédiaire du groupement, elles peuvent acheter plus que ce volume minimal par son entremise, et sont également autorisées à s'approvisionner en dehors de ce groupement. Chacune des parties possède une part de marché totale de 5 % tant sur le marché de l'achat que sur le marché de la vente des produits, ce qui donne une part cumulée de 25 %. Il existe deux autres détaillants importants, possédant chacun de 20 à 25 % de parts de marché, ainsi que plusieurs petits détaillants dont les parts sont inférieures à 5 %.

Analyse: La création du groupement d'achat est susceptible de donner aux parties, tant sur le marché de l'achat que sur le marché de la vente des produits, une puissance qui leur permettra d'entrer en concurrence avec les deux détaillants les plus importants. En outre, la présence de ces deux autres acteurs, qui détiennent des parts de marché similaires, peut entraîner la répercussion sur les consommateurs des gains d'efficacité consécutifs à l'accord. Dans ce cas, l'accord aurait toutes les chances d'être exempté.

5. ACCORDS DE COMMERCIALISATION

5.1. Définition

139. Les accords dont il est question dans la présente section portent sur une coopération entre concurrents pour la

vente, la distribution ou la promotion de leurs produits. Ces accords peuvent avoir une portée très différente, en fonction des éléments de la commercialisation sur lesquels porte la coopération. À l'une des extrémités du spectre couvert, on trouve la vente groupée, qui implique une détermination en commun de tous les aspects commerciaux liés à la vente du produit, y compris le prix. À l'autre extrémité, on peut trouver des accords plus limités portant seulement sur un aspect particulier de la commercialisation, tel que la distribution, le service après-vente ou la publicité.

140. Le plus important de ces accords plus limités semble être l'accord de distribution. Ce type d'accord est généralement couvert par le règlement d'exemption par catégorie et par les lignes directrices sur les restrictions verticales, à moins que les parties ne soient des concurrents existants ou potentiels. Dans ce cas, le règlement d'exemption par catégorie ne couvre les accords verticaux entre concurrents que s'ils sont non réciproques et que: a) l'acheteur, ainsi que les entreprises qui lui sont liées, réalisent un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 100 millions d'euros, ou que b) le fournisseur est un fabricant et un distributeur de produits alors que l'acheteur est un distributeur qui ne fabrique pas des produits concurrents des produits contractuels ou que c) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux du commerce, alors que l'acheteur ne fournit pas de services concurrents au niveau du commerce où il achète les services contractuels⁽⁴⁸⁾. Si des concurrents se mettent d'accord pour assurer réciproquement la distribution de leurs produits, il est possible, dans certains cas, que les accords aient pour objet ou pour effet le cloisonnement de marchés au bénéfice des parties, ou qu'ils aboutissent à une collusion. Cela vaut également pour les accords non réciproques entre concurrents dépassant une certaine taille. De tels accords doivent donc d'abord être appréciés selon les principes mentionnés ci-après. Si cette appréciation permet de conclure que la coopération entre les entreprises concurrentes dans le domaine de la distribution peut en principe être autorisée, un complément d'analyse sera nécessaire pour examiner les restrictions verticales contenues dans ces accords. Cette appréciation doit s'appuyer sur les principes définis dans les lignes directrices sur les restrictions verticales.

141. Il conviendrait également d'établir une distinction entre les accords dans lesquels les parties conviennent uniquement d'une commercialisation en commun et les accords dans lesquels la commercialisation est liée à une autre forme de coopération. Cela peut, par exemple, être le cas pour la production en commun ou les achats groupés. Ces accords seront appréciés de la même façon que ceux relatifs à ces types de coopération.

⁽⁴⁸⁾ Article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales.

5.2. Marchés en cause

142. Pour apprécier les relations de concurrence entre les parties à la coopération, il faut tout d'abord définir le ou les marchés de produits et géographiques en cause qui sont directement concernés par la coopération (c'est-à-dire le ou les marchés auxquels appartiennent les produits faisant l'objet de l'accord). Ensuite, il faut tenir compte du fait qu'un accord de commercialisation conclu sur un marché peut également affecter le comportement concurrentiel des parties sur un marché voisin étroitement lié à celui sur lequel porte la coopération.

5.3. Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 1

5.3.1. Nature de l'accord

5.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

143. Les accords de commercialisation couverts par la présente section ne relèvent des règles de concurrence que si les parties concernées sont des concurrents. Si elles ne se livrent manifestement pas concurrence pour les produits ou services couverts par l'accord, celui-ci ne soulèvera pas de problèmes de concurrence de caractère horizontal. L'accord peut néanmoins tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1, s'il contient des restrictions verticales telles que des restrictions des ventes passives, des prix imposés, etc. Il en va de même lorsqu'une coopération dans le domaine de la commercialisation est objectivement nécessaire pour permettre à une partie de pénétrer sur un marché sur lequel elle n'aurait pas pu entrer individuellement, par exemple en raison des coûts que cela implique. C'est notamment le cas lorsque plusieurs sociétés constituent un groupement d'entreprises afin de pouvoir élaborer une offre crédible pour des projets pour lesquels elles n'auraient pas été en mesure de soumissionner individuellement. Comme elles ne sont pas des concurrents potentiels pour cette offre précise, il n'y aura pas restriction de la concurrence.

5.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

144. Le principal problème que pose un accord de commercialisation entre concurrents est la fixation des prix. Les accords limités à la vente en commun ont généralement pour objet et pour effet de coordonner les politiques de prix de fabricants concurrents. Dans ce cas, ils n'éliminent pas seulement toute concurrence par les prix entre les parties, mais limitent également le volume des produits qui seront fournis par les parties dans le

cadre du système de répartition des commandes. Ils restreignent donc la concurrence entre les parties dans le domaine de l'offre et limitent le choix des acquéreurs. De ce fait, ils entrent dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1.

145. Cette appréciation reste la même si l'accord est non exclusif. L'article 53, paragraphe 1, est en effet d'application même lorsque les parties sont libres de vendre leurs produits en dehors de l'accord, si l'on peut supposer que celui-ci entraînera une coordination générale des prix facturés par les parties.

5.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

146. Les accords de commercialisation n'aboutissant pas à des ventes groupées suscitent deux grandes préoccupations. La première est que la commercialisation en commun ne constitue une bonne occasion pour échanger des informations commerciales sensibles, notamment sur les stratégies de commercialisation et les prix. La seconde est que, selon la structure des coûts de commercialisation, un élément important des coûts finals des parties ne devienne commun. Cela peut mener à une réduction des possibilités de concurrence par les prix à l'étape ultime de la vente. Les accords de commercialisation en commun peuvent donc entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, s'ils permettent l'échange d'informations commerciales sensibles ou s'ils influent sur une partie importante des coûts finals des parties.

147. L'un des risques que présentent les accords de distribution entre concurrents opérant sur des marchés géographiques différents est qu'ils peuvent aboutir ou contribuer à un cloisonnement des marchés. Dans le cas d'accords de distribution réciproque des produits des différentes parties, celles-ci se répartissent les marchés ou les clients et éliminent ainsi la concurrence entre elles. Lors de l'appréciation de ce type d'accord, il faut avant tout s'attacher à savoir si l'accord concerné était objectivement nécessaire pour que les parties puissent pénétrer sur leurs marchés respectifs. Si c'est le cas, l'accord ne soulève pas de problèmes de concurrence de caractère horizontal. L'accord de distribution peut néanmoins tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1, s'il contient des restrictions verticales telles que des restrictions des ventes passives, des prix imposés, etc. Si l'accord n'est pas objectivement nécessaire pour que les parties puissent pénétrer sur leurs marchés respectifs, il tombe sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Si l'accord n'est pas réciproque, le risque de cloisonnement du marché est moindre. Toutefois, il convient d'analyser si les parties utilisent un accord non réciproque pour s'engager à ne pas pénétrer sur leurs marchés respectifs ou pour contrôler l'accès au marché «d'importation» ou la concurrence sur celui-ci.

5.3.2. Puissance de marché et structure des marchés

148. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les accords impliquant la fixation des prix entrent toujours dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, quelle que soit la puissance de marché des parties. Toutefois, ils peuvent être exemptés en vertu de l'article 53, paragraphe 3, si les conditions mentionnées ci-dessous sont remplies.
149. Les accords de commercialisation entre concurrents qui n'impliquent pas de fixation des prix ne sont soumis aux dispositions de l'article 53, paragraphe 1, que si les parties à l'accord possèdent une certaine puissance de marché. Dans la plupart des cas, il est improbable qu'un pouvoir de marché existe si les parties à l'accord détiennent une part de marché cumulée inférieure à 15 %. En toute hypothèse, à ce niveau de part de marché, il est probable que les conditions de l'article 53, paragraphe 3, explicitées ci-après soient remplies par l'accord en question.
150. Si la part de marché cumulée des parties est supérieure à 15 %, l'impact probable sur le marché de l'accord de commercialisation en commun doit être apprécié. À cet égard, la concentration du marché ainsi que les parts de marché détenues constituent des facteurs sensibles. Plus le marché est concentré, plus la possession d'informations sur les prix et les stratégies de commercialisation est utile pour réduire la marge d'incertitude, et plus les parties se trouvent incitées à échanger des informations de ce type⁽⁴⁹⁾.

5.4. Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 3

5.4.1. Avantages économiques

151. Les gains d'efficacité qui doivent être pris en considération pour apprécier si un accord de commercialisation en commun peut être exempté, dépendront de la nature de l'activité concernée. La fixation des prix ne se justifie généralement pas, sauf si elle est indispensable à l'intégration d'autres fonctions de commercialisation et si cette intégration engendrera des gains d'efficacité substantiels. L'ampleur des gains d'efficacité dépend notamment de l'importance de la commercialisation en

commun pour la structure générale des coûts du produit concerné. La distribution en commun aura donc plus de chances de générer des gains d'efficacité importants pour les producteurs de produits de consommation largement distribués que pour des producteurs de produits industriels qui ne sont achetés que par un nombre limité de clients.

152. En outre, les gains d'efficacité allégués ne doivent pas être des économies résultant uniquement de l'élimination de coûts inhérents à la concurrence, mais doivent être consécutifs à l'intégration d'activités économiques. C'est ainsi qu'une réduction des coûts de transport résultant uniquement d'une répartition des clients, mais sans intégration du système logistique, ne peut pas être considérée comme un gain d'efficacité justifiant l'exemption de l'accord.
153. Les gains d'efficacité allégués doivent être prouvés. À cet égard, l'apport, par les deux parties, de capitaux, de technologies ou d'autres actifs importants, peut constituer un élément de preuve. Les baisses de coût consécutives à la réduction des doubles emplois en matière de ressources et d'installations peuvent également être acceptées. En revanche, si la commercialisation en commun se fait par l'intermédiaire d'un simple agent de vente en commun, sans qu'il n'y ait aucun investissement, elle risque de constituer une entente déguisée et ne répondra donc pas aux conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3.

5.4.2. Caractère indispensable

154. Un accord de commercialisation ne peut pas être exempté s'il impose des restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des avantages mentionnés ci-dessus. Ainsi qu'il a déjà été dit précédemment, la question du caractère indispensable des restrictions est particulièrement importante pour les accords impliquant une fixation des prix ou une répartition des marchés.

5.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

155. Aucune exemption n'est envisageable si la possibilité est donnée aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Pour l'appréciation de cet élément, on peut prendre comme point de départ les parts de marché cumulées des parties. Il faut ensuite évaluer si ces parts de marché indiquent l'existence d'une position dominante et s'il existe des circonstances atténuantes, telles que des possibilités de pénétration sur le marché. Lorsque, du fait d'un accord de commercialisation, une entreprise est dominante ou le devient, un accord de ce type qui produit des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 53 ne peut en principe pas être exempté.

⁽⁴⁹⁾ Les échanges d'informations sensibles et détaillées sur un marché oligopolistique peuvent relever de l'article 53, paragraphe 1. Les arrêts rendus par la Cour de justice des Communautés européennes le 28 mai 1998 dans les affaires *Tracteurs* (C-8/95 P: *New Holland Ford* et C-7/95 P: *John Deere*) et par le Tribunal de première instance le 11 mars 1999 dans les affaires *Poutrelles d'acier* (T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 et T-157/94) apportent des éclaircissements utiles à cet égard.

5.5. Exemples

156. Exemple 1

Situation: Cinq petits producteurs de denrées alimentaires, détenant chacun 2 % de l'ensemble de ce marché, conviennent de réunir leurs installations de distribution, de commercialiser leurs produits sous une marque commune et de vendre leurs produits à un prix commun. Cette décision implique de lourds investissements dans des entrepôts, des moyens de transport, des campagnes de publicité, des actions de marketing et une force de vente. Cela leur permet de réduire sensiblement leurs coûts, qui représentent généralement 50 % du prix auquel ils vendent leurs produits, et de proposer un système de distribution plus efficace et plus rapide. Les clients de ces producteurs sont de grandes chaînes de vente au détail.

Le marché est dominé par trois grands groupes alimentaires multinationaux, qui détiennent chacun une part de marché de 20 %. Le reste du marché se compose de petits producteurs indépendants. Les gammes de produits des parties à l'accord se chevauchent dans certains secteurs importants, mais leur part de marché cumulée n'est supérieure à 15 % sur aucun des marchés de produits en cause.

Analyse: Cet accord implique une fixation des prix et entre donc dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, bien que l'on ne puisse pas considérer que les parties à l'accord possèdent une puissance de marché. Toutefois, l'intégration des activités de *marketing* et de distribution semble permettre des gains d'efficacité importants, qui profiteront aux clients tant en termes d'amélioration du service que de baisse des coûts. La question qui se pose est donc de savoir si cet accord peut être exempté en vertu de l'article 53, paragraphe 3. Afin de répondre à cette question, il convient d'établir si la fixation des prix est objectivement nécessaire pour permettre l'intégration des autres fonctions de commercialisation et l'obtention des avantages économiques. Dans ce cas précis, la fixation des prix peut être considérée comme indispensable, dans la mesure où les clients — c'est-à-dire de grandes chaînes de vente au détail — ne souhaitent pas avoir affaire à une multitude de prix. Elle est également indispensable dans la mesure où l'objectif recherché, c'est-à-dire une marque commune, ne peut réellement être atteint que si tous les aspects de la commercialisation, y compris les prix, sont normalisés. Les parties ne possédant pas de puissance de marché et l'accord générant des gains d'efficacité importants, celui-ci peut être considéré comme compatible avec l'article 53.

157. Exemple 2

Situation: Deux producteurs de roulements à billes, possédant chacun une part de marché de 5 %, créent une entreprise commune de vente afin de commercialiser

leurs produits, de fixer les prix et de passer les commandes aux sociétés mères. Ils conservent le droit de vendre en dehors de cette structure. Les clients continuent à être livrés directement par les installations de production des sociétés mères. Les producteurs prétendent que cela permettra des gains d'efficacité, dans la mesure où la force de vente commune peut présenter les produits des parties en même temps aux mêmes clients, éliminant ainsi des doubles emplois coûteux en matière d'efforts de vente. En outre, l'entreprise commune devra, dans la mesure du possible, attribuer les commandes aux installations de production les plus proches, ce qui permettra de réduire les coûts de transport.

Analyse: Cet accord implique une fixation des prix et entre donc dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, bien que l'on ne puisse pas considérer que les parties à l'accord possèdent une puissance de marché. Toutefois, il ne peut pas bénéficier d'une exemption en vertu de l'article 53, paragraphe 3, dans la mesure où les gains d'efficacité allégués ne sont que des réductions de coûts consécutives à l'élimination de la concurrence entre les parties.

158. Exemple 3

Situation: Deux producteurs de boissons non alcoolisées opèrent dans deux États de l'EEE voisins. Tous deux possèdent une part de 20 % sur leur marché national. Ils conviennent de distribuer chacun les produits de l'autre sur leurs marchés géographiques respectifs.

Les deux marchés sont dominés par un grand producteur multinational de boissons non alcoolisées, qui possède une part de 50 % sur chacun des marchés.

Analyse: L'accord entre dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, si les parties sont présumées être des concurrents potentiels. Pour le déterminer, il faut analyser les barrières à l'entrée sur les marchés géographiques respectifs. Si les parties peuvent pénétrer chacune de façon indépendante sur le marché de l'autre, alors l'accord qu'elles ont conclu éliminera la concurrence entre elles. Toutefois, même si les parts de marché détenues par les parties indiquent qu'elles pourraient posséder une certaine puissance de marché, une analyse de la structure du marché montre que ce n'est pas le cas. En outre, l'accord de distribution réciproque profite aux consommateurs, dans la mesure où il augmente le choix de produits disponible sur chacun des marchés géographiques. Il pourrait donc bénéficier d'une exemption, même si l'on considérait qu'il restreint la concurrence.

6. ACCORDS DE NORMALISATION

6.1. Définition

159. Les accords de normalisation ont pour objectif premier la définition d'exigences techniques ou d'exigences de qualité auxquelles des produits, processus ou méthodes de production actuels ou futurs peuvent répondre⁽⁵⁰⁾. Ces accords peuvent avoir différents objectifs, tels que la normalisation de différentes qualités ou tailles d'un produit donné ou des spécifications techniques propres à des marchés où la compatibilité et l'interopérabilité avec d'autres produits ou systèmes sont essentielles. Les conditions d'accès à un label de qualité particulier ou les conditions d'agrément par un organisme de contrôle peuvent également être considérées comme des normes.
160. Les normes liées à la prestation de services professionnels, comme les règles d'accès à une profession libérale, ne sont pas couvertes par les présentes lignes directrices.

6.2. Marchés en cause

161. Les accords de normalisation peuvent avoir des répercussions sur trois marchés, qui seront définis conformément à la communication de l'Autorité de surveillance AELE sur la définition des marchés. Il s'agit tout d'abord des marchés de produits auxquels les normes s'appliquent. Des normes relatives à des produits entièrement nouveaux peuvent poser, en ce qui concerne la définition des marchés, des problèmes semblables à ceux que soulèvent les accords de recherche et développement (point 2.2). Il y a ensuite le marché des activités normatives, s'il existe des organismes ou des accords de normalisation différents, et enfin, le cas échéant, le marché distinct des essais et de la certification.

6.3. Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 1

162. Les accords de normalisation⁽⁵¹⁾ peuvent être conclus entre des entreprises privées, ou sous l'égide d'organismes

publics ou d'organismes chargés de la gestion de services d'intérêt économique général, comme c'est le cas des organismes de normalisation reconnus en vertu de l'acte visé au point 1 du chapitre XIX de l'annexe II de l'accord EEE [directive 98/34/CE⁽⁵²⁾]. La participation de ce type d'organismes est soumise aux obligations des États de l'EEE concernant le maintien d'une concurrence non faussée dans l'EEE.

6.3.1. Nature de l'accord

6.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

163. Lorsque la participation à la détermination de normes est transparente et non assortie de restrictions, les accords de normalisation répondant à la définition ci-dessus qui n'imposent aucune obligation de respect de la norme concernée ou qui font partie intégrante d'un accord plus large destiné à garantir la compatibilité des produits, ne restreignent pas la concurrence. Tel est normalement le cas pour les normes adoptées par des organismes de normalisation reconnus selon des procédures non discriminatoires, ouvertes et transparentes.

164. Les normes qui ne couvrent qu'une partie négligeable du marché en cause ne restreignent pas sensiblement la concurrence, tant que la situation n'évolue pas. Cela est également le cas pour les accords réunissant des petites et moyennes entreprises (PME) en vue de normaliser des formulaires ou conditions de participation à des offres groupées ou ceux qui normalisent des aspects tels que des caractéristiques de produit mineures, des formulaires et des rapports, ayant des effets minimes sur les principaux facteurs affectant la concurrence sur les marchés en cause.

6.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

165. Les accords qui ont recours à une norme parmi d'autres moyens utilisés dans le cadre d'un accord restrictif plus large, dont le but est d'évincer des concurrents réels ou potentiels, entreront presque toujours dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1. Un accord grâce auquel une association nationale de fabricants fixerait une norme et exercerait des pressions sur des tiers pour qu'ils ne commercialisent pas de produits ne répondant pas à cette norme relèverait, par exemple, de cette catégorie.

⁽⁵⁰⁾ La normalisation peut revêtir diverses formes, depuis l'adoption, par les organismes de normalisation européens ou nationaux reconnus, de normes reposant sur un consensus national, en passant par des consortiums ou d'autres cadres, jusqu'aux accords entre entreprises. Même si le droit de l'EEE donne une définition étroite des normes, les présentes lignes directrices qualifient de normes tous les accords tels qu'ils sont définis dans le présent paragraphe.

⁽⁵¹⁾ En vertu de l'article 4, paragraphe 2, point 3, du chapitre II du protocole 4 de l'accord «surveillance et Cour», les accords ayant pour seul objet l'élaboration ou l'application uniforme de normes et de types peuvent être notifiés à l'Autorité de surveillance AELE, sans que ce soit une obligation.

⁽⁵²⁾ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO L 204 du 21.7.1998, p. 37).

6.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

166. Les accords de normalisation peuvent relever de l'article 53, paragraphe 1, s'ils accordent aux parties un contrôle conjoint sur la production ou sur l'innovation, limitant ainsi leurs possibilités de se faire concurrence à partir des caractéristiques des produits, tout en se répercutant sur des tiers, tels que les fournisseurs ou les acheteurs des produits normalisés. L'appréciation de chaque accord devra tenir compte de la nature de la norme et de ses effets probables sur les marchés concernés, d'une part, et des restrictions possibles allant au-delà de l'objectif premier de la normalisation, tel qu'il est défini ci-dessus, d'autre part.

167. Le fait que des accords de normalisation restreignent ou non la concurrence dépend de la mesure dans laquelle les parties restent libres de développer d'autres normes ou d'autres produits ne respectant pas la norme faisant l'objet de l'accord. Des accords de normalisation peuvent restreindre la concurrence lorsqu'ils empêchent les parties de développer d'autres normes ou de commercialiser des produits ne respectant pas la norme concernée. Les accords qui confèrent à certains organismes le droit exclusif de procéder à des tests de conformité avec la norme vont au-delà de l'objectif premier à l'origine de la définition de la norme et peuvent également restreindre la concurrence. Les accords qui imposent des restrictions sur le marquage de conformité aux normes, sauf lorsqu'ils y sont tenus par des dispositions réglementaires, peuvent également restreindre la concurrence.

6.3.2. Puissance de marché et structure des marchés

168. Le fait que les parties détiennent des parts élevées sur le ou les marchés en cause ne constitue pas nécessairement un problème dans le cas des accords de normalisation. Leur efficacité est souvent proportionnelle à la partie du secteur qui détermine ou applique la norme. Toutefois, des normes qui ne sont pas accessibles à des tiers peuvent engendrer des discriminations envers ceux-ci ou envers certains segments de marché ou encore leur en fermer l'accès, en fonction de leur champ d'application géographique. C'est donc la mesure dans laquelle ces barrières à l'entrée sont susceptibles ou non d'être surmontées qui constituera le critère déterminant pour apprécier si un accord restreint la concurrence. Cette appréciation devra nécessairement se faire au cas par cas.

6.4. **Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 3**

6.4.1. Avantages économiques

169. L'Autorité de surveillance AELE se montre généralement favorable aux accords qui favorisent l'interpénétration

économique dans le marché commun ou qui encouragent le développement de nouveaux marchés et l'amélioration des conditions de l'offre. Pour que ces avantages économiques soient effectifs, les informations nécessaires à l'application de la norme doivent être accessibles à tous ceux qui souhaitent pénétrer sur le marché, et une part importante du secteur concerné doit être impliquée dans la détermination de la norme, d'une manière transparente. C'est aux parties qu'il incombera de prouver que toute restriction relative à la détermination, à l'utilisation ou à l'accès à la norme apporte des avantages économiques.

170. Afin d'apporter des avantages techniques ou économiques, une norme ne doit pas limiter l'innovation. Cela dépend essentiellement de la durée de vie des produits concernés par la norme, en relation avec le stade de développement du marché (en croissance rapide, en croissance, en stagnation, etc.). Les effets sur l'innovation doivent être analysés au cas par cas. Si une nouvelle norme est susceptible de conduire à une obsolescence rapide des produits existants, sans apporter d'avantages supplémentaires objectifs, les parties peuvent aussi avoir à prouver que la normalisation collective apportera des gains d'efficacité profitables au consommateur.

6.4.2. Caractère indispensable

171. De par leur nature, les normes n'incluent pas toutes les spécifications ni les technologies possibles. Dans certains cas, il est nécessaire de ne disposer que d'une seule solution technique, dans l'intérêt des consommateurs ou de l'économie dans son ensemble. Une telle norme doit cependant être définie sur une base non discriminatoire. L'idéal serait que les normes soient neutres sur le plan technologique. Quoi qu'il en soit, il faut pouvoir justifier des raisons pour lesquelles une norme est choisie plutôt qu'une autre.

172. Tous les concurrents opérant sur le ou les marchés touchés par la norme devraient avoir la possibilité de participer aux discussions. C'est pourquoi, la participation à la définition d'une norme doit être ouverte à tous, à moins que les parties ne puissent prouver qu'une telle participation aurait des répercussions négatives importantes ou que des procédures reconnues soient prévues pour la représentation d'intérêts collectifs, comme dans le cadre des organismes de normalisation officiels.

173. D'une manière générale, il faudrait opérer une distinction claire entre, d'une part, la définition d'une norme et, le cas échéant, les activités de recherche et de développement qui y sont liées, et, d'autre part, l'exploitation commerciale de cette norme. Les accords de normalisation ne devraient couvrir que les éléments strictement nécessaires à la réalisation de leurs objectifs, que ce soit la compatibilité technique ou un certain niveau de

qualité. Il faudrait par exemple prouver très clairement pourquoi il est indispensable, pour obtenir les avantages économiques escomptés, qu'un accord visant à imposer une norme dans un secteur où seul un autre concurrent propose une solution équivalente oblige les parties concernées à boycotter cette autre solution.

6.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

174. Il y aura manifestement un moment à partir duquel une norme privée élaborée par un groupe d'entreprises détenant conjointement une position dominante aura toutes les chances de devenir une norme industrielle de fait. La principale préoccupation sera alors de garantir que cette norme soit aussi ouverte que possible et appliquée d'une manière strictement non discriminatoire. Afin d'éviter toute élimination de la concurrence sur le ou les marchés en cause, la norme doit être accessible aux tiers, à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires.

175. Si des organismes ou des groupes d'entreprises privés définissent une norme ou si leur technologie propriétaire devient une norme de fait, la concurrence sera éliminée si cette norme n'est pas accessible à des tiers.

6.5. Exemples

176. Exemple 1

Situation: La norme EN 60603-7:1993 définit les exigences en matière de connexion des téléviseurs aux accessoires vidéo, comme les magnétoscopes ou les équipements de jeux vidéo. Même si cette norme n'est pas juridiquement contraignante, en pratique, les fabricants de téléviseurs et les fabricants de jeux vidéo s'y conforment, parce que c'est le marché qui l'exige.

Analyse: Il n'y a pas infraction à l'article 53, paragraphe 1. La norme a été adoptée par des organismes de normalisation — nationaux, européens et internationaux — reconnus, dans le cadre de procédures ouvertes et transparentes, et repose sur un consensus national qui reflète la position des fabricants et des consommateurs. Tous les fabricants sont autorisés à utiliser cette norme.

177. Exemple 2

Situation: Plusieurs fabricants de cassettes vidéo conviennent de définir un label de qualité ou une norme prouvant que leurs cassettes vidéo répondent à certaines spécifications techniques minimums. Les fabricants sont libres de produire des cassettes ne répondant pas à cette norme, et celle-ci est librement accessible à d'autres fabricants.

Analyse: Sous réserve que l'accord ne restreigne pas la concurrence à d'autres égards, il n'y aura pas infraction

à l'article 53, paragraphe 1, dans la mesure où la participation à la définition de la norme est transparente et illimitée et où l'accord de normalisation n'impose pas une obligation de respect de la norme. Si les parties s'étaient mises d'accord pour ne produire que des cassettes vidéo conformes à cette nouvelle norme, l'accord aurait limité le développement technologique et empêché les parties de vendre des produits différents, ce qui serait contraire aux dispositions de l'article 53, paragraphe 1.

178. Exemple 3

Situation: Un groupe de concurrents opérant sur différents marchés qui ont des liens d'interdépendance, avec des produits qui doivent être compatibles, et détenant plus de 80 % des marchés en cause, conviennent de développer ensemble une nouvelle norme qui sera introduite en concurrence avec d'autres normes déjà en place et largement appliquées par leurs concurrents. Les différents produits conformes à la nouvelle norme ne seront pas compatibles avec les normes existantes. En raison des lourds investissements nécessaires pour modifier la production et la rendre conforme à la nouvelle norme, les parties conviennent de réserver un certain volume de ventes aux produits respectant la nouvelle norme, de façon à introduire une «masse critique» sur le marché. Elles conviennent également de limiter leur production individuelle de produits non conformes à la norme au niveau atteint l'année précédente.

Analyse: Compte tenu du pouvoir de marché des parties et des limitations de production prévues, cet accord entre dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, mais ne remplit pas les conditions définies au paragraphe 3, à moins que les autres fournisseurs souhaitant entrer en concurrence avec les parties ne puissent accéder aux informations techniques nécessaires sur une base non discriminatoire et à des conditions raisonnables.

7. ACCORDS ENVIRONNEMENTAUX

7.1. Définition

179. Les accords environnementaux⁽⁵³⁾ sont des accords aux termes desquels les parties s'engagent à parvenir à une

⁽⁵³⁾ Le terme «accord» est utilisé dans le sens défini par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans la jurisprudence concernant l'article 81 CE. Il ne correspond pas nécessairement à la définition de l'«accord» donnée par la Commission dans des documents sur les questions d'environnement, comme la communication concernant les accords dans le domaine de l'environnement, COM(96) 561 final du 27 novembre 1996, présentant de l'intérêt pour l'EEE en vertu de l'article 3, point 1, du protocole 31 de l'accord EEE.

réduction de la pollution, conformément à la législation sur l'environnement ou aux objectifs fixés en matière d'environnement, notamment ceux figurant à l'article 73 de l'accord EEE. C'est pourquoi l'objectif ou les mesures faisant l'objet de l'accord doivent être directement liés à la réduction d'un polluant ou d'un type de déchets identifiés comme tels dans la réglementation concernée⁽⁵⁴⁾. Cela exclut les accords entraînant une réduction de la pollution en tant qu'effet connexe à d'autres mesures.

180. Les accords environnementaux peuvent définir des normes sur les performances écologiques de certains produits (matières premières ou produits finis) ou processus de production⁽⁵⁵⁾. Il peut aussi y avoir des accords conclus à un même niveau sectoriel, par lesquels les parties conviennent d'atteindre toutes un objectif environnemental tel que le recyclage de certains matériaux, la réduction d'émissions ou l'amélioration de l'efficacité énergétique.
181. Certains États de l'EEE ont mis sur pied des projets portant sur des secteurs entiers, afin de se conformer aux obligations en matière de récupération ou de recyclage. Ces projets comprennent généralement un ensemble d'accords complexes, dont certains sont horizontaux et d'autres verticaux. Lorsque de tels accords contiennent des restrictions verticales, ils ne sont pas soumis aux présentes lignes directrices.

7.2. Marchés en cause

182. Les effets doivent être appréciés sur les marchés concernés par l'accord, qui seront définis conformément à la communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence dans l'EEE. Lorsque le polluant n'est pas en soi un produit, le marché en cause comprend celui du produit auquel le polluant est incorporé. En ce qui concerne les accords portant sur la collecte et le recyclage, il faudra apprécier également, outre leurs effets sur le ou les marchés sur lesquels les parties opèrent en tant que producteurs ou distributeurs, les effets sur le marché des services de collecte couvrant potentiellement le produit en question.

7.3. Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 1

183. Certains accords environnementaux peuvent être favorisés ou imposés par les pouvoirs publics dans l'exercice

de leurs prérogatives. Les présentes lignes directrices ne traitent pas de la question de la conformité de telles interventions des parties contractantes avec les obligations leur incombant en vertu de l'accord EEE. Elles ne concernent que l'appréciation qui doit être faite pour établir la compatibilité de l'accord avec l'article 53.

7.3.1. Nature de l'accord

7.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

184. Certains accords environnementaux ne sont pas susceptibles de relever de l'interdiction définie à l'article 53, paragraphe 1, quelle que soit la part de marché cumulée détenue par les parties.
185. Cela peut être le cas lorsqu'aucune obligation individuelle précise n'est imposée aux parties ou lorsqu'elles ne sont engagées que de façon peu contraignante à la réalisation d'un objectif environnemental fixé pour l'ensemble d'un secteur. Dans ce dernier cas, l'appréciation s'attachera à déterminer la latitude laissée aux parties quant aux moyens techniquement et économiquement disponibles pour atteindre l'objectif environnemental fixé. Plus ces moyens sont divers, moins les effets restrictifs potentiels seront importants.

186. De même, les accords définissant les performances écologiques de produits ou processus qui n'affectent pas sensiblement la diversité des produits et de la production sur le marché en cause, ou qui n'influent que faiblement sur les décisions d'achat, ne relèvent pas de l'article 53, paragraphe 1. Lorsque certaines catégories d'un produit donné sont éliminées, immédiatement ou progressivement, du marché, on considère que cela n'entraîne pas de restrictions importantes, à condition que ces catégories ne représentent qu'une faible part du marché géographique en cause ou, si celui-ci s'étend à l'ensemble de l'EEE, du marché de chaque État de l'EEE.

187. Enfin, les accords qui entraînent une véritable création de marché, comme par exemple les accords de recyclage, ne restreignent généralement pas la concurrence, pour autant et aussi longtemps que les parties ne sont pas en mesure de mener les activités concernées isolément, alors qu'il n'existe aucune autre solution possible ou aucun autre concurrent.

7.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

188. Les accords environnementaux entrent dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, de par leur

⁽⁵⁴⁾ Un accord national portant sur l'élimination progressive d'un polluant ou d'un déchet identifiés comme tels dans les actes de l'EEE concernés peut, par exemple, ne pas être assimilé à un boycott collectif d'un produit circulant librement dans l'EEE.

⁽⁵⁵⁾ Lorsque des accords environnementaux peuvent être assimilés à des accords de normalisation, ce sont alors les principes d'appréciation énoncés pour ces derniers qui sont d'application.

nature même, si la coopération ne porte pas réellement sur des objectifs environnementaux, mais sert à créer une entente déguisée, c'est-à-dire à mettre en œuvre des pratiques qui seraient normalement interdites, telles que la fixation des prix, la limitation de la production ou la répartition des marchés, ou encore si la coopération sert d'instrument dans le cadre d'un accord restrictif plus large visant à évincer du marché des concurrents existants ou à dissuader des concurrents potentiels d'y pénétrer.

7.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1

189. Les accords environnementaux qui couvrent une grande partie d'un secteur, que ce soit au niveau national ou de l'EEE, sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, lorsqu'ils restreignent sensiblement la capacité des parties à définir les caractéristiques de leurs produits ou la façon dont elles les produisent, ce qui leur permet d'influer sur leur production ou leurs ventes respectives. Outre les restrictions qu'il impose aux parties, un accord environnemental peut également réduire, ou affecter sensiblement, la production de tiers, qu'ils soient fournisseurs ou acheteurs.

190. Les accords environnementaux susceptibles d'éliminer progressivement ou d'affecter sensiblement une part importante des ventes des parties en ce qui concerne leurs produits ou processus de production, peuvent par exemple entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, lorsque les parties détiennent une part de marché importante. Ceci vaut également pour les accords aux termes desquels les parties attribuent des quotas individuels de pollution.

191. De même, les accords par lesquels les parties détenant des parts de marché importantes dans une partie substantielle du territoire couvert par l'accord EEE désignent une entreprise en tant que prestataire exclusif de services de collecte ou de recyclage pour leurs produits peuvent également sensiblement restreindre la concurrence, s'il existe des prestataires réels ou potentiels, selon une hypothèse réaliste, pour ces mêmes services.

7.4. **Appréciation au regard de l'article 53, paragraphe 3**

7.4.1. *Avantages économiques*

192. L'Autorité de surveillance AELE est favorable au recours à des accords environnementaux comme instrument de réalisation des objectifs définis à l'article 1^{er} et à l'article 73 de l'accord EEE, ainsi que dans les programmes

d'action en matière d'environnement⁽⁵⁶⁾, à condition que ces accords soient compatibles avec les règles de concurrence⁽⁵⁷⁾.

193. Les accords environnementaux relevant de l'article 53, paragraphe 1, peuvent apporter des avantages économiques qui, soit au niveau du consommateur individuel soit à celui de la société dans son ensemble, contrebalancent leurs effets négatifs sur la concurrence. Afin que cette condition soit remplie, il doit y avoir des avantages nets en termes de réduction de la pression sur l'environnement du fait de l'application de l'accord et par rapport à une situation où rien ne serait entrepris. En d'autres termes, les avantages économiques escomptés doivent contrebalancer les coûts⁽⁵⁸⁾.

194. Ces coûts comprennent notamment les effets d'une réduction de la concurrence, ainsi que les coûts de mise en conformité pour les opérateurs économiques et/ou les effets sur les tiers. Les avantages peuvent être appréciés en deux étapes. Lorsque les consommateurs obtiennent individuellement des retombées positives de l'accord, dans des délais raisonnables, il n'est pas nécessaire que les avantages environnementaux globaux soient matériellement établis. Si ce n'est pas le cas, une analyse coûts-avantages peut se révéler nécessaire pour déterminer si des avantages nets pour les consommateurs en général peuvent raisonnablement être escomptés.

7.4.2. *Caractère indispensable*

195. Plus l'efficacité économique d'un accord environnemental est objectivement prouvée, plus chacune de ses dispositions peut être jugée indispensable à la réalisation de l'objectif environnemental dans son contexte économique.

⁽⁵⁶⁾ Les programmes d'action en matière d'environnement élaborés par la Communauté européenne présentent de l'intérêt pour l'EEE en vertu de l'article 3, point 1, du protocole 31 de l'accord EEE.

⁽⁵⁷⁾ Communication de la Commission concernant les accords dans le domaine de l'environnement, COM(96) 561 final du 27 novembre 1996, points 27 à 29, et l'article 3, paragraphe 1, du troisième acte visé à l'article 3, point 1, du protocole 31 de l'accord EEE [décision n° 2179/98/CE du Parlement et du Conseil du 24 septembre 1998 concernant le réexamen du programme communautaire de politique et d'action en matière d'environnement et de développement durable «vers un développement soutenable» (JO L 275 du 10.10.1998, p. 1)]. La communication comprend une liste récapitulative concernant les accords dans le domaine de l'environnement qui reprend les éléments devant généralement figurer dans un accord de ce type. Cette liste récapitulative fournit également des indications utiles dans le cadre de l'article 53 EEE.

⁽⁵⁸⁾ Cela est conforme à l'obligation de tenir compte des avantages et des charges qui peuvent résulter de l'action ou de l'absence d'action définie à l'article 7, point d), du troisième acte visé à l'article 3, paragraphe 1, du protocole 31 de l'accord EEE [décision n° 2179/98/CE du Parlement et du Conseil du 24 septembre 1998 concernant le réexamen du programme communautaire de politique et d'action en matière d'environnement et de développement durable «vers un développement soutenable» (JO L 275 du 10.10.1998, p. 1)].

196. Une évaluation objective de dispositions qui pourraient, à première vue, ne pas être jugées indispensables, devra être étayée par une analyse coûts-efficacité montrant que les autres moyens permettant d'obtenir les avantages environnementaux escomptés seraient plus coûteux, économiquement ou financièrement, sur la base d'hypothèses raisonnables. Il serait, par exemple, nécessaire de démontrer avec toute la clarté voulue qu'une redevance uniforme, facturée sans tenir compte des coûts individuels de collecte des déchets, est indispensable au fonctionnement d'un système de collecte appliqué à l'ensemble d'un secteur.

7.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

197. Quels que soient les avantages environnementaux et économiques, et aussi la nécessité, des dispositions prévues, l'accord ne doit pas éliminer la concurrence en termes de différenciation des produits ou processus, d'innovation technologique ou d'entrée sur le marché à court ou, le cas échéant, à moyen terme. Par exemple, dans le cas de droits de collecte exclusifs accordés à une entreprise de collecte et/ou de recyclage ayant des concurrents potentiels, la durée pour laquelle les droits sont accordés devra tenir compte de l'arrivée éventuelle d'un autre opérateur.

7.5. Exemples

198. Exemple

Situation: La quasi-totalité des producteurs et importateurs de l'EEE d'un appareil électroménager donné (par exemple, des machines à laver) conviennent, avec les encouragements d'un organisme public, de ne plus fabriquer ni importer dans l'EEE de produits ne remplissant pas certains critères dans le domaine de l'environnement (tels que le rendement énergétique). Ensemble, les parties détiennent 90 % du marché de l'EEE. Les produits qui seront donc progressivement éliminés du marché

représentent une part non négligeable des ventes totales. Ils seront remplacés par des produits plus écologiques, mais plus chers. En outre, l'accord réduit indirectement la production de tiers (par exemple, les compagnies d'électricité, les fournisseurs de composants intégrés dans les produits à éliminer).

Analyse: Cet accord confère aux parties le contrôle de leur production et de leurs importations respectives et affecte une partie notable de leurs ventes et de leur production totale, tout en réduisant la production des tiers. Le choix offert aux consommateurs, qui est axé en partie sur les caractéristiques du produit sous l'angle de l'environnement, est restreint, et il faut s'attendre à une augmentation des prix. L'accord tombe par conséquent sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. L'engagement de l'organisme public est indifférent pour l'appréciation de cet accord.

Cependant, des produits plus récents sont techniquement plus avancés et, en réduisant les effets nocifs sur l'environnement, ce qui est l'objectif indirectement poursuivi (émissions résultant de la production d'électricité), ils ne vont pas inévitablement créer ni aggraver un autre problème pour l'environnement (par exemple, consommation d'eau, utilisation de détergents). La contribution nette à l'amélioration de la protection de l'environnement dans son ensemble compense l'augmentation des coûts. En outre, les acheteurs des produits plus chers récupéreront rapidement cet écart de coût dans la mesure où les produits plus écologiques entraînent des coûts d'exploitation moindres. Avec les autres solutions envisageables à la place de cet accord, il est moins certain que les mêmes avantages nets puissent être obtenus avec une rentabilité équivalente. Les parties peuvent avoir accès à des moyens techniques variés et d'un coût raisonnable pour pouvoir fabriquer des produits qui présentent les caractéristiques écologiques convenues, et la concurrence continuera à jouer sur les autres caractéristiques de ces produits. Les conditions pour pouvoir bénéficier de l'exemption en vertu de l'article 53, paragraphe 3, sont donc réunies.